



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 215 - Janeiro a Março de 2020



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 215 - Janeiro a Março de 2020

Expediente

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

Ano 41, n. 215

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. 215(2020) - . - Campo Grande:
Tribunal de Justiça, 2020 -.

Trimestral

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação

Composição

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente – Des. Paschoal Carmello Leandro

Vice-Presidente – Des. Carlos Eduardo Contar

Corregedor-Geral de Justiça – Des. Sérgio Fernandes Martins

Tribunal Pleno (ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélcio 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

José Eduardo Neder Meneghelli – Juiz designado

Lúcio Raimundo da Silveira – Juiz subst. em 2º grau

Luiz Antônio Cavassa de Almeida – Juiz subst. em 2º grau

Waldir Marques – Juiz subst. em 2º grau

Vitor Luis de Oliveira Guibo – Juiz convocado

Sumário

Expediente	002
Composição	003
Sumário	004
Jurisprudência Cível	005
Jurisprudência Criminal	486
Noticiário	907
Índice Onomástico	933
Índice de Assuntos	939

Jurisprudência Cível



4ª Câmara Cível

Relator Des. Alexandre Bastos

Agravo de Instrumento nº 1410359-53.2019.8.12.0000 - Chapadão do Sul

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ILEGITIMIDADE DO PRODUTOR RURAL QUE NÃO TENHA REGISTRO NOS DOIS ANOS ANTERIOES AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – LEGITIMIDADE RECONHECIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Parece como decisão justa e efetiva, como exige o art. 4º e art. 6º do CPC, que seja deferida a recuperação judicial (Princípio da Manutenção da ‘Empresa’ da Lei 11.101/2005 - LRJ), vez que voltada ao interesse social, mormente, em se tratando de produtor rural, que é atividade que tem o condão de interferir na economia local, bem como, na produção de bens afeto à alimentação, que vem ao sistema jurídico como direito social do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não prevalece a tese de que os recuperandos não tinham inscrição no cadastro rural pelo prazo de dois anos anteriores ao pedido, vez que com negativa de vigência de texto expresso de lei, mais precisamente, o art. 48 da Lei 11.101/2005, que traz como fato gerador para o pedido de recuperação, que “*exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos*”. Desta feita, inscrição é uma coisa e o exercício regular de suas atividades é outra coisa, de forma que não cabe ao Judiciário por requisitos onde o legislador não o colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88 e art. 2º da CE. Ademais, requisitos para o pedido de recuperação judicial é preceito restritivo de direito, que exige interpretação restrita e, não, elástica.

Recurso Improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de dezembro de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por UPL do Brasil Indústria e Comércio de Insumos Agropecuários S.A em face da decisão interlocutória que às f. 2293 da ação de recuperação judicial, que deferiu o processamento da recuperação judicial de Felipe Loeff, Giselda Vanita Loeff, Juliane Loeff, Luiz Evandro Loeff e Tiana Loeff Zandonad.

UPLdo Brasil Indústria e Comércio de Insumos Agropecuários S.A suscita no agravo de instrumento de f. 01-50, em apertada síntese: provido do recurso para cassar a decisão que deferiu a recuperação judicial a produtor rural, por não enquadramento nos requisitos da LRJ.

A parte recorrida, devidamente intimada (f. 145), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 146-155).

A Procuradoria Geral de Justiça–PGJ, deixou de exarar manifestação no presente recurso, em razão da desnecessidade da intervenção do Ministério Público no feito (f. 159-162).

VOTO (03/12/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por UPL do Brasil Indústria e Comércio de Insumos Agropecuários S.A em face da decisão interlocutória que às f. 2293 da ação de recuperação judicial, que deferiu o processamento da recuperação judicial de Felipe Loeff, Giselda Vanita Loeff, Juliane Loeff, Luiz Evandro Loeff e Tiana Loeff Zandonad.

UPL do Brasil Indústria e Comércio de Insumos Agropecuários S.A suscita no agravo de instrumento de f. 01-50, em apertada síntese: provido do recurso para cassar a decisão que deferiu a recuperação judicial a produtor rural, por não enquadramento nos requisitos da LRJ.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A questão posta à apreciação consiste, neste momento, na concessão ou não na manutenção ou não da decisão recorrida que deferiu a recuperação judicial (demais temas que não estes serão apreciados pelo magistrado, a fim de que não haja supressão de instância), sendo que o fundamento legal para tanto, encontra-se no art. 300 do CPC, que assim dispõe:

“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.”

O risco de dano grave exigido no parágrafo único do art. 995 do CPC consiste em figura análoga ao instituto do perigo na demora (*periculum in mora*), que atrela-se na preservação do direito posto à apreciação, a fim de se evitar que ele pereça ou, que não pereça, mas, que possa advir dano grave ou de difícil reparação.

Em outros termos: serve para frutuosidade da tutela jurisdicional, ao final. Parte da permissão: se não conceder no dia de hoje não precisa mais concedê-lo, *a posteriori*.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo: “(...) irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado.” (Curso de direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros. p. 103)

Pois bem, em se tratando de recuperação judicial significa que há dificuldade econômica do recuperando, quanto à sua solvabilidade, de forma que serão sobrestadas as ações judiciais por 180 dias, a fim de que possa “tomar fôlego” para recuperar a sua solvência.

Igualdade esta, que vem como objetivo da recuperação judicial, que pode ser extraído do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.101, ao prever que deve preservar os ‘interesses dos credores’. Veja-se o texto legal:

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Veja-se pelo STJ:

“(...) o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a orientação segundo a qual ‘a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial tem como um de seus efeitos exatamente a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor que, dessa forma, pode desfrutar de maior tranquilidade para a elaboração de seu plano de recuperação, alcançando o fôlego necessário para atingir o objetivo de reorganização da empresa.’ (ICE in AgInt no CC 163.700/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019).

“Há absoluta convergência, entre doutrina e jurisprudência, que, em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizado pelo juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação (art. 49, § 3º, da LRF).” (CC 153.473/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 26/06/2018).

“(…) 3. De acordo com orientação do Superior Tribunal de Justiça, o art. 47 da Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (REsp 1207117/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

Neste ponto, parece como decisão justa e efetiva como exige o art. 4º e art. 6º do CPC, que seja deferida a recuperação (Princípio da manutenção da ‘empresa’), vez que voltada ao interesse social, mormente, em se tratando de produtor rural, que é atividade que tem o condão de interferir na economia local, bem como, na produção de bens afeto à alimentação.

E neste caso, a probabilidade do art. 300 do CPC assume um colorido especial, consistente no prévio conhecimento pelos credores da provável insolvabilidade das recorrentes, o que geraria, pelo que ordinariamente acontece do art. 375¹ do CPC, na adoção de medidas de urgência para garantia de seus créditos, o que impediria a razão de ser da recuperação, no sentido de dar fôlego para que todos os credores possam receber os seus créditos. Neste caso, o dano seria inverso, vez que um credor poderia se antecipar na satisfação de seu crédito prioritário, em detrimento dos demais credores, sem direito de preferência.

Finalizo em anotando, quanto ao requisito do perigo de dano irreparável do art. 300 do CPC, que este relator não descarta da preocupação de que a recuperação judicial ao produtor rural, possa servir de gatilho a pessoas físicas para se transvestirem como produtores rurais, visando novação ou postergação de suas obrigações. Nestes pedidos, salvo em se tratando de fato notório, como apontado este caso pelo magistrado desta ação, deve o magistrado de valer do *caput* do art. 370² do CPC para produzir prova de ofício em não medindo esforços para abrir procedimento preliminar de ampla dilação probatória, para apuração da atividade do recuperando como produtor rural.

Portanto, presente o perigo de dano irreparável.

A probabilidade de provimento do recurso exigido no parágrafo único do art. 995 do CPC consiste em figura análoga ao instituto da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e consiste na projeção a momento futuro de quando da decisão de mérito, ou seja, no resultado de julgamento que está por vir. Se a projeção indicar o provimento do recurso, então, presente se faz o requisito legal.

Soma-se que esta projeção do sucesso meritório se faz num juízo rarefeito e provisório, de forma que não se está fixando em definitivo o resultado final que está por vir, mas sim, em mero juízo probabilidade, aparência de que tem razão o recorrente, neste momento.

Por Joel Dias Figueira Júnior:

“(…) o que interessa mesmo é que até o momento específico da prolação do decisum de acolhimento da tutela, a prova produzida apresente-se suficientemente forte para que o

1 “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

2 “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

magistrado forme um juízo de quase-certeza ou quase-verdade, tendo-se em conta os efeitos diretos e reflexos que advirão em termos práticos da concessão da medida satisfativa, nada obstante interinal.”(Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181. v. 4, t I)

Na lição de Eduardo Arruda Alvim: “(...) *é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir em juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.*” (Antecipação da tutela. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2008. p. 72)

Neste ponto, o agravante alega que os agravados não tinham inscrição no cadastro rural pelo prazo de dois anos, contudo, esta tese afronta texto expressão de lei, mais precisamente, o art. 48 da Lei 11.101/2005, ao dispor que:

“Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos.”

Ora, inscrição é uma coisa e o exercício regular de suas atividades é outra coisa, de forma que, numa cognição sumária afeta à tutela provisória de urgência, não cabe ao Judiciário por requisitos onde o legislador não o colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88 e art. 2º da CE.

E mais, requisitos para o pedido de recuperação judicial é preceito restritivo de direito (preservação da empresa e de empregos e de produção rural) e, portanto, com incidência de que preceitos restritivos de direito devam ter interpretação restrita, de forma a não ser requisito para o pedido de recuperação, que o registro tenha sido feito dois anos anteriores ao pedido de recuperação. Se assim não for, voltaremos ao tempo do “governo de homens e, não mais, de lei”, o que anda em rota de colisão com o regime democrático adotado pela Constituição Cidadã.

Veja-se: “(...) *A evolução realizou-se no sentido de sobrepor a vontade coletiva à de um só. A da maioria acha-se resumida no texto; a de um só homem estaria expressa na sentença.*” (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Ed. Forense. p. 64)

Diga-se ainda, que apesar de não ser o caso posto, pois os agravados estão previamente registrados como pessoa jurídica, há entendimento sendo maturado perante o STJ³, no sentido de que, sequer exigir o registro do produtor rural, bastando, a comprovação do exercício de atividade, nos termos da interpretação literal do art. 48 da LRL. Em outros termos, não cabe ao Judiciário fomentar a prova legal, ou seja, como se rainha da prova de exercício de atividade fosse, unicamente, o registro. Ora, há outros documentos, assim como ocorre com os registros fiscais e registros nos órgãos de fiscalização, onde comprovam efetivamente a cadeia produtiva, com maior grau de veracidade do que o mero registro.

Veja-se:

“(...) A inscrição no registro público de empresas mercantis não é condição imprescindível para a concessão do benefício da recuperação judicial a produtores rurais. Isso porque, apesar de a Lei 11.101/2005, em seu artigo 48, impor que o devedor, para se beneficiar da recuperação judicial, demonstre o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, o empresário rural, de acordo com o artigo 971 do CC, não está obrigado a inscrever-se no registro público de empresas mercantis. Além disso, sabe-se que a qualidade jurídica de empresário não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da

3 “(...) 1. A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não se tenha inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido (art. 971 do Código Civil c/c arts. 48, *caput*, e 51, V, da Lei nº 11.101/2005). 2. Embora de grande relevância para o país, esta Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque. 3. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos. 4. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ) (ProAfr no REsp 1684994/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)”.

atividade profissional, consoante o enunciado 198 da III Jornada de Direito Civil. Assim, como a inscrição do empresário rural no registro de empresas não é obrigatória, o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência do registro.” (ECE in REsp 1193115/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. P/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 07/10/2013)

Portanto, atividade de produtor rural se comprova por seu conteúdo e, não, pelo seu rótulo e, por via de consequência, ainda que o STJ venha a exigir prévio registro, não há dúvidas que ele reconhece uma situação preexistente (exercício de atividade), portanto, o registro tem caráter declaratório (*ex tunc*) e, não, constitutivo (*ex nunc* – desde então), para fins de recuperação judicial. Inclusive, o próprio CPC impõe o efeito retroativo da sentença declaratória como o reconhecimento do “modo de ser”, ou seja, reconhece hoje o que já existe preteritamente, como se vê do art. 19, I:

“Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica⁴.”

Por fim, vale nota o entendimento do magistrado recorrido sobre o tema (f. 2294 - item 10 ao item 13):

“Assim, dado ao caráter facultativo da inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas Mercantis, a não inscrição da empresa não a torna irregular, e o artigo 48 exige o exercício regular da atividade empresarial por dois anos, e não o registro da empresa perante os órgãos mercantis por pelo menos dois anos que, no caso do empresário rural, tem natureza meramente declaratória, e a prova do exercício da atividade de produtor rural, exigido pelo Art. 48, da LRJ não se faz, necessariamente, pelo registro na Junta Comercial, podendo ser admitida por outros meios, como no caso dos autos.

Ademais, como consignou a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Resp 1.193.115/MT, a lei de falências exclui expressamente do seu âmbito de incidência, apenas as empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras, de consórcios, seguradoras e outas a elas equiparadas. Destarte, sua aplicabilidade incide sobre todas as demais pessoas físicas e jurídicas que ostentam a qualidade de empresário, como no caso.

Em relação ao tema, tramita no STJ o caso dos produtores rurais José Pupin e Vera Lúcia Camargo Pupin, cujo recurso especial está pendente de julgamento, onde consta parecer do doutrinador e professor Fabio Ulhoa Coelho, consoante Petição 00152841/2016, segundo o qual, o produtor rural pessoa física inscrito na junta comercial poucos dias antes de requerer a recuperação judicial, mas que comprova, por meio de outros documentos, especialmente documentos fiscais, o exercício da atividade há mais de dois anos, tem direito à recuperação judicial, salientando que ele tem direito, mesmo tendo formalizado o registro exclusivamente para preencher o requisito da empresarialidade e, ainda, que uma vez que a LRF não estabelece prazo mínimo de registro na junta comercial, qualquer que tenha sido a época da inscrição, desde que anterior ao pedido, atenderá a tal requisito.

Como é notório no caso, os requerentes exercem suas atividades regularmente, há mais de dois anos, bem mais, senão uma vida, não tendo tramitado, nesta Comarca (competente para tanto), qualquer outro pedido de falência ou de recuperação judicial dos demandados. Não há notícia, ainda, de que lhes tenha sido concedida, há menos de oito anos, recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Lei 11.101/2005.”

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento, para manter a decisão interlocutória recorrida, em seu exato termo (legitimidade do produtor rural para pedir recuperação judicial).

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 10/12/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sidnei), após o relator negar provimento ao recurso.

⁴ Na hipótese de julgamento de uma declaratória, afirma-se a tese de que “os efeitos da sentença declaratória retroagem à data da aquisição do direito declarado” (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 13. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 598. v. 2.).

VOTO (10/12/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, tendo em vista as peculiaridades da matéria.

Trata-se de recurso agravo de instrumento interposto em face da decisão que deferiu pedido de recuperação judicial a produtores rurais, na qual o julgador singelo considerou preenchidos os requisitos para a recuperação judicial, destacando a desnecessidade de registro do empresário por dois anos, pois reconheceu que basta a comprovação, por qualquer forma, do exercício da atividade por esse período. Declarou a inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, e, ainda que assim não fosse, consignou que os créditos bancários decorrentes de contratos como os mencionados no referido artigo, caso não tenham sido registrados no Cartório de Registro de Títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, devem se submeter à recuperação.

Inconformada, recorre a credora/agravante pugnando pela reforma da decisão agravada em razão do não preenchimento dos requisitos legais, tendo em vista a inscrição dos agravados, como empresários, a menos de dois anos. Subsidiariamente, defende que seu crédito seja excluído da recuperação judicial, já que constituído e vencido antes do registro dos agravados.

O eminente relator conheceu e negou provimento ao presente agravo de instrumento, sob o fundamento de que não se faz necessário o registro como empresário pelo prazo de dois anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, sob pena de negativa de vigência ao art. 48 da Lei nº 11.101/2005, que exige o exercício da atividade há mais de dois anos. Com isso, destacou que a inscrição não se confunde com o exercício regular das atividades, de forma que não cabe ao Poder Judiciário incluir requisitos onde o legislador não colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

É de se notar que, embora conste do dispositivo que o relator conheceu e negou provimento ao presente recurso, consignou que a questão posta à apreciação consiste apenas na decisão que deferiu a recuperação judicial, sendo que demais temas que não estes serão apreciados pelo magistrado, a fim de que não haja supressão de instância.

Pois bem.

Inicialmente, verifico que, diante do posicionamento do ilustre relator, que entendeu em não analisar todas as questões postas no presente agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância, seria o caso, então, com todo respeito, de conhecer parcialmente do presente recurso.

Todavia, da análise do que enfrentado na decisão agravada e dos argumentos recursais, especialmente o que devolve para análise desta Corte, verifico que este recurso deve ser conhecido integralmente, vez que o julgador singelo decidiu todas as matérias objeto da insurgência da agravante, o que permite sua análise por este juízo *ad quem* sem haver supressão de instância.

Assim, ainda que o ilustre relator não tenha analisado todas as questões recursais, passo a fazê-lo nesta oportunidade, em observância ao princípio da celeridade.

Quanto ao tema analisado pelo ilustre relator, acompanho seu entendimento, tendo em vista que realmente restaram preenchidos os requisitos para a recuperação judicial dos produtores rurais agravados quanto à condição de empresários para fins da ação proposta.

Com efeito, além dos dispositivos legais citados pelo ilustre relator, nos quais não há exigência de registro como empresário há mais de dois anos para o pedido de recuperação judicial, mas apenas do exercício regular das atividades há mais de dois anos, o que, a meu juízo é diferente, tenho que o deferimento da recuperação judicial aos produtores rurais vai mais além.

Isso porque imperiosa a análise da questão com visão macro, ou seja, levando em consideração a importância do agronegócio para a economia nacional e a necessidade de proteção legal em detrimento dos países concorrentes. É sabido que com o passar do tempo, sobreveio não só o aperfeiçoamento do homem, mas também o avanço tecnológico, que vem garantindo ao homem do campo segurança para a produção agrícola e pastoril.

Entretanto, mesmo com toda tecnologia disponível, a qual possibilita o máximo de produtividade por hectare, ainda não foi possível eliminar certos fatores responsáveis pelas crises no âmbito rural, tais como mudanças climáticas (aquecimento global), hábitos de consumo, alterações na política comercial, emprego de subsídios por países concorrentes, mudanças econômicas, etc.

É certo que referidos fatores levaram vários países produtores e concorrentes do Brasil a aperfeiçoarem suas leis internas, principalmente no tocante à falência e reerguimento do produtor rural, seja pessoa física e jurídica, a fim de proporcionar maior segurança jurídica ao setor agrícola e, conseqüentemente, à economia interna.

Portanto, a matéria posta em debate ganha grande relevância por envolver o setor agropecuário nacional, bem como a necessária proteção a ser-lhe dispensada, a fim de promover melhores condições de concorrência com outros países, tais como: Estados Unidos, França, Alemanha e Canadá, países estes que adotam políticas protetivas ao referido setor, com a oferta de pesados subsídios, visando promover feroz concorrência em face dos demais países produtores.

Nesse cenário, deve-se registrar que, diante de todas essas questões, mormente as condições climáticas e suas mudanças (aquecimento global), o Brasil a muito tempo tem sofrido com tal fenômeno, que castiga as mais variadas culturas de plantio e, por conseguinte, o homem do campo e em uma maior escala, a economia do país.

Ainda nesse prisma, importante notar que a recuperação judicial de forma desburocratizada, em observância aos ditames dos artigos 970 e 971, ambos do Código Civil, os quais trazem previsão de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário quanto à inscrição e seus efeitos, é o que perseguem obstinadamente o produtor rural e o agronegócio de forma geral nos tempos atuais, a fim de evitar o colapso do setor, o que seria desastroso para o país.

E foi com essa visão que o Superior Tribunal de Justiça tomou emblemática decisão sobre a recuperação judicial de produtor rural, ao julgar recentemente recurso relacionado à ação de recuperação judicial ajuizada por José Pupin e sua esposa Vera Pupin (Resp 1800031/MT), ainda não publicado, no qual a Quarta Turma fixou o entendimento de que:

“(...) a) o produtor rural que exerce atividade empresária é sujeito de direito da recuperação judicial; b) é condição para o requerimento da recuperação judicial pelo produtor rural a inscrição no registro público de empresas mercantis da respectiva sede, observadas as formalidades do artigo 968 e parágrafos do Código Civil; c) a aprovação do requerimento de recuperação judicial pelo produtor rural está condicionada à comprovação de exercício da atividade rural há mais de dois anos, por quaisquer formas admitidas em lei e, d) comprovado o exercício da atividade pelo prazo mínimo exigido pelo art. 48 da Lei nº 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos, que decorram de atividades empresariais.”

Ademais, se analisada de forma objetiva a recuperação judicial, qualquer outro entendimento afastaria por completo as chances de soerguimento do empresário rural individual. Isso porque não se pode deixar de observar o efeito patrimonial dessa categoria empresarial, posto tratar-se de patrimônio único, empresário e empresa. Se tal distinção fosse possível, não haveria sequer patrimônio a se submeter à recuperação, uma vez que, em regra, as dívidas anteriores ao registro não integram o pedido, comprometendo por completo a viabilidade do plano.

Outra não foi a conclusão a que se chegou na Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 07/06/2019, com aprovação dos seguintes enunciados sobre o tema:

“ENUNCIADO 96 – A recuperação judicial do empresário rural, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive os anteriores à data da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

ENUNCIADO 97 – O produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, não precisa estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, bastando a demonstração de exercício de atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido.”

Portanto, por todos os fundamentos expostos, levando em consideração ter restado comprovado o exercício da atividade rural por mais de dois anos, independentemente do registro dos agravados como empresários há dois meses do ajuizamento da ação, deve ser mantida a decisão que deferiu a recuperação judicial aos produtores rurais/agravados.

Por fim, defende a agravante, subsidiariamente, que seu crédito deve ser excluído da recuperação judicial, já que constituído e vencido antes do registro dos agravados como empresários.

Novamente sem razão, porquanto, como visto, segundo entendimento do STJ (caso José Pupin) e disposto no Enunciado 96 da Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, comprovado o exercício da atividade pelo prazo mínimo exigido pelo art. 48 da Lei nº 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos que decorram de atividades empresariais, inclusive os anteriores à data da inscrição no registro público de empresas mercantis.

Consequência lógica, deve ser afastado também o pedido subsidiário da agravante (tema não analisado pelo ilustre relator).

Ante o exposto, acompanho o ilustre relator pelos fundamentos que utilizou e por outros que ora agrego para o fim de conhecer e negar provimento ao presente agravo de instrumento, restando mantida a decisão agravada em todos os seus termos e efeitos.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º vogal)

Hei por bem divergir do voto do relator e do primeiro vogal.

No caso a discussão se resume em saber se o produtor rural pode requerer a recuperação judicial, ainda que seu registro na Junta Comercial seja inferior a 02 (dois) anos.

Com efeito, nos termos do art. 971 do Código Civil, o produtor rural é equiparado ao empresário e poderá requerer a recuperação desde que esteja registrado na Junta Comercial. *In verbis*:

“Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

Já o art. 48, § 2º, da Lei nº 11.101/05 (LRF) estabelece que para requerer a recuperação judicial o devedor deve estar exercendo suas atividades há mais de 02 (dois) anos. Veja-se:

“Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.”

No caso em destaque, urge que se cumpra a legislação vigente, nada mais.

Sim, o produtor rural é empresário, na medida em que exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 966, CC).

Seu registro na Junta Comercial é facultativo (art. 971, CC).

Agora, deferir recuperação judicial a quem não demonstra minimamente o exercício dessa atividade econômica há mais de dois anos é burlar a legislação vigente (art. 48 da Lei 11.101/2015).

Os autores efetuaram o registro na Junta Comercial entre 11/06/2019, e a recuperação foi requerida em 01/08/2019, ou seja, antes do interregno de dois anos previsto no art. 48, § 2º, da Lei nº 11.101/05, não cumprindo, desta forma, o requisito legal previsto da LRF.

O registro perante a Junta Comercial pelo produtor rural há menos de 02 (dois) anos não autoriza que o mesmo possa requerer a recuperação judicial como empresário individual, bem como ter os mesmos benefícios, já que os requisitos previstos no artigo 48 da Lei nº 11.101/05 são obrigatórios.

Nesse sentido julgado do STJ:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL – COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS – NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL – DOCUMENTO SUBSTANCIAL – INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL – INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO – POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO.

1. O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural.

2. Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação.” (STJ - REsp 1193115/MT, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 20/08/2013, DJe 07/10/2013).

Transcrevo excerto do voto do Min. Sidnei Beneti no julgamento do REsp 1193115/MT:

“(…)

5. É que impossível nulificar, ao arrimo somente no princípio genérico da preservação da empresa (Lei 11.101/2005, art. 47), objeto de unânime e entusiasmada concordância, a exigência expressa e literal, feita pela lei de Recuperações e Falências, de comprovação, com a inicial, de que o requerente ‘exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos’ (Lei 11.101/2005, art. 48, caput), ou seja, a comprovação da condição de comerciante.

Essa comprovação documental é essencial, para o caso específico da recuperação judicial, à caracterização legal do estado de comerciante. É certo que o exercício da atividade empresarial pode realizar-se sem a inscrição do empresário na Junta Comercial (Enunciado 198 da III Jornada de Direito Civil, do CEJ – Centro de Estudos da Justiça Federal), o que é pacífico à luz de centenária doutrina do Direito Comercial (exposta já pelos clássicos, cf. Alfredo Rocco, Cesare Vivante, Waldemar Ferreira, João Eunápio Borges, Rubens Requião, Franzen de Lima e outros). Mas da generalidade dessa qualificação como empresário não se extrai a qualificação especial para o pleito de recuperação judicial, ante a expressa disposição legal constante da Lei de Recuperações.

O próprio Enunciado 198 da III Jornada, suprarreferido, aliás, prudentemente, limita a abrangência geral, ressaltando que ‘o empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial’, ressaltando, contudo, que ‘salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição legal’.

6. É condição necessária à abertura do acesso à via jurídica da recuperação judicial, instituto privativo do devedor; a comprovação de que este exerce regularmente suas atividades há mais de dois anos. Não se trata de instituto franqueado a todo e qualquer devedor em situação de desequilíbrio financeiro.

Manoel Justino Bezerra Filho, com a clareza e a maestria de sempre, bem ressalta a necessidade de juntada de certidão da Junta Comercial, para o processamento do pedido de recuperação judicial, assinalando, quanto à exigência legal de exercício (Lei 11.101/2005, art. 48): ‘a prova de tal exigência é de extrema simplicidade, bastando juntar certidão da Junta Comercial, comprovando a regularidade da empresa. Caso não esteja regularmente registrada na Junta Comercial, não poderá pleitear a recuperação, e, se pleiteá-la, o juiz deve conceder o prazo do art. 284 do CPC para ser sanada a irregularidade em dez dias, sob pena de indeferimento da inicial’. (Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134).

(...)

9.- Não se está, no caso presente, enfrentando jurisdicionalmente a aplicabilidade, ou não, da Lei de Recuperação Judicial ao produtor rural, via de reestruturação econômico-financeira que, antes do Cód. Civil de 2002 e da Lei de Recuperação Judicial e Falências, era interdita ao rurícola.” (REsp 24.172/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr, lembrado pelo voto da e. Relatora).

“No caso apenas se reafirma exigência de inscrição na Junta Comercial – não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso – para o acesso à recuperação judicial.”

É certo que a finalidade do instituto da recuperação judicial é a manutenção das empresas em atividade, desde que estas preencham os requisitos legais. No entanto, a importância do instituto não pode ser usada como forma de flexibilizar o cumprimento dos requisitos previstos expressamente na legislação, pois se assim ocorrer, poderá ser impulsionado o cometimento reiterado de fraudes, com a constituição de empresa às vésperas da apresentação do pedido de recuperação judicial, surpreendendo demasiadamente os credores.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para indeferir o processamento do pedido de recuperação judicial realizado pelos produtores rurais agravados e reconhecer a ausência de interesse dos devedores, declarando o processo extinto sem resolução de mérito. Condene os agravados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), com correção monetária a contar da publicação do acórdão e juros de mora a contar do trânsito em julgado (§ 16, art. 85, CPC).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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, 10 de dezembro de 2019.

2ª Seção Cível

Relator Des. Alexandre Bastos

Mandado de Segurança Cível nº 1406133-05.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – CANDIDATA QUE REALIZOU CIRURGIA CESAREANA – PERÍODO DE LICENÇA – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE – REMARCAÇÃO DO TESTE – REPERCUSSÃO GERAL – ORDEM CONCEDIDA.

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

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2020.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido liminar impetrado por Esther Priscila Marques Haddad Zanchet em desfavor do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e Outros, com a pretensão de remarcação da data do exame de capacidade física.

Alega a impetrante que realizou a primeira fase do concurso, sendo aprovada, e que após a realização do exame de aptidão mental, restou classificada em 6ª posição das vagas à cotistas negros. Já para o exame de capacidade física marcado para 25/5/2019, não terá condições de comparecer, uma vez que realizou cirurgia cesariana há menos de 60 (sessenta) dias, não reunindo condições físicas no momento para ter como resultado apta, juntando para tanto atestado médico.

Em apertada síntese, diz que não está em condições de igualdade com os demais candidatos, avocando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como alega que a realização do exame físico para data futura não resultará prejuízo aos demais candidatos.

Por fim, requer a tutela de urgência para determinar a remarcação do exame físico, uma vez que a data se aproxima (25/5/2019), pois corre o risco de ser considerada inapta, assim como seja julgada totalmente procedente a ação.

Deferida a liminar (f. 132-137) para que continue a participar do concurso, não devendo ser submetida à qualquer esforço físico enquanto estiver de licença médica, bem como seja remarcado o exame de capacidade física, para no mínimo, 120 (cento e vinte) dias após a data do seu parto (27/3/2019), até julgamento final do presente.

Informações foram prestadas (f. 151-158)

Parecer da Procuradoria geral de Justiça (f. 162-173) pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido liminar impetrado por Esther Priscila Marques Haddad Zanchet em desfavor do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e Outros, com a pretensão de remarcação da data do exame de capacidade física.

Alega a impetrante que realizou a primeira fase do concurso, sendo aprovada, e que após a realização do exame de aptidão mental, restou classificada em 6ª posição das vagas à cotistas negros. Já para o exame de capacidade física marcado para 25/5/2019, não terá condições de comparecer, uma vez que realizou cirurgia cesariana há menos de 60 (sessenta) dias, não reunindo condições físicas no momento para ter como resultado apta, juntando para tanto atestado médico.

Em apertada síntese, diz que não está em condições de igualdade com os demais candidatos, avocando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como alega que a realização do exame físico para data futura não resultará prejuízo aos demais candidatos.

Mérito

Pois bem. Objetivando-se evitar a repetição inócua da mesma fundamentação por meio de palavras diferentes (tautologia jurídica), e, sobretudo, proporcionar uma prestação jurisdicional eficiente, efetiva e em prazo razoável – valendo-me, *in casu*, da técnica da fundamentação por remissão (motivação *per relationem*), habitualmente empregada por outros Tribunais Pátrios¹, inclusive pelo STJ², e pacificamente referendada pelo STF³ –, infiro que o parecer da procuradora deve ser ratificada por seus próprios e bem lançados fundamentos, os quais passo a adotar integralmente como razão de decidir pelo não provimento do presente recurso.

Corroborando ainda mais a legitimidade dessa técnica de fundamentação, acrescente-se que recentemente – com o escopo de regulamentar parte da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – entrou em vigor o Decreto nº 9.830/2019, o qual, em seu art. 2º, § 3º, dispõe que:

“A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.”

Forte nessas premissas, transcrevo, por oportuno, alguns trechos da fundamentação do r. parecer, *in verbis*:

“(...) A ação mandamental é prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, que dispõe, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado

1 Art. 252 do RI-TJ/SP: Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento. Vide, por exemplo de aplicação, as Apelações: 99406023739-8, 99402069946-8; 1005546-68.2018.8.26.0590.

2 (...) “a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no *decisum*” (REsp nº 662.272-RS, 641.963-ES, 592.092-AL e 265.534-DF).

3 (...). “Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação ‘per relationem’, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes” (AI 734.689-AgR/DF; ARE 657.355-AgR/SP; HC 54.513/DF; RE 585.932-AgR/RJ). (Grifei).

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.

Extraí-se do aludido dispositivo legal que apenas pode ser manejado mandado de segurança diante de violação de direito líquido e certo.

Sobre o tema, Hely Lopes Meireles leciona que ‘direito líquido e certo é o que apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Desse modo, observa-se que o direito líquido e certo é aquele que se encontra perfeitamente individualizado não pairando dúvidas sobre a sua existência.

Conforme relatado, a impetrante pretende a remarcação do exame de capacidade física para data posterior ao interstício mínimo de 120 dias, contados a partir do parto cesárea, ante a sua incapacidade física de realizar exercícios rigorosos e de alta densidade antes do decurso de tal período.

Sobre a impossibilidade de realização de segunda chamada do exame de capacidade física, o Edital nº 1/2018 SAD/SEJUSP/PMMS/CFO, que rege o certame em questão, prevê o seguinte:

13.1.4. As avaliações e testes integrantes do exame de capacidade física não serão realizados fora da data e dos espaços físicos estabelecidos, bem como não será dado nenhum tratamento privilegiado, nem será levada em consideração qualquer alteração psicológica ou fisiológica passageira do candidato na data de sua realização, como estado menstrual, gravidez, luxações, fraturas, gripe, resfriado ou outras alterações que possam impossibilitar a realização dos testes ou diminuir a capacidade física do candidato. (f. 51)

Outrossim, o Edital de Convocação para realização do Teste de Capacidade Física (nº 24/2019 SAD/SEJUSP/PMMS/QOS), publicado no Diário Oficial nº 9.902, do dia 15/05/2019, estabeleceu que o candidato que não reunir condições de realizar a prova no dia marcado, será considerado inapto e reprovado em tal fase, in verbis:

13. O candidato que não reunir condições de realizar os testes de aptidão física no dia previsto, sejam quais forem os motivos, ou que não obtiver os índices mínimos estabelecidos neste Edital para qualquer dos exercícios, será considerado inapto e reprovado na Fase de Exame de Capacidade Física. (f. 125)

Como se sabe, o edital é a lei do concurso. No entanto, o regramento nele contido pode ser alterado pelo Poder Judiciário quando ferir o direito subjetivo do candidato, configurando exclusão injusta e arbitrária, em observância aos princípios da isonomia, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO ORDINÁRIA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL – CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL – EDITAL Nº 001, DE 1º/08/2013 – CONTROLE DA LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – CANDIDATO ELIMINADO NA PROVA DE CAPACIDADE FÍSICA – TESTE DE FLEXÃO ABDOMINAL – REGRAS DE EXECUÇÃO PREVISTAS NO EDITAL – RECURSO CONTRA O RESULTADO – DIREITO CONSTITUCIONAL – FORNECIMENTO DOS VÍDEOS PARA FORMULAÇÃO DA DEFESA – NECESSIDADE PARA RAZOÁVEL CONTRADITÓRIO – PARECER TÉCNICO DE PROFISSIONAL DA ÁREA DE EDUCAÇÃO FÍSICA – PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO AFASTADA – ATO ANULADO PELO PODER

JUDICIÁRIO – AFRONTA AO EDITAL E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – APELO DO DISTRITO FEDERAL E DO AUTOR – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – FIXAÇÃO SOB A ÊGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PATAMAR RAZOÁVEL – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA.(...) . 3. O Poder Judiciário tem legitimidade, não para a revisão do mérito administrativo, diga- e, mas para analisar a legalidade de correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e conclusões resultantes das etapas do certame à luz do exigido no edital, configurando proteção a exclusões injustas, arbitrariedades, tudo em prestígio aos princípios da isonomia, igualdade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade. 4 (...)

No caso, os dispositivos contidos no edital do certame, acima transcritos, violam o direito líquido e certo da impetrante de remarcar o exame de capacidade física, ocasionando-lhe prejuízos.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.058.333, de relatoria do Ministro Luiz Fux (DJ 21/11/2018), reconheceu o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão em sentido contrário no respectivo edital. Na ocasião, foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral:

É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

Apesar de autoridade impetrada asseverar que o referido precedente se aplica apenas às candidatas grávidas, e não àquelas que estão no período puerperal, isso não pode servir de fundamento para obstar o direito da impetrante de realizar a segunda chamada do teste de aptidão física.

Como visto, a autora se submeteu a uma cesariana pouco tempo antes da realização de tal fase do concurso, razão pela qual estava temporariamente inapta para realizar os testes físicos exigidos. Essa incapacidade, inclusive, foi atestada por meio do laudo médico juntado à f. 127.

Nos termos do art. 6º da Constituição Federal, ‘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.’

A proteção constitucional à maternidade e à gestante impõe a necessidade de tratamento diferenciado à candidata grávida ou no período de recuperação pós-parto, o que não enseja violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição Federal).

Isso porque, apesar deste princípio dispor que todos são iguais perante a lei, essa igualdade é material, ou seja, possui a finalidade de garantir tratamento igualitário para os iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Assim sendo, a candidata que tenha se submetido recentemente à cesariana, como o caso da impetrante, se enquadra na última hipótese, pois seu estado físico exige uma série de adequações, restrições e cuidados especiais, tendo direito ao adiamento da aludida etapa do concurso se sua condição peculiar assim o exigir.

Não por outro motivo, em casos semelhantes, o mesmo foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça deste Estado:

‘EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSOPÚBLICO DE PROVAS PARA INGRESSO NO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MS – REPROVAÇÃO NO EXAME DE SAÚDE – CANDIDATA GESTANTE CONSIDERADA

INAPTA – ELEMENTOS COMUNS DA GRAVIDEZ – MOTIVOS INIDÔNEOS – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE – ATO NULO – REMARCAÇÃO DO EXAME – REALIZAÇÃO DO EXAME FÍSICO SOMENTE 01/05/2019 – POSSIBILIDADE – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER. São inidôneos os motivos que consideram inapta candidata que apresenta, no exame de saúde, elementos comuns à gravidez. Segurança concedida para declarar nulo o ato e garantir a realização dos Etapas III e IV para data posterior a 01/05/2019 e, em caso de aprovação, sua participação nas demais fases do concurso.’ (TJMS. MS 1413580-78.2018.8.12.0000, Órgão Julgador: 3ª Seção Cível, Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski, DJe 22/05/2019)

EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – MATÉRIA SUBMETIDA À REPERCUSSÃO GERAL – AUTOS EXAMINADOS NOVAMENTE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – ARTIGO 1.040, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – DISTINÇÃO DO CASO – CONCURSO PÚBLICO – TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – CANDIDATA GESTANTE – POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO. 01. Não cabe juízo de retratação (art. 1.040, II, do Código de Processo Civil), tendo em vista a distinção entre o caso discutido no acórdão que julgou o recurso de apelação e a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal (RE 563708/MS). 02. A proteção constitucional à maternidade e à gestante não só autoriza mas impõe a necessidade de tratamento diferenciado à candidata gestante, sem que isso importe em violação ao princípio da isonomia. A candidata tem direito à remarcação do exame de capacidade física quando comprovado o estado de gravidez e a impossibilidade em realizar o teste físico. Juízo de retratação não exercido.’ (TJMS. MS 1409770-37.2014.8.12.0000, Órgão Julgador: 3ª Seção Cível, Rel. Des. Vilson Bertelli, DJe 06/03/2017)

‘MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS PM – RETORNO DA VICE-RESIDÊNCIA – RE Nº 630.733/STF – EDITAL QUE VEDA EXPRESSAMENTE REMARCAÇÃO DE TESTE DE APTIDÃO FÍSICA EM RAZÃO DE PROBLEMA TEMPORÁRIO DE SAÚDE, MAS NADA REFERE ACERCA DA GRAVIDEZ – CANDIDATA GESTANTE QUE, APÓS SER APROVADA NO TESTE DE SAÚDE, FOI CONVOCADA PARA SUBMETER-SE AO TESTE – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – REMARCAÇÃO DO TESTE E PROSSEGUIMENTO NO CERTAME – POSSIBILIDADE – JULGAMENTO RATIFICADO PARA MANTER A CONCESSÃO DA SEGURANÇA. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 630.733/DF, no qual reconheceu ‘a inexistência de direito dos candidatos 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, não diz respeito a situação de candidatas gestantes, mas sim a outros problemas de saúde temporários que impediam os candidatos de se submeterem ao teste de aptidão física. Se a candidata está impossibilitada de realizar os exames de aptidão física ante o seu avançado estado de gestação, ela possui direito líquido e certo na remarcação do teste físico, porquanto além desse direito concordar com o princípio da isonomia em sua dimensão material (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades), ainda atende a norma constitucional que alça a maternidade ao status de direito social (art. 6º, CF).’ (TJMS MS 1407207-70.2014.8.12.0000, Órgão Julgador: 3ª Seção Cível, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, DJe 31/10/2016)

‘MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATA GESTANTE – REMARCAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA – EDITAL OMISSO QUANTO AO FATO ESPECÍFICO DA GRAVIDEZ – CANDIDATA GRÁVIDA DO NONO MÊS NA ÉPOCA DA CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS FÍSICAS – IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DE REALIZAÇÃO DO EXAME – JUSTA CAUSA QUE DEVE SER TOMADA EM CONSIDERAÇÃO PELA BANCA EXAMINADORA E DESIGNAR NOVA DATA, CESSADO O PERÍODO DE RESGUARDO, CONTADO DA DATA DO PARTO – BANCA EXAMINADORA QUE ELIMINA A CANDIDATA – FALTA DE RAZOABILIDADE – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ADOÇÃO DE MEDIDA QUE VIOLA O ARTIGO 3º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, POR TER FEITO DISCRIMINAÇÃO DA CANDIDATA EM RAZÃO DO SEXO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL

630733/DF QUE NÃO SE APLICA AO CASO – PRESENTE SEGURANÇA – CONCEDIDA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO REALIZADO. O Supremo Tribunal Federal, no RE 630733/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, houve por bem rever seu antigo posicionamento e firmar o entendimento 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. Essa decisão, todavia, não atinge à candidata que participa de concurso público e se encontra no nono mês de gravidez quando é feita a convocação para o teste de aptidão física, uma das etapas eliminatórias do certame, caso em que deve lhe ser oportunizada a realização do teste de aptidão física no prazo indicado em laudo médico. Ao assim não agir a Banca Examinadora não só cometeu ato ilegal e abusivo, porque ofendeu ao princípio da igualdade, dando tratamento igual a quem se encontrava em situação de desigual em relação aos demais candidatos concorrentes, mulheres não grávidas inclusive, como também promoveu discriminação quanto ao sexo da candidata que, por ser mulher e estar grávida, o que sabidamente não é uma doença, tinha justa causa para requerer e obter o adiamento do seu teste de aptidão física. Juízo de retratação não realizado, ordem mantida.’ (TJMS MS 1403053-09.2014.8.12.0000, Órgão Julgador: 2ª Seção Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, DJe 09/09/2015)

Inclusive, na própria decisão que reconheceu a repercussão geral dessa questão, o ministro Luiz Fux afirmou que ‘Além de gravidez não ser doença, a especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher. Tendo em vista que a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física pode acarretar a eliminação da candidata gestante do concurso público ou risco à saúde da gestante e do nascituro, torna-se importante avaliar se há comprometimento do princípio da isonomia ou de outros valores caros ao constituinte.’

Nesse contexto, admite-se a remarcação da data para avaliação do teste físico diante da peculiaridade em que se encontra a candidata impossibilitada de realizar o exame, em razão de gravidez ou de recuperação pós-parto, excepcionalmente para atender o princípio da isonomia, justamente por não se encontrar em igualdade de condições com os demais concorrentes.

Por fim, é importante considerar que a medida atende ao princípio da eficiência, especialmente no caso de concurso público, porquanto, ao aumentar a competitividade do certame, promove-se o interesse da Administração Pública em selecionar os candidatos mais bem qualificados.

Ex positis, diante da comprovação do direito líquido e certo da impetrante de remarcar a data para a realização do exame de capacidade física, manifesta-se esta Procuradoria de Justiça pela concessão da segurança.”

Assim, considerando todo o analisado e fundamentado, tenho por ratificar a liminar antes deferida e conceder a segurança nos termos acima apresentado.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, concedo a segurança para que seja remarcado o exame de aptidão física, para no mínimo 120 dias após a data do parto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

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. Nélcio Stábile.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Alexandre Bastos

Apelação Cível nº 0800575-23.2018.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – REPRISTINAÇÃO DE LEI MUNICIPAL REVOGADA EM RAZÃO DE RECOMENDAÇÃO DO MP POR MOTIVO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DA RESTAURAÇÃO DE LEI COM VÍCIO QUANTO À MATÉRIA – RECURSO IMPROVIDO.

Há ausência absoluta de direito líquido e certo na restauração de lei revogada em razão de ilegalidade (Lei 10.257/2001 – art. 42-B e art. 2º-A) e inconstitucionalidade (art. 225, § 1º, IV) que, inclusive, consiste em dever da administração pública rever seus atos por razão de ilegalidade (autotutela), mormente, em face de aprovação de licenciamento ambiental sem estudo de impacto ambiental e demais requisitos previstos no sistema jurídico.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Renovação Empreendimentos Imobiliários Ltda – EPP em face da sentença de f. 415-421 e f. 433, que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado pelo apelante.

Renovação Empreendimentos Imobiliários Ltda – EPP suscita no recurso de apelação de f. 436-453, em apertada síntese: provimento do recurso de apelação para conceder a ordem trazida no mandado de segurança para aplicar o efeito da repristinação às leis que foram ilegal e inconstitucionalidade revogadas.

As partes recorridas, devidamente intimadas (f. 460 e f. 462), apresentaram contrarrazões às f. 463-471 e f. 472-477, pelo improvimento do recurso de apelação, bem como, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça de f. 503-523.

VOTO (28/01/2020)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Renovação Empreendimentos Imobiliários Ltda – EPP em face da sentença de f. 415-421 e f. 433, que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado pelo apelante.

Renovação Empreendimentos Imobiliários Ltda – EPP suscita no recurso de apelação de f. 436-453, em apertada síntese: provimento do recurso de apelação para conceder a ordem trazida no mandado de segurança para aplicar o efeito da repristinação às leis que foram ilegal e inconstitucionalidade revogadas.

As partes recorridas, devidamente intimadas (f. 460 e f. 462), apresentaram contrarrazões às f. 463-471 e f. 472-477, pelo improvimento do recurso de apelação, bem como, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça de f. 503-523.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que o impetrante é possuidor das áreas rurais matriculadas sob os n.ºs 12.306, 12.307 e 12.308 do CRI de Aquidauana e que requereu junto ao Município de Aquidauana fossem as referidas áreas transformadas em área de expansão urbana, com o fim de implementar empreendimento imobiliário (loteamento de lazer). Que o Ministério Público Estadual enviou recomendação ao chefe do executivo para que fossem revogadas as Leis Municipais n.º 2.257/2012 e 2.328/2014, que davam suporte legal ao pedido administrativo do referido empreendimento imobiliário e, recomendação esta, que foi atendida por meio da promulgação da Lei Municipal n.º 2.552/2017. Assevera que o direito assegurado pelas leis revogadas já havia se incorporado a seu patrimônio jurídico e que, mesmo que a revogação das leis tenha ocorrido por recomendação do Ministério Público, tal ato fere a segurança jurídica e o direito adquirido, razão pela deve ser declaração incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2.552/2017. A sentença denegou a ordem por ausência de direito líquido e certo diante de lei inconstitucional (afronta ao art. 225, § 1º, IV da CF/88 - exigência de prévio estudo de impacto ambiental) e diante do poder discricionário do poder público em rever seus atos em razão de ilegalidade.

Tenho que o pedido recursal peca pela impossibilidade jurídica e que apesar de se distanciar dos fundamentos da sentença recorrida, vez que passou a tecer críticas ofensivas ao órgão ministerial, tenho que há o mínimo de fundamentação, o que afasta o não conhecimento por ausência de fundamentação. Até porque, acolho o tanto quanto possível o julgamento meritório, nos termos do art. 4º, art. 6º e art. 139, II, todos do CPC.

Veja-se pela doutrina sobre a impossibilidade jurídica do pedido:

“Por possibilidade jurídica do pedido, portanto, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou a que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material.” (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 11. ed. Revista, aplicada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 417. v. 1, parte geral).

“Segundo Liebman, a possibilidade consiste na admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, no fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade pode emitir, não sendo expressamente proibido. De fato, às vezes determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto.” (SANTOS, Nelton do. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 808).

Pelo STJ:

“Ausente vedação expressa, no ordenamento jurídico, ao pleito formulado pelos autores, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.” (REsp 813.678/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

“O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.” (REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

E é o que ocorre neste caso, vez que resta evidente que a matéria tratada na legislação revogada pela Lei nº 2.552/2017 padecia de vício de inconstitucionalidade, na medida em que, ao versar sobre expansão da área urbana do município, pressupunha efetiva participação popular na sua elaboração, bem como total atenção aos requisitos legais, o que não ocorreu no caso em exame, afrontando claramente todos os dispositivos legais (Lei 10.257/2001 – art. 42-B¹ e art. 2º-A²) e constitucionais (art. 225, § 1º, IV³). Ademais, também não houve qualquer análise de qual tipo de solo, quais restrições ambientais ou urbanísticas que há na área cujo perímetro urbano foi expandido, violando-se o artigo 3º, da Lei nº 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo).

Assim sendo, administração pública municipal, por seu prefeito, utilizando-se do poder de autotutela, que lhe confere a possibilidade de anular ou revogar atos administrativos, encaminhou o projeto de Lei nº 041/2017 à Câmara Municipal, que após ouvir os esclarecimentos do impetrante, conforme se verifica pela ata de f. 351-354, aprovou a Lei nº 2.552/2017 que revogou as Leis nº 2.257/2012 e 2.328/2014, não havendo qualquer indício de inconstitucionalidade no presente caso.

Ora, o pedido trazido na ação mandamental e que insiste por esta via recursal é protelatório e destituído de qualquer fundamento, além de se revestir de impossibilidade jurídica, vez que traz pretensão em sentido diametralmente oposto ao teor da Súmula nº 473 do STF, ao dispor que:

“(...) a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

E, por via de consequência, impossível falar em direito adquirido e em segurança jurídica como pretende o apelante. Portanto, nem de longe estamos diante de direito líquido e certo, pelo contrário.

Por fim, acolho o pedido da Procuradoria Geral de Justiça, mais precisamente, às f. 508-512 do parecer, para determinar que haja supressão das expressões ofensivas ali mencionadas.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, para manter a denegação da ordem. Sem sucumbência recursal do art 86, § 11 do CPC, vez que não fixada em primeiro grau de jurisdição, bem como, acolho o pedido da Procuradoria Geral de Justiça – PGJ, para determinar que a Secretaria efetive a supressão das expressões ofensivas indicadas pela PGJ às f. 508-512 e que contidas nas razões recursais.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 11/02/2020 em face do pedido de vista do Des. Luiz Tadeu, após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (11/02/2020)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º vogal)

Pedi vista para melhor analisar a matéria devolvida a este Tribunal no apelo de Renovação Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Colhe-se dos autos que a apelante impetrou mandado de segurança contra ato imputado ao Prefeito

1 “Art. 42-B. Os Municípios que pretendam ampliar o seu perímetro urbano após a data de publicação desta Lei deverão elaborar projeto específico que contenha, no mínimo: (...)”.

2 “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...)”.

3 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Municipal de Aquidauana e ao Presidente da Câmara de Vereadores pretendendo obter a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.552/2017, que revogou as Leis Municipais nºs 2.257/2012 e 2.328/2014, e, conseqüentemente, o reconhecimento de legalidade do seu empreendimento imobiliário.

O juízo singular, considerando que “(...) da minuciosa análise dos documentos carreados aos autos pelo impetrante, pelas autoridades coatoras, bem como da manifestação ministerial, nota-se que não há qualquer comprovação de que as Leis nº 2.257/2012 e 2.328/2014 foram editadas em observância à Constituição Federal e legislação ambiental” (f. 419) e que “resta evidente que a matéria tratada na legislação revogada pela Lei nº 2.552/2017 padecia de vício de inconstitucionalidade, na medida em que, ao versar sobre expansão da área urbana do município, pressupunha efetiva participação popular na sua elaboração, bem como total atenção aos requisitos legais, o que não ocorreu no caso em exame, afrontando claramente todos os dispositivos legais e constitucionais citados anteriormente” (f. 419), denegou a ordem pleiteada.

O relator, Desembargador Alexandre Bastos, sob o argumento de que “(...) a matéria tratada na legislação revogada pela Lei nº 2.552/2017 padecia de vício de inconstitucionalidade, na medida em que, ao versar sobre expansão da área urbana do município, pressupunha efetiva participação popular na sua elaboração, bem como total atenção aos requisitos legais, o que não ocorreu no caso em exame, afrontando claramente todos os dispositivos legais (Lei 10.257/2001 – art. 42-B e art. 2º-A) e constitucionais (art. 225, § 1º, IV). Ademais, também não houve qualquer análise de qual tipo de solo, quais restrições ambientais ou urbanísticas que há na área cujo perímetro urbano foi expandido, violando-se o artigo 3º, da Lei nº 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo)” e que a “(...) administração pública municipal, por seu prefeito, utilizando-se do poder de autotutela, que lhe confere a possibilidade de anular ou revogar atos administrativos, encaminhou o projeto de Lei nº 041/2017 à Câmara Municipal, que após ouvir os esclarecimentos do impetrante, conforme se verifica pela ata de f. 351-354, aprovou a Lei nº 2.552/2017 que revogou as Leis nº 2.257/2012 e 2.328/2014, não havendo qualquer indício de inconstitucionalidade no presente caso”, negou provimento ao recurso, mantendo a sentença tal como lançada.

Pois bem. Observa-se da documentação encartada nos autos, mais precisamente às f. 39-50, que a edição da Lei Municipal nº 2.257/2012⁴ foi precedida de requerimento formulado pela impetrante Renovação Empreendimentos Imobiliários Ltda, acompanhado dos documentos listados às f. 40-41. Dentre referidos documentos, entretanto, não consta o estudo prévio de impacto ambiental, exigido pelo artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, como no caso dos autos.

Também não está entre os documentos apresentados o necessário estudo do solo para fins de parcelamento, requisito para sua admissão, nos termos do artigo 3º da Lei 6.766/1979⁵, assim redigido:

“Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Parágrafo único. Não será permitido o parcelamento do solo:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

4 Que “Transforma área rural em área de expansão urbana e dá outras providências”.

5 Que “Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências”.

V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.”

Vê-se, portanto, não terem sido preenchidos determinados requisitos da Lei nº 2.257/2012, alterada pela Lei nº 2.328/2014, o que levou o chefe do poder executivo municipal, como observado pelo relator, no exercício do seu poder de autotutela, “(...) a encaminhar o projeto de Lei nº 041/2017 à Câmara Municipal, que após ouvir os esclarecimentos do impetrante, conforme se verifica pela ata de f.351-354, aprovou a Lei nº 2.552/2017 que revogou as Leis nº 2.257/2012 e 2.328/2014.”

A desobediência às normas constitucionais e legais citadas, desta feita, não confere direito adquirido à impetrante. Com efeito, “Consoante entendimento dos Tribunais Superiores, não há direito adquirido contra a Constituição e as violações diretas ao texto constitucional não se convalidam⁶.”

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça⁷:

“ADMINISTRATIVO – LICENÇA DE CONSTRUÇÃO – DIREITO DE CONSTRUIR – ALVARÁ EXPEDIDO EM DESOBEDIÊNCIA A LEI – NEGADO PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA CONCESSÃO DE LIMINAR, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, EM ANDAMENTO, NÃO COMPORTA RECURSO ESPECIAL – NÃO CARACTERIZA DIVERGÊNCIA ACÓRDÃO DE PRESSUPOSTOS DIVERSOS: LICENÇA REGULARMENTE CONCEDIDA ANTEPOSTA A LICENÇA EXPEDIDA CONTRARIANDO NORMAS MUNICIPAIS E FEDERAIS – ALVARÁ EXPEDIDO SEM OBEDIÊNCIA AOS REGULAMENTOS NÃO CONFERE DIREITO ADQUIRIDO, PODENDO SER ANULADO – A CONTINUIDADE DA OBRA DA AGRAVANTE CAUSARIA DANOS IRREVERSÍVEIS À ÁREA ATINGIDA E TORNARIA IMPOSSÍVEL, A SUA RECUPERAÇÃO, COMPROMETENDO O QUADRO AMBIENTAL E PAISAGÍSTICO.”

Posto isso, acompanho o voto do relator para, com o parecer, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

⁶ TRF-3, 5ª Turma, Apelação nº 0021298-91.2002.4.03.6100, rel. Des. Fed. Maurício Kato, data de julgamento: 28/03/2016.

⁷ 1ª Turma, REsp 2696/SP, rel. Min. Garcia Vieira, Data do julgamento: 18/02/1991.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação Cível nº 0800009-67.2015.8.12.0009 - Camapuã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA C/C AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – JULGAMENTO IMPROCEDENTE DA AÇÃO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – NÃO OCORRÊNCIA – CAUSA MADURA E MATÉRIA AMPLAMENTE DEBATIDA EM OUTRAS AÇÕES – PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS DESNECESSÁRIAS – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – MÉRITO – AÇÃO REINVIDICATÓRIA – IUS POSSIDENDI – EXISTÊNCIA DE SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO QUE VERSAM SOBRE A POSSE EXERCIDA PELO APELADO – EXISTÊNCIA DE DOCUMENTO EM QUE O APELANTE DECLARA QUE O APELADO É SÓCIO DA ÁREA – JUSTOS TÍTULOS QUE LEGITIMAM A POSSE DOS APELADOS – NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO COM TERCEIROS QUE NÃO MODIFICAM AQUELE PREVIAMENTE ENTABULADO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – SENTENÇA SINGULAR MANTIDA.

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, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Antônio João Hugo Rodrigues e Márcia Aparecida dos Santos Rodrigues interpõem recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo de direito da 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Camapuã, nos autos da ação reivindicatória c/c ação de reparação de danos, ajuizado em face de Wilson Abud e Ednaide Antunes Abud, que julgou totalmente improcedente os pedidos contidos na inicial.

Alegam que a sentença singular deve ser declarada nula, uma vez que houve cerceamento de defesa, e que não seria possível o julgamento antecipado do mérito com supressão da fase instrutória, violando os arts. 355, I e 369 do CPC.

Afirmam que ao contrário do que constou na sentença singular, não era o caso de julgamento antecipado, mas sim de produção de provas.

Aduzem que a sentença singular funda-se no fato de que a posse exercida pelos apelados seria justa, ante o pronunciamento já realizado nos autos da Ação de Reintegração de Posse nº 168/97 e por isso não seria necessária a produção de provas nestes autos. Ocorre que tal argumento seria contrário ao anterior pronunciamento (f. 1.823), a qual afastou a alegação de coisa julgada em relação ao objeto da presente ação e da Ação de Reintegração de Posse nº 168/97.

Defendem que o resultado da Ação de Reintegração de Posse nº 168/97, dizia respeito ao *ius possessionis* (direito de posse), não reflete no julgamento da presente ação reivindicatória, que se funda no direito de propriedade e o *ius possidendi* (direito à posse), pelo que se mostra patente o equívoco na supressão da fase instrutória deste novo processo.

Distinguem por meio de lições doutrinária a diferença entre ação possessória e ação petitória.

Argumentam que na ação de Reintegração de Posse nº 168/97 não restou decidido se a posse de Wilson Abud seria justa ou injusta.

Ponderam que o fato da posse dos apelados ser justa ou injusta não poderia obstaculizar a procedência da presente ação, uma vez que não constitui requisito da tutela reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta, não se confundindo o pressuposto de injustiça na posse a que se refere o art. 1.228 do Código Civil de 2002 com a definição de posse injusta contida no art. 1.200 do mesmo diploma legal.

Sustentam que os apelantes deveriam ter a oportunidade de produzirem provas acerca da qualidade da posse, se tal fato foi considerado na sentença singular.

Por meio da produção de provas pretendiam os apelantes demonstrarem que a posse dos apelados não é exercida há mais de uma década, tal como constou na sentença singular.

Informam que a fase de produção de provas é indispensável, sendo inclusive assegurada no art. 369 do CPC.

Acaso superada a preliminar, alegam que a sentença não merece ser mantida no seu mérito.

Isso porque, houve equívoco na interpretação da expressão “injustamente a possua” contida no art. 1228 do Código Civil, uma vez que essa expressão não se confunde com o conceito de “posse injusta” do mesmo diploma.

Alegam que o sentido contido no art. 1.228 do CC é de que o proprietário não possuidor não pode reivindicar a posse de quem não exerça poder fático sobre a coisa, o que nada tem a ver com a definição de posse justa contida no art. 1.200 do Código Civil, que é pertinente apenas para as ações possessórias.

Defendem que a injustiça da posse a que se refere o art. 1.228 é aferida, portanto, pela condição de o reivindicante ser proprietário e não concordar com a permanência do revidincado, aliada ao fato de este não ser proprietário.

Colaciona jurisprudência e lições doutrinárias sobre a matéria.

Aduzem que jamais houve qualquer decisão que reconhecesse a qualidade da posse exercida pelos apelados, e que houve equívoco na vinculação do resultado da ação reivindicatória à ação de reintegração de posse e demais processos.

Sustenta que nos Autos nº168/97 não houve decisão sobre a natureza da posse ser justa ou injusta, e que tampouco tal definição aconteceu nas outras ações propostas. Assim, a afirmação do juízo singular não encontra respaldo real.

Argumentam que para aferir se a posse de Wilson Abud era justa ou injusta, necessário se faz compreender a origem de tal posse.

Explicam que a posse do imóvel pertencia a Izildo Siqueira Fernandes, que a adquiriu por meio de violência e de forma clandestina, sendo portanto injusta e de má-fé. Tal posse foi transferida à José Arantes de Souza, de quem a posse foi adquirida pelo apelante João Hugo, após ser aconselhado pelo apelado Wilson Abud.

Adquirir a posse, em 1986, com a intenção de viabilizar a propositura da ação de usucapião para obter o prometido título de domínio da Fazenda Fundão Alegre, Antônio João ajustou com Wilson Abud (seu advogado na época), a título de honorários advocatícios, a cessão de 310 hectares da “posse” da área.

Ocorre que os reais proprietários das terras manejaram duas ações possessórias, momento em que os apelantes tiveram conhecimento que a posse adquirida não era justa e pacífica, e de forma a dar fim na cadeira de grilagem do imóvel, adquiriram dos reais proprietários as terras, pagando o montante acordado sem qualquer ajuda do apelado Wilson Abud.

Desta forma, neste momento os apelantes deixaram de ostentar a posse injusta e de má-fé, e passaram a exercer a posse justa e de boa-fé. No entanto, como Wilson Abud não contribuiu com qualquer valor para a aquisição da propriedade, continuou a ostentar a posse injusta e de má-fé.

Defendem que a disputa da posse que ocorreu na Ação de Reintegração de Posse nº 168/97 tinha como pressuposto o esbulho da composse que Antônio João e Wilson Abud exerciam. Debateu-se no juízo possessório (*iudicium possessorium*) o *ius possessionis* (direito de posse), pois a disputa na ocasião se deu entre dois possuidores, tendo sido protegida a posse em favor de Wilson Abud.

Agora a discussão é outra, uma vez que Antônio João é o dono e Wilson Abud não é. Se as partes estavam vinculadas no primeiro negócio, tal vínculo não mais subsiste no segundo.

Desta forma, o restabelecimento do *status quo ante* determinado na Reintegração de Posse nº 168/97, refere-se ao primeiro negócio. E a presente demanda versa sobre o segundo negócio.

Afirmam que a sentença singular também está equivocada ao afirmar que os apelados encontram-se na posse do imóvel há mais de uma década. Não há prova nenhuma sobre tal fato. Destacam que a posse não foi exercida entre dezembro de 2001 e setembro de 2014, e colaciona fotos que alegam comprovar tais fatos.

Argumentam ainda que o julgamento da ações rescisórias manejadas não justificam a improcedência da ação rescisória.

Ponderam que na petição inicial os apelantes cumularam o pedido reivindicatório com o pedido indenizatório, sendo certo que, como não houve procedência do pedido reivindicatório, tal pleito sequer chegou a ser analisado. Assim, com a reforma da sentença singular, deverá ser apreciado o pedido de indenização pelo período em que os apelantes não exerceram a posse do imóvel.

Ao final, requerem que o presente recurso seja conhecido e provido, com a consequente reforma da sentença singular.

Contrarrazões apresentadas às f. 1.920-1.934, em que os apelados rechaçam os argumentos utilizados na presente apelação. Alegam que não foram partes no processo movido pelos reais proprietários do imóvel e que culminou com a compra das terras. Defendem que a posse exercida é justa e comum com os apelantes desde 1984. Ponderam que há documento em que o apelante confessa a sociedade possessória sobre a área, e que tal direito restou decidido por vários acórdãos. Pugnam pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Com as contrarrazões vieram os documentos de f. 1.935-1954.

Os apelados manifestam-se nos autos, informando que houve composição com a apelante Marcia Aparecida dos Santos Barros em outros autos que também versam sobre o imóvel debatido nesta lide, e que na referida composição amigável definiu-se a exclusão da apelante do polo ativo da presente ação.

O pedido de exclusão da apelante foi devidamente homologado (f. 1.977). Assim, a presente apelação prosseguirá somente em relação ao apelante Antônio João Hugo Rodrigues.

VOTO(29/01/2020)

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

Antônio João Hugo Rodrigues e Márcia Aparecida dos Santos Rodrigues interpõem recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo de direito da 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Camapuã, nos autos da ação reivindicatória c/c ação de reparação de danos, ajuizado em face de Wilson Abud e Ednaide Antunes Abud, que julgou totalmente improcedente os pedidos contidos na inicial.

Alegam que a sentença singular deve ser declarada nula, uma vez que houve cerceamento de defesa, e que não seria possível o julgamento antecipado do mérito com supressão da fase instrutória, violando os arts. 355, I e 369 do CPC.

Afirmam que ao contrário do que constou na sentença singular, não era o caso de julgamento antecipado, mas sim de produção de provas.

Aduzem que a sentença singular funda-se no fato de que a posse exercida pelos apelados seria justa, ante o pronunciamento já realizado nos autos da Ação de Reintegração de Posse nº 168/97 e por isso não seria necessária a produção de provas nestes autos. Ocorre que tal argumento seria contrário ao anterior pronunciamento (f. 1.823), a qual afastou a alegação de coisa julgada em relação ao objeto da presente ação e da Ação de Reintegração de Posse nº 168/97.

Defendem que o resultado da Ação de Reintegração de Posse nº 168/97, dizia respeito ao *ius possessionis* (direito de posse), não reflete no julgamento da presente ação reivindicatória, que se funda no direito de propriedade e o *ius possidendi* (direito à posse), pelo que se mostra patente o equívoco na supressão da fase instrutória deste novo processo.

Distinguem por meio de lições doutrinária a diferença entre ação possessória e ação petítória.

Argumentam que na Ação de Reintegração de Posse nº 168/97 não restou decidido se a posse de Wilson Abud seria justa ou injusta.

Ponderam que o fato da posse dos apelados ser justa ou injusta não poderia obstaculizar a procedência da presente ação, uma vez que não constitui requisito da tutela reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta, não se confundindo o pressuposto de injustiça na posse a que se refere o art. 1.228 do Código Civil de 2002 com a definição de posse injusta contida no art. 1.200 do mesmo diploma legal.

Sustentam que os apelantes deveriam ter a oportunidade de produzirem provas acerca da qualidade da posse, se tal fato foi considerado na sentença singular.

Por meio da produção de provas pretendiam os apelantes demonstrarem que a posse dos apelados não é exercida há mais de uma década, tal como constou na sentença singular.

Informam que a fase de produção de provas é indispensável, sendo inclusive assegurada no art. 369 do CPC.

Acaso superada a preliminar, alegam que a sentença não merece ser mantida no seu mérito.

Isso porque, houve equívoco na interpretação da expressão “injustamente a possua” contida no art. 1228 do Código Civil, uma vez que essa expressão não se confunde com o conceito de “posse injusta” do mesmo diploma.

Alegam que o sentido contido no art. 1.228 do CC é de que o proprietário não possuidor não pode reivindicar a posse de quem não exerça poder fático sobre a coisa, o que nada tem a ver com a definição de posse justa contida no art. 1.200 do Código Civil, que é pertinente apenas para as ações possessórias.

Defendem que a injustiça da posse a que se refere o art. 1.228 é aferida, portanto, pela condição de o reivindicante ser proprietário e não concordar com a permanência do reivindicado, aliada ao fato de este não ser proprietário.

Colaciona jurisprudência e lições doutrinárias sobre a matéria.

Aduzem que jamais houve qualquer decisão que reconhecesse a qualidade da posse exercida pelos apelados, e que houve equívoco na vinculação do resultado da ação reivindicatória à ação de reintegração de posse e demais processos.

Sustenta que nos Autos nº168/97 não houve decisão sobre a natureza da posse ser justa ou injusta, e que tampouco tal definição aconteceu nas outras ações propostas. Assim, a afirmação do juízo singular não encontra respaldo real.

Argumentam que para aferir se a posse de Wilson Abud era justa ou injusta, necessário se faz compreender a origem de tal posse.

Explicam que a posse do imóvel pertencia a Izildo Siqueira Fernandes, que a adquiriu por meio de violência e de forma clandestina, sendo portanto injusta e de má-fé. Tal posse foi transferida a José Arantes de Souza, de quem a posse foi adquirida pelo apelante João Hugo, após ser aconselhado pelo apelado Wilson Abud.

Adquirida a posse, em 1986, com a intenção de viabilizar a propositura da ação de usucapião para obter o prometido título de domínio da Fazenda Fundão Alegre, Antônio João ajustou com Wilson Abud (seu advogado na época), a título de honorários advocatícios, a cessão de 310 hectares da “posse” da área.

Ocorre que os reais proprietários das terras manejaram duas ações possessórias, momento em que os apelantes tiveram conhecimento que a posse adquirida não era justa e pacífica, e de forma a dar fim na cadeira de grilagem do imóvel, adquiriram dos reais proprietários as terras, pagando o montante acordado sem qualquer ajuda do apelado Wilson Abud.

Desta forma, neste momento os apelantes deixaram de ostentar a posse injusta e de má-fé, e passaram a exercer a posse justa e de boa-fé. No entanto, como Wilson Abud não contribuiu com qualquer valor para a aquisição da propriedade, continuou a ostentar a posse injusta e de má-fé.

Defendem que a disputa da posse que ocorreu na Ação de Reintegração de Posse nº 168/97 tinha como pressuposto o esbulho da compossa que Antônio João e Wilson Abud exerciam. Debateu-se no juízo possessório (*iudicium possessorium*) o *ius possessionis* (direito de posse), pois a disputa na ocasião se deu entre dois possuidores, tendo sido protegida a posse em favor de Wilson Abud.

Agora a discussão é outra, uma vez que Antônio João é o dono e Wilson Abud não é. Se as partes estavam vinculadas no primeiro negócio, tal vínculo não mais subsiste no segundo.

Desta forma, o restabelecimento do *status quo ante* determinado na Reintegração de Posse nº 168/97, refere-se ao primeiro negócio. E a presente demanda versa sobre o segundo negócio.

Afirmam que a sentença singular também está equivocada ao afirmar que os apelados encontram-se na posse do imóvel há mais de uma década. Não há prova nenhuma sobre tal fato. Destacam que a posse não foi exercida entre dezembro de 2001 e setembro de 2014, e colaciona fotos que alegam comprovar tais fatos.

Argumentam ainda que o julgamento das ações rescisórias manejadas não justificam a improcedência da ação rescisória.

Ponderam que na petição inicial os apelantes cumularam o pedido reivindicatório com o pedido indenizatório, sendo certo que, como não houve procedência do pedido reivindicatório, tal pleito sequer chegou a ser analisado. Assim, com a reforma da sentença singular, deverá ser apreciado o pedido de indenização pelo período em que os apelantes não exerceram a posse do imóvel.

Ao final, requerem que o presente recurso seja conhecido e provido, com a consequente reforma da sentença singular.

Contrarrazões apresentadas às f. 1.920-1.934, em que os apelados rechaçam os argumentos utilizados na presente apelação. Alegam que não foram partes no processo movido pelos reais proprietários do imóvel e que culminou com a compra das terras. Defendem que a posse exercida é justa e comum com os apelantes desde 1984. Ponderam que há documento em que o apelante confessa a sociedade possessória sobre a área, e que tal direito restou decidido por vários acórdãos. Pugnam pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Com as contrarrazões vieram os documentos de f. 1.935-1954.

Os apelados manifestam-se nos autos, informando que houve composição com a apelante Marcia Aparecida dos Santos Barros em outros autos que também versam sobre o imóvel debatido nesta lide, e que na referida composição amigável definiu-se a exclusão da apelante do polo ativo da presente ação.

O pedido de exclusão da apelante foi devidamente homologado (f. 1.977). Assim, a presente apelação prosseguirá somente em relação ao apelante Antônio João Hugo Rodrigues.

É o relatório.

O presente recurso é tempestivo e o autor comprovou o recolhimento do preparo devido (f. 1.913-1915). Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Analisando detidamente os autos, bem como as razões apresentadas pelo recorrente, verifica-se que não assiste razão ao apelante, devendo a sentença singular ser integralmente mantida.

Preliminar

Alega preliminarmente o apelante que a sentença singular deve ser declarada nula ante a impossibilidade de julgamento antecipado do mérito, uma vez que necessária a fase instrutória da presente ação. A manutenção da sentença representa cerceamento de defesa.

Sem razão. Explico.

Consoante preceitua o art. 355 do CPC:

“Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.” (grifei)

Assim, é cabível o julgamento antecipado da lide quando a questão for unicamente de direito ou de direito e de fato, não houver necessidade de prova, cabendo ao juiz verificar quais as provas serão úteis à instrução processual, posto que vige o princípio do livre convencimento motivado.

A sentença restou assim fundamentada no tocante a desnecessidade de produção de provas (f. 1863):

“(…) É, de fato, caso de julgamento antecipado do mérito, com fundamento no art. 355, I do NCPC, tendo em vista que a matéria posta é de direito e a matéria fática com alguma relevância não reclama necessidade de produção de outras provas. A causa está absolutamente madura para receber julgamento. A pretensão das partes em produzir prova oral em audiência, com tomada de depoimento pessoal e oitiva de testemunhas, revela-se desnecessária, mormente porque a questão fática referente à suposta posse injusta ou não do demandado encontra-se suficiente demonstrada pela prova documental carreada aos autos. Portanto, não há necessidade de ingresso na fase de instrução oral.” (grifei)

Não se pode olvidar que o juiz é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 370 do Código de Processo Civil. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Na hipótese dos autos, não restou configurado o cerceamento de defesa, tendo em vista que a prova documental trazida aos autos é suficiente à formação do convencimento do magistrado.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73 – EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73 – INOCORRÊNCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE FUNDAMENTADO – ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – NULIDADE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SESSÃO – NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ – MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73 – CARÁTER PROTELATÓRIO INEXISTENTE – AFASTAMENTO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Aplicabilidade do CPC/73 neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC/73 (atual art. 1.022, II, do NCPC) quando o Tribunal se manifestou clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate do inconformismo. 3. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção das provas pretendidas pela parte, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento. 4. A nulidade do julgamento da apelação, por ausência de intimação da data da sessão, na espécie, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula nº 7 do STJ. 5. Não são protelatórios os embargos de declaração opostos visando prequestionar dispositivos para a interposição do apelo raro. Necessidade de afastamento da multa imposta com base no art. 538 do CPC/73. Inteligência da Súmula nº 98 do STJ. 6. Recurso especial provido em parte.” (REsp 1810435/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 28/11/2019) (grifei)

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, não podendo o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência.

Logicamente que a procedência ou improcedência do pedido inicial não pode ser interpretado como cerceamento de defesa.

Além disso, do exame dos elementos constantes nos autos, verifica-se que a prova postulada pelos réus não teria o condão de alterar a conclusão a que chegou o juízo *a quo* ao julgar improcedente a ação reivindicatória manejada pelo autor.

O autor pretendia, por meio de prova testemunhal, comprovar que a posse dos apelados não seria justa, e tampouco exercida pelo lapso temporal constante na sentença singular.

Ocorre que, a decisão singular pautou-se na análise não apenas nas alegações e provas produzidas na presente ação, mas também nos demais processos que envolvem o imóvel, os quais foram em sua totalidade desfavoráveis ao apelante, inclusive nas instâncias superiores (Ação Rescisória nº 2003.007773-1/0000-00

– para desconstituir acórdão da apelação da Ação de Reintegração de Posse nº 168/93 e Ação Rescisória 1408869.69.2014.8.12.0000, para desconstituir acórdão da Apelação nº 2004.014719-7/0000-00, referente a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização 169/97/Reconvenção nº 170/97).

De outro norte, não há qualquer contradição no fato do julgador singular ter afastado a alegação de coisa julgada, e ter considerado que os fatos referentes a posse já se encontravam demonstrados. Ora, em que pese a natureza diversa de ambas as ações (que leva ao afastamento da alegação de coisa julgada), não há divergência quanto aos fatos que deram origem a todas as ações.

Assim, não há qualquer nulidade a ser declarada nos presentes autos.

Mérito

Superada a preliminar aventada pelo apelante, passa-se à análise do mérito recursal.

Pois bem.

Defende o apelante que a sentença singular incorreu em erro de julgamento, ante demonstração dos requisitos necessários ao julgamento procedente da ação reivindicatória. Aduz que houve erro da interpretação da expressão “injustamente a possua”, contida no art. 1.228 do Código Civil, uma vez que essa não se confunde com o conceito de “posse injusta” contido no art. 1.200, também do Código Civil. Ainda, pondera que não houve qualquer decisão que reconhecesse a qualidade da posse exercida pelo apelado. Caso procedente o apelo no mérito, pugna pela condenação dos apelados ao pagamento da indenização pela não utilização da posse da área debatida.

Em que pesem os argumentos lançados, verifica-se que não é caso de provimento do recurso.

A sentença singular restou assim fundamentada:

“(...) Como é sabido, a Constituição Federal assegura o direito à propriedade, nos termos do artigo 5º, inciso XXII, e o direito ao uso, gozo e disposição da coisa é assegurado pelo Código Civil ao seu proprietário:

‘Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.’

A reivindicatória é ação real erga omnes para o proprietário fundado no domínio buscar a coisa onde e com quem se encontrar, como ensina Arnaldo Rizzardo:

Esta é uma ação real, exercitável erga omnes, que objetiva a retomada da coisa de quem quer que injustamente a detenha. (...). Segundo é proclamado, ‘trata-se de ação do proprietário sem posse contra o possuidor não proprietário, ficando a cargo do primeiro a prova do seu domínio e a posse injusta do segundo.’

Decorre ela da parte final do art. 1.228 do Código, que assegura ao proprietário o direito de reaver os seus bens de quem injustamente os possua. Funda-se no direito de sequela, armando o titular do domínio de meios para buscar o bem em mãos alheias, retomá-lo do possuidor e recuperá-lo do detentor. Visa o proprietário a restituição da coisa, seja imóvel ou móvel, eis que perdido se encontra o jus possessionis, pedindo que se apanhe e retire a mesma, que se encontra no poder ou na posse de outrem, sem um amparo jurídico.

Os requisitos da tutela reivindicatória são: a adequada individualização da coisa; a prova do domínio e da posse injusta por outrem. Neste sentido orientam precedentes do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO CIVIL – DIREITOS REAIS – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REINVIDICATÓRIA – CONDOMÍNIO EDILÍCIO – VAGA NA GARAGEM – COISA REINVIDICANDA NÃO INDIVIDUALIZADA – IMPOSSIBILIDADE. 1. A ação reivindicatória (art. 1.228 do CC), fundada no direito de sequela, outorga ao proprietário o direito de pleitear a retomada da coisa que se encontra indevidamente nas mãos de terceiro, tendo como requisitos

específicos: (i) a prova do domínio da coisa reivindicanda; (ii) a individualização do bem; e (iii) a comprovação da posse injusta. 2 DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – IMÓVEL ABANDONADO – INEXISTÊNCIA DE POSSE INJUSTA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. A admissibilidade da ação reivindicatória exige a presença de três requisitos: a prova da titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu. Precedentes. (...)

3. No caso dos autos, a comprovação da titularidade do domínio do imóvel resta demonstrada pela matrícula acostada às f. 107/108, onde consta que os autores Antonio João Hugo Rodrigues e Márcia Aparecida dos Santos Barros Rodrigues são os legítimos proprietários do imóvel rural denominado Fazenda Fundão Alegre, com área de 1.293 ha e 3.903 m², situado no Município de Figueirão-MS, matriculado sob o nº 10.689, no C.R.I. da Comarca de Costa Rica-MS, devidamente individualizado naquele documento e descrito na exordial.

Segundo a inicial, em 14/07/1986, os autores adquiriram a posse injusta e de má-fé do imóvel, pela escritura pública de cessão e transferência de direitos de posse (f. 97-99), da qual, em 18/12/1986, o primeiro autor cedeu ao primeiro réu o percentual de 25% (310 hectares). No entanto, em novembro/1993, os autores, sem a contribuição do requerido, adquiriram a propriedade do imóvel, através de escritura pública de compra e venda (f. 100-106), passando, desde então, a ter a propriedade e exercer a posse justa e de boa-fé, enquanto o demandado permaneceu ostentando a posse injusta e de má-fé, pois nada contribuiu para a compra da propriedade.

In casu, embora a parte autora tenha comprovado a propriedade do bem e individualizado o imóvel rural em questão, incumbe-lhe, também, comprovar a posse injusta exercida pela parte demandada.

Na inicial, os próprios autores confirmaram que, em 18/12/1986, cederam ao demandado o percentual de 25% do imóvel (310 hectares), o que é corroborado pela declaração firmada pelo autor, acostada à f. 90, sendo imperiosa a transcrição de trechos daquele documento:

‘(...) Declaro que Wilson Abud, portador do RG.4.117.233/SP e do CPF 311.833.528-91, é meu sócio no referido imóvel, tendo a participação de 1/4 do total, ou seja, 25% (vinte e cinco), que permanece em comum na referida fazenda. (...)’(grifei) .

A questão acerca da posse do demandado Wilson Abud foi longa e exaustivamente debatida no Poder Judiciário, em vários processos, especialmente na ação de reintegração de posse ajuizada pelo demandado e sua mulher contra os autores – Autos nº 168/93 (número originário), a qual foi julgada procedente para restabelecer a comosse havida entre os requerentes e os requeridos no imóvel denominado Fazenda Fundão Alegre, situado nesta Comarca de Camapuã, com área de 1.240,9549 hectares, conforme sentença e acórdãos juntados às f. 39-86, já transitado em julgado, o que culminou com a reintegração dos demandados na posse do mencionado imóvel rural em 18/12/2001, consoante auto de reintegração de posse de f. 87.

Além dessa ação de reintegração de posse, vencida pelos demandados, os autores ingressaram com duas ações rescisórias – Autos nº 2003.007773-1/0000-00 e 1408869-69.2014.8.12.0000, as quais também foram julgadas improcedentes (vide f. 325-346, 434-459 e 484-510), reconhecendo-se, assim, a legitimidade da posse exercida pela parte demandada.

Assim, a existência de documento escrito, firmado pelo autor, comprovando a existência de sociedade no imóvel litigioso, consistente em 25% do bem, bem como a existência de provimento judicial, transitado em julgado, em favor dos demandados, proferida em ação de reintegração de posse, comprovam a posse justa exercida pelos requeridos, apta a ensejar a improcedência da presente ação reivindicatória.

Por outro lado, o fato de, em 18/11/1993, terem os autores adquirido o domínio do imóvel em litígio de terceiras pessoas, por si só, não altera a relação jurídica existente entre

os requerentes e os demandados, mormente no que se refere à posse do imóvel, que já foi reconhecida como legítima em ação judicial, conforme anotado alhures.

Ora, não pode ser considerada injusta a posse de quem a exerce há mais de uma década (vide f. 87), por força de decisão judicial definitiva. Ademais, não houve transmutação da posse justa exercida pelo demandado em posse injusta, porque o que está em questão não é a relação possessória dos réus com os antigos proprietário, senão daqueles para com os autores.

Ainda que a ação esteja embasada em documento apto a comprovar o domínio do imóvel, resta ausente a comprovação da posse injusta da parte demandada, o que enseja a rejeição do pleito autoral.

Nesse sentido:

(...Omissis...)

Por outro lado, muito embora admitida a alegação da usucapião como matéria de defesa nas ações petitórias⁷, não é possível desenvolver-se pedido próprio de declaração de domínio do imóvel na contestação, porquanto a usucapião demanda rito próprio para seu reconhecimento, incompatível com o rito da ação reivindicatória.

Em outros termos, admite-se a usucapião, enquanto matéria de defesa em sede de ação reivindicatória, mas apenas para afastar a pretensão petitória, não se podendo, contudo, reconhecer a prescrição aquisitiva no bojo desse processo, ainda que por meio de reconvenção.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência pátria:

‘USUCAPIÃO – ARGUIÇÃO EM RECONVENÇÃO – INADMISSIBILIDADE. - Não se admite a possibilidade de alegação da usucapião em reconvenção nas ações petitórias e possessórias. Isto porque o procedimento especial da prescrição aquisitiva exige a formação de um litisconsórcio obrigatório entre os confinantes e terceiros interessados e, ainda, a intervenção obrigatória às Fazendas Públicas e do Ministério Público.’⁸

Desta forma, não há que se falar em obtenção da declaração de prescrição aquisitiva na presente via. Por outro lado, se a improcedência da ação tem como fundamento a inexistência de posse injusta dos réus, desnecessário perquirir-se neste mesmo ato judicial acerca das demais característica da posse apta ao usucapião, se sua finalidade seria apenas servir como matéria defensiva, visando a improcedência da demanda já improcedente por fundamento diverso. Nada mais seria, como já está sendo, do que um obiter dictum da decisão.

Por fim, a aplicação da penalidade por litigância de má-fé não se dá no interesse da parte, mas do Estado e exige comprovação de que comportamento da parte atenta à dignidade da justiça, não se podendo penalizar o simples exercício de ação, como ocorrente no presente caso.

Assim, não tendo sido caracterizada a má-fé e, prestigiando o princípio básico de hermenêutica, de que a má-fé não se presume, deve ser provada, a presunção da boa-fé, no presente caso, deve prevalecer.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo improcedentes os pedidos formulados na presente ação reivindicatória c/c reparação de danos, aforada Antônio João Hugo Rodrigues e s/m Márcia Aparecida dos Santos Barros Rodrigues em face de Wilson Abud e s/m Ednaide Antunes Abud, todos qualificados nos autos.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do patrono da parte adversa, que arbitro no percentual de 10% do valor atualizado da causa, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, o que faço com fundamento no artigo 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil.

Em consequência, declaro extinta a presente fase processual, com resolução do mérito, o que faço com fundamento no artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, e, certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.” (grifei)

O trecho em destaque da sentença impugnada pelo apelante é suficientemente clara e capaz de sustentar o *decisum*.

Explico.

No tocante a alegada confusão no tocante ao termo “injustamente a possua ou detenha”, não há qualquer erro de julgamento.

Sobre o tema, trago à baila as lições extraídas do Código Civil Comentado, cuja coordenação da obra é de Cezar Peluso¹:

“(...) Vale destacar que a expressão injustamente a possua, para efeito reivindicatório, tem sentido mais abrangente do que para simples efeito possessório. Nos termos do art. 1.200 do Código Civil, anteriormente comentado, posse injusta, para efeito possessório, é marcada pelos vícios de origem na violência, clandestinidade e precariedade. Já para efeito reivindicatório, posse injusta é aquela sem causa jurídica a justificá-la, sem um título, uma razão que permita ao possuidor manter consigo a posse da coisa alheia. Em outras palavras, pode a posse não padecer dos vícios da violência, clandestinidade e precariedade e, ainda assim, ser injusta para efeito reivindicatório. Basta que o autor não tenha um título para sua posse. É por isso que não cabe a ação reivindicatória, entre outros, contra o locatário, o comodatário, o credor pignoratício, o devedor-fiduciante, o usufrutuário, pois na vigência dos aludidos negócios ou direitos reais as posses diretas têm causas jurídicas que as justificam, ou seja, não são injustas nem para efeito possessório, nem para efeito petitório.”

Ao explicar o referido comando judicial, as lições o renomado doutrinador Silvio de Salvo Venosa², assim dispôs: “*Possuir injustamente é ter o bem sem o direito de possuir (ius possidendi).*”

Afirmar que não há decisão que reconheça a qualidade da posse exercida pelos apelados, mesmo diante das sentenças prolatadas em ação de reintegração de posse (Autos nº 168/1993) e de Indenização (Autos nº 169/97), é o mesmo que considerar inexistente um direito líquido e certo em um mandado de segurança que teve a ordem concedida, ou seja, é incoerente.

Ora, não há como dissociar a retidão da posse exercida pelo apelado das declarações firmadas pelo próprio apelante (afirmando que o apelado é sócio do imóvel em questão), bem como da procedência da ação de reintegração de posse (já transitada em julgada – Autos 168/93) e da improcedência das ações manejadas (ações rescisórias e reconvenção) pelo apelante.

Restou bem delineado na sentença singular que a justeza da posse exercida pelo apelado não se deu somente em decorrência da procedência da ação possessória manejada anteriormente, mas sobretudo pelo conteúdo das declarações constantes nos autos.

Vejamos o que dispõe as referidas declarações:

1 PELUSO, Cezar (coord). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência; Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3 ed. Rev. e Atual. Barueir, SP: Manole, 2009. p. 1.163.

2 VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. (Coleção direito civil). 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.235. v. 5.

Declaro que WILSON ABUD, portador do RG. 4.117.233/SP e do CPF 311.833.528-91, é meu sócio no referido imóvel, tendo a participação de 1/4 do total, ou seja, 25% (vinte e cinco), que permanece em comum na referida fazenda. Declaro ainda que nosso pacto estabelece ao sócio WILSON ABUD, a isenção total de qualquer pagamento para mim, a título de reembolso ou pagamento das / benfeitorias que já efetuei e continuo efetuando.

E por ser a expressão de verdade, firmo a presente.

CAMPO GRANDE, 18/dezembro/1986.

ANTONIO JOAO HUGO RODRIGUES
CPF. 024.579.381-04

Fica o Sr. Wilson Abud. despojado de
posse e domínio do imóvel por si só, o mesmo,
feito neste ato, mediante o que se com a propriedade
muitos, o recebimento de indenização que se encontra
comprometido. para pagar antes do tanto sua parte.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 1987

Antônio João Hugo Rodrigues

7.º TABELIONATO
R. 19 DE NOVOEMBRO, 808 - F. 304-3404
CAMPO GRANDE - M.S.
Recebeu por Autêntica e original
um original desta autêntica e original.

Em 17/11/1993

ORLEA ALMEIDA - T.C.S.
☐ RUY MARTINS - 1.º SUBST.
☐ SILVIO L. S. DE PAULA - AUX. JUD.
☐ LEONEL MARTINS - AUX. JUD.

Como bem pontuado pelo julgador *a quo*, o fato de, em 18/11/1993, terem os autores adquirido o domínio do imóvel em litígio de terceiras pessoas, por si só, não altera a relação jurídica existente entre os requerentes e os demandados, apenas convalida a situação anteriormente declarada, que por sua vez foi ratificada pelas decisões judiciais posteriores, tornando a posse do apelante justa.

Não houve qualquer desconstituição das declarações firmadas pelo apelante. Ao contrário, com a aquisição do domínio pelo recorrente, afastou-se de vez qualquer mácula sobre a composse exercida pelas partes.

Se o apego do apelante era o exato sentido do termo “injustamente a possua”, verifica-se que não há razão para qualquer correção, uma vez que a sentença singular encontra-se em perfeita harmonia com as provas colacionadas aos autos, com a norma legal e também com a doutrina.

Ademais, não se pode olvidar que os requisitos para a procedência da ação reivindicatória são cumulativos, quais sejam: a titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu. Excluída a posse injusta do réu, não há como ser procedente a reivindicatória manejada.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal de Justiça. Vejamos:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR DE DEFESA DE USUCAPIÃO – REJEITADA – MÉRITO – REQUISITOS PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REIVINDICATÓRIO: PROPRIEDADE DO IMÓVEL, INDIVIDUALIZAÇÃO DO BEM E POSSE INJUSTA DOS RÉUS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE POSSE INJUSTA DOS RÉUS – A POSSE EXERCIDA PELOS APELADOS DATA DE MAIS DE 10 ANOS, FULCRADA EM ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA VÁLIDA À ÉPOCA DA AQUISIÇÃO – PROPRIEDADE ADQUIRIDA POR JUSTO TÍTULO NO MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR E POSSE IGUALMENTE JUSTA – NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE QUE A ANTIGA PROPRIETÁRIA DO BEM, QUE EXERCEU A PROPRIEDADE POR QUASE 10 ANOS, TENHA ADQUIRIDO A POSSE EM ALGUM MOMENTO DE SEU DOMÍNIO – AÇÃO DE USUCAPIÃO CONTRA A EMPRESA ANTIGA PROPRIETÁRIA EM CURSO – NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A REIVINDICATÓRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJMS. Apelação Cível nº 0800234-68.2017.8.12.0025, Bandeirantes, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Nélcio Stábile, j: 06/06/2019, p: 10/06/2019)

“EMENTA – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA. I) Apontados pelo apelante os motivos de seu inconformismo, contrapondo-os com os fundamentos lançados na sentença vergastada, não se verifica ofensa ao princípio da dialeticidade. II) Preliminar afastada. MÉRITO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – REQUISITOS: PROVA DA TITULARIDADE DO DOMÍNIO DO AUTOR, INDIVIDUALIZAÇÃO DA COISA E POSSE INJUSTA DO RÉU – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE POSSE, JUSTA OU INJUSTA – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – PEDIDO REINVIDICATÓRIO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A admissibilidade da ação reivindicatória exige a presença de três requisitos: a prova da titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu. Não demonstrado nos autos que a parte requerida é detentora da posse do bem, justa ou injusta, não há como acolher o pedido reivindicatório. Sentença mantida. Recurso improvido.” (TJMS. Apelação Cível nº 0802246-69.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, j: 20/03/2019, p: 22/03/2019)

No tocante a qualidade da posse exercida pelos apelados, convém destacar que houve julgamento procedente da Ação Possessória nº 168/93, da Ação de Indenização nº 169/97, as quais versam sobre o imóvel objeto da presente ação reivindicatória. Neste norte, impõe-se frisar que a ação possessória somente seria procedente, caso verificada que a posse exercida pelos autores da ação fosse justa, nos moldes do art. 1.200 do Código de Processo Civil, ou seja, não era violenta, clandestina ou precária. Assim sendo, se procedente a referida ação, chega a ser teratológica a alegação de que não houve reconhecimento da qualidade da posse exercida pelos apelados.

Ainda no tocante a aquisição da posse, não há que se discutir a relação da posse entre o apelado e os proprietários/possuidores anteriores (autores das Ações Reivindicatórias nº 310/90 e 312/90, dos quais o apelante adquiriu o domínio do imóvel), pois a relação entabulada que deu origem ao direito do apelado estabeleceu-se entre Antônio João Hugo Rodrigues e Wilson Abud, e não entre Wilson Abud e terceiros.

Constatando-se que não é caso de reforma da sentença singular, não há que se falar em procedência do pedido indenizatório pleiteado pelo recorrente.

Ainda, consigne-se que para fins de prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito. Assim, considera-se prequestionada a matéria debatida.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação interposto por Antônio João Hugo Rodrigues, e lhe nego provimento, mantendo-se inalterada a sentença singular.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários do patrono do autor em 2% (dois por cento), totalizando assim 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º 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, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação Cível nº 0803200-29.2015.8.12.0007 - Cassilândia

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE ITBI—DESAPROPRIAÇÃO—MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE—DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO—DELEGAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA-ANEEL PARA EXECUÇÃO PELA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO—CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA—IMPOSSIBILIDADE DE *REFORMATIO IN PEJUS*—RECENTE JULGAMENTO DA ADI 5348/DF QUE RESTAUROU A REDAÇÃO DO ART. 1-F DA LEI 9.494/97—SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA APENAS PARA ESTABELECEER QUE OS JUROS DE MORA DEVEM SER OS APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA—RECURSO, EM PARTE COM O PARECER, CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A competência executória (para efetivação) da desapropriação declarada de utilidade pública é ampla, alcançando, além das entidades da administração direta e indireta, os agentes delegados do Poder Público, como os concessionários e permissionários.

A aquisição da propriedade pela desapropriação, ainda que amigável, é originária, não gerando tributos, de modo que não incide o imposto sobre transmissão de bens imóveis.

Vedada a *reformatio in pejus*, os juros de mora devem ser os aplicados à caderneta de poupança, muito embora o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97 tenha retornado à sua redação original, conforme ADI 5348/DF.

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, conheceram em parte e, na parte conhecida, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer ministerial.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Cassilândia interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 194-202, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia, nestes autos de ação de repetição de indébito, cujo pedido foi julgado procedente, “*para o fim de condenar o Município de Cassilândia a restituir à autora o tributo – ITBI - por esta pago indevidamente, no valor de R\$ 24.740,81 (vinte e quatro mil, setecentos e quarenta reais e oitenta e um centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção*”, e aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (f. 209-219), defende o Município apelante que ocorreu sim o fato gerador a ensejar a cobrança do ITBI, regulamentada no Código Tributário Municipal, em razão da transmissão da propriedade, de uma pessoa para outra, o ato foi oneroso e *inter vivos*, não havendo que se falar em recolhimento indevido, defendendo que não houve desapropriação, mas sim compra e venda, tanto que a autora utiliza as resoluções autorizativas para praticar elisão ou evasão fiscal, na medida em que não houve ato declaratório de interesse público.

E ainda, sustenta que as Resoluções Autorizativas nº 1.856/09, 2.064/09 e 2.153/10 são nulas por ausência de discriminação da área desapropriada e desvio de finalidade, além de não ser devida a restituição, nos termos dos art. 877 do Código Civil e artigos 162, § 4º c/c 165 do Código Tributário Nacional.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença e julgar o pedido improcedente, ou alternativamente, que a restituição se dê com correção monetária seja pelo índice oficial (TR) e juros da caderneta de poupança.

Prequestiona os artigos 162, § 4º e 165 do CTN e art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Em contrarrazões (f. 226-239), pugna o apelado pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se as f. 258-269 pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Cassilândia contra sentença que julgou procedente o pedido formulado nestes autos de Ação de Repetição de Indébito, *“para o fim de condenar o Município de Cassilândia a restituir à autora o tributo – ITBI - por esta pago indevidamente, no valor de R\$ 24.740,81 (vinte e quatro mil, setecentos e quarenta reais e oitenta e um centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção”*, e aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (f. 209-219), defende o município apelante que ocorreu sim o fato gerador a ensejar a cobrança do ITBI, regulamentada no Código Tributário Municipal, em razão da transmissão da propriedade, de uma pessoa para outra, o ato foi oneroso e *inter vivos*, não havendo que se falar em recolhimento indevido, defendendo que não houve desapropriação, mas sim compra e venda, tanto que a autora utiliza as resoluções autorizativas para praticar elisão ou evasão fiscal, na medida em que não houve ato declaratório de interesse público.

E ainda, sustenta que as Resoluções Autorizativas nº 1.856/09, 2.064/09 e 2.153/10 são nulas por ausência de discriminação da área desapropriada e desvio de finalidade, além de não ser devida a restituição, nos termos dos art. 877 do Código Civil e artigos 162, § 4º c/c 165 do Código Tributário Nacional.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para reformar a sentença e julgar o pedido improcedente, ou alternativamente, que a restituição se dê com correção monetária seja pelo índice oficial (TR) e juros da caderneta de poupança.

Prequestiona os artigos 162, § 4º e 165 do CTN e art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Em contrarrazões (f. 226-239), pugna o apelado pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se as f. 258-269 pelo desprovimento do recurso.

A sentença contra a qual se insurge o apelante/requerido foi proferida nos seguintes termos:

“Indaiá Grande Energia S/A, devidamente qualificada, promove Ação de Repetição de Indébito Tributário em face do Município de Cassilândia-MS, também qualificado.

Em síntese, alega que por meio de concessão autorizativa da ANEEL, lhe foi concedido a exploração do rio Indaiá Grande para exploração de energia, por 30 anos e, diante das autorizações, promoveu as desapropriações necessárias para implantação da hidrelétrica.

Todavia, alega que celebrou com o Sr. Manoel Dias de Asiss e Jovina Dias, uma escritura pública de desapropriação amigável, desapropriando o imóvel atingido pelo preço de R\$ 1.237.040,41 (um milhão, duzentos e trinta e sete mil e quarenta reais e quarenta e um centavos), e, apesar de se tratar de aquisição originária, lhe foi exigido o recolhimento do ITBI, no valor de R\$ 24.740,81 (vinte e quatro mil, setecentos e quarenta reais e oitenta e um centavos).

*Sustenta que a desapropriação é forma originária de propriedade e, por não se tratar de transmissão por ato oneroso inter vivos, **não pode haver incidência de ITBI, assim, requer a restituição do valor do tributo pago, ou seja, R\$ 24.740,81 (vinte e quatro mil, setecentos e quarenta reais e oitenta e um centavos).***

Junta documentos de f. 13-55.

Devidamente citado (f. 69), o requerido apresenta contestação nas f. 70-77, alegando, que o ITBI está regulamentado no Código Tributário Municipal, sendo que está presente os requisitos para sua incidência, por se tratar de ato oneroso e inter vivos, de forma que possui natureza jurídica de compra e venda e que não há ato declaratório de interesse público, e ainda, que as resoluções Autorizativas são nulas, pois não consignou a discriminação da área que foi declarado como de utilidade pública, e ainda, sustenta desvio de finalidade, em razão da autora tratar-se e pessoa jurídica de direito privado. Por fim, sustenta prescrição de 05 anos para reaver o tributo pago. Aduz também que não há previsão legal para restituição do indébito tributário. Alternativamente, em caso de condenação, pede que o valor seja atualizado nos termos da Lei 9.494/97.

Junta documentos de f. 78-140.

Em impugnação à contestação (f. 143-155), o autor discorre sobre a regularidade da desapropriação promovida pela autora, afirmando ser produtora independente de energia elétrica e recebeu autorização do poder concedente para produzir energia destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco, nos termos da Lei 9.427/96. Afirma que, ao contrário do alegado pelo requerido, o Poder Público declarou utilidade pública de todos os bens necessários para a implantação do projeto. Ainda, a Resolução Autorizativa nº 2.064/2009 descreve as áreas consideradas de utilidade público, conforme descritas no Memorial Descritivo da Área de Polígono. Quanto à prescrição, sustenta que somente ocorreria em 04.12.2015, mas o pagamento ocorreu em 03.12.2015, não ocorrendo, assim, a prescrição. No mais, reitera o pedido inicial, afirmando que a correção não devem seguir os critérios da Lei 9.494/97.

Saneado o feito (f. 156), as partes pugnaram pelo julgamento antecipado (f. 159 e 186).

Nas f. 189-193, o Ministério Público manifestou-se, aduzindo-se ser devida a incidência do tributo, ao argumento de que se trata de transmissão de imóveis de particulares a uma empresa privada, sendo assim, transmissão onerosa inter vivos, assim, neste sentido, opina pela improcedência do pedido.

Relatado. Decido.

2 – Fundamentação:

Trata-se de ação de repetição de indébito tributário que Indaiá Grande Energia S/A move contra o Município de Cassilândia-MS e se pede a restituição do pagamento do ITBI, ao argumento de que este não é devido este tributo em caso de desapropriação como ocorreu.

Primeiramente consigno, que o processo está apto para julgamento, pois a controvérsia restringe-se a matérias exclusivamente de direito, de forma que não há necessidade de produção de provas.

Pois bem, as partes controvertem sobre o seguinte: a) incidência ou não do ITBI; b) legalidade do processo desapropriatório; c) ser devida a restituição e; d) forma de incidência da correção do valor.

2.1 – Quanto à incidência ou não do ITBI:

Quanto a esta questão, sustenta o autor que a desapropriação é forma originária de propriedade e, por não se tratar de transmissão por ato oneroso inter vivos, não pode haver incidência de ITBI, já o requerido, alega estão presentes os requisitos para sua incidência, por se tratar de ato oneroso e inter vivos.

Portanto, impõe-se analisar se deve haver ou não incidência do imposto – ITBI -, no caso de desapropriação por utilidade pública para exploração de atividade econômica.

A Constituição da República de 1988 dispõe sobre o fato gerador do ITBI, em seu art. 156, inciso II, e § 2º, inciso I. In verbis:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

(...).

O CTN, por sua vez, dispõe sobre o fato gerador do ITBI em seus arts. 35, sendo que em seus arts. 36 e 37, consta previsão das hipóteses de não incidência.

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I - quando efetuado para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra com outra.

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos a sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Assim, nos termos do artigo 35 do CTN, vê-se que o ITBI tem por fato gerador a transmissão, inter vivos, por ato oneroso de bens imóveis por natureza ou acessão física e de direito reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões, e a cessão por ato oneroso de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Nestes termos, analisa-se se, no caso de desapropriação, como a que é tratada no caso, ocorre a hipótese de incidência do ITBI.

Pois bem, a desapropriação é ato compulsório e não voluntário, sendo um procedimento por meio do qual o Poder Público despoja alguém da propriedade mediante justa indenização. Trata-se de aquisição por modo originário de aquisição de propriedade.

Ressalta-se que a aquisição originária não se caracteriza como transferência da propriedade, mas obtenção da propriedade de forma originária.

Neste aspecto, verifica-se que a desapropriação constitui uma ruptura da cadeia de sucessão dominial registrada na matrícula, sendo ela, em face de seu caráter excepcional, legítima exceção ao princípio da continuidade.

Neste contexto, não há que se falar em exigência de recolhimento do ITBI (Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis), porquanto que este possui como fato gerador a transferência, transmissão ou cessão de propriedade de imóveis, o que não ocorre com a desapropriação.

Observa-se que o valor pago ao antigo proprietário do imóvel desapropriado caracteriza-se como indenização, que constitui uma forma de reparo de uma perda. Por consequência, isso descaracteriza a onerosidade do negócio, pois não há autonomia da vontade do proprietário, ou transmissão voluntária do bem imóvel, não se podendo caracterizar a operação como onerosa para fins de incidência do ITBI, por isso, não há uma transmissão do imóvel do proprietário para o expropriante, mas a aquisição direta da propriedade, por meio do instituto da desapropriação, não havendo subsunção à hipótese de incidência do ITBI.

Ainda que a autora trate-se de empresa privada, à ela lhe foi concedido autorização para promover desapropriação, além de outras medidas, para exploração de energia.

Tal concessão lhe foi outorgada pela ANEEL, agência reguladora – autarquia em regime especial -, que possui competência para desapropriar, nos termos da Lei 9.074/95, conforme previsão no artigo 10.

Art. 10. Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

Assim, diante das autorizações legislativas, que conferiu à autora o poder de desapropriação, não pode a mesma arcar com o pagamento de um tributo que não incide quando a desapropriação ocorre.

Portanto, diante do que foi exposto, entendo ser indevido a incidência do ITBI.

2.2 - Legalidade do Processo Desapropriatório:

Quanto ao processo desapropriatório em si, alega o requerido em contestação inexistência de ato declaratório de interesse público, e ainda, que as resoluções Autorizativas são nulas, pois não consignou a discriminação da área que foi declarado como de utilidade pública.

Compulsando os autos, verifico que as alegações sobre ilegalidade do processo desapropriatório não persistem, isso porque, a autora comprovou que, por meio da Resolução Administrativa nº 2.513, publicada em 25.08.2010, foi autorizada a implantar e explorar a PCH Indaiá Grande, localizada em Cassilândia-MS, que lhe confere poder para promover amigável ou judicialmente as desapropriações (f. 40-41).

Ainda, o Decreto nº 2.003/96 lhe conferiu prerrogativas, dentre elas a de promover desapropriações ou instituições de servidão administrativa

Também, ao contrário do que afirma o requerido, o Poder Público declarou utilidade pública de todos os bens necessários para a implantação do projeto, conforme Resolução Autorizativa nº 2.064/2009 (f. 38-39)

Por fim, também diferentemente do que alega, a Resolução Autorizativa nº 2.064/2009 descreve as áreas consideradas de utilidade público, conforme descritas no Memorial Descritivo da Área de Polígono.

2.3 – Restituição:

Com relação à restituição, sustenta o requerido que inexistente previsão legal para restituição do indébito tributário, quando se alega impossibilidade de incidência.

Todavia, pelo próprio dispositivo citado pelo requerido em contestação, vê-se que é cabível a restituição do tributo exigido indevidamente, isso porque, se para aquisição da propriedade por desapropriação foi exigido do autor o pagamento do imposto, e sendo a incidência deste indevida, a cobrança indevida, acarreta na nulidade do lançamento tributo.

Ainda, sobre a restituição, o Código Tributário Nacional prevê expressamente no artigo 165, as hipóteses em que o contribuinte tem direito à restituição, incluindo, dentre elas, pagamento de tributo indevido, conforme inciso I, vejamos:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Portanto, diante da previsão legal, é possível a restituição do tributo pago indevidamente pelo contribuinte ao Poder Público Municipal.

2.4 – Forma de correção do valor pago:

Pois bem, tratando-se de repetição de indébito tributário, o contribuinte deverá receber o valor principal que foi pago, acrescido de juros moratórios e correção monetária.

A correção monetária incide a partir do pagamento indevido, nos termos da Súmula 162 do STJ, vejamos:

Súmula 162/STJ: Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Já os juros moratórios serão devidos a partir da data em que houve o trânsito em julgado da decisão que determinou a devolução, nos termos da Súmula 188 do STJ, bem como o parágrafo único do art. 167 do CTN, vejamos:

Art. 167. Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.'

Súmula 188/STJ: Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

Segundo ainda Jurisprudência do STJ, a taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito tributário deve ser a mesma utilizada para cobrança do tributo pago em atraso. E ainda, caso não haja previsão da taxa na legislação Municipal, deve ser aplicado o § 1º do artigo 161 do CTN, que prevê a taxa de 1% ao mês, vejamos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Em suma: relativamente a tributos estaduais ou municipais, tratando-se de repetição de indébito de tributo que não possui taxa de juros moratórios fixada em legislação extravagante, aplica-se o índice de 1% ao mês, estabelecido no art. 161, § 1º, do CTN.

Caso a legislação municipal preveja a aplicação da taxa selic, esta deve ser aplicada exclusivamente, pois não se admite sua aplicação cumulada com outro índice de correção, pois a taxa selic é um índice que já engloba juros pelo atraso no pagamento (juros moratórios) e a taxa de inflação estimada para o período (correção monetária).

Nesse sentido foi criada recentemente a Súmula 523 do STJ, verbis:

Súmula 523: A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

3 – Dispositivo:

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial, para o fim de condenar o Município de Cassilândia a restituir à autora o tributo – ITBI - por esta pago indevidamente, no valor de R\$ 24.740,81 (vinte e quatro mil, setecentos e quarenta reais e oitenta e um centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção.

Diante da sucumbência do requerido, condeno-o ao pagamento de honorários, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil. Sem custas, diante da isenção legal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Se apresentada apelação por qualquer das partes, intime-se a parte contrária para apresentar contrarrazões, em 15 dias.

Se apresentada apelação adesiva junto com as contrarrazões, intime-se o apelante contrarrazoá-la, em 15 dias.

Após, encaminhem-se os autos ao Tribunal de Justiça para julgamento do(s) recurso(s).

Deixo de determinar a remessa necessária, por se tratar de condenação inferior a 100 salários mínimos (art. 496, § 3º, inciso III do Código de Processo Civil).

Transitada em julgado, arquivem-se.”

A controvérsia cinge-se em verificar a possibilidade ou não de se exigir o ITBI no presente caso em que uma empresa privada mas concessionária de serviços públicos celebrou uma Escritura Pública de Desapropriação “amigável”, desapropriando o imóvel atingido pelo empreendimento, de propriedade de Manoel Dias de Assis e s/m Jovina Dias.

De um lado, o autor/apelado alega que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade não sendo hipótese de incidência do ITBI. De outro, o município apelante/requerido sustenta que a Lei Orgânica do Município não contempla a desapropriação como condição para inexigibilidade do ITBI, ao contrário, determina ser devido o referido imposto, por ser “ato oneroso a qualquer título”, inclusive sobre direitos reais sobre imóveis.

Pois bem.

Segundo entendimento doutrinário consolidado sobre a matéria:

“Classificam-se os meios de aquisição de um bem em originários e derivados. Na forma originária não há transmissão da coisa, pois o fato jurídico em si é que enseja a transferência da propriedade, prescindindo de correlação com qualquer título jurídico de que seja titular o anterior proprietário, não havendo sub-rogação de titular a titular. Já na derivada, ocorre relação negocial entre o proprietário e o adquirente, sendo necessário, portanto, a participação volitiva do transmitente¹.” Destacamos.

A propósito da desapropriação amigável, Diogenes Gasparini² acentua: “mesmo ela, na qual, igualmente, a transferência do domínio é imposta pelo Poder Público, a aquisição da propriedade é originária, ‘dado que o expropriante e o expropriado ajustam seus interesses apenas em relação à indenização, às condições de pagamento e à transferência da posse’.”

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 12. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 731.

2 **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Na mesma linha, Celso Antonio Bandeira de Mello³ destaca a natureza compulsória da aquisição da propriedade realizada por meio da desapropriação, causa autônoma suficiente, por si só, para incorporação do bem expropriado ao patrimônio do Poder Público, apoiada na sua vontade, no seu poder de império, e no pagamento da indenização, malgrado encerrado o procedimento extrajudicialmente, com acordo.

Enfim, ainda que a segunda fase do procedimento expropriatório bifásico, a executiva (a primeira fase é a declaratória), termine no âmbito administrativo, com a lavratura da escritura pública amigável de desapropriação, a ser registrada no Registro de Imóveis, a desapropriação, a despeito do acordo extrajudicial, não se desnatura, ou seja, não se transmuda em modo derivado de aquisição da propriedade.

Consoante Marçal Justen Filho⁴, *“a concordância do particular não atribui natureza consensual à desapropriação”*, que, assim – implicando supressão da propriedade privada por iniciativa estatal, para a qual indiferente a anuência do expropriado, *“não se confunde com uma compra e venda”*, ainda que haja *“aquiescência no tocante ao valor da indenização”*.

O despojamento da propriedade é coativo, mesmo na desapropriação amigável: inexistente, na desapropriação, em quaisquer de suas espécies, transferência consensual da propriedade para o Poder Público. A perda compulsória da propriedade, acompanhada de sua aquisição originária pelo expropriante, é resultante do procedimento administrativo desencadeado pelo Estado.

Nesse sentido:

“REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL – MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA APURAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE DO REGISTRO ATINGIDO – ABERTURA DE MATRÍCULA PARA A ÁREA DESAPROPRIADA, COM A AVERBAÇÃO DO DESFALQUE NO REGISTRO ORIGINÁRIO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (TJSP, Relator(a): Pereira Calças; Comarca: Araraquara; Órgão julgador: Conselho Superior de Magistratura; Data do julgamento: 02/06/2016; Data de registro: 08/06/2016). (g.n.)

Segundo definição dada pelo artigo 16 do Código Tributário Nacional, podemos conceituar Imposto como o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Afirma o Código Tributário Nacional (CNT) no § 1º do artigo 113: *“A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.”*

Destarte, a obrigação tributária principal nasce com a ocorrência no mundo do fato previamente descrito na norma como capaz de gerá-la.

Atento ao elemento nuclear do fato gerador do ITBI, que é a transmissão de propriedade imobiliária e de direitos reais sobre imóveis, é preciso verificar o conceito de desapropriação para saber se há ou não incidência desse imposto na hipótese de desapropriação.

Vários são os conceitos de desapropriação dados por diferentes autores. Todavia, é unânime na doutrina a ideia de que na desapropriação ocorre a retirada compulsória da propriedade mediante pagamento prévio da justa indenização. A justa indenização serve, pois, para recompor o patrimônio desfalcado do expropriado.

Daí por que não se cogita de transmissão da propriedade. Por isso, a doutrina vigorante é no sentido de que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, insusceptível de cobrança do ITBI.

3 **Elementos de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 889.

4 **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

O ITBI (imposto sobre a transmissão de bens imóveis) se trata de imposto municipal, cuja previsão constitucional está no art. 156, II:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;”

Em comentário sobre o ITBI, Ricardo Alexandre⁵ esclarece:

“segundo o art. 156, II, da CF/1988, compete aos Municípios instituir imposto sobre a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

(...)

*Rigor, como a propriedade é legalmente definida como direito real, é correto afirmar que o ITBI incide sobre a transmissão onerosa de direitos reais, exceto os de garantia. A incidência também vai ocorrer na cessão de direitos de aquisição dos imóveis. Ressalte-se que o direito do promitente comprador do imóvel (direito de aquisição decorrente do contrato de compromisso de compra e venda) já está legalmente incluído entre os direitos reais sobre imóveis (inciso VII acima transcrito), de forma que sua transmissão já estaria sujeita ao tributo, independentemente da regra extensiva. Estão excluídas do campo de incidência do ITBI as transmissões de direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese). Como o penhor se refere a bens móveis, as exceções são apenas a hipoteca e a anticrese. **O ITBI também não incide sobre as transmissões originárias, como por usucapião (CC, art. 1.238) ou por acessão (CC, art. 1.248).**” (g.n.)*

Leandro Paulsen analisa o art. 35 do CTN⁶: *“O imposto em questão não incide nos casos de aquisição originária da propriedade, como na usucapião e na desapropriação. Isso porque, nesses casos, não ocorre transmissão.”*

Nesse sentido:

“REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA - DESAPROPRIAÇÃO – ITBI – NÃO-INCIDÊNCIA – SENTENÇA CONFIRMADA – Por constituir a desapropriação forma de aquisição originária da propriedade, inexistindo o caráter de onerosidade, não encerra o ato hipótese de incidência do ITBI.” (TJMG, Reexame Necessário-Cv 1.0035.14.003515-1/001, Relator(a): Des.(a) Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, Data do Julgamento 26/04/2016, Data da Publicação 02/05/2016)

“REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA PREJUDICADA – FALTA DE PRENOTAÇÃO E QUALIFICAÇÃO APÓS REINGRESSO DO TÍTULO – CARTA DE ADJUDICAÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO – MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE – AUSÊNCIA DE TRANSMISSÃO ONEROSA – COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DE ITBI INJUSTIFICÁVEL – DISPENSA DA EXIBIÇÃO DE CNDS E DECLARAÇÃO DE ITR (ITEM 119.1. DO CAP. XX DAS NSCGJ) – MEMORIAL DESCRITIVO LACUNOSO – LAUDO PERICIAL INCOMPLETO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – DESNECESSIDADE DA APURAÇÃO DA ÁREA RURAL REMANESCENTE E DA PRÉVIA AVERBAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO NOS REGISTROS ANTERIORES – PERTINÊNCIA DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES ATUALIZADAS DAS MATRÍCULAS ONDE ORIGINALMENTE DESCRITAS A ÁREA RURAL DESAPROPRIADA – RECURSO

5 **Direito tributário esquematizado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 603.

6 PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**. 17 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. p. 714.

NÃO CONHECIDO, COM OBSERVAÇÃO.” (TJSP, Relator(a): Pereira Calças, Comarca de Cordeirópolis, Órgão julgador: Conselho Superior de Magistratura, Data do julgamento: 21/06/2016)

“REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – COBRANÇA DE ITBI – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL POR MEIO DE USUCAPIÃO – MODO DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIO QUE NÃO IMPORTA EM TRANSMISSÃO – CONCEITO DE DIREITO PRIVADO QUE NÃO PODE SER ALTERADO PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 110 DO CTN – INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR – REMESSA OFICIAL DESPROVIDA – SENTENÇA MANTIDA. Como a transmissão pressupõe uma vinculação, decorrente da vontade ou da lei, entre o titular anterior e o novo titular, descabe a cogitação de imposto em se tratando de aquisição originária, como no caso da desapropriação e do usucapião, por exemplo, em que inexistente qualquer vínculo entre aquele que perde o direito de propriedade e aquele que o adquire.” (HARADA, Kioshi. Direito financeiro e tributário. São Paulo: Atlas, 2003. p. 410). (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 2009.013387-0, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Julgamento: 22/11/2011)

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – APELAÇÃO 1 DOS RÉUS – JUSTA INDENIZAÇÃO – VALOR APURADO POR PERÍCIA – LAUDO ELABORADO POR PERITO E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE VALOR INFORMADO PELOS REQUERIDOS. APELAÇÃO 2 DO AUTOR – IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. DESAPROPRIAÇÃO. FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. FATO NÃO GERADOR DO IMPOSTO. NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI. JUROS DE MORA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – CONHECIMENTO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO – NÃO COMULAÇÃO COM OS JUROS COMPENSATÓRIOS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO PARANÁ RECURSO 1 DOS RÉUS CONHECIDO E NÃO PROVIDO – RECURSO 2 DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA DE OFÍCIO QUANTO AOS JUROS DE MORA E OS JUROS COMPENSATÓRIOS. O valor apurado em perícia realizada por profissional habilitado e constante em laudo devidamente fundamentado prevalece sobre o valor informado em parecer da requerida. A aquisição originária de propriedade tem como consequência lógica a não ocorrência da transmissão da propriedade, com o que na desapropriação não incide o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI. Os juros de mora constituem matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício. Os juros moratórios, na desapropriação promovida por pessoa jurídica de direito privado contam-se desde o trânsito em julgado até o efetivo pagamento e não se cumulam com os juros compensatórios devidos da imissão na posse até o trânsito em julgado.” (TJPR, AC 1210244-0, Rel. Des. Rafael Vieira de Vasconcellos Pedrosa, 4ª C. Cível, Data do Julgamento 25/11/2014)

Portanto, em que pese as alegações do apelante, tenho que razão não lhe assiste.

No mais, como sabemos, não apenas as pessoas jurídicas de direito público interno e suas autarquias, cobertas pelo princípio da imunidade tributária, como também os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas do poder público podem desapropriar, desde que expressamente autorizadas por lei ou contrato e precedida de declaração de utilidade pública ou de interesse social pelo chefe do executivo da entidade política a que se vinculam os concessionários ou os estabelecimentos retrorreferidos.

Nesses casos, apesar de não existir a imunidade tributária, não há que se cogitar de incidência do ITBI, por inoportunidade o fato gerador respectivo.

Ao contrário do que alegou o município apelante, no presente caso, a inicial foi instruída com os Diários Oficiais da União (f. 42-44), nos quais se publicou as Resoluções Autorizativas nº 1.856/2009, 2.064/2009 e 2.513/2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica, sendo que a Resolução Autorizativa nº 2.064/2009 declarou de utilidade pública,

“(...) para fins de desapropriação, em favor de Empa S.A. Serviços de Engenharia, as áreas de terra que perfazem uma superfície total de 1417,87 ha (mil quatrocentos e dezessete hectares e oitenta e sete ares), de propriedades particulares distribuídas no Município de Cassilândia, Estado de Mato Grosso do Sul, necessárias à implantação da PCH Indaiá Grande, representadas no desenho intitulado: PCH Indaiá Grande - Área do Reservatório - Planta Geral, em escala 1:20.000, datado de maio de 2009.”

“Resolução Autorizativa nº 2.064, de 25 de agosto de 2009.

Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, em favor da Empa S.A. Serviços de Engenharia, as áreas de terra necessárias à implantação da PCH Indaiá Grande, localizadas no Município de Cassilândia, Estado de Mato Grosso do Sul.”

Ademais, é perfeitamente possível que a concessionária, devidamente autorizada, declare de utilidade pública para fins de desapropriação, e a promova, conforme dispõem os artigos 3º do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941 e artigo 10, da Lei nº 9.074/95, respectivamente:

“Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.”

Nesse contexto, não há qualquer desvio de finalidade ou incompetência, além de não haver que se falar em exigência de recolhimento do ITBI (Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis por Ato Oneroso *Inter Vivos*), porquanto este possui como fato gerador a transferência, transmissão ou cessão de propriedade de imóveis, o que não ocorre com a desapropriação.

Igualmente, constatado que a desapropriação é modo de aquisição originária da propriedade, não caracterizando fato gerador para incidência do o imposto, é devida a restituição do tributo pago indevidamente, na forma simples, com fundamento no art. 165, I, do Código Tributário Nacional:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 1627, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

Inexistindo a obrigação tributária, desnecessária se faz a prova do engano ou equívoco na realização do pagamento, pois a obrigação tributária, em sendo uma obrigação *ex lege*, na qual a hipótese de incidência está ligada estritamente ao princípio da legalidade, nenhuma pessoa pode ser compelida a pagar um tributo, sem que uma lei tenha previamente criado tal tributo e definido as respectivas hipóteses de incidência.

O recurso ainda questiona a aplicação da correção monetária e juros moratórios a ser aplicado ao caso dos autos, assim fixados na sentença:

7 § 4º A perda ou destruição da estampilha, ou o erro no pagamento por esta modalidade, não dão direito a restituição, **salvo nos casos expressamente previstos na legislação tributária**, ou naquelas em que o erro seja imputável à autoridade administrativa.

“Diante do exposto, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial, para o fim de condenar o Município de Cassilândia a restituir à autora o tributo – ITBI - por esta pago indevidamente, no valor de R\$ 24.740,81 (vinte e quatro mil, setecentos e quarenta reais e oitenta e um centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção.”

Requer que a restituição seja nos valores efetivamente pagos, atualizados conforme a Lei nº 9.494/97, ou seja, correção pelo índice oficial, e juros da caderneta de poupança, este a contar da sentença, incidindo uma única vez.

Pelo pedido não há dúvida que a correção é contada a partir do pagamento indevido, com fundamento na Súmula 162 do STJ: *“Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.”*

Ocorre que, a correção monetária não se dá mais por índice oficial, uma vez que no recente julgamento da ADI 5348/DF, a redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, pela Lei nº 11.960/2009, foi afastada, voltando a redação do artigo ao seu nascedouro:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997, ALTERADO PELA LEI Nº 11.960/2009 – ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM CONDENAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Este Supremo Tribunal declarou inconstitucional o índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária em condenações judiciais da Fazenda Pública ao decidir o Recurso Extraordinário nº 870.947, com repercussão geral (Tema 810). 2. Assentou-se que a norma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, pela qual se estabelece a aplicação dos índices oficiais de remuneração da caderneta de poupança para atualização monetária nas condenações da Fazenda Pública, configura restrição desproporcional ao direito fundamental de propriedade. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (STF, ADI 5348/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Plenário, Sessão Virtual de 01/11/2019 a 08/11/2019, DJ 28/11/2019)

De modo que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, voltou a ser a seguinte:

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

Contudo, sendo o presente caso, matéria tributária e vedada a *reformatio in pejus*, tenho que os juros deverão ser os aplicados à caderneta de poupança, como era a redação do artigo, quando da sentença, afastando de qualquer forma os juros moratórios fixados em 1% ao mês:

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

Cabendo provimento o pleito do apelante nessa parte, devendo os juros moratórios serem os aplicados à caderneta de Poupança com incidência a contar da data da sentença (05/04/2017).

Mantidos os índices de correção monetária tal como lançada na sentença, com fundamento nas decisões do STF quando do julgamento das ADI's 4357 e 4425, e do RE 840.947/SE.

Ante o exposto, conheço e em parte com o parecer, dou parcial provimento ao presente recurso, apenas para retificar o índice de juros de mora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte e, na parte conhecida, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer ministerial.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento nº 2000546-03.2018.8.12.0900 - Campo Grande

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESSARCIMENTO DE DANOS C/C RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PELA LEI ANTICORRUPÇÃO COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA E INDISPONIBILIDADE DE BENS – VALOR DA MULTA CIVIL ENGLOBADO NO MONTANTE UTILIZADO COMO PARÂMETRO PARA INDISPONIBILIDADE DE BENS – DESNECESSÁRIO – DETERMINAÇÃO QUE SE MOSTRA DESPROPORCIONAL – VALOR ADEQUADO AO MOMENTO PROCESSUAL – INDEFERIMENTO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS – NECESSIDADE DE REFORMA – CARÁTER DÚPLICE DA DETERMINAÇÃO – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO – DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Estado de Mato Grosso do Sul interpôs o presente recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida na Ação Civil Pública nº 0801966-25.2018.8.12.0001, pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos, Individuais e Homogêneos, que ao deferir o pedido de tutela de urgência, deferiu a liminar de indisponibilidade dos bens requeridos, limitou o montante aos danos materiais (valor do contrato adicionado da multa respectiva), excluindo a multa civil, os danos morais coletivos e danos sociais, deixando de conceder liminarmente a aplicação das penalidades do art. 19, inc. IV, da LAC¹, a imputação de obrigação de fazer à empresa Proteco de apresentar as notas fiscais e autorizações de lavra pertinentes à obra da MS-430, a quebra de sigilo bancário dos 18 réus, e ainda, a realização de inventário dos bens da empresa Proteco.

Afirmou que o juízo *a quo* não contabilizou no montante objeto da indisponibilidade, a multa civil, os danos morais coletivos e os danos sociais.

1 Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Defendeu que na quantificação do montante a ser indisponibilizado deve estar englobado o multa civil .

Ponderou que, a indisponibilidade por ser medida de caráter assecuratório, deve incidir sobre a totalidade de bens necessários ao integral ressarcimento do dano, integrando o próprio valor da condenação, sem que haja nisso qualquer ilegalidade, uma vez que a decretação da indisponibilidade tem por objetivo assegurar futura execução da sentença condenatória proferida.

Argumentou que o patrimônio existente devem ficar franqueados à cautelar, de modo que a responsabilização do agente obrigado à reparação do dano deve abarcar não só os danos materiais, como também a multa civil.

No tocante a necessidade de apresentação dos documentos fiscais, afirmou que tal ato se faz necessário uma vez que há indícios de que houve substancial alteração no tocante aos insumos utilizados na obra, bem como à Distância Média de Transporte (DMT), acarretando superfaturamento de valores em favor da empresa agrava.

Argumentou que a apresentação dos documentos justifica-se, uma vez que tais documentos comprovam o superfaturamento.

Requeru a concessão do efeito suspensivo ativo ante a presença dos requisitos necessários.

Prequestionou a matéria debatida nos autos.

Pugnou ao final pelo conhecimento e provimento do recurso.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, determinando-se a intimação dos agravados para apresentação de contrarrazões (f. 17-19).

Devidamente intimados para a apresentação de contrarrazões, assim manifestaram-se os recorridos:

Contrarrazões apresentadas

Hélio Yudi Komiyama (f. 38-41)

Wilson Cabral Tavares (f. 28-33)

Wilson César Parpinelli (f. 34-37)

Proteco Construções Ltda.,(f. 60-69))

João Alberto Krampe Amorim dos Santos, (f. 60-69))

Elza Cristina Araújo dos Santos, (f. 231-236)

Rômulo Tadeu Menossi,(f. 231-236)

Maria Fernanda de Lopes e Santos, (f. 226-230)

Ase Participações e Investimentos Ltda.(f. 231-236)

Deixaram de apresentar constrarrazões

Marcos Tadeu Enciso Puga,MP Engenharia LTDA, Edmir Fonseca Rodrigues, Átila Garcia Gomes
Tiago Souza, (não apresentou)

Apresentaram contrarrazões no agravo interno, cujo os argumentos serão apreciadas nestes autos, em atenção ao Princípio da Instrumentalidade das formas:

Maria Wilma Casanova Rosa,

Wilson Roberto Mariano de Oliveira,

Fausto Carneiro da Costa Filho,

Marcia Alvares Machado Cerqueira,

Edson Giroto.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se às f. 255-263, pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

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

Estado de Mato Grosso do Sul interpôs o presente recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida na Ação Civil Pública nº 0801966-25.2018.8.12.0001, pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos, Individuais e Homogêneos, que ao deferir o pedido de tutela de urgência, deferiu a liminar de indisponibilidade dos bens requeridos, limitou o montante aos danos materiais (valor do contrato adicionado da multa respectiva), excluindo a multa civil, os danos morais coletivos e danos sociais, deixando de conceder liminarmente a aplicação das penalidades do art. 19, inc. IV, da LAC², a imputação de obrigação de fazer à empresa Proteco de apresentar as notas fiscais e autorizações de lavra pertinentes à obra da MS-430, a quebra de sigilo bancário dos 18 réus, e ainda, a realização de inventário dos bens da empresa Proteco.

Afirmou que o juízo *a quo* não contabilizou no montante objeto da indisponibilidade, a multa civil, os danos morais coletivos e os danos sociais.

Defendeu que na quantificação do montante a ser indisponibilizado deve estar englobado o multa civil.

Ponderou que, a indisponibilidade por ser medida de caráter assecuratório, deve incidir sobre a totalidade de bens necessários ao integral ressarcimento do dano, integrando o próprio valor da condenação, sem que haja nisso qualquer ilegalidade, uma vez que a decretação da indisponibilidade tem por objetivo assegurar futura execução da sentença condenatória proferida.

Argumentou que o patrimônio existente devem ficar franqueados à cautelar, de modo que a responsabilização do agente obrigado à reparação do dano deve abarcar não só os danos materiais, como também a multa civil.

No tocante a necessidade de apresentação dos documentos fiscais, afirmou que tal ato se faz necessário uma vez que há indícios de que houve substancial alteração no tocante aos insumos utilizados na obra, bem como à Distância Média de Transporte (DMT), acarretando superfaturamento de valores em favor da empresa agrava.

Argumentou que a apresentação dos documentos justifica-se, uma vez que tais documentos comprovam o superfaturamento.

Requeru a concessão do efeito suspensivo ativo ante a presença dos requisitos necessários.

2 Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Prequestionou a matéria debatida nos autos.

Pugnou ao final pelo conhecimento e provimento do recurso.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, determinando-se a intimação dos agravados para apresentação de contrarrazões (f. 17-19).

Devidamente intimados para a apresentação de contrarrazões, assim manifestaram-se os recorridos:

Contrarrazões apresentadas:

Hélio Yudi Komiyama (f. 38-41)

Wilson Cabral Tavares (f. 28-33)

Wilson César Parpinelli (f. 34-37)

Proteco Construções Ltda. (f. 60-69))

João Alberto Krampe Amorim dos Santos, (f. 60-69))

Elza Cristina Araújo dos Santos, (f. 231-236)

Rômulo Tadeu Menossi (f. 231-236)

Maria Fernanda de Lopes e Santos, (f. 226-230)

Ase Participações e Investimentos Ltda.(f. 231-236)

Deixaram de apresentar constrarrazões:

Marcos Tadeu Enciso Puga, MP Engenharia LTDA,

Edmir Fonseca Rodrigues,

Átila Garcia Gomes Tiago Souza

Apresentaram contrarrazões no agravo interno, cujo os argumentos serão apreciadas nestes autos, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas:

Maria Wilma Casanova Rosa,

Wilson Roberto Mariano de Oliveira,

Fausto Carneiro da Costa Filho,

Marcia Alvares Machado Cerqueira,

Edson Giroto.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se às f. 255-263, pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

É a síntese do necessário.

Inicialmente é importante destacar que o objeto do presente agravo de instrumento limita-se a dois assuntos: (a) Valor da indisponibilidade dos bens; (b) Indeferimento do pedido para apresentação de notas fiscais e autorização de lavra dos materiais de utilizados na execução da obra pela requerida Proteco.

Analisando detidamente os autos em trâmite no juízo singular, verifica-se que a decisão singular merece parcial provimento.

Explico.

Valor da indisponibilidade dos bens

Insurge-se o agravante contra a decisão singular que, limitou a indisponibilidade dos bens dos agravados aos valores referentes aos danos materiais sofridos bem como ao valor dos contratos celebrados. Defende então que o valor abrangido pela indisponibilidade dos bens seja de R\$ 152.659.668,75 – cento e cinquenta e dois milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e sessenta e oito reais e setenta e cinco centavos, abrangendo assim também a multa civil, e os danos morais coletivos e sociais.

Pois bem. A medida liminar deferida é providência que assegura o resultado útil da eventual procedência da ação, mas que não caracteriza antecipação dos pedidos finais. Caso acolhida a pretensão jurisdicional, não será a indisponibilidade dos bens a ser determinada, mas sim sua definitiva perda. Sendo assim, a medida judicial contra a qual se insurge o agravante é acautelatória e visa garantir eventual risco que o patrimônio público possa sofrer, levando-se em consideração a preponderância do interesse público sobre o privado, nesta fase processual.

Para a decretação da indisponibilidade dos bens, basta a existência de indícios da ocorrência do ato ímprobo e de sua autoria, presentes na extensa documentação que acompanha a petição inicial.

O julgador singular agiu com acerto ao limitar a indisponibilidade dos bens tomando como parâmetro apenas os valores referentes aos contratos celebrados e aos danos materiais.

Não se ode olvidar que tal determinação se deu em caráter liminar, já no início do processo manejado pelo agravante. Em que pese a farta documentação juntada aos autos, bem como que os fatos que serviram de base para a propositura da ação foram bastante noticiados, a fase prematura em que se encontra o processo, recomenda que o julgador singular aja com cautela.

Analisando os autos em trâmite no juízo singular, verifica-se que o objeto da ação refere-se a obras realizadas na rodovia MS-430. As irregularidades listadas indicam a existência de atos perpetrados quando da realização das licitações (inclusão de cláusulas exorbitantes no edital de concorrência), superfaturamento em contratos, incorreções nas medições das obras (f. 29-36). De outro norte, não se pode olvidar que houve a execução dos serviços, tanto é que na própria petição inicial, consta de forma expressa a data de início e de término de todas as fases de pavimentação da referida rodovia.

Não obstante a conclusão das obras, o juízo singular considerou como parâmetro para a indisponibilidade de bens o valor integral dos contratos – o que equivaleria a dizer que as obras sequer foram iniciadas, e que não houve qualquer contraprestação pelos envolvidos (o que não é a verdade extraída dos autos), e ainda, os danos materiais indicados.

Desta forma, tem-se que não há razoabilidade e proporcionalidade no requerimento para que a indisponibilidade de bens tenha como parâmetro, além dos valores dos contratos e dos danos materiais, também os valores relativos à multa civil.

Não se pode olvidar ainda que, a determinação de indisponibilidade de bens atingiu a todos os requeridos na ação (total de 17), de forma ampla. Assim, se a indisponibilidade determinada for cumprida em sua integralidade, o montante indisponível superará o valor pleiteado pelo agravante, e de outro norte, se não for cumprido em sua totalidade, indicará que é inócuo o complemento pretendido pelo recorrente.

Ademais, a determinação para indisponibilidade de bens além dos valores pleiteados pode gerar *periculum in mora* inverso, se ao final, apurar-se que a responsabilidade dos envolvidos não é proporcional ao bloqueio realizado prematuramente.

Desta forma, mantém-se a decisão agravada no tocante aos valores referentes à indisponibilidade de bens.

Da obrigação de apresentação das notas fiscais e autorizações de lavra dos materiais (insumos) utilizados na execução da obra pela requerida Proteco.

No tocante a determinação para apresentação dos documentos pela empresa agravada Proteco, verifica-se que merece provimento o pleito recursal.

O objeto da ação civil pública envolve justamente a ocorrência de superfaturamento de valores referentes às obras contratadas.

A apresentação de tais documentos é sim de suma importância, e possui caráter dúplice. Isso porque, se tais documentos comprovarem as irregularidades servirão como parâmetro para condenação definitiva, e de outro norte, se inexistente qualquer ilicitude nas ações da empresa agravada, servirá como meio de comprovar a sua inocência e fundamento para o julgamento improcedente da ação.

Frise-se ainda que o Novo Código de Processo Civil, dispõe em seu art. 6º que: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*. Ora, a juntada dos documentos pleiteados pela agravada representa com maestria o princípio da cooperação, mencionado na norma retrocitada.

Além do mais, a determinação para apresentação dos documentos neste momento processual contempla também os princípios da economia e celeridade processual, isso porque, em que pese o julgador singular afirma que os documentos apresentados junto com a inicial são bastante para comprovar os atos ilícitos, se no processamento da ação verificar-se a necessidade de complementação, não seria necessário a intimação para juntada. Deve-se considerar ainda que, processos de razoável complexidade como o presente, costumam demorar anos em tramitação, e postergar a apresentação dos documentos pleiteados pode comprometer a existência de tais provas.

Assim sendo, a decisão singular merece reforma neste ponto.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e em parte com o parecer do Ministério Público, lhe dou parcial provimento, apenas para determinar que a empresa agravada Proteco Construções Ltda apresente os documentos indicados pelo agravante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível nº 0800511-76.2015.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SUBTRAÇÃO DE COMBUSTÍVEL DE VEÍCULOS PÚBLICOS – CONDENAÇÃO NA ESFERA PENAL – DOLO COMPROVADO – *BIS IN IDEM* NÃO CARACTERIZADO – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E LESÃO AO ERÁRIO – CONFIGURAÇÃO – APLICAÇÃO DAS PENALIDADES – PERDA DOS CARGOS – MANUTENÇÃO – INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE QUANTO ÀS DEMAIS SANÇÕES – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Mesmo havendo a devida observância ao princípio da independência das instâncias civil, penal e administrativa, resta evidente que, se o agente público vier a ser condenado na esfera criminal penal, o juiz da esfera cível fica impedido de afastar o fato e a autoria, bem como o próprio dolo, que, aliás, é essencial para a condenação criminal.

Uma vez demonstrado que os apelantes, na condição de servidores municipais contratados, foram surpreendidos pela subtração de combustível da Prefeitura Municipal de Paranaíba, com o fim de comercialização e lucro, é cabível a sua condenação pelo enriquecimento ilícito e ao ressarcimento ao erário, tendo em vista que a atividade vinha se desenvolvendo há muito tempo.

Embora tenha havido o afastamento da sanção de perda do cargo público, na esfera penal, esta circunstância não impede a aplicação dessa penalidade na ação civil pública, devido à diversidade dos conceitos e fundamentos que alicerçam essa consequência, em razão do ilícito praticado pelos recorrentes.

Por outro lado, a aplicação das penas, que pode ser cumulativa ou não, deve ser proporcional à conduta do agente ímprobo; assim, se os apelantes já foram condenados ao ressarcimento ao erário e à perda das funções, cabe o afastamento da aplicação da multa civil, tendo em vista que não há outros registros de práticas de atos ilícitos.

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, contrariando em parte o parecer, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Maureli Rodrigues Freitas, Diego César Reis Rodrigues de Freitas, Jaime Leite Conceição Cavalcante, Cícero Rodrigues da Silva Filho e Wanderlei Garcia, devidamente qualificados, interpõem recursos de apelação

cível, inconformados com a sentença (f. 890-902) proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível Cível da Comarca de Terenos, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face dos recorrentes, julgou procedentes os pedidos, para o fim de condenar os apelantes, solidariamente, ao ressarcimento do dano causado ao erário, ao pagamento de multa civil, no valor de 01 (uma) vez o próprio dano, bem como decretou a perda das funções públicas de Cícero Rodrigues da Silva, Jaime Leite Conceição Cavalcante e Maureli Rodrigues de Freitas.

Os apelantes Maureli Rodrigues Freitas e Diego César Reis Rodrigues de Freitas, nas razões recursais de f. 911-914, argumentam que a condenação deles representa um *bis in idem*, na medida em que a sentença criminal proferida nos Autos nº 0002138-85.2014.8.12.0018, também determinou o afastamento do cargo.

Requerem o provimento do recurso, a fim de que seja afastada a penalidade referente à perda da função pública, ou, subsidiariamente, haja o afastamento das multas a eles impostas.

Por outro lado, os apelantes Jaime Leite Conceição Cavalcante, Cícero Rodrigues da Silva Filho e Wanderlei Garcia, nas razões de f. 915-923, que, embora não possa ser discutida a existência do fato, em decorrência da condenação criminal, não houve a demonstração de dolo ou culpa dos agentes, quanto às hipóteses de enriquecimento ilícito e de violação aos princípios da administração pública (artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429/92).

Entendem que não há se falar em condenação por enriquecimento ilícito, tampouco em dano ao erário, pois o combustível subtraído foi devolvido à administração municipal.

Outrossim, afirmam que a decretação da perda da função pública dos apelantes Jaime Leite Conceição e Cícero Rodrigues da Silva, é desproporcional, tendo em vista que o ilícito apurado nestes autos representou um fato isolado na vida dos apelantes, consoante verificado na seara penal.

Por último, requerem a concessão da gratuidade quanto às custas judiciais.

Nas contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento das apelações (f. 927-945).

Também pugnou pelo improvimento a Procuradoria de Justiça, no parecer de f. 957-961.

VOTO

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

Maureli Rodrigues Freitas, Diego César Reis Rodrigues de Freitas, Jaime Leite Conceição Cavalcante, Cícero Rodrigues da Silva Filho e Wanderlei Garcia, devidamente qualificados, interpõem recursos de apelação cível, inconformados com a sentença (f. 890-902) proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível Cível da Comarca de Terenos, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face dos recorrentes, julgou procedentes os pedidos, para o fim de condenar os apelantes, solidariamente, ao ressarcimento do dano causado ao erário, ao pagamento de multa civil, no valor de 01 (uma) vez o próprio dano, bem como decretou a perda das funções públicas de Cícero Rodrigues da Silva, Jaime Leite Conceição Cavalcante e Maureli Rodrigues de Freitas.

Os apelantes Maureli Rodrigues Freitas e Diego César Reis Rodrigues de Freitas, nas razões recursais de f. 911-914, argumentam que a condenação deles representa um *bis in idem*, na medida em que a sentença criminal proferida nos Autos nº 0002138-85.2014.8.12.0018, também determinou o afastamento do cargo.

Requerem o provimento do recurso, a fim de que seja afastada a penalidade referente à perda da função pública, ou, subsidiariamente, haja o afastamento das multas a eles impostas.

Por outro lado, os apelantes Jaime Leite Conceição Cavalcante, Cícero Rodrigues da Silva Filho e Wanderlei Garcia, nas razões de f. 915-923, que, embora não possa ser discutida a existência do fato, em

decorrência da condenação criminal, não houve a demonstração de dolo ou culpa dos agentes, quanto às hipóteses de enriquecimento ilícito e de violação aos princípios da administração pública (artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429/92).

Entendem que não há se falar em condenação por enriquecimento ilícito, tampouco em dano ao erário, pois o combustível subtraído foi devolvido à administração municipal.

Outrossim, afirmam que a decretação da perda da função pública dos apelantes Jaime Leite Conceição e Cícero Rodrigues da Silva, é desproporcional, tendo em vista que o ilícito apurado nestes autos representou um fato isolado na vida dos apelantes, consoante verificado na seara penal.

Por último, requerem a concessão da gratuidade quanto às custas judiciais.

Nas contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento das apelações (f. 927-945).

Também pugnou pelo improvimento a Procuradoria de Justiça, no parecer de f. 957-961.

Passo à análise dos recursos, de modo conjunto, levando-se em conta a comunhão de argumentos, embora um apelo seja mais abrangente do que o outro.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face de Cícero Rodrigues da Silva Filho, Jaime Leite Conceição Cavalcante, Maureli Rodrigues de Freitas, sob a alegação de que eles foram contratados para exercer a função de motorista, e, valendo-se da condição funcional, subtraíram combustível dos caminhões que estavam sob a responsabilidade deles, guardando o produto em galões, para posterior venda.

Para que a operação funcionasse, o servidor Maureli R. Freitas valeu-se do seu filho, Diego César Reis Rodrigues de Freitas, para transportar o combustível.

Quanto à não caracterização do dolo, segundo alegado por Jaime Leite Conceição Cavalcante, Cícero Rodrigues da Silva Filho e Wanderlei Garcia, sem razão os apelantes.

Isso porque, inobstante a independência das instâncias penal, cível e administrativa, excepcionalmente admite-se que uma esfera influencie a outra, e, nesse caso, a condenação no âmbito criminal pela prática de peculato, na qual o dolo é essencial, reverbera na ação civil pública por ato de improbidade (fato e autoria).

Restou demonstrado e incontroverso, por força de sentença proferida nos Autos nº 0002138-85.2014.8.12.0018 (f. 800-830), que os apelantes, intencionalmente, subtraíram 180 litros de combustível dos veículos do Município de Paranaíba, pois o intuito seria a comercialização.

Por outro lado, não há se falar em ausência de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário, pois, conforme narrado nos autos (f. 88-91, declarações na fase investigativa), a prática ilícita estava ocorrendo há muito tempo, sendo certo que os motoristas vendiam o combustível para Maureli por R\$ 1,00 (um real) o litro e este, por sua vez, repassava a terceiros pelo valor de R\$ 2,00 (dois reais) o litro, gerando um lucro mensal de aproximadamente R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais).

Assim, tanto o enriquecimento quanto o dano ao erário não ficaram limitados aos 180 litros de combustível apreendido e devolvido ao Município.

No que pertine à perda das funções públicas, relacionadas aos apelantes Cícero Rodrigues da Silva Filho, Jaime Leite Conceição Cavalcante e Maureli Rodrigues de Freitas, a sentença também deve ser mantida, pois embora os recorrentes tenham obtido o afastamento dessa pena na seara penal, quando do julgamento do recurso de Apelação, o fundamento tanto para a sua aplicação quanto para o seu afastamento leva em consideração conceitos de direito penal e de política criminal, além da necessidade de fundamentação, para evitar a imposição automática da penalidade secundária.

Na presente ação civil pública por ato de improbidade, no entanto, a sentença elencou fundamentos relacionados à proteção da administração pública, os quais possuem autonomia em relação aos aspectos penais verificados no julgamento da Ação Penal nº 0002138-85.2014.8.12.0018, e não haveria sentido em permitir a continuidade da relação funcional dos apelantes, depois da quebra de confiança pela prática de atos de improbidade.

Todavia, tendo em vista que os apelantes sofreram as sanções de perda de suas funções públicas e de ressarcimento ao erário, e, de fato, não há informações no sentido de que eles tenham registros de outras práticas nesse sentido ou quaisquer outras falhas funcionais, é caso de afastamento das penas de multa civil, levando-se em conta que o art. 12, da lei de improbidade, prevê que as sanções podem ser aplicadas isolada e cumulativamente.

A obediência ao princípio da proporcionalidade é uma exigência constitucional e legal, não podendo ser desconsiderada ou mitigada, consoante se vê pelo entendimento jurisprudencial sobre o tema:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE – SÚMULA Nº 13/STJ – ADMINISTRATIVO – LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES.

1. A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial? (Súmula nº 13/STJ) 2. In casu, a controvérsia a ser dirimida cinge-se em definir se as penas acessórias do art. 12, da Lei nº 8.429/92, infligidas aos ex-vereadores, foram aplicadas de forma razoável e proporcional ao ato improprio praticado.

3. As sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92, não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como resta claro do parágrafo único do mesmo dispositivo.

4. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do e. STJ. (Precedentes: REsp 291.747, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002 e RESP 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 27.09.1999) 5. Revela-se necessária a observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para efetivar a dosimetria da sanção por ato de improbidade, adequando-a à finalidade da norma.

6. Hipótese em que foi ajuizada ação de improbidade tendo em vista que o Presidente da Câmara Municipal, e os vereadores no Município de Guaira-PR, no período de 1993/1996, perceberam indevidamente no mês de janeiro de 1995, respectivamente, à época da propositura da demanda, R\$ 378,73 (trezentos de setenta e oito reais e setenta e três centavos), e R\$ 252,49 (duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) sendo certo que foram condenados ao ressarcimento integral do dano ao erário, bem como à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por cinco anos, ao pagamento de multa civil, correspondente à metade do valor que deve ser ressarcido e à proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos.

7. É cediço que a ausência de razoabilidade da sanção infirma a sua ‘legalidade’, à luz do art. 12, da Lei nº 8.429/92 e seu parágrafo único. É cediço em sede de cláusula doutrinária que: com efeito, reza o art. 5º, LIV/88 que ninguém será ‘privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. Privação de liberdade há de ser interpretada, aqui, de modo mais amplo possível. Não se trata de pena privativa de liberdade. Uma restrição a direitos políticos não é pena privativa de liberdade, mas prova o agente do gozo de uma liberdade política, v.g., candidatar-se a cargos públicos, ou a cargos eletivos, ou de usufruir do direito-dever de voto. Uma sanção que proíbe alguém de contratar com a administração pública, ou dela receber benefícios fiscais ou creditícios, subvenções, por determinado período, atinge a sua liberdade de contratar e de participar da vida negocial.

Ademais, privação dos bens também mercê ampla compreensão. Quando o Estado ajuíza uma ação civil pública visando a condenação do agente ao pagamento de multa civil, parece-me que há perspectiva de privação dos bens. Também um processo administrativo que tenha por finalidade imposição de multa pode atingir os bens dos indivíduos, dada a perspectiva executória de uma eventual decisão sancionatória.

Essa locução não quer significar, em pobre dicção literal e pouco criativa, que somente aqueles que respondem a processos de execução, com patrimônio diretamente submetido ao risco de constrição, teriam o supremo direito ao devido processo legal. Outros, respondendo a ações indenizatórias, ainda na fase cognitiva, milionárias ou não, não teriam direito ao atendimento do art. 5º, LIV, da CF/88? Evidentemente que têm mais pessoas esse direito. Consta que o projeto original do art. 37, caput, da Carta de 1988 previa, expressamente, o princípio da razoabilidade, tendo sido banido do texto final. Nem por isso, todavia, deve ser desconsiderado.

Anote-se que há um princípio da razoabilidade das leis, princípio que tem sido acolhido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e na boa doutrina, condenando-se a discrepância entre o meio eleito pelo próprio legislador e o fim almejado. 'A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos efeitos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade.'

Os magistrados devem obediência ao princípio geral da razoabilidade de suas medidas e atos. Trata-se de um princípio com reflexos, portanto, processuais. Nenhuma medida judicial pode ser 'desarrazoada', arbitrária, absurda (...) Ademais, a razoabilidade é um fundamental critério de apreciação da arbitrariedade legislativa, jurisdicional e administrativa, porque os tipos de condutas sancionadas devem atender a determinadas exigências decorrentes da razoabilidade que se espera dos Poderes Públicos.

(...) Uma decisão condenatória desarrazoada, por qualquer que seja o motivo, será nula de pleno direito, viciada em sua origem, seja fruto de órgãos judiciais, seja produto de deliberações administrativas ou mesmo legislativas, eis a importância de se compreender a presença do princípio da razoabilidade dentro da cláusula do devido processo legal (in Fábio Medina Osório, in Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais).

8. Consectariamente, independentemente do reexame de matéria fático-probatória, insindicável, em sede de recurso especial, pelo E. STJ, ante a incidência do Verbete Sumular nº 07/STJ, revela-se evidente a excessividade das penas aplicadas aos recorrentes, com notória infração ao art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92.

9. Forçoso concluir que, nos casos em que a lei não fixa critério a ser obedecido na infligência da sanção, é defeso ao STJ invadir a discricionariedade judicial prevista em lei. Outrossim, erigido em critério legal e desobedecido o mesmo em face de error in judicando, vislumbra-se inequívoca a violação legal que embasa a irresignação recursal.

10. Recurso especial interposto por Heraldo Trento e Outro parcialmente conhecido e recurso especial de Paulo Celinski e Outros, integralmente conhecido e ambos providos para que sejam condenados, tão-somente, ao ressarcimento dos valores indevidamente recebidos, afastando-se as demais penalidades acessórias impostas aos recorrentes." (REsp 664.856/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 253)

Desse modo, o afastamento das multas civis impostas aos apelantes, mostra-se necessária e proporcional ao caso concreto.

Diante do exposto, contrariando em parte o parecer, dou provimento parcial aos recursos, para, em se reformando em parte a sentença, afastar as multas civis impostas aos apelantes, mantendo, a sentença quanto às demais cominações. Por último, defiro os benefícios da Justiça Gratuita aos apelantes.

Sem majoração de honorários, tendo em vista que não houve condenação dessa verba em primeira instância.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contrariando em parte o parecer, deram parcial provimento aos recursos, 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. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Agravo de Instrumento nº 1408615-23.2019.8.12.0000 - Paranaíba

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO À CLASSIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO AO PEDIDO E DA COISA JULGADA – VEDAÇÃO À SURPRESA – NÃO CONFIGURAÇÃO – ATO JUDICIAL DECORRENTE DA SEQUÊNCIA DO PROCESSO, APÓS A MANIFESTAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL – PREFACIAL REJEITADA – MÉRITO – NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DOS CRÉDITOS EXTRACONCURSAIS, EM CONFORMIDADE COM A PREVISÃO DOS CONTRATOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A decisão agravada, ao indeferir pedido de exclusão da integralidade dos créditos garantidos por alienação e cessão fiduciárias, não viola o princípio da não surpresa ou mesmo da adstrição ao pedido, quando se verifica que o ato judicial surgiu em decorrência da própria dinâmica processual, especificamente quanto à manifestação do administrador judicial.

Também não há nulidade, por ofensa à coisa julgada, se as decisões anteriores, às quais se refere o agravante, são oriundas de um contexto em que não houve a discussão, por parte do recorrente, sobre a questão específica da limitação contratual das garantias, que apareceu apenas depois da manifestação do administrador judicial.

A garantia contratual, seja ela qual for, deve obedecer aos limites do contrato; uma vez previsto que a segurança da dívida dar-se-á em certo limite, não é dado ao intérprete ampliar o seu alcance.

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, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Itaú Unibanco S.A., qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos de impugnação de crédito (Processo nº 0000136-40.2017.8.12.0018), por ele apresentado em face de Pioneiro Supermercado Ltda., Pioneiro Motos Ltda. e outros, indeferiu pedido de exclusão da integralidade dos créditos considerados pelo agravante como extraconcurais.

Alega, preliminarmente, que a decisão merece ser anulada, pois:

“(...) o decisum agravado é extra petita e desrespeitou a coisa julgada, na medida em que as agravadas não formularam nenhum pedido acerca da limitação das garantias e o TJ/MS e o STJ determinaram a exclusão dos créditos do agravante sem qualquer ressalva, eis que

(...) o crédito do agravante é integralmente extraconcursal, haja vista a defesa apresentada pelas agravadas e as decisões proferidas por este e. Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ambas transitadas em julgado, devendo, assim, a r. decisão agravada ser anulada e mantido o entendimento oriundo dos Tribunais.” (f. 13 do agravo).

Quanto ao mérito, sustenta o agravante que:

“(...) a discussão sobre uma suposta limitação percentual da garantia está preclusa, na medida em que esta 2ª instância e o Tribunal Superior reconheceram, sem qualquer observação, a natureza extraconcursal do crédito do agravante, aplicando-se ao caso concreto o brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo).” (f. 04).

Por outro lado, afirma o recorrente que:

“(...) os contratos não possuem um percentual de garantia, mas sim um valor mínimo a ser mantido nas contas vinculadas pelas agravadas, consoante inteligência da cláusula 7ª (cf. f. 17, 31-32, 45-46, 52-53 e 59-60, origem) e que referida disposição contratual trata especificamente das garantias prestadas para assegurar o pagamento da dívida contraída, sendo certo que o percentual indicado nos contratos diz respeito ao valor mínimo a ser mantido na conta vinculada, e não um desconto proporcional sobre os montantes a serem recebidos.” (f. 10).

Requer a concessão da tutela de urgência em grau de recurso, e, ao final, seja a decisão anulada ou reformada, determinando-se a exclusão dos créditos garantidos por alienação e cessão fiduciária dos efeitos da recuperação judicial, sem limitação de percentual previsto em contrato.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 30-31).

Os agravados, por meio das contrarrazões (f. 33-40), entendem que os créditos objetos de questionamento, pelo agravante, devem ser limitados às garantias previstas contratualmente.

VOTO

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

Itaú Unibanco S.A., qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos de impugnação de crédito (Processo nº 0000136-40.2017.8.12.0018), por ele apresentado em face de Pioneiro Supermercado Ltda., Pioneiro Motos Ltda. e outros, indeferiu pedido de exclusão da integralidade dos créditos considerados pelo agravante como extraconcursais.

Alega, preliminarmente, que a decisão merece ser anulada, pois:

“(...) o decisum agravado é extra petita e desrespeitou a coisa julgada, na medida em que as agravadas não formularam nenhum pedido acerca da limitação das garantias e o TJ/MS e o STJ determinaram a exclusão dos créditos do agravante sem qualquer ressalva, eis que (...) o crédito do agravante é integralmente extraconcursal, haja vista a defesa apresentada pelas agravadas e as decisões proferidas por este e. Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ambas transitadas em julgado, devendo, assim, a r. decisão agravada ser anulada e mantido o entendimento oriundo dos Tribunais.” (f. 13 do agravo).

Quanto ao mérito, sustenta o agravante que:

“(...) a discussão sobre uma suposta limitação percentual da garantia está preclusa, na medida em que esta 2ª instância e o Tribunal Superior reconheceram, sem qualquer observação, a natureza extraconcursal do crédito do agravante, aplicando-se ao caso concreto o brocardo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo).” (f. 04).

Por outro lado, afirma o recorrente que:

“(...) os contratos não possuem um percentual de garantia, mas sim um valor mínimo a ser mantido nas contas vinculadas pelas agravadas, consoante inteligência da cláusula 7ª (cf. f. 17, 31-32, 45-46, 52-53 e 59-60, origem) e que referida disposição contratual trata especificamente das garantias prestadas para assegurar o pagamento da dívida contraída, sendo certo que o percentual indicado nos contratos diz respeito ao valor mínimo a ser mantido na conta vinculada, e não um desconto proporcional sobre os montantes a serem recebidos.” (f. 10).

Requer a concessão da tutela de urgência em grau de recurso, e, ao final, seja a decisão anulada ou reformada, determinando-se a exclusão dos créditos garantidos por alienação e cessão fiduciária dos efeitos da recuperação judicial, sem limitação de percentual previsto em contrato.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 30-31).

Os agravados, por meio das contrarrazões (f. 33-40), entendem que os créditos objetos de questionamento, pelo agravante, devem ser limitados às garantias previstas contratualmente.

Em que pese o agravante haver tratado da preliminar de nulidade da decisão agravada na parte final do recurso, de modo subsidiário, trata-se de técnica equivocada, pois matéria de ordem pública deve ser examinada em primeiro lugar.

Passo ao exame das questões discutidas no recurso, primeiramente pela tese de nulidade.

Preliminar de nulidade da decisão agravada, sob alegação de violação à coisa julgada e ao princípio da congruência (*extra petita*), bem como ao princípio da vedação à surpresa (contraditório), arguida pela agravante.

Segundo argumenta a agravante, a decisão é *extra petita*, porque não houve pedido de limitação das garantias, nos contratos de cessão e alienação fiduciária, e violou a coisa julgada, ao desrespeitar as decisões proferidas pelo TJ/MS e pelo STJ, sobre a questão dos créditos garantidos por cessão e alienação fiduciária.

Sem razão a agravante, todavia.

A própria dinâmica processual é suficiente para revelar o equívoco da recorrente, pois, tratando-se de incidente de impugnação à relação de créditos, em recuperação judicial, as decisões são tomadas sempre com a participação do administrador judicial, que fornece informações técnicas precisas, sobre os bens, os créditos e as dívidas que compõem o acervo recuperacional.

Nesse caso, após o trânsito em julgado das decisões proferidas nos Agravos de Instrumento nº 1410730-22.2016.8.12.0000 (que versava apenas sobre tutela de urgência sobre as “travas” nos recebíveis das agravadas) e 1411228-84.2017.8.12.0000 (que tratava da exclusão dos créditos garantidos por alienação fiduciária dos efeitos da recuperação judicial), ambos de minha relatoria, o administrador judicial, cumprindo seu mister, manifestou-se para dizer que, nas operações relacionadas à garantia fiduciária (alienação e cessão), deve ser respeitado o limite estabelecido no contrato (f. 229-231, origem).

O agravante discordou do administrador judicial (f. 243-246), por entender que a limitação das garantias não foi considerada nos Agravos de Instrumento nº 1410730-22.2016.8.12.0000 e nº 1411228-84.2017.8.12.0000, bem como no REsp nº 1.702.621, sendo que os agravados concordaram com a restrição das garantias, tais como previstas nos contratos (f. 256-260).

Tendo em vista a manifestação do administrador, assim como a participação do agravante, antes da decisão prolatada, afastam, claramente, as alegações de violação aos princípios da vedação à surpresa, da inércia da jurisdição e da congruência (*extra petita*), dada a natureza do processo e o envolvimento das partes na formação da decisão agravada.

Além disso, deve ser lembrado ao agravante que a questão referente aos limites das garantias, previstos contratualmente, não foi objeto dos recursos acima mencionados, e, assim, não há coisa julgada sobre esse tema.

Por outro lado, somente a partir da manifestação do administrador judicial, que tem o dever de zelar pelo bom andamento da recuperação judicial e dos seus incidentes, é que a matéria teve a atenção das partes e do juízo *a quo*, não havendo preclusão para a sua discussão, muito menos coisa julgada.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da decisão agravada, sob alegação de violação à coisa julgada e ao princípio da congruência (*extra petita*), bem como ao princípio da vedação à surpresa (contraditório), arguida pelo agravante.

Mérito – Da limitação das garantias (alienação e cessão fiduciárias).

Consoante já relatado acima, depois do trânsito em julgado das decisões proferidas nos Agravos de Instrumento nº 1410730-22.2016.8.12.0000 e nº 1411228-84.2017.8.12.0000, bem como no REsp nº 1.702.621, o feito (impugnação à relação de créditos) prosseguiu normalmente, sendo remetidos os autos ao administrador judicial, para manifestação sobre os valores impugnados, oportunidade em que ele esclareceu que há limitação dos valores das garantias contratuais (f. 229-231 da origem).

Não há controvérsia sobre a existência de limite para as garantias, mas sim quanto à sua interpretação.

Sobre essa questão, merece atenção o fato de que a cláusula 7ª, prevista nas cédulas de crédito bancário (f. 17, 31-32, 45-46, 52-53 e 59-60), estabelece percentuais garantidos por cessão fiduciária e alienação fiduciária, conforme o quadro apresentado pelo administrador judicial (f. 229-231):

Contrato	Classe	Valor	Tipo operação
11116/000048200078235	Quirografário	R\$30.000,00	Cessão fiduciária (90%)
	Extraconcursal	R\$270.000,00	
30060/080840382	Extraconcursal	R\$579.948,73	Cessão fiduciária (100%)
30060/545735508	Quirografário	R\$233.941,86	Cessão fiduciária (20%)
	Extraconcursal	R\$58.485,47	
30948/053388575	Extraconcursal	R\$258.752,85	Cessão fiduciária (100%)
30948/726158538	Quirografário	R\$401.296,16	Cessão fiduciária (20%)
	Extraconcursal	R\$100.324,04	
30948/759302391	Quirografário	R\$234.057,21	Cessão fiduciária (20%)
	Extraconcursal	R\$58.514,30	
30948/635536980	Quirografário	R\$29.255,92	Cessão fiduciária (70%)
	Extraconcursal	R\$68.263,81	
30948/135191617	Extraconcursal	R\$488.382,63	Cessão fiduciária (100%)
86022/201324981004	Extraconcursal	R\$58.621,49	Alienação fiduciária
86022/201413515002	Extraconcursal	R\$157.781,46	Alienação fiduciária
86022/201417605007	Extraconcursal	R\$34.580,24	Alienação fiduciária
82510/50547181	Extraconcursal	R\$16.597,10	Arrendamento mercantil
82510/50720994	Extraconcursal	R\$56.728,41	Arrendamento mercantil
82521/50707819	Extraconcursal	R\$46.684,45	Arrendamento mercantil
TOTAL QUIROGRAFÁRIO:		R\$928.551,15	
TOTAL EXTRACONCURSAL:		R\$2.253.664,99	
TOTAL:		R\$3.182.216,14	

Segundo afirma o agravante, os contratos não possuem um percentual de garantia, mas sim um valor mínimo para ser mantido nas contas vinculadas pelas agravadas.

Todavia, a interpretação do agravante, caso fosse acolhida, resultaria em desconsiderar os termos contratuais, os quais decorrem da necessidade e observância do art. 83, II, da Lei nº 11.101/2005:

“Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

(...)

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;”

No mesmo sentido, é o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS – RECLAMO INTERPOSTO POR AMBOS OS LITIGANTES. INSURGÊNCIA DOS EMBARGANTES – RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA DEVEDORA PRINCIPAL – PRETENSÃO DE REFORMA DO “DECISUM” QUANTO À DETERMINAÇÃO DE CONTINUIDADE DA EXECUCIONAL COM O RECÁLCULO DO VALOR EXEQUENDO – CRÉDITO GARANTIDO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM MÓVEL – AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERACIONAL – EXEGESE DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/2005 – ENTRETANTO, PROSSEGUIMENTO DO FEITO EXECUTIVO EM RELAÇÃO AO CRÉDITO EXTRACONCURSAL QUE NÃO PODE SE DISTANCIAR DO BEM DADO EM GARANTIA – SALDO CREDOR EXCEDENTE QUE, POR SUA VEZ, DEVERÁ SE SUBMETER À RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA MODALIDADE QUIROGRAFÁRIA – RECLAMO PROVIDO. (...) a fim de preservar as expectativas decorrentes da constituição de alienação fiduciária, que consiste na própria transferência da propriedade resolúvel ao credor, é que se previu a extraconcursalidade desses créditos; não sendo possível que, dentro dos limites do seu valor, se pretenda a alteração das condições contratadas. (...) A extraconcursalidade, contudo, não pode ser vista como ilimitada, devendo ser garantida conforme o objeto que a constitui; pois é somente com base neste que o credor fiduciário se diferencia dos demais credores que compõem o concurso. Logo, a fim de evitar o desmonte de todo o sistema recuperacional, com o estímulo à constituição de simulacros de garantias fiduciárias, apenas para que o crédito seja posto a salvo de eventuais efeitos de recuperação judicial, é preciso que a busca da satisfação da obrigação se dê por meio dos bens que constituem a garantia. (...) Dessa forma, se após a consolidação da propriedade e alienação do bem não houver a satisfação integral da dívida, o restante deverá ser habilitado juntamente aos demais créditos de natureza quirografária. Do mesmo modo, antes que o credor possa voltar suas pretensões para outros bens, o que somente poderá realizar em concurso com os demais, deverá buscar a satisfação do crédito por meio da garantia fiduciária, a qual constitui o único elemento diferenciador de sua condição diante dos outros credores do devedor em recuperação judicial.” (TJSP. Agravo de Instrumento 2149201-08.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, j. em 17/10/2018).

“ÔNUS SUCUMBENCIAIS – DECISÓRIO APELADO QUE ESTABELECEU O PAGAMENTO INTEGRAL PELOS EMBARGANTES – PEDIDO DE INVERSÃO PARA QUE A RESPONSABILIDADE PELO ADIMPLEMENTO RECAIA SOBRE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – TODAVIA, MANUTENÇÃO DO COMANDO PROFERIDO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO QUANTO À SUCUMBÊNCIA, A DESPEITO DO ACOLHIMENTO DO INCONFORMISMO NESTA INSTÂNCIA – EXECUTADOS QUE PERSISTES DECAINDO DE PARTE MÍNIMA – INTELIGÊNCIA DO ART. 86, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE RITOS. A imposição do pagamento dos ônus sucumbenciais deve considerar o êxito de cada um dos contendores no litígio. De tal sorte, vislumbrando-se o decaimento mínimo da embargada (CPC, art. 86, parágrafo único), há de se atribuir aos embargantes a responsabilidade pelo adimplemento da dos estipêndios decorrentes de sua derrota, persistindo a ressalva do art. 98, § 3º, da Lei nº 13.105/2015. APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EMBARGADA – IRRESIGNAÇÃO QUANTO AO VALOR FIXADO A TÍTULO DE ESTIPÊNDIO PATRONAL – ALMEJADA UTILIZAÇÃO DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA COMO PARÂMETRO DE FIXAÇÃO – INACOLHIMENTO – REMUNERAÇÃO ESTABELECIDO NO JUÍZO DE ORIGEM EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) – APRECIÇÃO EQUITATIVA QUE SE AFIGURA MAIS CONSENTÂNEA E RAZOÁVEL AO CASO – RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – APROVEITAMENTO DO MONTANTE ATRIBUÍDO À CAUSA (QUANTIA EXEQUENDA DE R\$ 1.024.037,76, EM MARÇO DE 2017) QUE IMPLICARIA EM SUCUMBÊNCIA EXORBITANTE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO DISPOSTO NO § 8º DO CITADO DISPOSITIVO. Consoante dispõe o art. 85, § 2º ‘os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa’. Entretanto, sendo o valor atribuído à causa de vultuoso valor, é possível arbitrar a verba patronal nos moldes do art. 85, § 8º da Lei Adjetiva Civil. Nos presentes autos, o montante apontado como devido remonta R\$ 1.024.037,76 (um milhão e vinte e quatro mil e trinta e sete reais e setenta e seis centavos)

em março de 2017. Assim, o arbitramento dos estímulos patronais em percentual revelar-se-ia exorbitante e desproporcional, motivo pelo qual os honorários advocatícios devem permanecer como fixados na sentença (R\$ 10.000,00).” (TJSC. Apelação Cível nº 0302732-23.2018.8.24.0092, da Capital, Rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 10-09-2019).

“IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA, ANTE A CONCORDÂNCIA DAS RECUPERANDAS E DA ADMINISTRADORA JUDICIAL – AUSÊNCIA DE LITIGIOSIDADE – VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA INDEVIDA – PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGADO (EXTRA PETITA) NA PARTE QUE DECIDIU A RESPEITO DA EVENTUAL INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA, CONSIGNANDO QUE O SALDO, NÃO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, DEVERIA SER CLASSIFICADO COMO QUIROGRAFÁRIO – QUESTÃO AGITADA PELAS PARTES NA IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO, INCLUSIVE PELO PRÓPRIO AGRAVANTE – NULIDADE INEXISTENTE – SALDO DE CRÉDITO NÃO COBERTO PELO VALOR DA GARANTIA QUE É QUIROGRAFÁRIO – ENUNCIADO 51 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, NESSE SENTIDO – RECURSO DESPROVIDO.” (AI nº 2167861-84.2017.8.26.0000; Relator: Araldo Telles; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 11/12/2017)

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CRÉDITO ORIUNDO DE CONTRATOS DE MÚTUO E DE CONCESSÃO DE CRÉDITO GARANTIDOS POR CESSÕES FIDUCIÁRIAS DE DUPLICATAS DE VENDA MERCANTIL E REGISTRADOS NO RTD EM DATA ANTERIOR A DO AJUIZAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA CONFIGURADA, NOS TERMOS DO ART. 1361, CC E DA SÚMULA 60, TJSP – CRÉDITO QUE, POR FORÇA DO ART. 49, § 3º, LEI Nº 11101/05, É ORA EXCLUÍDO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – EXCLUSÃO, CONTUDO, QUE SE LIMITA AO MONTANTE DO CRÉDITO COBERTO PELA CESSÃO FIDUCIÁRIA DADA EM GARANTIA, SUJEITANDO-SE O VALOR RESTANTE À RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NA QUALIDADE DE CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO – ENTENDIMENTO JÁ SACRAMENTADO NO ENUNCIADO 51 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL – RECURSO PROVIDO EM PARTE.” (AI nº 0272049-41.2012.8.26.0000; Rel. Maia da Cunha Comarca: Franca; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 26/02/2013).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – CRÉDITO DECORRENTE DE CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL GARANTIDO POR HIPOTECA SOBRE BENS DE TERCEIRO E GRAVADO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS PERTENCENTES À RECUPERANDA – DISCUSSÃO QUANTO À CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO EM QUIROGRAFÁRIO OU EXTRACONCURSAL – GARANTIA PRESTADA POR TERCEIROS – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DOS BENS DA RECUPERANDA – INAPLICABILIDADE DO § 3º DO ART. 49 DA LREF – PRIVILÉGIO QUE SE EXERCE APENAS EM RELAÇÃO AOS PRESTADORES DA GARANTIA REAL (§ 1º) – GARANTIA PARCIAL – BENS DA RECUPERANDA QUE FORAM ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE EM GARANTIA – VALOR INFERIOR AO CRÉDITO – EXTRACONCURSALIDADE QUE SE RECONHECE APENAS SOBRE A PARCELA COBERTA PELA GARANTIA – NATUREZA QUIROGRAFÁRIA DO SALDO REMANESCENTE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.” (TJSP. Agravo de Instrumento 2030253-10.2018.8.26.0000; Rel. Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Mairinque - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/07/2018; Data de Registro: 27/07/2018)

Portanto, a decisão agravada deve ser mantida, pois para o fim de que sejam respeitados os limites contratuais, no que pertine aos créditos garantidos por alienação fiduciária e cessão fiduciária, não ficando constatada a violação dos artigos 49, § 3º, 83, II, da Lei nº 11.101/2005, e artigos 2º, 9º, 10, 141, 336, 492, 503 e 508, do CPC.

Dispositivo

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da decisão agravada, sob alegação de violação à coisa julgada e ao princípio da congruência (*extra petita*), bem como ao princípio da vedação à surpresa (contraditório), arguida pelo agravante, e, quanto ao mérito, nego provimento ao recurso interposto pelo Itaú Unibanco S/A.

Não cabe a majoração de honorários advocatícios, tendo em vista que não houve fixação dessa verba em primeira instância.

Também é inviável a técnica de julgamento do art. 942, no caso de votação por maioria, por não se tratar de decisão parcial de mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1410259-98.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – REJEITADA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE ABERTURA DE INSTRUÇÃO – NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO PARA DETERMINAR SE HOUVE DESVIO DE FINALIDADE – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A DECISÃO.

Há expressa previsão legal de que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será resolvido por decisão interlocutória, nos termos do artigo 136 do Código de Processo Civil.

A aferição da presença, ou não, dos requisitos para a desconconsideração da personalidade jurídica será realizada através de ampla dilação probatória, o que não aconteceu no caso concreto diante da ausência de abertura da fase instrutória, o que configura cerceamento de defesa.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de março de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Sertão Comercial de Equipamentos Ltda agrava da decisão que indeferiu o pedido formulado no Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica proposto em desfavor de Magna Engenharia Ltda e Josely Gonçalves Vargas.

Sustenta, em apertada síntese, que a decisão é nula diante da ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa uma vez que não foi oportunizada a especificação/produção de provas para comprovar as suas alegações.

No mérito, afirma que estão presentes os requisitos para inclusão do sócio agravado no polo passivo da demanda executiva porque há desvio de finalidade caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros, bem como pelo encerramento das atividades de forma irregular.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a decisão e permitir que a execução seja direcionada ao sócio Josely Gonçalves Vargas.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 52).

Contraminuta apresentada às f. 60-65 em que foi suscitada preliminar de não conhecimento do recurso porque o incidente foi resolvido por sentença. No mais, pediu o improvimento do recurso.

O agravante se manifestou às f. 77-79 reiterando o cabimento do agravo de instrumento.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Primeiramente, quanto ao cabimento do recurso é certo que a simples leitura do artigo 136 do Código de Processo Civil explica a celeuma porque há expressa previsão legal de que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será resolvido por decisão interlocutória, ou seja, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, senão vejamos:

“Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.”

Assim, considerando a letra de lei, não é porque o magistrado resolveu o incidente e publicou no sistema como sentença que haverá mudança no recurso a ser apresentado pela parte.

Rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

Quanto à ofensa ao princípio do contraditório em ampla defesa, dada a existência de verossimilhança dos fatos e alegações trazidos pela parte agravante, é patente a necessidade de maior instrução do feito a fim de dirimir tal controvérsia.

É que, em regra, os bens da pessoa jurídica não se confundem com os das pessoas físicas que a administram, sob pena de ser desconSIDERADA a personalidade jurídica da empresa, o que, por certo, se trata de norma de exceção e deve ser aplicada, a requerimento do credor, quando comprovada, de forma clara, robusta e inequívoca, a presença de um dos requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil, que configurem abuso de direito.

A aferição da presença, ou não, dos requisitos para a desconSIDERação da personalidade jurídica será realizada através de ampla dilação probatória, o que não aconteceu no caso concreto diante da ausência de abertura da fase instrutória.

O instituto da desconSIDERação da personalidade jurídica, consagrado expressamente no art. 50 do Código Civil, visa impedir o uso fraudulento da empresa pelos sócios com o intuito de frustrar os direitos dos credores, sendo que, para tanto, deve ser comprovado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou a confusão patrimonial, consagrado pela inexistência, no campo dos fatos, de separação do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios.

Assim, é necessário oportunizar o contraditório, sem o que resta caracterizado o cerceamento de defesa. Neste sentido:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRETENSÃO A SER DIRIMIDA EM INCIDENTE PREVISTO NO ART. 795, § 4º, DO CPC – DECISÃO TORNADA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO. A aplicação da teoria da desconSIDERação da personalidade jurídica (disregard doctrine), e o consequente redirecionamento da pretensão executiva contra os sócios ou administradores da sociedade empresarial, é possível quando suficientemente demonstrada a ocorrência do abuso da pessoa jurídica nas hipóteses de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A supressão da fase probatória configura cerceamento de defesa, notadamente porque a agravante foi impedida de comprovar o alegado desvio de finalidade, não podendo, portanto, subsistir a decisão agravada. No entanto, o pedido de desconSIDERação da personalidade jurídica não poderá ser analisado no bojo da execução originária, porquanto de acordo com o novo CPC essa pretensão deve observar obrigatoriamente o incidente previsto no artigo 795 do Código de

Processo Civil.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1403006-30.2017.8.12.0000, Bonito, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Eduardo Machado Rocha, j: 09/05/2017, p: 10/05/2017)

Como visto, diante da necessidade de produção probatória ampla para comprovação de eventual desvio de finalidade da empresa, a decisão de primeiro grau merece ser anulada para abertura de instrução.

Isso posto, dou provimento ao recurso para anular a decisão que indeferiu o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica e determino que haja abertura de fase instrutória com contraditório e ampla defesa garantidos.

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 3 de março de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1415105-61.2019.8.12.0000 – Nova Andradina

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO – PROVA *IURIS TANTUM* – QUESTÕES RELATIVAS À PARTILHA DOS BENS NO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, IMPROVIDO.

A escritura pública que declara a união estável de f. 74, faz presunção *iuris tantum* da união declarada pelo falecido e agravada, sendo que meras alegações contraditórias, não são capazes de elidir a fé pública do documento apresentado pela própria inventariante ora agravante na abertura testamentaria.

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, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de março de 2020

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

M. C. S. S. agravou da decisão que, nos Autos do Inventário nº 0801782-21.2018.8.12.0017 do Espólio de L. A. S., entendeu provada a união estável entre o falecido e J. D.

Esclarece que apesar de anexada a certidão de f. 58, os herdeiros necessários discordam da relatada união estável no referido documento, vez que a agravada nunca viveu maritalmente com o *de cujus*.

Sustenta que a comprovação da união estável, no presente caso, demanda dilação probatória, do mesmo modo que existem interesses de menor envolvido no processo, motivo pelo qual deve ser determinada a propositura de ação autônoma.

Requer em caráter subsidiário, que seja determinada a aplicação do artigo 1.659 do CC/2002, de modo que somente serão objeto de partilha os bens adquiridos de forma onerosa.

Pugna pela manifestação do Ministério Público, ante a presença de interesse de menor no feito.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo às f. 27-28.

Sem resposta, certidão de f. 151.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Cinge-se a controvérsia em verificar se realmente está comprovada a união estável entre o falecido (L. A. S.e J. D.) ou se é necessário que tal questão seja objeto de demanda própria.

A inventariante M. C. S. S. agravou da decisão que, nos Autos do Inventário nº 0801782-21.2018.8.12.0017 do Espólio de L. A. S., que entendeu provada a união estável entre o falecido e J. D.

Esclarece que apesar de anexada a certidão de f. 58, os herdeiros necessários discordam da relatada união estável no referido documento, vez que a agravada nunca viveu maritalmente com o *de cujus*.

Sustenta que a comprovação da união estável, no presente caso, demanda dilação probatória, do mesmo modo que existem interesses de menor envolvido no processo, motivo pelo qual deve ser determinada a propositura de ação autônoma.

Requer em caráter subsidiário, que seja determinada a aplicação do artigo 1.659 do CC/2002, de modo que somente serão objeto de partilha os bens adquiridos de forma onerosa.

Pois bem. A Constituição da República, em seu artigo 226, § 3º, preceitua que “*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”. Regulando o dispositivo constitucional, o artigo 1.723 do Código Civil reza que “*é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*”

Conforme consta nos autos, a inventariante ora agravante nas primeiras declarações do inventário, declarou a Sra. Julia Duarte como sendo convivente do *de cujus*, conforme escritura pública de declaração de união estável assinada pelos conviventes f. 74.

Posteriormente, passou a discordar da referida união, ou seja, contradizendo as primeiras declarações feita nos autos do presente inventário, mormente, quando a convivente Julia peticionou nos autos requerendo sua habilitação como cônjuge em união estável f. 78-80.

No presente caso, observa-se que a agravante – filha do *de cujus* – não impugnou a existência da união estável havida entre a agravada e o falecido, uma vez que afirmou que:

“(...) É indiscutível a união estável entre o de cujus e a Sra. J. D., porém é indiscutível, também, que o regime no caso concreto é regime parcial de bens que se comunicam, apenas, aqueles adquiridos na constância da união estável e de forma onerosa, excluindo-se os bens recebidos por herança.” (f. 96 autos originais)

Cumpra lembrar que são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo – expor os fatos em juízo conforme a verdade; não apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento¹.

Logo, não há que se aceitar declarações conflitantes tendentes a ferir o princípio da boa-fé processual, previsto nos artigos 5º e 77, do Código de Processo Civil.

Dito isto, esclareço que a escritura pública que declara a união estável de f. 74, faz presunção *iuris tantum* da união declarada pelo falecido e agravada, sendo que meras alegações contraditórias, não são capazes de elidir a fé pública do documento apresentado pela própria inventariante ora agravante na abertura testamentaria.

Logo, em face da existência da escritura pública em que se declara que a agravada e o falecido

¹ Art. 77. CPC/15

mantiveram união estável a partir de maio de 2012, bem como não tendo a agravante trazido aos autos elementos seguros que afastasse a veracidade do referido documento, a habilitação da agravada como cônjuge em união estável deve ser mantida.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – HABILITAÇÃO DE COMPANHEIRA E NOMEAÇÃO COMO INVENTARIANTE – ALEGAÇÃO DOS HERDEIROS DE INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL E DE QUE A COMPANHEIRA NÃO ESTARIA RESIDINDO EM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO DE CUJUS – AUSÊNCIA DE PROVAS. 1. Os insurgentes deixaram de colacionar ao presente instrumento cópia integral do processo de origem, documentos que podem ter sido levados em conta na formação do convencimento do magistrado singular a reconhecer a existência de indicativos suficientes acerca do relacionamento entre a agravada e o extinto para que fosse nomeada como inventariante (consoante autorizado pelo art. 990, I, do CPC). 2. **No caso, a inventariante e o falecido, cerca de dois meses antes do passamento, firmaram escritura pública declaratória de união estável afirmando que viviam juntos há 16 anos, inexistindo, contudo, qualquer elemento a afastar a veracidade desse documento, não se prestando, para tanto apenas o atestado médico unilateral emitido após a morte e depois da prolação da decisão acoimada.** 3. A resistência ora ofertada pelos irmãos do de cujus (que poderá vir a traduzir uma situação de conflito de interesses), assim como a circunstância de haver sido a existência de ação de declaração de **união estável**, alegadamente depois extinta, um dos motivos invocados no ato judicial acoimado para o deferimento do pleito, por não terem sido objeto de análise na origem, eventualmente poderão lá determinar a reversão da **habilitação** e da nomeação da companheira no encargo de inventariante. **Agravo de instrumento desprovido.**” (Agravo de Instrumento nº 70045558350, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 01/12/2011) (grifou-se)

Do regime de bens

A agravante em caráter subsidiário, requer seja determinada a aplicação do artigo 1.659 do CC/2002, de modo que somente serão objeto de partilha os bens adquiridos de forma onerosa.

Colha-se a decisão agravada:

“Tenho por comprovada a união estável do falecido, pois além da certidão de óbito, a escritura pública de declaração de f. 74 e a anuência dos filhos herdeiros corroboram sua existência.

Contudo, em se tratando de união estável é certo que, não havendo contrato escrito entre os cônjuges, incidirão as regras do regime de comunhão parcial de bens. Nesse sentido, o cônjuge não é herdeiro, regra, salvo em caso de bens particulares, conforme inteligência do art. 1.829 do Código Civil.

Assim, intime-se a inventariante para adequar as primeiras declarações.

Ainda, compulsando os autos verifico a existência de herdeiro menor L. F. S. S., nascido em 14/12/2001.

Isto posto, nos termos do art. 665, do CPC intinem-se as partes e, posteriormente, dê-se vista ao MPE para manifestação acerca do prosseguimento do feito na forma de arrolamento.

Às providências.” (destaquei)

Vê-se da decisão agravada que será aplicado o regime de comunhão parcial de bens, logo, a aplicação do artigo 1.659 do CC/02, dependerá de provas que ainda não foram apreciadas pelo juiz *a quo*, motivo pelo qual, referida matéria não poderá ser conhecida.

Isso posto, conheço parcialmente do recurso, e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, 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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 9 de março de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1409884-97.2019.8.12.0000 – Bela Vista

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA – PRELIMINAR DE VEDAÇÃO A DECISÃO SURPRESA AFASTADA – MÉRITO – PENHORA SOBRE IMÓVEL – CONCURSO ENTRE CREDORES – EXISTÊNCIA DE 4 PENHORAS ANTERIORES A DO AGRAVANTE – TERCEIRO CREDOR INTERESSADO QUE PAGA A DÍVIDA DOS DEVEDORES JUNTOS AOS CREDORES PRIMEVOS – SUB-ROGAÇÃO CONVENCIONAL – DIREITO DE PREFERÊNCIA DO TERCEIRO – LEVANTAMENTO DA PENHORA DO AGRAVANTE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A regra contida no referido artigo 10 do CPC deve ser analisada à luz do princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF e art. 139, II, do CPC) e, também, considerando-se o contraditório útil, que torna dispensável prévia oitiva das partes quando sua manifestação não tiver o condão de influenciar a decisão.

A questão em comento diz respeito evidentemente ao pagamento com sub-rogação convencional, que decorre da vontade das próprias partes, e é disciplinada pelo artigo 347 do Código Civil.

Há dois necessários efeitos da sub-rogação: liberatório (pela extinção do débito em relação ao devedor original) e translativo (pela transferência da relação obrigacional para o novo credor).

Sobredito efeito translativo, é consectário lógico da sub-rogação convencional, porquanto, nesta hipótese, transfere-se ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores, consoante disciplina o artigo 349 do Código Civil.

Na hipótese, portanto, a partir do momento em que o também credor e terceiro interessado Emílio pagou aos credores primevos João Avelar, Banco Bradesco S.A. e Eduardo Biagi, os débitos dos devedores/executados Luiz Carlos Rodrigues de Miranda e Marinês Aparecida Raymundo Miranda, originários dos Registros de Penhoras de nº(s) R-08-2.211 (27/06/2001), AV-09-2.211 (04/05/2009) e R-10-2.211 (27/05/2014) -, este tornou-se o novo credor de todos os direitos, ações, privilégios e garantias dos primitivos credores, em relação à dívida, cujas preferências são muito anteriores a penhora do agravante efetivada em (07/02/2017).

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Teléforo Solariendres e Olícia Ovelar Solariendres agravam da decisão, proferida nos autos da ação de execução por quantia certa proposta em desfavor de Luiz Carlos Rodrigues de Miranda e Marinês Aparecida Raymundo Miranda, que deferiu o pedido formulado pelo terceiro interessado Emilio Gamarra para desconstituir a penhora realizada sobre o bem imóvel de Matrícula nº 2211, do CRI de Bela Vista, cancelando seu respectivo registro e adjudicando o bem em favor de Emílio.

Para tanto, invocam direito de prelação de sua penhora, pois havendo concorrência entre credores, a lavratura do auto ou termo de penhora é o marco temporal para constituição do direito de preferência entre os credores.

Afirmam que a lavratura do auto de penhora sobre a Matrícula nº 2.211, nos autos de origem é anterior (07/02/2017) à lavratura do auto de penhora nos autos da execução que move o agravado Emílio Gamarra (01/11/2017).

Alegam, então, que apesar do registro de sua penhora na matrícula do imóvel ser posterior ao registro da penhora do credor Emílio, a lavratura de sua penhora nos autos da execução ocorreu em 07/02/2017, ou seja, anteriormente a lavratura da penhora realizada pelo credor Emílio no dia 01/11/2017, exsurgindo, portanto, o seu direito de prelação sobre o imóvel de Matrícula nº 2.211.

Defendem, destarte, a presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela recursal requerida, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ante a ordem de levantamento de sua penhora e adjudicação do imóvel em favor do credor Emílio.

Ao final, culminam por pedir:

“(...) seja integralmente provido o presente recurso, a fim de que seja reconhecida a nulidade das decisões agravadas em razão da violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e não surpresa; bem como seja reconhecido o direito de preferência dos agravados sobre o imóvel de Matrícula nº 2.211 do Cartório de Registro de Imóveis de Bela Vista.”

Às f. 529-532 foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal e o recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Contramina do agravado às f. 537-547, pela manutenção da decisão agravada.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Teléforo Solariendres e Olícia Ovelar Solariendres agravaram da decisão, proferida nos autos da ação de execução por quantia certa proposta em desfavor de Luiz Carlos Rodrigues de Miranda e Marinês Aparecida Raymundo Miranda, que deferiu o pedido formulado pelo terceiro interessado Emilio Gamarra para desconstituir a penhora realizada sobre o bem imóvel de Matrícula nº 2211, do CRI de Bela Vista, cancelando seu respectivo registro e adjudicando o bem em favor de Emílio.

Alegam, para tanto, que não foram previamente ouvidos acerca do pedido de levantamento da penhora realizado pelo terceiro, motivo pelo qual a sentença incorreu em decisão surpresa, merecendo ser anulada.

Da preliminar de vedação a decisão surpresa

É verdade que o artigo 10 do Código de Processo Civil veda a chamada “decisão surpresa” ao estabelecer que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

No entanto, este não é o caso.

Isto porque a partir do momento em que o agravante obteve êxito em penhorar um imóvel, no qual constava em seu registro imobiliário a existência de 4 (quatro) penhoras anteriores a sua, teve ciência inequívoca de que estaria obtendo apenas uma mera expectativa de direito em adjudicar referido imóvel, porquanto não é preciso ser exímio conhecedor das leis para entender que se outras pessoas construíram primeiramente o imóvel, estas detêm a preferência na sua adjudicação.

Desta feita, o juízo *a quo* ao determinar o levantamento da penhora do agravante, nada mais fez do que cumprir a lei, dar a quem de direito o imóvel penhorado pelos credores primevos desde os idos de 27/06/2001.

Portanto, não há como atribuir vício a decisão objurgada apenas por ter adotado o direito, adotando interpretação de fatos e de direito diversa daquela que supostamente favorecia o agravante.

Além disso, ainda que assim não o fosse, anular a decisão agravada e determinar que o juiz abra prazo para o agravante se manifestar a respeito da petição de f. 376-378 (origem), em nada vai mudar o convencimento do magistrado acerca da necessidade de levantamento da penhora efetivada pelo agravante.

A regra do contida no referido artigo 10 deve ser analisada à luz do princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF e art. 139, II, do CPC) e, também, considerando-se o contraditório útil, que torna dispensável prévia oitiva das partes quando sua manifestação não tiver o condão de influenciar eventual decisão, sendo que para esta, existem os recursos pertinentes para sua reforma, tal como o presente.

Acerca do tema, o enunciado 03, do ENFAM, dispõe: *“É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.”*

Afasto, destarte, à preliminar.

Mérito

No mérito, os agravantes invocam direito de prelação de sua penhora, pois havendo concorrência entre credores, a lavratura do auto ou termo de penhora é o marco temporal para constituição do direito de preferência entre os credores.

Afirmam que a lavratura do auto de penhora sobre a Matrícula nº 2.211, nos autos de origem é anterior (07/02/2017) à lavratura do auto de penhora nos autos da execução que move o agravado Emílio Gamarra (01/11/2017).

Alegam, então, que apesar do registro de sua penhora na matrícula do imóvel ser posterior ao registro da penhora do credor Emílio, a lavratura de sua penhora nos autos da execução ocorreu em 07/02/2017, ou seja, anteriormente a lavratura da penhora realizada pelo credor Emílio no dia 01/11/2017, exsurgindo, portanto, o seu direito de prelação sobre o imóvel de Matrícula nº 2.211.

Pois bem. Conforme já havia salientado na decisão de f. 529-532, o credor Emílio Gamarra, ora terceiro interessado, sub-rogou-se no direito de constrição do imóvel dos credores primevos João Avelar, Banco Bradesco S.A. e Eduardo Biagi, cujos Registros de Penhoras de nº(s) R-08-2.211 (27/06/2001), AV-09-2.211 (04/05/2009) e R-10-2.211 (27/05/2014), são muito anteriores ao registro de penhora do agravante (07/02/2017), tendo obtido, inclusive, o levantamento das respectivas penhoras junto a cada feito executivo e o seu cancelamento no registro imobiliário, conforme se denota da matrícula imobiliária atualizada acostada nos autos de origem.

E referida questão sobre a sub-rogação do terceiro interessado, não se tratou de fundamento que não foi analisado pelo juízo *a quo*, pois este fundamento encontra-se expressamente consignado na decisão agravada, na parte em que o magistrado falou sobre o cancelamento das penhoras em razão da quitação das dívidas das quais o terceiro se sub-rogou, senão vejamos:

“Da leitura da matrícula 2211, do CRI de Bela Vista (f. 82-393), constatou-se que o registro de Emílio Gamarra foi realizado em 26.10.17 (R.14-2.211), enquanto os exequentes Teleforo Solaliendres e outros, apenas em 06.03.18 (R. 15-2.211), razão por que defiro o pedido de f. 376-378 e determino seja desconstituída a penhora sobre o bem e cancelado o registro para confirmar a adjudicação em favor de Emílio sob o nº R-19-2.211 (f. 393).

Convém salientar que os Registros de Penhora 08, 09 e 10 foram canceladas sob os nºs 16-2.211, 17-2.211 e 18-2.211, de modo que não houve prejuízo aos interesses desses exequentes dos valores apontados pela anterioridade do uso, bem como garantia dos créditos.”

Desse modo, pouco importa para a solução do presente caso se a lavratura do termo de penhora do agravante foi anterior a do terceiro interessado Emílio. Isso porque quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos, ocorre a chamada sub-rogação convencional, que decorre da vontade das partes e está prevista no artigo 347 do Código Civil, senão vejamos:

“Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I – quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

II – quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.” (g.n.)

Nos dois casos previstos neste artigo, não é a lei que impõe a sub-rogação, mas a convenção das partes.

E segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹, há “dois necessários efeitos da sub-rogação: liberatório (pela extinção do débito em relação ao devedor original) e translativo (pela transferência da relação obrigacional para o novo credor).”

Sobredito efeito translativo, é consectário lógico da sub-rogação convencional, porquanto, nesta hipótese, transfere-se ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores, consoante disciplina o artigo 349 do Código Civil.

Logo, a partir do momento em que o também credor e terceiro interessado Emílio pagou aos credores primevos João Avelar, Banco Bradesco S.A. e Eduardo Biagi, os débitos dos devedores/executados Luiz Carlos Rodrigues de Miranda e Marinês Aparecida Raymundo Miranda, originários dos Registros de Penhoras de nºs R-08-2.211 (27/06/2001), AV-09-2.211 (04/05/2009) e R-10-2.211 (27/05/2014) -, este tornou-se o novo credor de todos os direitos, ações, privilégios e garantias dos primitivos credores, em relação à dívida, cujas preferências, como visto, são muito anteriores a penhora do agravante efetivada em (07/02/2017).

Deste modo, o agravante não pode ser beneficiado por sua própria desídia, pois se realmente possuísse o interesse em adjudicar o imóvel, deveria ter diligenciado junto aos credores primevos acima citados para quitar essas dívidas e sub-rogar-se nos direitos, ações, privilégios e garantias desses credores, porém nada o fez.

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 179. v. 2.

Por esses motivos, a manutenção da decisão agravada é medida de rigor.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator

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

Campo Grande, 10 de março de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1413592-58.2019.8.12.0000 - Aquidauana

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA SOBRE SALÁRIO – MÓDICA REMUNERAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENHORA DE AUTOMÓVEL JÁ EFETIVADA – MENOR ONEROSIDADE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Segundo a mais moderna e abalizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “*é possível, em situações excepcionais, a mitigação da impenhorabilidade dos salários para a satisfação de crédito não alimentar, desde que observada a teoria do mínimo existencial, sem prejuízo direto à subsistência do devedor ou de sua família, devendo o magistrado levar em consideração as peculiaridades do caso e se pautar nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*” (STJ, AgInt no AREsp 1386524/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/03/2019, DJe 28/03/2019). Há também previsão expressa que excepciona a regra da impenhorabilidade, conforme § 2º do art. 833 do CPC, quando a dívida executada é alimentícia, como no caso dos autos que trata de execução de honorários advocatícios.

In casu, considerando os parcos rendimentos mensais da executada-agravante e o valor da penhora, não há razão para aplicação do § 2º do art. 833 da lei processual civil, porquanto inegável que comprometerá a manutenção digna do agravante e da sua família, além do que já foi efetivada a penhora de automóvel de valor muito superior ao executado.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020

Des. Dorival Renato Pavan

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Maria de Fátima de Melo interpõe agravo de instrumento em face de Wilson Vieira Loubet, insurgindo-se contra a decisão de f. 64-65 do douto juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, Dr. Juliano Duailibi Baungart, que, em cumprimento de sentença movido pelo agravado (Autos nº 0801950-30.2016.8.12.0005), determinou a penhora de 30% sobre os vencimentos mensais líquidos da agravante, até o adimplemento do crédito executado.

Sustenta que o agravado ajuizou ação de cumprimento de sentença, visando haver crédito decorrente de sentença transitada em julgado e após buscas positivas no patrimônio da agravada optou por requerer a penhora de parte da pensão, a qual ela recebe junto a previdência estadual.

Aduz que a decisão foi proferida em evidente afronta ao que determina o artigo 7º, da Constituição Federal, bem como o artigo 833, do Código de Processo Civil, sendo que esta impenhorabilidade, ao contrário do que restou patenteado na r. decisão agravada, é absoluta e não pode ser relativizada, muito menos para permitir penhora parcial.

Argumenta que o Código de Processo Civil admite expressamente a penhora do salário em duas situações: (i) para pagamento de pensão alimentícia; e (ii) quando o salário do devedor exceder a 50 (cinquenta vezes) o valor do salário-mínimo, o que não é, evidentemente, o caso dos autos.

Defende que a interpretação da impenhorabilidade imposta pelo *caput* do artigo 833 do CPC, por sua natureza, não admite interpretação extensiva e o rol de exceções é taxativo, de interpretação restrita a seus termos, situações que não se contemplam no caso dos autos.

Pede a concessão de efeito suspensivo.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, suspendendo-se a decisão agravada, conforme decisão de f. 76-82.

O agravado apresentou contraminuta às f. 88-94.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

O recurso não merece provimento.

Conforme consignado na decisão de recebimento do presente agravo de instrumento, a irresignação recursal cinge-se quanto ao cabimento ou não da penhora realizada sobre 30% dos rendimentos salariais da executada, ora agravante.

A esse respeito consignou o eminente magistrado *a quo* (f. 64-65):

“(...) Defiro o pedido de f. 254-258.

Em que pese a previsão do art. 649, VI, do CPC, tem-se admitido a penhora de percentual de vencimentos da parte devedora, desde que não haja comprometimento da sua subsistência.

No caso versando, atento ao direito do credor em receber o seu crédito, bem como às peculiaridades do caso concreto, entendo que deve ser deferido a penhora de 30% (trinta por cento) sobre o salário líquido da executada. Isto porque, não existe demonstração de que a penhora desse percentual do salário implicará em comprometimento de sua subsistência. É importante ressaltar que o credor tenta há meses concretizar seu direito de crédito, sem lograr êxito em seu intento, porquanto, até então, não havia encontrado bens passíveis de constrição, exceto o veículo de f. 245, que possui valor muito além do aqui perseguido, tampouco a devedora indicou bens à penhora.

Assim, diante desse cenário fático, e aplicando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tenho que a penhora de 30% do salário líquido da parte devedora será capaz de promover o efetivo escopo da jurisdição, qual seja, entregar o bem da vida a quem de direito.

Ora, não soa justo e nem razoável que o devedor não seja comprometido em 30% de seu salário para o pagamento de uma obrigação, quando a Lei nº 10.820/03, alterada pela Lei nº 10.953/04, autoriza o desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo não excedente a 30% (trinta por cento) dos rendimentos do mutuário. Portanto, aplica-se essa legislação, por analogia, ao caso concreto.

(...)

Ante o exposto, determino a penhora de 30% sobre os vencimentos mensais líquidos da parte devedora, até o adimplemento do crédito executado (planilha de f. 261)."

Pois bem.

Revedo o entendimento anteriormente esposado, principalmente movido pelo espírito da efetividade processual que anseia o jurisdicionado ao se socorrer do Poder Judiciário, fui levado a refletir mais profundamente sobre a questão da impenhorabilidade inserta no artigo 833, IV¹, do Código de Processo Civil para conferir uma interpretação coadunada dos valores elencados no devido processo legal.

Como cediço, o processo é método de solução do conflito de interesses e se encontra a serviço do direito material.

Em atenção a esse escopo do processo e em atendimento à efetividade da prestação jurisdicional, que direciona o processo para a satisfação dos direitos daquele que possui um interesse legítimo e não obteve o reconhecimento voluntário do seu direito subjetivo, o mecanismo estatal disponibiliza meios para solução das controvérsias, fazendo-se imprescindível para a devida eficácia e respeito ao ordenamento jurídico que o titular da situação substancial carente de proteção possa se utilizar de instrumentos capazes de proporcionar a implementação da solução que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.

Não me parece correto, sob essa perspectiva que, muito embora haja uma vedação genérica à impenhorabilidade dos vencimentos, proventos, subsídios sem que tal situação seja analisada de maneira atenta à particularidade do caso concreto, sopesando o valor auferido com aquele da dívida e a possibilidade de pagamento no caso concreto.

Em preciosa lição, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE², com a percuciência que lhe é ínsita, pontifica:

"A identificação dos escopos do processo contribui decisivamente para determinação da natureza pública desse ramo do Direito, destinado a regular o meio pelo qual o Estado atua coercitivamente as regras de direito material e obtém a pacificação social. A ciência processual visa ao estudo de seus princípios e fundamentos teóricos.

Se o processo tem natureza pública, especialmente porque visa a alcançar objetivos de interesse público, importante encontrar meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível, possibilitando que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva.

(...)

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignorados, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades do processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente.

(...)

1 Art. 833 do CPC "São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º"

2 in **Efetividade do processo e técnica processual**, 2ª edição, 2007, Editora Malheiros, p. 34, 51 e 52.

É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar saída. O mal, portanto, reside no formalismo excessivo.” (g.n.)

Tal solução se deve também à obediência dos princípios da boa-fé³ e vedação ao enriquecimento sem causa⁴ que devem permear os negócios jurídicos até sua conclusão, pois verificado o valor líquido do salário é de R\$ 3.782,57 (f. 62), sobre o qual autorizou penhora de 30% ante a existência da dívida de R\$ 2.038,03.

Ora, na hipótese, considerando os parcos rendimentos mensais do agravante e o valor da penhora, não há margem interpretativa para mitigar a regra prevista no artigo 833, IV, da lei processual civil, porquanto inegável que comprometerá a manutenção digna do agravante e da sua família, mormente no caso dos autos em que já há penhora de veículo de valor que supera o valor da execução.

Desse modo, não se afigura razoável a inteligência conferida ao óbice legal da penhora, que deve ser mantido, visto que o devedor não possui alta contraprestação mensal, restrita, ao que tudo indica, para sua subsistência e de sua família, não podendo dispor livremente de parte dessa quantia sem comprometer sua manutenção básica.

Nesse sentido, aliás, caminha o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, como bem exemplificado nos julgados abaixo:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE 30% DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – PRECEDENTES – SÚMULA 83/STJ – REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015 – NÃO CABIMENTO NA HIPÓTESE – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O Tribunal de origem adotou solução em consonância com a jurisprudência do STJ, segundo a qual é possível, em situações excepcionais, a mitigação da impenhorabilidade dos salários para a satisfação de crédito não alimentar, desde que observada a Teoria do Mínimo Existencial, sem prejuízo direto à subsistência do devedor ou de sua família, devendo o Magistrado levar em consideração as peculiaridades do caso e se pautar nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

(...)

4. Agravo interno improvido.” (STJ, AgInt no AREsp 1386524/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/03/2019, DJe 28/03/2019) (g.n.)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO – RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE – POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.

3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração

3 Art. 113 do CC: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (g.n.)

Art. 422 do CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

4 Art. 884 do CC: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes.

4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial conhecido e não provido.” (STJ, REsp 1658069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017) (g.n.)

É de se observar, ademais, o respeito do princípio da execução de maneira menos onerosa ao devedor, o qual no caso concreto aparentemente também restou violado.

Assim sendo, revela-se temerário autorizar a penhora sem que dela não se possa deixar de extrair a conclusão de que o devedor passa a suportar ônus que compromete seu mínimo existencial e o de sua família, ainda que o § 2º do art. 833 tenha previsto expressamente exceção à regra da impenhorabilidade quanto a dívida executada é alimentícia, como no caso dos autos, mormente porque já foi efetivada a penhora de automóvel em valor muito superior ao da execução.

Ante o exposto, conheço do recurso de Maria de Fátima de Melo e lhe dou provimento para revogar a decisão proferida dos Autos nº 0801950-30.2016.8.12.0005, afastando a penhora sobre o salário da executada, ora 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. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1409713-43.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – INVENTÁRIO – DESTITUIÇÃO DA FUNÇÃO DE INVENTARIANTE – PRÁTICA DE ATOS DESCRITOS NO ARTIGO 622 DO CPC – POSSIBILIDADE DE REMOÇÃO SEM PRÉVIA OITIVA – MOTIVOS RELEVANTES PARA A DESTITUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE BUSCA E APREENSÃO DE BENS PERTENCENTES AO FALECIDO – EXCLUSÃO DE INVESTIMENTO DE NATUREZA SECURITÁRIA DO MONTE PARTÍVEL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A figura do inventariante é de suma importância no procedimento de transmissão da herança, pois tem ele a incumbência de dirigir e organizar o espólio, arrecadando, conservando e administrando os bens até a entrega de cada porção aos herdeiros. Ou seja, deve ser pessoa da confiança do juízo, sendo que, após a sua nomeação, a quebra dessa confiança somente pode ensejar a sua destituição do cargo.

Demonstrada a prática de atos descritos no artigo 622 do CPC, resta autorizada a remoção de inventariante que não cumpriu fielmente o encargo.

A possibilidade de remoção de ofício de inventariante sinaliza que o sistema processual admite que o juiz possa promover a remoção sem ouvir o inventariante, necessariamente, porque diante da constatação da prática de atos que evidenciam a má-gestão da inventariança, com possibilidade de ser o espólio espoliado, a medida cautelar para tal fim deve ser imediatamente concedida, o que decorre do disposto no artigo 301 do CPC.

Deve ser autorizada a busca e apreensão de bens móveis de propriedade exclusiva do falecido para benefício do espólio.

Os valores do investimento VGBL possuem natureza securitária e, portanto, não integram o monte partível de bens do falecido.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

D. C., devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face de M. S. C. e R. S. C. insurgindo-se contra a decisão do douto juízo da 5ª vara cível da comarca de Campo Grande, MS, Drª. Luciana Buriasco Isquardo, que nos Autos do Inventário nº 0806500-75.2019.8.12.0001, removeu a agravante do

cargo de inventariante, nomeou o primeiro agravado como inventariante e o autorizou a firmar contrato de arrendamento rural.

Alega, em suma, que vivia em união estável com o senhor N. C. desde agosto de 2010 e que em 19/02/2019, após este ter sofrido um acidente vascular cerebral, ingressou com ação de interdição, tendo se tornado sua curadora. Aduziu que seu convivente veio a falecer em 28/02/2019 e, iniciado o inventário, foi nomeada sua inventariante.

Aduziu que, após tal fato, os herdeiros/agravados, inconformados com a nomeação da inventariante/ agravante, passaram a manifestar no processo, intentando obter a inventariança para si e a remoção da recorrente, imputando inverdades sobre a gestão da conta bancária conjunta da meeira-agravante e seu falecido companheiro no Banco Safra S/A, onde o casal adimplia todas as despesas da família, seja por cartões bancários, emissão de cheques (de titularidade solidária) e/ou saques.

Salientou, ainda, que diante de um pedido de abertura de testamento, o juízo *a quo* suspendeu o presente processo de inventário, mas que mesmo diante de tal fato, os agravados continuaram trazendo alegações com o fito de remover a inventariante, sendo que uma delas foi no sentido de que a já mencionada conta bancária foi modificada para “conjunta” em 13/02/2019, ou seja, após a ocorrência do AVC, tendo havido, portanto, fraude por parte da gestora.

Diante de tal alegação, a douta magistrada deferiu o pedido feito pelos agravados de remoção da agravante do cargo de inventariante. No mesmo momento, nomeou o agravado M. S. C. como inventariante e o autorizou a firmar contrato de arrendamento rural.

Contra essa decisão insurge-se a recorrente.

Alega que o juízo desrespeitou o contraditório e ampla defesa, consagrados no artigo 623 do CPC, vez que não poderia ter determinado a remoção sem ter determinado a intimação da inventariante para se manifestar e produzir provas.

Salienta que o inventário encontra-se suspenso, razão pela qual não poderia ter sido exarado juízo de valor a respeito da capacidade psíquica do inventariado em momento anterior ao seu falecimento.

Assevera que, como convivente de quase dez anos, a inventariante administrava as contas da família e realizava os gastos necessários através da aludida conta bancária, não havendo que se falar em ocorrência de má-fé ou fraude.

Esclarece que em 12.02.2019 o Sr. N. C. esteve na clínica Diimagem para realizar exames de ressonância magnética do crânio e de abdômen total, e, durante o exame, o paciente apresentou-se inquieto, não sendo possível a realização do mesmo.

No dia 13.02.2019 compareceu novamente e concluiu o exame que foi laudado e entregue na mesma data às 18:30h. Assim, defende que no horário que foi apurado o AVC prévio no Sr. N., já estava encerrado o expediente bancário, sendo que por óbvio a autorização de transformação da conta já estava consolidada no Banco Safra S/A, tendo sido feita com seu pleno consentimento.

Assevera que a instituição financeira jamais teria um documento escrito e expreso de conjunção solidária de conta sem a plena capacidade do titular.

Aduz que a douta magistrada desconsiderou totalmente os direitos da inventariante, companheira e meeira dos bens e créditos do período da união estável (desde agosto de 2010 até o óbito) assim como de sucessão dos bens particulares do falecido-companheiro, julgando por reconhecer prematuramente o suposto desvio de patrimônio do espólio sem sujeitar-se o contraditório e ampla defesa.

Alega, ainda, que existe pendente um incidente de remoção propostos pelos agravados, de sorte que a remoção não poderia ter sido realizada neste momento e com inobservância do artigo 623 do CPC.

Defende, ainda, que os montantes questionados não foram adversos e/ou tão expressivos frente aos compromissos do casal e ao milionário patrimônio de ambos no período da união estável, sendo que a agravante, como meeira, possui direito de utilizar 50% dos valores depositados na conta bancária.

Salienta, ainda, que para a ocorrência de questionamento a respeito da alteração da forma da conta bancária seria necessária a abertura de um incidente de falsidade, não sendo possível a realização de um juízo de valor sobre a situação sem a aferição de sua veracidade.

Assevera que desde a suspensão do acesso à conta bancária, a agravante não detém recursos sequer para vivência mínima com dignidade, pois estão atrasadas as contas de condomínio, água e luz (parcelados), e outros da residência adquirida com seu esposo e onde vive atualmente.

Afirma que as despesas realizadas após a morte do inventariado somam a quantia de R\$ 15.000,00 apontadas espontaneamente pela agravante, vez que o inventário encontra-se suspenso.

Alega, ainda, que o juízo *a quo* não apreciou os diversos pedidos para que o Banco Safra informasse os créditos existentes no investimento financeiro denominado Safra Vida e Previdência - PGBL Certificado nº 24868 no valor de R\$ 3.730.654,43 ocultados nos autos até o momento e representam quase 70% do saldo de investimentos financeiros do casal, razão pela qual requer que se determine a expedição de ofício ao Banco Safra ou que a agravante, reintegrada na inventariança, detenha o direito de livre acesso a tais extratos de investimentos financeiros - bancários.

Consigna também, e por amor ao debate, que o regime de separação de bens firmando na união estável está sendo questionado através de ação anulatória, vez que o documento utilizado para formalizar a união de ambos não observou o procedimento legal incidente.

Defende, por fim, que para a realização de novo arrendamento é necessária a formação do contraditório e a oitiva de todos os herdeiros, razão pela qual não é possível autorizar a sua realização neste momento processual.

Alegam, neste ponto, que os agravados faltam com a verdade nos autos ao dizer que o imóvel rural arrendado foi desocupado e apossado pelo grupo Jotabasso, eis que na verdade até a data de hoje mantem-se o contato com o arrendatário, Sr Rubens, através de seu representante e filho, gestor Cláudio e ambos permanecem na fazenda no mínimo até 30.09.2019.

Requer a concessão de efeito suspensivo para *“reintegrar imediatamente a Agravante no cargo de inventariante do espólio, por preferência legal (art 617, I do CPC) e afronta evidente o contraditório e ampla defesa do artigo 623 do CPC, com os direitos e prerrogativas do cargo e de manter-se nos bens imóveis, automóveis e outros do espólio e de meaço, conforme fundamentação acima; bem como suspender a autorização de arrendamento do imóvel rural em questão pois sem a anuência das partes envolvidas, inclusive a agravante, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação”*. E, ao final, o provimento do recurso.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo às f. 1058-1070.

Os agravados apresentaram contraminuta às f. 1077-1111.

A douta magistrada prestou informações às f. 1247-1257.

Os agravados juntaram documentos às f. 1251-1265.

Devidamente intimada, a agravante manifestou-se às f. 1273-1285.

A agravante interpôs o Agravo Interno nº 1409713-43.2019.8.12.0000/50000 e requereu concessão de efeito suspensivo. O efeito suspensivo foi deferido de forma parcial para o fim específico de suspender a realização de busca e apreensão na residência do casal, com a consequente manutenção de posse de todos os bens móveis, automóveis, documentos pessoais e pertencentes do casal com a agravante. Foi assegurado, ainda, à recorrente o direito de recebimento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mensais, para cobertura de suas despesas próprias e de subsistência.

Contra essa decisão os agravados opuseram os Embargos de Declaração nº 1409713-43.2019.8.12.0000/50001, tendo sido este provido parcialmente para:

“(...) a) esclarecer que o pensionamento mensal devido à embargada D. C. é adiantamento do que vier a lhe caber quando da partilha dos bens deixados pelo de cujus e computado para fins de ulterior divisão dos bens; b) manter a autorização de busca e apreensão dos bens pertencentes unicamente ao falecido (veículos, documentos e chip de celular), conforme descrição já feita em primeiro grau.”

Contra a decisão proferida nos embargos de declaração a agravante interpôs o Agravo de Interno nº 140913-43.2019.8.12.0000/50002 e requereu a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, tendo sido este indeferido.

A agravante apresentou petição nos autos do agravo de instrumento (f. 1304-1305) e requereu aditamento ao pedido de tutela antecipada recursal para que fosse aferido e resguardado os valores depositados a título do investimento financeiro VGBL do casal/espólio perante o Banco Safra S/A, indevidamente recebido por outra herdeira. Tal pedido foi indeferido às f. 1437-1442.

Contra essa decisão a agravante interpôs o Agravo Interno nº 1409713-43.2019.8.12.0000/50003, tendo posteriormente desistido do recurso.

VOTO (EM 29/01/2020)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

D. C., devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face de M. S. C. e R. S. C. insurgindo-se contra a decisão do douto juízo da 5ª vara cível da comarca de Campo Grande, MS, Drª. Luciana Buriasco Isquerdo, que nos Autos do Inventário nº 0806500-75.2019.8.12.0001, removeu a agravante do cargo de inventariante, nomeou o primeiro agravado como inventariante e o autorizou a firmar contrato de arrendamento rural.

Conforme relatado, a agravante afirma em sua petição recursal, que vivia em união estável com o senhor N. C. desde agosto de 2010 e que em 19/02/2019, após este ter sofrido um acidente vascular cerebral, ingressou com ação de interdição, tendo se tornado sua curadora. Aduziu que seu convivente veio a falecer em 28/02/2019 e, iniciado o inventário, foi nomeada sua inventariante.

Aduziu que, após tal fato, os herdeiros/agravados, inconformados com a nomeação da inventariante/agravante, passaram a manifestar no processo, intentando obter a inventariança para si e a remoção da recorrente, imputando inverdades sobre a gestão da conta bancária conjunta da meeira-agravante e seu falecido companheiro no Banco Safra S/A, onde o casal adimplia todas as despesas da família, seja por cartões bancários, emissão de cheques (de titularidade solidária) e/ou saques.

Salientou, ainda, que diante de um pedido de abertura de testamento, o juízo *a quo* suspendeu o presente processo de inventário, mas que mesmo diante de tal fato, os agravados continuaram trazendo alegações com o fito de remover a inventariante, sendo que uma delas foi no sentido de que a já mencionada conta bancária foi modificada para “conjunta” em 13/02/2019, ou seja, após a ocorrência do AVC, tendo havido, portanto, fraude por parte da gestora.

Diante de tal alegação, a douta magistrada deferiu o pedido feito pelos agravados de remoção da agravante do cargo de inventariante. No mesmo momento, nomeou o agravado M. S. C. como inventariante e o autorizou a firmar contrato de arrendamento rural.

Eis o teor da decisão agravada:

“(...) Alega o herdeiro M. S. C. que a inventariante, com a transformação da conta individual do de cujus nº 025660-4, agência 0043, Banco Safra S/A em conta conjunta, na data de

13/02/2019, passou a fazer saques de valores da citada conta, alcançando, aproximadamente, R\$ 300.000,00, em período que o inventariado estava em estado de coma. Aduz que, de tal valor, somente os TED's nos valores de R\$ 51.858,65 e R\$ 44.176,06 foram pré-autorizados já que destinados à quitação de um financiamento bancário feito pelo falecido.

Dispõe o art. 622 do CPC que:

Art. 622. O inventariante será removido de ofício ou a requerimento:

(...)

VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.

Em análise aos autos, especialmente pelos documentos acostados às f. 274-509, verifico que a inventariante, de fato, utilizou-se dos valores depositados em conta bancária do inventariado em desconformidade com o disposto no inciso IV do art. 619 do CPCI (IV - fazer as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio), em claro desvio dos bens do espólio, senão vejamos:

Inicialmente, verifico que não comprova a inventariante que a transferência - TED no valor de R\$ 130.000,00 refere-se aos honorários advocatícios do patrono constituído na ação de Interdição, já que sequer juntou aos autos o contrato de honorários.

Ademais, o valor que a inventariante indica como pagamento de honorários advocatícios causa estranheza R\$ 130.000,00, já que supera demasiadamente o valor, por exemplo, do indicado na tabela de honorários da OAB/MS, de R\$ 4.200,00, para o mesmo serviço.

Verifico, outrossim, diversos gastos de despesas pessoais da inventariante que foram pagos com dinheiro do espólio que reforço como não sendo necessários para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio - como alimentação (f. 280, 286, 296, 298, 300, 302, 304, 306, 342, 343, 385, 387, 389, 391, 393, 395), combustível (f. 282, 284), cosméticos (f. 288), utensílios diversos, como toalha de mesa, faixa adesiva infantil, etc (f. 290, 292, 294), custas e emolumentos de procuração outorgada pela inventariante em favor de pessoa estranha ao espólio (Terezinha Inajara Chitolina - f. 312), conta de energia do apartamento de propriedade da inventariante na cidade de Santo Ângelo-RS (f. 315, 338), conta de celular da inventariante (f. 326, 356), boletos de faculdade da inventariante (f. 335, 377), plano de saúde da inventariante (f. 398), recolhimento de Previdência Social da inventariante (f. 404, 406), etc.

Ressalto, inclusive, que a inventariante, a fim de justificar os saques da conta bancária após a data de 13/02/2019 (quando se deu a interdição), estranhamente incluiu comprovantes de gastos anteriores à tal data, tais como os de f. 418 (vencimento para 02/12/2016).

Vejo, ainda, pelo documento de f. 427-431 que consta um contrato de prestação de serviços de 'Cuidadores de Pessoas', contratado pela inventariante no valor de R\$ 1.550,00, referente ao período dia 17/02 ao dia 21/02/2019. Ocorre que, conforme a própria inventariante noticia à f. 262, o de cujus teve alta médica em 21/02/2019, ou seja, nas datas citadas o mesmo encontra-se internado em hospital, não justificando, portanto, citado gasto.

ISSO POSTO, nos termos do art. 622, VI do CPC, DETERMINO a imediata e de ofício REMOÇÃO da atual inventariante D. C. e NOMEIO para o cargo o herdeiro/filho M. S. C., quem deverá, em 05 dias, comparecer em cartório e prestar o compromisso legal de bem e fielmente desempenhar o cargo (art. 617, parágrafo único do CPC). Intimem-se.

Expeça-se o competente Termo.

Defiro, outrossim, o pedido de f. 610-612, autorizando o inventariante M. S. C. a formalizar o contrato com a empresa JOTABASSO. Expeça-se o necessário.

Decorrido o prazo recursal, intime-se o inventariante para dar prosseguimento ao feito."

Interpostos embargos de declaração, assim decidiu a douta magistrada que preside o feito em primeiro grau:

“(...) F. 250-273: D. C., devidamente qualificada nos autos, oferece, com fundamento no art. 1.022 do Código de Processo Civil, embargos de declaração da decisão proferida às f. 246-247, aduzindo contradição e erro, pugnando pelo desbloqueio da movimentação da conta bancária do Banco Safra S/A em favor da inventariante. Juntou documentos (f. 274-509).

O herdeiro M. S. C. manifestou-se às f. 515-520, impugnando as alegações da inventariante D. e requerendo a remoção imediata e de ofício da inventariante.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório

Passo a decidir.

Quanto ao conhecimento dos embargos.

Conheço dos embargos, posto que tempestivos.

Quanto ao mérito dos embargos.

Conheço dos embargos propostos e não os acolho, visto que a decisão ora embargada não padece de nenhuma das deficiências tipificadas no art. 1.022 do CPC, a saber, omissão, contradição e obscuridade.

Como já fundamentado, ao contrário da alegação de f. 112 de ser ‘titular solidária e ali existem recursos de comunhão do casal durante todos esses anos de união, especialmente o correspondente a sua meação’, a inventariante transformou a conta bancária individual do inventariado N. C. de nº 025660-4, agência 0043, Banco Safra S/A em conta conjunta na data de 13/02/2019, ou seja, os recursos ali existentes não eram de comunhão do casal como alegado, mormente a escritura pública de declaração de união estável com regime de separação de bens, datada de 02/06/2016 (f. 29-31).

Verifiquei na ocasião da decisão proferida, inclusive, em consulta aos autos de Interdição nº 0805159-14.2019.8.12.0001, que no dia da modificação da conta individual em conjunta o inventariado não detinha a plena capacidade de entendimento, já que encontrava-se incapacitado mentalmente, conforme atestado médico de f. 16 dos citados autos de interdição, onde constou: ‘(...) atesto, para os devidos fins, a incapacidade mental do sr. N. C., meu paciente desde 13 de fevereiro de 2019, brasileiro, vítima de AVC (CID I64.0) o qual lesionou o cérebro do mesmo (...) Atesto ainda que, em decorrência da lesão cerebral progressiva, o referido senhor está impossibilitado de requerer, delegar, assinar, prestar informações e esclarecimentos, pleitear, representar e exercer qualquer ato legal, mesmo em seu benefício próprio, ficando considerado inválido para responder a qualquer ato jurídico’.

O que quer a parte embargante é forçar o reexame da matéria, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

ISSO POSTO, conheço os presentes embargos declaratórios e, no mérito, nego-lhes provimento e MANTENHO a decisão proferida às f. 246-247.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Contra essa decisão insurge-se a recorrente alegando inicialmente: a) a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa em razão da determinação da remoção sem sua prévia oitiva; b) inocorrência dos atos alegados pelos recorridos e ensejadores da remoção; c) impossibilidade a realização de novo arrendamento sem efetivação do contraditório e a oitiva de todos os herdeiros.

Posteriormente, através das petições já mencionadas, a agravante trouxe discussão a respeito da realização de busca e apreensão de bens móveis, arbitramento de pensão mensal em seu favor e titularidade do investimento financeiro VGBL existente perante o Banco Safra S/A.

Tecidas tais considerações, passo a análise das matérias devolvidas a este Tribunal.

Da possibilidade de remoção da inventariante sem prévia oitiva.

Alega que o juízo desrespeitou o contraditório e ampla defesa, consagrados no artigo 623 do CPC, vez que não poderia ter determinado a remoção sem ter determinado a intimação da inventariante para se manifestar e produzir provas.

A alegação não merece respaldo.

Para evitar tautologia, utilizo-me aqui dos argumentos lançados quando do recebimento do agravo em relação ponto em questão. Naquele momento teci diversas considerações a respeito da ausência de ilicitude na determinação da remoção da inventariante sem sua prévia oitiva.

Confira-se:

“(...) A r. decisão, assim, está bem fundamentada quanto à constatação da existência de gastos que não beneficiam o espólio, e se direcionam às despesas próprias da inventariante, fato que permite a aplicação do contido no artigo 622, VI, de que se utilizou a douta magistrada de primeiro grau, o qual dispõe sobre a possibilidade de remoção do inventariante, inclusive DE OFÍCIO, se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.

Anoto, outrossim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que as causas de remoção do inventariante, previstas atualmente no artigo 622 do CPC/15, anterior artigo 955 do CPC/73, não são exaustivas, podendo existir outras que sirvam de fundamento para tal remoção.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL – INVENTÁRIO – REMOÇÃO DO INVENTARIANTE – ROL DO ART. 995 DO CPC – CARÁTER NÃO-EXAUSTIVO.

1. Como diretor do processo (art. 125/CPC), detém o magistrado a prerrogativa legal de promover a remoção do inventariante caso verifique a existência de vícios aptos, a seu juízo, a justificar a medida, que não aqueles expressamente catalogados no art. 995 do CPC.

2. Recurso especial não-conhecido. (REsp 1114096/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 18/06/2009, DJe 29/06/2009)

Mais, ainda:

Não é exaustiva a enumeração do art. 995 do CPC [referindo-se ao CPC de 73, que é idêntico ao atual art. 622 do CPC/15], nada impedindo que outras causas que denotem deslealdade, improbidade, ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante. (RTJ 94/378 e RP 25/318).

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REMOÇÃO DE INVENTARIANTE – ANIMOSIDADE ENTRE HERDEIROS – ART. 995 DO CPC/73 – ROL NÃO EXAUSTIVO – POSSIBILIDADE DE REMOÇÃO E NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE DATIVO – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Recurso especial interposto em face de acórdão que confirmou decisão que, nos autos de inventário, acatou os pedidos formulados por herdeiros em incidente de remoção de inventariante, removendo-o do cargo e nomeando inventariante dativo.

2. Segundo o Tribunal de origem, a remoção do inventariante foi justificada pelo intenso dissenso entre a maioria dos herdeiros e explícito conflito de interesses entre o inventariante e o espólio (o inventariante é sócio das empresas cujas cotas são objeto de partilha), mencionando também desídia na condução do inventário (andamento lento sem perspectiva de solução) e acusações de condutas graves na condução do cargo (utilização do acervo patrimonial para se enriquecer ilicitamente).

3. O magistrado tem a prerrogativa legal de promover a remoção do inventariante caso verifique a existência de vícios aptos, a seu juízo, a amparar a medida, mesmo que não inseridos no rol do artigo 995 do Código de Processo Civil de 1973.

4. Justifica-se a aplicação da medida de remoção quando o julgador atesta a ocorrência de situação de fato excepcional, como, por exemplo, a existência de animosidade entre as partes, fatos ou condutas que denotam desídia, má administração do espólio e mau exercício do múnus da inventariança.

5. A ordem de nomeação de inventariante, prevista no artigo 990 do Código de Processo Civil de 1973, não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação excepcional, quando tiver o juiz fundadas razões para tanto, sendo possível a flexibilização e alteração da ordem de legitimados, inclusive com a nomeação de inventariante dativo, para se atender às peculiaridades do caso concreto. Precedentes.

6. A reforma do acórdão recorrido, quanto às razões que justificaram a remoção do inventariante e a nomeação de inventariante dativo, demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável no recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 deste Tribunal Superior.

7. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1294831/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 20/06/2017)

A possibilidade de remoção de ofício da inventariante sinaliza que o sistema processual admite que o juiz possa promover a remoção sem ouvir a inventariante, necessariamente, porque diante da constatação da prática de atos que evidenciam a má-gestão da inventariança, com possibilidade de ser o espólio espoliado, a medida cautelar para tal fim deve ser imediatamente concedida, o que decorre do disposto no artigo 301 do CPC:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar, pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Ora, no processo de inventário não existe interesses apenas da inventariante, que se utiliza do cargo para pagamento de contas pessoais, como foi indicado pelo juízo a quo, mas sim o interesse de diversas pessoas que compõe o universo daqueles que que, por disposição de lei, estão habilitadas a receber suas quotas-partes no monte mor partilhável e apurado no curso de inventário.

Assim, se o juiz constata que existem atos sendo praticados pela inventariante que colocam em risco a condução do inventário, como me parece ser a hipótese presente, em que a inventariante chegou a modificar a natureza de uma conta corrente bancária em nome do de cujus, para ali também colocá-la como titular de conta conjunta, que parece nunca ter sido a vontade do de cujus enquanto, ainda, no exercício de sua capacidade mental plena, há de se conceder medida idônea que assegure os direitos da universalidade contida no processo de inventário, na forma do referido dispositivo legal.

E por ser medida acautelatória, ou medida cautelar, o contraditório é, em casos tais, diferido, sabidamente, valendo trazer a lume a lição da eminente professora BETINA RIZZATO LARA¹, que professa:

1 Betina Rizzato Lara. *Liminares no Processo Civil*. Editora Revista dos Tribunais. 2a. ed., 1994, p. 70/71.

Uma das indagações que surgem com referência às liminares diz respeito à sua concessão inaudita altera parte: não há, nestes casos, ofensa ao princípio do contraditório na medida em que não é dada ao réu oportunidade de se manifestar?

A resposta é negativa. No caso das liminares, não ocorre uma supressão do contraditório pois ele é simplesmente postergado, ou seja, a parte intervém posteriormente no processo com a apresentação de sua defesa, podendo, inclusive, recorrer da medida liminar concedida.

Neste sentido, Nelson Nery Júnior observa que a liminar inaudita altera pars não significa ‘violação ao princípio constitucional, porque a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação.’

(...) O contraditório jamais admite exceções. Nos casos de urgência, houve uma opção do legislador de facultar ao réu desenvolver a atividade processual plena após a concessão da medida, mas sempre antes que o provimento se torne definitivo.

A despeito de ser a agravante legitimada para o cargo de inventariante, como contido na parte final do inciso II do art. 617 do CPC², e apesar, igualmente, de o artigo 623³ do mesmo Códex estabelecer que se for requerida a remoção do inventariante, com fundamento em quaisquer dos incisos do art. 622, o inventariante haverá de ser intimado para prévia manifestação no prazo de 15 dias, o que é a regra do devido processo legal, nele inserido o contraditório pleno, o sistema processual ainda assim admite a concessão de medida cautelar, em face da urgência da medida pleiteada, com elementos de convencimento já presentes com o requerimento assim formulado por qualquer dos herdeiros, ou também pelo fato de que o juiz pode conceder de ofício a remoção (cabeça do artigo 622) o que se torna possível conforme disposto no artigo 301, todos do Código de Processo Civil e acima também já transcrito, dispensando-se em tal caso, ante a urgência, a prévia oitiva da parte contrária.

O disposto no artigo 627 do CPC, outrossim, assim entendo, deve ser observado em situação em que não existe risco de dilapidação dos bens do espólio, não importando que, no caso, o bem tomado em consideração é parte de valor que se encontrava depositado em conta exclusiva do de cujus, mas que foi transformada, poucos momentos antes de seu falecimento, em conta conjunta, quando já havia sofrido um AVC e tinha passado por um coma.

De outro viés, o prof. José Miguel Garcia Medina⁴, brinda-nos com valioso escólio doutrinário, ao apostrofar:

‘Poder geral de cautelar e concessão de medidas assecuratórias ex officio.’

Pode o órgão jurisdicional conceder medidas cautelar ex officio, a fim de assegurar que os efeitos do ato que realizou ou está realizando se produzam. Isso é menos que instaurar ação em que se realize, em caráter antecedente, uma medida cautelar. Referimo-nos, aqui, à possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício em caráter incidental, apenas.

Esse poder geral, no caso, relaciona-se à direção material do processo (cf. Comentários ao art. 139 do CPC/2015), em cujo inc. IV está escrito que ao juiz incumbe tomar medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial).

Se a medida cautelar ex officio é tutela cautelar incidental, adotada no curso do inventário, com o fim específico de o juiz, na direção material do processo (tal como contido

² Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem.

(...)

II – o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderam ser nomeados.

³ Art. 623, Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos incisos do art. 622, será intimado o inventariante para, no prazo de 15 (quinze) dias, defender-se e produzir provas.

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia Medina. Novo código de processo civil comentado. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2015. p. 484.

no artigo 125 do CPC/73), visando asseguarção do direito, que se encontra em risco em face dos atos praticados pela inventariante nomeada, remover a inventariante, pode fazê-lo certamente sem que seja ouvida a parte contrária, porque na espécie, diante da urgência da medida, a adoção do disposto no artigo 623 do CPC/15 fica diferido para momento posterior; inclusive pela oportunidade da interposição deste recurso, que contradita não só a pretensão do herdeiro agravado como, de igual forma, a própria decisão do juízo a quo.

O art. 301 do CPC é tutela de urgência e o próprio instituto já diz tudo, ou seja, em certas circunstâncias, atos e fatos existentes no processo, cumpre ao juiz, na forma do disposto no antigo art. 125, atual artigo 139 do CPC/15, em especial seu inciso III, que diz que incumbe ao juiz prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

Finalmente, o artigo 77, VI, do CPC, reprime como sendo ato atentatório à dignidade da Justiça (cf. seu § 1º), a prática de ato que se constitua em inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A conta-corrente que era até então da titularidade exclusiva do autor da herança certamente é bem ou direito que está submetido ao processo de inventário, de tal sorte que o inventariante não pode promover pagamento de despesas próprias, com prejuízo das forças da herança.

O que ela pode fazer é requerer um arbitramento de valor mensal para sua própria subsistência, em não tendo condições de se manter sem a contribuição financeira que lhe prestava o de cujus, cabendo ao juiz fixar esse valor, de imediato, podendo alterá-lo para maior ou menor depois de ouvir os herdeiros.

Assim, os óbices opostos pela agravante são de natureza processual, que se refere ao seu direito de ser previamente ouvida sobre o pedido de remoção, direito esse que, como se viu, pode ser superado pela urgência da medida, nos termos do artigo 301 do CPC, que veicula medidas não exaustivas, em contrapartida ao direito material dos herdeiros que objetivam proteger o monte mor partilhável, em toda sua extensão e plenitude, regra que me parece ser superior, no momento processual, à necessidade dessa prévia oitiva, que foi aqui diferida e que, de rigor, já está sendo objeto de provimento judicial mediante o exame das razões recursais contidas no presente agravo, cumprindo-se o requisito do devido processo legal, nos exatos termos da lição doutrinária da e. Professora Betina Rizzato Lara.

Confirmando essa assertiva, agora fechando o arcabouço das disposições legais que envolvem a matéria, o novo CPC, em seu artigo 9º, parágrafo único, I, estabelece que:

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

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência.

Dentre as espécies de tutela provisória de urgência de que trata o CPC/15, contidas no LIVRO V, Título II, Capítulo I, está, exatamente, o disposto no artigo 301 do CPC, o que significa que o legislador expressou o entendimento de que a regra geral prevista no artigo 623 pode e deve ser excepcionada diante do disposto no artigo 301, ex vi do registro contido no mencionado artigo 9º, parágrafo único, I.

Daí porque, já sob as luzes desse novo diploma processual e ratificando o entendimento da prof. Betina Rizzato Lima, acima também transcrito, é que a prof. Teresa Arruda Alvim Wambier⁵ formulou idêntico posicionamento ao escrever:

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. Artigo por artigo. Notas ao artigo 9º do CPC/15. 3ª Tiragem. 2015. p. 65/66.

O contraditório pode ser postergado, se se tratar de tutela provisória de urgência.

(...) A tutela provisória de urgência pode ensejar a necessidade de concessão da medida pleiteada inaudita altera parte. O risco de ineficácia da própria medida, pelo decurso do tempo (se houver urgência agônica!) ou pela atividade do réu, são situações que justificam – ou melhor – tornam imperiosa a concessão da medida, sem que a outra parte seja ouvida.

Não se trata, todavia, de uma inexorabilidade, mas de uma possibilidade, a ser avalida pelo juiz, caso a caso.”

Deveras, conforme exaustivamente afirmado, o julgador possui a faculdade de determinar a remoção de inventariante de ofício quando vislumbrar, diante da constatação da prática de atos que evidenciam a má-gestão da inventariança, a possibilidade prejuízo ao espólio, sendo tal intervenção embasada na previsão de medida cautelar existente no artigo 301 do CPC, sem necessidade de prévia oitiva do inventariante, por se tratar de tutela provisória de urgência, em que o contraditório fica diferido.

A ser diferente, todas as medidas que requerem urgência, presentes os requisitos encartados em lei, não poderiam ser aplicadas pelo juiz de ofício, o que contraria frontalmente a legislação processual em vigor, que autoriza tal proceder do magistrado, ou do Tribunal, como se viu da fundamentação trazida quando do recebimento deste agravo, que agora ratifico.

Assim, não há que se falar em ocorrência de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa na situação em apreço, razão pela qual rejeito tal alegação.

Da remoção da inventariante.

A agravante alega em suma que os atos apontados para ensejar a sua remoção não ocorreram da forma narrada pelos agravados.

Assevera que, como convivente de quase dez anos, administrava as contas da família e realizava os gastos necessários através da conta bancária do falecido, não havendo que se falar em ocorrência de má-fé ou fraude nos gastos relacionados.

Defende que não houve qualquer ato fraudatório na transformação da conta individual do inventariado para uma conta conjunta, vez que tal medida ocorreu antes de o senhor N. estar incapacitado.

Esclarece que em 12.02.2019 o Sr N. C. esteve na clínica Diimagem para realizar exames de ressonância magnética do crânio e de abdômen total, e, durante o exame, o paciente apresentou-se inquieto, não sendo possível a realização do mesmo. No dia 13.02.2019 compareceu novamente e concluiu o exame que foi laudado e entregue na mesma data às 18:30h. Assim, defende que no horário que foi apurado o AVC prévio no Sr N., já estava encerrado o expediente bancário, sendo que por óbvio a autorização de transformação da conta já estava consolidada no Banco Safra S/A, tendo sido feita com seu pleno consentimento.

Salienta que possui direitos como meeira e que os montantes questionados não foram adversos e/ou tão expressivos frente aos compromissos do casal e ao milionário patrimônio de ambos no período da união estável, sendo que a agravante, como meeira, possui direito de utilizar 50% dos valores depositados na conta bancária.

Salienta, ainda, que para a ocorrência de questionamento a respeito da alteração da forma da conta bancária seria necessária a abertura de um incidente de falsidade, não sendo possível a realização de um juízo de valor sobre a situação sem a aferição de sua veracidade.

O recurso não merece provimento.

A figura do inventariante é de suma importância no procedimento de transmissão da herança, pois tem ele a incumbência de dirigir e organizar o espólio, arrecadando, conservando e administrando os bens até a entrega de cada porção aos herdeiros.

Neste ponto é necessário esclarecer que o inventariante, no exercício de seu cargo, possui deveres legais para com a administração dos bens do espólio, com o fim de garantir a confiança, o respeito e a credibilidade perante o ente que representa, em relação ao qual existem diversos outros interessados, com identidade de direitos e obrigações, somente podendo ser removido caso seja demonstrada a prática de condutas que evidenciam sua deslealdade ou improbidade na administração do espólio.

O Código de Processo Civil enumera em seu artigo 622 as hipóteses ensejadoras da remoção do inventariante:

“Art. 622. O inventariante será removido:

I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras e as últimas declarações;

II - se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dívidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios;

III - se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano;

IV - se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos;

V - se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas;

VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio.”

No caso dos autos, o juízo viu a incidência do inciso VI do 622 do CPC, acima transcrito porque demonstrados gastos estranhos ao inventário, utilizados para cobrir despesas próprias da inventariante, inclusive com o pagamento de honorários advocatícios para ajuizamento de demanda anterior ao falecimento.

Do mesmo modo, foi levado em consideração o fato de ter havido alteração da titularidade da conta de individual, em nome do falecido, para conjunta de modo a incluir a agravante como titular em momento contemporâneo ao acidente vascular cerebral que acabou por culminar no óbito do inventariado.

Aliás, tal situação mostra-se de fato muito controvertida nos autos, vez que ambas as partes trazem alegações e documentos para respaldar suas alegações.

Deveras, a recorrente defende que o senhor N. autorizou a mudança da titularidade da conta bancária um dia antes de ser diagnosticado com o AVC, ou seja, ainda consciente. Para tanto traz aos autos a declaração devidamente registrada da funcionária da residência do casal – Roselina Pereira da Silva – na qual há a afirmação de que o senhor N. estava lúcido e em normais condições no momento da realização do exame na Diimagem.

Confira-se (f. 12):

**DECLARAÇÃO**

Declaro para os devidos fins que, na condição de ex-empregada doméstica do casal Sra **Dionéia Chitolina** e Sr. **Nilson Calábria**, no dia 12.02.2019 - período da tarde por volta das 16:30hs, me dirigi juntamente com meus ex-empregadores para a Empresa **Diimagem** para acompanhamento na realização de exames de ressonância magnética pelo Sr **Nilson Calábria**, podendo afirmar que ele estava lúcido, em normais condições físicas e mentais, iniciando tal exame por volta das 16:40 hs, porém, segundo informações, o procedimento foi remarcado para o dia seguinte (13.02.2019), tendo em vista que o Sr Nilson Calábria movimentou-se na hora do exame, sendo que retornamos no dia seguinte, 13.02.2019 as 16:00hs a empresa Diimagem, quando então retornamos para a residência do casal por volta das 16:30h. Em seguida, a Sra Dionéia retornou a Diimagem para obter a antecipação do laudo do exame, retornando por volta das 18:30h, quando então ela me levou com o Sr Nilson para o Hospital Unimed, dando entrada para análises e internação por volta das 19:20hs do dia 13.02.2019.

Por ser a verdade, firmo a presente.

Campo Grande-MS, 04 de Maio de 2019.



Roselina Pereira da Silva
ROSELINA PEREIRA DA SILVA

RG: 2096.116 SSP/MS

CPF: 803.243.031-39

Ocorre que os agravados trouxeram aos autos cópia do depoimento prestado pela funcionária no bojo do procedimento investigatório iniciado para o fim de averiguar a ocorrência de crime de falsidade ideológica por parte da aqui agravante, sendo que neste a senhora Roselina se retrata de todas as afirmações feitas e informa no dia 12/02/2019 o senhor N. já se encontrava confuso e fora de suas faculdades mentais e que no dia 13/02/2019, no momento da realização do exame na Diimagem, já apresentava um quadro bastante grave. Confira-se (f. 1263-1265):

do Sr.Nilson foi transferido para o andar de baixo; QUE, a depoente informa que seu horario de entrada era as 07hs e saida as 14hs; QUE, a depoente informa que na data de 12/02/19, ao chegar para trabalhar, percebeu que o Sr.Nilson nao estava bem, estava bastante agitado e agressivo, nao reconhecendo a casa e nem a depoente, e DIONEIA ainda estava em casa, ja tinha dado os medicamentos para Sr.Nilson, e em seguida DIONEIA foi para a faculdade, ficando a depoente sozinha com o Sr.Nilson; QUE, Sr.Nilson gritava com a depoente acreditando que fosse IEDA dizendo: VAI DAQUI, VOCE ME ROUBA, NAO SOU NADA SEU, e a depoente tentava acalma-lo, e desde as 09h ligava para DIONEIA voltar para a casa, pois SR.NILSON nao estava bem, porem, ela apareceu na casa as 11hs; QUE, Sr.Nilson estava bastante transtornado, nao tinha noção nada; QUE, a depoente recorda que apos o retorno da viagem, DIONEIA contratou um fisioterapeuta, considerando que queixava de muita dor no corpo - Sr.Nilson, mas este foi apenas tres vezes, e este profissional era professor de DIONEIA da faculdade de FARMACIA, e Sr.Nilson apos o retorno da viagem nao saia mais sozinho, nao dirigia mais, e saia apenas com a DIONEIA; QUE, na data de 12/02/19, Sr.Nilson nao quis almocar, comeu apenas uma fruta, por volta das 13hs, e DIONEIA falou ao telefone, acredita que estaria tentando marcar exames e consulta, nao pode afirma, e em seguida DIONEIA saiu sozinha, e retornou apenas as 17:30hs, alegando que estava mexendo nos exames e medico de NILSON, e a depoente afirma que naquele dia DIONEIA nao levou NILSON ao medico, apesar de estar bem mal; QUE, na data de 13/02/19, a depoente foi trabalhar e encontrou Sr.Nilson no mesmo estado - ruim, e a DIONEIA o banhou, deu cafe da manha, e medicamentos e foi para facudalde, e a tarde, DIONEIA ofereceu carona para depoente, quando estava saindo por volta das 14:30hs, sendo que o levaria para fazer ressonancia da cabeça na DI IMAGEM, e a depoente vendo que Sr.Nilson estava mal, se ofereceu a acompanhar, e ao realizar o exames, o medico disse que era grave a situaçao do Sr.Nilson, e DIONEIA pediu urgencia no resultado, levou a depoente e Sr.Nilson para casa, e saiu dizendo que iria buscar o resultado dos exames, ficando por cerca de um e trinta minutos fora de casa; QUE, no dia 12/02/19, a depoente pela manha, percebeu que Sr.Nilson estava com lado esquerdo da face com o olho caído e boca torta, e com dificuldade para descer a escada, e foi ajudado pela DIONEIA, e ja estava engasgando ao comer, e agravou mais o esgasgo; QUE, a depoente esclarece que a cada dia que cheava, percebia que o estado de saude de Sr.Nilson piorava; QUE, DIONEIA ao

Deste modo, independentemente da veracidade das informações apresentadas pela depoente – vez que tais informações ainda estão sendo averiguadas - tenho que a controvérsia da situação existente no momento da alteração da titularidade da conta, juntamente com os gastos não justificados expendidos pela recorrente enquanto inventariante, são suficientes para respaldar a determinação da remoção.

Aliás, no ponto específico da análise das provas carreadas, transcrevo aqui também a fundamentação exarada no momento do recebimento deste recurso, onde houve fundamentação suficiente para embasar a manutenção da decisão de primeiro grau. Confira-se:

“(...) Sobre a agravante, então inventariante dos bens deixados pelo seu convivente, Sr. N. C., vítima de AVC que o levou primeiramente ao coma e, posteriormente, ao óbito, pesam graves acusações de, primeiramente, ter manipulado a conta corrente que era individual de nº 025660-4, agência 0043, do de cujus junto ao Banco Safra, para conta conjunta, em período contemporâneo ao seu AVC, que já o impedia de exercer normalmente suas faculdades mentais, de tal forma que a agravante teria se utilizado da falta de sua capacidade para se auto determinar e discernir os atos de sua vida civil para promover a alteração na conta corrente, o que veio em seu benefício próprio.

Isto porque, logo em seguida à tal alteração na conta corrente do falecido, passou a fazer saques que indicariam a sua pretensão de se auto beneficiar com valores que não encontram suporte nos gastos que normalmente haveriam de existir nesse momento do processo, sendo que apenas dois desses saques foram reconhecidos como legítimos, para pagamento de débitos do de cujus, e a serem suportados pelo seu espólio (TED's nos valores de R\$ 51.858,65 e R\$ 44.176,06).

A douta juíza indicou, ainda, como se afere do excerto da r. decisão agravada, acima transcrita, que a inventariante, ora agravante, fez uma outra transferência, de R\$ 130.000,00, para pagamento de honorários advocatícios ao advogado que promoveu anterior ação de interdição do de cujus, proposta em data de 19.02.2019, sendo que este faleceu poucos dias

depois, 28.02.2019, sem trazer cópia do contrato de honorários e, mais ainda, com estranheza do valor pago para apenas um ato praticado, que foi a petição da inicial dessa interdição, quando a tabela da OAB, para casos idênticos, indica honorários advocatícios de R\$ 4.200,00 para o mesmo serviço.

Ainda que a estipulação dos honorários possa ser livre, causa estranheza o distanciamento entre o valor propugnado pela OAB para caso idêntico, e o valor sacado para pagamento ao advogado, como foi bem anotado pela douta juíza de primeiro grau.

Adouta magistrada, outrossim, indicou a existência de gastos próprios da inventariante e que não foram destinados à conservação e melhoramento dos bens do espólio, como alimentação (f. 280, 286, 296, 298, 300, 302, 304, 306, 342, 343, 385, 387, 389, 391, 393, 395), combustível (f. 282, 284), cosméticos (f. 288), utensílios diversos, como toalha de mesa, faixa adesiva infantil, etc (f. 290, 292, 294), custas e emolumentos de procuração outorgada pela inventariante em favor de pessoa estranha ao espólio (T. I. C. - f. 312), conta de energia do apartamento de propriedade da inventariante na cidade de Santo Ângelo-RS (f. 315, 338), conta de celular da inventariante (f. 326, 356), boletos de faculdade da inventariante (f. 335, 377), plano de saúde da inventariante (f. 398), recolhimento de previdência social da inventariante (f. 404, 406), etc.”

Por isso, a meu ver, a decisão mostra-se correta, pois há elementos suficientes nos autos para respaldar a remoção da inventariante, vez que há demonstração de que esta agiu em interesse próprio e não do espólio.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria, segundo a qual é permitida, inclusive, a remoção de ofício do inventariante desidioso:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – REMOÇÃO DE INVENTARIANTE, DE OFÍCIO – DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO – Se não estivermos diante de incidente de remoção de inventariante, a remoção, de ofício, não desafia a necessidade de contraditório. A inventariança constitui encargo a ser exercido por quem conte com a confiança do juiz. Assim, havendo mácula no exercício do encargo pela inventariante, impõe-se a manutenção da decisão agravada – negado provimento ao recurso. (Agravado de Instrumento nº 70045962305, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, (...).” (TJRS - AI: 70045962305 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 26/01/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/02/2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – REMOÇÃO EX OFFICIO DE INVENTARIANTE – POSSIBILIDADE – ENCARGO A SER EXERCIDO POR QUEM CONTE COM A CONFIANÇA DO JUIZ – REMOÇÃO REALIZADA DE FORMA REGULAR RECURSO PROVIDO POR MAIORIA. I - A destituição do inventariante pode ocorrer de ofício, quando configuradas uma das hipóteses do art. 995 do Código de Processo Civil. II - A inventariança constitui encargo a ser exercido por quem conte com a confiança do juiz. Assim, constatadas irregularidades no exercício da função de inventariante, pode o juízo do inventário, de ofício, ou a pedido dos demais herdeiros, removê-lo, desde que fundamente sua decisão, o que foi observado na hipótese em voga. III - No caso, antes de determinar a remoção, o magistrado a quo oportunizou à então inventariante a prestação de esclarecimentos sobre a administração do espólio. Em seguida, apreciou ponto a ponto as alegações por ela formuladas, bem como os documentos por ela juntados e justificou minuciosamente as razões que o levaram a determinar sua remoção da inventariança. IV - A remoção foi realizada de forma regular, inclusive com a abertura de contraditório. V - Os herdeiros já são maiores de idade e o inventário vem tramitando há mais de doze anos. Além disso, a inventariante removida não é herdeira dos bens inventariados, mora em outro Estado e não vem demonstrando condições de bem administrar o espólio. VI - Recurso provido, por maioria.” (TJPE. AGV: 3140149 PE, Relator: Itabira de Brito Filho, Data de Julgamento: 23/01/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/02/2014)

“PROCESSUAL CIVIL – REMOÇÃO DE INVENTARIANTE PELO JUIZ: ARTS. 995 E 996 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – REVESTE-SE DE INDISCUTÍVEL

RAZOABILIDADE E, PORTANTO, SOB O PALIO DA SÚMULA 400-STF, A INTERPRETAÇÃO FIXADA NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS QUE CONSIDEROU ADMISSÍVEL A REMOÇÃO DE INVENTARIANTE, PELO JUIZ, DE OFÍCIO, INDEPENDENTEMENTE, ASSIM, DE REQUERIMENTO DOS HERDEIROS, À LUZ DO DISPOSTO NOS ARTS. 995 E 996 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AO JUIZ COMPETE SEMPRE A DIREÇÃO DO PROCESSO, E NÃO É DE EXIGIR-SE FIQUE ELE INERTE SE ENTENDE QUE O INVENTARIANTE VEM PROCEDENDO INCORRETAMENTE, PREJUDICANDO O PROCESSO DE INVENTÁRIO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” (STF. RE: 99567 GO, Relator: Décio Miranda, Data de Julgamento: 14/06/1983, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-04-1984 PP-15107 Ement Vol-01331-04 PP-00713 RTJ Vol-00109-02 PP-00751)

Assim, tenho que não há motivos para alterar a decisão investida neste ponto.

Por fim, não vislumbro qualquer prejuízo pela manutenção de arrendamento do imóvel rural integrante do espólio, uma vez que há necessidade de manutenção do funcionamento dos negócios do falecido, cabendo ao inventariante, a bem do exercício do encargo prestar todas as informações pertinentes e prestar contas aos demais herdeiros em momento oportuno.

Do pedido de busca e apreensão de bens móveis de titularidade do falecido e de arbitramento de pensão em favor da agravante.

Conforme relatado, a agravante interpôs o Agravo Interno nº 1409713-43.2019.8.12.0000/50000 e requereu concessão de efeito suspensivo. O efeito suspensivo foi deferido de forma parcial para o fim específico de suspender a realização de busca e apreensão na residência do casal, com a consequente manutenção de posse de todos os bens móveis, automóveis, documentos pessoais e pertencentes do casal com a agravante. Foi assegurado, ainda, à recorrente o direito de recebimento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mensais, para cobertura de suas despesas próprias e de subsistência.

Contra essa decisão os agravados opuseram os Embargos de Declaração nº 1409713-43.2019.8.12.0000/50001, tendo sido este provido parcialmente para:

“(...) a) esclarecer que o pensionamento mensal devido à embargada D. C. é adiantamento do que vier a lhe caber quando da partilha dos bens deixados pelo de cujus e computado para fins de ulterior divisão dos bens; b) manter a autorização de busca e apreensão dos bens pertencentes unicamente ao falecido (veículos, documentos e chip de celular), conforme descrição já feita em primeiro grau.”

A questões referentes à determinação de busca e apreensão dos bens móveis requeridos e pertencentes ao falecido e ao arbitramento de uma pensão provisória em favor da requerente mostram-se, portanto, decididas, razão pela qual ratifico neste momento o resultado externado nas decisões mencionadas.

No que diz respeito a esse pensionamento, nem mesmo se pode assim denominá-lo porque o que este relator decidiu foi que o valor de R\$ 15.000,00 mensais a serem pagos a agravante tem natureza jurídica de adiantamento de eventual parte que vier a lhe caber no processo de inventário, ainda assim sujeita à confirmação – por sentença em ação que se encontra em curso – de que seria ela mesmo companheira do *de cujus*, o que não resta ainda decidido e se encontra em primeiro grau para sentença na ação própria ali em trâmite.

Do pedido de resguardo dos valores referentes ao investimento VGBL (Seguro Vida Gerador de Benefícios Livres) – artigo 793 do Código Civil.

Conforme já apontado, a agravante apresentou petição nos autos deste agravo de instrumento (f. 1304-1305) e requereu aditamento ao pedido de tutela antecipada recursal para que fosse aferido e resguardado os valores depositados a título do investimento financeiro VGBL do casal/espólio perante o Banco Safra S/A, indevidamente recebido por outra herdeira.

Tal pedido foi indeferido às f. 1437-1442.

Em relação a este ponto, consigno que o recorrente trouxe a questão para ser decidida perante Tribunal de Justiça, tendo sido expressamente especificado que a indenização securitária questionada não é parte integrante dos bens do espólio, razão pela qual a agravante não possui qualquer direito em relação a ela.

Deveras, a questão já foi expressa e definitivamente decidida na decisão de f. 1437-1442, tendo sido ali consignado que os valores referentes a tal investimento possuem natureza securitária e, portanto, não integram o monte partível de bens do falecido.

Dentro desta perspectiva, trago à baila as razões anteriormente esposadas para indeferir, de modo definitivo, o pedido feito. Confira-se:

“(...) indefiro o pedido.

A jurisprudência pátria tem entendimento de que, em regra, o VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e o PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) possuem natureza securitária, conforme estabelecido pela SUSEP, não estando, portanto, sujeito aos efeitos sucessórios, conforme determina o artigo 794 do Código Civil, de sorte que, ao menos neste momento processual, não há demonstração da verossimilhança das alegações feitas pela peticionante.

Referido dispositivo, claro como a luz solar, estabelece:

Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.’

A lei é clara, indubitosa, não comportando qualquer margem para discussão, de tal forma que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INVENTÁRIO – VALORES DEPOSITADOS EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (VGBL) – DISPENSA DE COLAÇÃO – NATUREZA DE SEGURO DE VIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, ao concluir que o Plano de Previdência Privada (VGBL), mantido pela falecida, tem natureza jurídica de contrato de seguro de vida e não pode ser enquadrado como herança, inexistindo motivo para determinar a colação dos valores recebidos, decidiu em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

2. Nesse sentido: REsp 1.132.925/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 06/11/2013; REsp 803.299/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 03/04/2014; EDcl no REsp 1.618.680/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 1º/08/2017.

3. Inexistindo no acórdão recorrido qualquer descrição fática indicativa de fraude ou nulidade do negócio jurídico por má-fé dos sujeitos envolvidos, conclusão diversa demandaria, necessariamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, providência vedada no recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no AREsp 947.006/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018).

E, mais recente, com maior completude:

Recurso Especial nº 1.676.801 - MG (2017/0128646-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

.....
AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – VGBL (VIDA GERADOR

DE BENEFÍCIOS LIVRES) – NATUREZA JURÍDICA SECURITÁRIA – DEFINIÇÃO CONFERIDA PELA SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – APLICAÇÃO DO ART. 794, DO CÓDIGO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO HERANÇA E INCLUSÃO EM INVENTÁRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Conforme já estabelecido pela Superintendência de Seguros Privados SUSEP, autarquia responsável por fiscalizar e controlar as entidades de previdência complementar aberta, o VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) se caracteriza como seguro de pessoas.

Tendo em vista a natureza jurídica securitária, aplica-se, por força do artigo 73, da Lei Complementar nº 109/2001, o disposto no artigo 794 do Código Civil, que descaracteriza o benefício em análise como herança para todos os fins de direito, impedindo a sua inclusão em inventário.

.....

In casu, foi conferida fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, descrevendo o acórdão embargado a pertinência da sentença que reconheceu ter o VGBL natureza jurídica de seguro de pessoas, conforme estabelecido pela Superintendência de Seguros Privados SUSEP e também pela legislação mineira (art. 20-A, da Lei Estadual nº 14.941/2003), havendo colacionado, ainda, julgados no mesmo sentido proferidos no âmbito deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais (inclusive desta 1ª Câmara), e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A propósito, confira-se excerto do acórdão objurgado:

Conforme já estabelecido pela Superintendência de Seguros Privados SUSEP, autarquia responsável por fiscalizar e controlar as entidades de previdência complementar aberta, o PGBL possui natureza jurídica previdenciária, ao passo que o VGBL se caracteriza como seguro: VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar.

A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda.

Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda. (g.n.)

Depreende-se, portanto, que, além da diferenciação tributária, os mencionados benefícios também se diferem no que tange à natureza jurídica, não havendo dúvidas que o VGBL se caracteriza como verdadeiro contrato de seguro de vida.

.....

O Tribunal a quo concluiu, pelas razões transcritas no tópico anterior, que a natureza jurídica do benefício denominado VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres), regido, subsidiariamente, pelas normas do art. 757 e seguintes do CC/02 e do art. 73 da Lei Complementar nº 109/2001, era contrato de seguro de vida, e via de consequência, os valores deles advindos não integram o acervo hereditário.

Os recorrentes, em sentido contrário ao acórdão recorrido, alegaram que a natureza jurídica do VGBL é de previdência privada, e não de contrato de seguro, devendo os valores recebidos deles serem enquadrados como herança e consequentemente partilhados entre os demais herdeiros.

Sem razão os recorrentes, porque o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta eg. Corte Superior, firmada no sentido de que o VGBL tem natureza jurídica de contrato de seguro de vida, de modo que não podem ser enquadrados como herança.

.....

Nessas condições, nego provimento ao recurso especial.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º).

Publique-se. Intimem-se. Brasília, 18 de fevereiro de 2019. Ministro Moura Ribeiro – Relator. (Ministro Moura Ribeiro, 22/02/2019).”

E também:

“RECURSO ESPECIAL – SEGURO DE VIDA E PROCESSUAL CIVIL – TERCEIRO BENEFICIÁRIO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA AJUIZAR COBRANÇA DA INDENIZAÇÃO – MANIFESTO DESCABIMENTO, POR EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL E POR SER DIREITO QUE NÃO INTEGRA O ACERVO HEREDITÁRIO – PROLAÇÃO DE SUPERVENIENTE SENTENÇA, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS EXORDIAIS – PERDA DO INTERESSE RECURSAL.

Diante dos expressos termos do art. 794 do Código Civil/2002, no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito. Nesse caso, o beneficiário - titular da indenização securitária - é o terceiro designado pelo falecido, por isso é descabido que tal direito componha o acervo hereditário composto pelos bens da segurada.

2. Conforme andamento processual, houve a superveniente prolação de sentença, julgando, com resolução do mérito, improcedentes os pedidos formulados na inicial, ao fundamento de que, por ocasião da celebração do contrato, a segurada já tinha inequívoco conhecimento de que padecia da doença - omitida da seguradora -, que veio a ceifar sua vida.

3. Dessarte, o acolhimento do recurso resultaria em decisão prejudicial à recorrente, visto que, evidentemente, reabriria a possibilidade de rediscussão do direito material em ação que eventualmente venha a ser proposta pelo inventariante (beneficiário do seguro), não havendo mais a presença do binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional buscado no presente recurso.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 1.132.925/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 3/10/2013, DJe de 6/11/2013)

“O VGBL é plano de previdência privada, vale dizer, seguro pago com recursos próprios do de cujus, despesa por ele exclusivamente realizada e a ocorrência do fato que gera o pagamento pela seguradora não integra o patrimônio do casal.

Sua natureza, como se viu dos arestos transcritos, é securitária e o capital segurado tem beneficiário certo, estipulado pelo contratante, não podendo ser o valor contratado, consequentemente, ser colacionado no inventário, dele devendo ser excluído.

Outrossim, a estipulação em favor de terceiro é ato de volição do segurado contratante, de tal forma que se beneficiou sua irmã não se pode dizer que teria havido fraude, dolo, ou

má-fé tanto do de cujus quanto, de igual forma, da beneficiária, até mesmo porque o valor a ser pago não sai das forças da herança, é óbvio, mas sim da seguradora com quem o contrato foi firmado, com fato gerador decorrente da morte do contratante e pagamento do capital, consequentemente, após esse evento, não fazendo parte integrante dos bens do de cujus ao tempo de seu falecimento.

Na doutrina, por todos, o ensinamento de Fabrício Zamproga Matiello, que esclarece um ponto assaz importante para eliminar qualquer tipo de dúvida sobre essa questão, verbis:

‘No seguro de vida ou de acidentes pessoais, em que a morte do segurado seja o fator de geração do dever de pagamento do capital estipulado, o beneficiário receberá por inteiro o montante previsto na contratação.’

As dívidas acaso deixadas pelo segurado perante terceiros não poderão, em hipótese alguma, ter como fonte de satisfação o valor do capital estipulado.

É expressa e inequívoca a disposição normativa ao afirmar que esse montante não é tratado como herança, mas sim como prerrogativa instituída pelo segurado em favor de outrem por força do evento morte.’

E aqui a importante observação do e. Professor:

‘Aliás, é de se observar que a genuína herança é aquela que já integra o patrimônio do de cujus ao tempo do óbito, sendo certo que o valor do capital segurado somente se faz exigível a partir da morte do agente, jamais integrando seu patrimônio.’

Destarte, mesmo que o legislador não houvesse sido tão enfático como foi, a disciplina geral do direito sucessório sustentaria a tese acima exposta sem maiores percalços.⁶

Daí que a irresignação da recorrente não tem fundamento jurídico, encontra reprovação na lei (art. 794 do CC), doutrina e jurisprudência, devendo ser imediatamente indeferida, para que não volte mais a ser tema de discussão quer em primeiro grau, quer aqui, neste recurso.

Posto isso, indefiro o pedido feito às f. 1304-1305.”

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de D. C., mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão invectivada.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury), após o relator negar provimento ao recurso, o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 05/02/2020)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para analisar detidamente o objeto do recurso interposto.

Analisando o conjunto probatório acostado aos autos constatei que a decisão proferida é a mais adequada à situação, motivo pelo qual acompanho o eminente relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

6 MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Código civil comentado**. 6. ed. LTR, 2015. p. 407.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1412234-58.2019.8.12.0000 - Três Lagoas

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – VIA ADEQUADA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EM FACE DOS SÓCIOS DA EMPRESA – NÃO OCORRÊNCIA DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR – AUSÊNCIA DE PROVA DE ATO FRAUDULENTO – REDIRECIONAMENTO INCABÍVEL – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A exceção de pré-executividade é incidente processual de defesa do executado, em que se permite suscitar a nulidade da execução por simples petição quanto a questões relativas aos pressupostos processuais, às condições da ação e vícios objetivos do título, referentes à sua certeza, liquidez e exigibilidade, e desde que não demandem dilação probatória.

Autoriza-se o redirecionamento da execução fiscal para os sócios quando demonstrada a dissolução irregular da sociedade, afastada a presunção da Súmula 435/STJ se a empresa, ao deixar de funcionar em seu domicílio fiscal, comunica os órgãos competentes, não bastando o inadimplemento da obrigação tributária (Súmula 430/STJ).

Redirecionamento, no caso, incabível ante o não preenchimento dos requisitos essenciais para tal finalidade.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de fevereiro de 2020

Des. Dorival Renato Pavan

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Roberto Vieira da Silva de Oliveira Costa interpõe agravo de instrumento em face do Município de Três Lagoas, insurgindo-se contra a decisão de f. 25-28 da douta juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas, Drª. Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, que não admitiu a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante nos autos da execução fiscal instaurada contra o Banco Cruzeiro do Sul S/A (nº 0800088-73.2016.8.12.0021).

Sustenta o agravante os autos versam sobre a Execução Fiscal nº 0800088-73.2016.8.12.0021, ajuizada pelo Município de Três Lagoas em face do Banco Cruzeiro do Sul S/A, visando a cobrança de suposto crédito no montante de R\$ 15.442,09, consubstanciado em Certidão de Dívida Ativa (CDA) emitida pela divisão de arrecadação e tributação da Prefeitura Municipal de Três Lagoas referente a taxas de fiscalização do Procon.

Conta que, em razão da frustração das tentativas de penhora, da inexistência de bens em nome da empresa executada e da suposta confissão quanto ao apontamento de indícios da ocorrência de infrações administrativas e/ou penais, conforme pedido do exequente, direcionou a referida execução para o agravante e demais sócios.

Afirma que apresentou a exceção de pré-executividade alegando em síntese que o Banco Cruzeiro do Sul possui bens que foram arrecadados pelo administrador nomeado pelo juízo falimentar, bem como a sua ilegitimidade passiva, uma vez que não foi parte no processo administrativo que originou a CDA, não é parte no título executivo, não é sócio e não praticou os atos dolosos listados no art. 135 do CTN.

Defende o cabimento da exceção de pré-executividade, tendo em vista que versa sobre matérias atinentes à admissibilidade do procedimento executivo, sendo que a sua ilegitimidade passiva constitui matéria de ordem pública.

Aduz que a apreciação das questões ventiladas na exceção não demanda a produção de provas, uma vez que a execução fiscal foi ajuizada apenas contra o Banco Cruzeiro do Sul e posteriormente direcionada aos sócios cujos nomes não constam na CDA.

Salienta que para a inclusão de responsável, pessoa física, por débitos tributários de pessoa jurídica, da qual tenha participado como sócio ou na qual tenha exercido cargo de gestão, já no curso de execução fiscal pautada em títulos executivos emitidos apenas em nome da pessoa jurídica, a legislação e a jurisprudência são cristalinas acerca da necessidade de comprovação da prática de ato antijurídico vinculado ao inadimplemento ou a falência.

Argumenta que, da leitura do *caput* do art. 135 do CTN, é possível concluir que o sócio da pessoa jurídica é responsabilizado pessoalmente “*pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.*”

Alega que não há nos um único documento que comprove que tenha praticado qualquer ato ilícito que tivesse dado causa ao inadimplemento do crédito executado, sendo que o documento de f. 73-100 da ação de execução não comprova que o agravante, ao exercer o cargo de diretor de captação do Banco, tenha praticado qualquer ato antijurídico que tivesse dado causa ao inadimplemento da instituição financeira ou denotasse fraude na decretação de sua falência.

Salienta que não existe qualquer indicação de conduta individual do agravante, sendo que os sócios foram incluídos no feito pelo simples fato do Banco Cruzeiro do Sul supostamente não ter bens para garantir o débito representado por certidão de dívida ativa.

Discorre sobre a falência do Banco Cruzeiro do Sul e afirma que a sua decretação não importa em responsabilização dos sócios, pois não traduz no reconhecimento da prática de ato fraudulento por parte dos ex-diretores.

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo, pelo Des. Luiz Antonio Cavassa de Almeida, conforme decisão de f. 75-78.

O agravado apresentou contrarrazões às f. 84-95.

Em razão da prevenção, foi determinada a redistribuição do feito para este relator (f. 116-117).

Vieram-me os autos conclusos.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Conforme relatado, Roberto Vieira da Silva de Oliveira Costa interpõe agravo de instrumento em face do Município de Três Lagoas, insurgindo-se contra a decisão de f. 25-28 da douta juíza da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas, Dr^a. Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, que não admitiu a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante nos autos da execução fiscal instaurada contra o Banco Cruzeiro do Sul S/A (nº 0800088-73.2016.8.12.0021).

Passo à análise do recurso.

Do cabimento da exceção de pré-executividade

Deveras a exceção de pré-executividade em comento, conforme se observa, trata da ilegitimidade do agravante, como sócio do Banco Cruzeiro do Sul, para figurar no polo passivo de execução fiscal.

Trata-se, pois, de matéria que merece ser analisada mesmo após o prazo de oferecimento de embargos do devedor, porquanto não se sujeita a ocorrência de preclusão.

Veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO EXECUTADO (ANTIGO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL OBJETO DA TRIBUTAÇÃO) – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SUSCITÁVEL EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRECLUSÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA – INOCORRÊNCIA – PENHORA DO BEM OBJETO DA EXAÇÃO – PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (PAS DES NULLITÉS SANS GRIEF) E ECONOMIA PROCESSUAL – OBSERVÂNCIA.

1. As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, ex vi do disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

2. Outrossim, é cediço que a denominada exceção de pré-executividade, simples petição nos próprios autos da execução, é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva.

3. Consequentemente, a invocação de ilegitimidade passiva ad causam, via exceção de pré-executividade, afigura-se escorreita, ainda que em sede de execução fiscal, desde que desnecessária dilação probatória (exceção secundum eventus probationis), prescindindo de prévia segurança do juízo, malgrado o disposto no artigo 16, da Lei 6.830/80. Entrementes, caso não demonstrável de plano, abre-se, ao executado, apenas, a via dos embargos à execução.

4. Destarte, infere-se que a exceção de pré-executividade não tem prazo para ser oposta, uma vez que, ainda que preclusos os embargos à execução, pode o executado suscitar matérias passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz.

5. No mesmo diapasão, abalizada doutrina consigna que: ‘Não há termo final para deduzir a exceção de pré-executividade. Ressalva feita aos casos de preclusão, a exemplo do que acontece com a impenhorabilidade, e sem embargo da responsabilidade pelas despesas derivadas do retardamento (art. 267, § 3º) - e, assim mesmo se a argüição ocorrer após o prazo para embargos -, ao executado se mostra lícito excepcionar em qualquer fase do procedimento in executivis, inclusive na final: na realidade, permanece viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo.’ (ASSIS, Araken de. In Manual da execução. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p.1.027).

6. Precedentes do STJ: REsp 929.266/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007; Resp 785.921/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 27.02.2007; REsp 713.243/RS, Rel. Ministro

Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.04.2006, DJ 28.04.2006; e Resp 220.100/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 02.09.1999, DJ 25.10.1999.

(...)

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.” (REsp 818453/MG - Recurso Especial 2006/0029787-0 Relator Ministro Luiz Fux (1122) Órgão Julgador T1 - Primeira Turma Data do Julgamento 16/09/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 02/10/2008)

É que a impugnação referente à uma das condições da ação e a pressupostos processuais da execução não preclui, podendo ser arguida a qualquer tempo, por se tratar de questão de ordem pública. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – HIGIDEZ DO TÍTULO DISCUTIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXISTÊNCIA DE EMBARGOS DO DEVEDOR QUE NÃO DEBATERAM A QUESTÃO ESPECÍFICA – COISA JULGADA INEXISTENTE – PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO DA AÇÃO – MATÉRIA CONHECÍVEL DE OFÍCIO – CPC, ART. 267, IV C/C § 3º.

I. Em se tratando de matéria conhecida de ofício, como é o caso da alegada falta de higidez do título cobrado, pode ela ser objeto de exceção de pré-executividade, ainda que não suscitada, antes, em sede de embargos à execução. Coisa julgada inexistente.

II. Nulidade da decisão decretada, para que seja examinada, em 1ª instância, o mérito da exceção apresentada.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (4ª Turma, REsp 419.376-MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 19.08.2002)

“PROCESSUAL CIVIL – INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ACÓRDÃO ESTADUAL QUE ACOLHE EM PARTE PARA OPORTUNIZAR AO EXEQUENTE A JUNTADA DO CONTRATO ORIGINAL – CLÁUSULA QUE FIRMA A INEXISTÊNCIA DE NOVAÇÃO – CONDIÇÃO DA AÇÃO – CPC, ARTS. 585, II C/C O ART. 267, IV.

I. A exceção de pré-executividade pode ser oferecida, independentemente da oposição de embargos do devedor, quando discutir matéria atinente à condição da ação e a pressupostos processuais da execução (arts. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, do CPC).

II. Caso que se acomoda na situação descrita, porquanto, como observado pelo Tribunal estadual, está explicitado no instrumento de confissão de dívida celebrado entre as partes que o mesmo não constitui novação ao contrato original, ausente dos autos, e que, por isso mesmo, gerou o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade para oportunizar ao exequente a sua juntada a fim de possibilitar o curso da execução.

III. Recurso especial não conhecido.” (4ª Turma, REsp 453.622-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 28.10.2003)

É o que diz o enunciado da Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça: *“A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”*

E da análise dos autos e da decisão que determinou o redirecionamento da execução, observa-se que não há necessidade de dilação probatória, não havendo nada a ser imputado ao agravante, como sócio, que

o responsabilize pelas dívidas tributárias da empresa executada, mesmo porque, tais fatos deveriam ter sido comprovados antes da determinação de redirecionamento da execução, que somente por de ser efetivada mediante a presença de alguns requisitos, entre eles, a prova da prática de ato fraudulento pelo sócio.

Da ilegitimidade passiva do agravante

É de se ver que foi determinado o redirecionamento da execução fiscal para os sócios da empresa executada, com base nos artigos 133 e 135 do CTN, sendo que consignou o nobre julgador de primeiro grau para justificar a medida que, “(...) o simples fato da pessoa jurídica constituir débito tributário e não possuir bens para garantir o débito já lançado e representado por certidão de dívida ativa, por si só, já comprova o excesso de poder ou infração da lei ou contrato por parte dos sócios da empresa.” (f. 39-40).

É verdade que a jurisprudência é pacífica quanto à possibilidade de redirecionamento da execução para os sócios da empresa devedora, porém, para tanto, deve estar demonstrada a dissolução irregular da sociedade, sendo tal situação presumida na hipótese em que deixa de funcionar no domicílio fiscal e não há comunicação aos órgãos competentes, nos termos da Súmula nº. 435 do Superior Tribunal de Justiça¹.

Não é o caso dos autos.

Conforme se infere das alegações do agravante, a empresa executada teve a falência decretada, o que não caracteriza, por óbvio, a dissolução irregular da empresa.

Ainda, ao contrário do que concluiu o douto juiz *a quo*, o inadimplemento não traduz automaticamente no reconhecimento da prática ato fraudulento, ou seja, na “*atuação com excesso de poderes, infração à lei ou contrato social*”, conforme preceituado no art. 135 do CTN². Para o redirecionamento, seria, pois, imperiosa a demonstração da referida prática, o que não se visualiza na espécie.

De fato, nos documentos de f. 419-421 e 431 há um relatório de práticas abusivas que teriam sido praticadas pelos sócios administradores da empresa, mas se trata de informações constantes do pedido de falência do Banco Cruzeiro do Sul e não há comprovação de tais práticas ou a individualização de cada uma delas.

A insuficiência do inadimplemento para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios é entendimento consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PROVA DE INFRAÇÃO À LEI – SÚMULA 7 DO STJ – FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO – REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES – ART. 135 DO CTN.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, assentou a impossibilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios da pessoa jurídica por não verificar a presença dos requisitos do art. 135 do CTN: ‘Na presente hipótese, embora se tratando de Mandado de Segurança, cuja instrução está limitada a prova pré-constituída, a Impetrante se desincumbiu de demonstrar que não agiu com excesso de poderes ou que tenha cometido qualquer infração à legislação tributária, até porque, demonstrou sua saída da sociedade em momento anterior à ocorrência de parte dos fatos

1 Súmula 435 - STJ - “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

2 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

geradores e dos processos administrativos, dos quais não tomou qualquer ciência, de modo a lhe assegurar a ampla defesa e o contraditório administrativo.’ (f. 1.811-1.812, e-STJ). Revertal entendimento esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que a responsabilidade tributária de sócios e administradores de empresas deve estar respaldada por uma das hipóteses do art. 135 do CTN. É insuficiente, para a responsabilização dos sócios, portanto, o mero inadimplemento (Súmula 430/STJ).

3. *Recurso Especial não conhecido.*” (STJ. REsp 1680700, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/09/2017, DJe 09/10/2017) grifei

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA – REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL CONTRA SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA ORIGINALMENTE EXECUTADA – AUSÊNCIA DE ILÍCITO ATRIBUÍVEL AO SÓCIO, A FIM DE LHE IMPOR RESPONSABILIDADE PELAS DÍVIDAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – INCLUSÃO ILEGÍTIMA DE TERCEIRO NA CDA – SIMPLES INADIMPLÊNCIA QUE NÃO EQUIVALE AOS ILÍCITOS PREVISTOS NO ART. 135 DO CTN – SÚMULA 430 DO STJ – REEXAME DE FATOS E PROVAS – INVIABILIDADE DIANTE DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Diante da comprovação da ausência de dolo do Sócio-Gestor, foi afastada a sua responsabilidade por dívidas tributárias da pessoa jurídica, impondo-se rejeitar a tese de ofensa ao art. 535 do CPC, que se funda na omissão do Tribunal de Origem por deixar de se manifestar expressamente sobre a presunção de certeza e liquidez de que goza a Certidão da Dívida Ativa, a teor do art. 204 do CTN, porquanto irrelevante na hipótese em análise.

2. Conforme se depreende da Súmula 430 do STJ, o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

3. No caso destes autos, esclareça-se, é inaplicável a orientação firmada sob o rito do art. 543-C do CPC no acórdão do Resp .1.104.900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 10.4.2009 - de que, se o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN -, porque no caso sob análise se considerou ilegítima a própria inclusão do sócio na CDA, dada a ausência de ilícito atribuível à pessoa física, a fim de impor-lhe responsabilidade pelas dívidas da pessoa jurídica.

4. E pontue-se, por fim, que reexaminar os autos para concluir que a parte ora Recorrida não teria demonstrado a inocorrência de ilícito, nos termos do art. 135 do CTN, é medida inviável no âmbito do Recurso Especial, a teor da orientação firmada na Súmula 7 do STJ.

5. *Agravo Regimental desprovido.*” Grifei. (STJ. AgRg no REsp 1268688/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).

Portanto, não constatada dissolução irregular da sociedade e não demonstrada a atitude do agravante contrária à lei ou ao estatuto não é possível o direcionamento da execução, o que determina a reforma da decisão objurgada.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de Roberto Vieira da Silva de Oliveira Costa e lhe dou provimento para julgar procedente o pedido formulado pelo agravante em exceção de pré-executividade, excluindo-o do polo passivo da demanda executiva, que julgou extinta em relação ao recorrente, com fundamento no artigo 485, I, do CPC.

É como voto.

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. Dorival Renato Pavan

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, 28 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação Cível nº 0001603-05.2010.8.12.0049 - Água Clara

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – PROVA TESTEMUNHAL – IMPROCEDÊNCIA BASEADA EM AUSÊNCIA DE PROVAS DA NACIONALIDADE – PROVAS SUFICIENTES – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DIREITO AO REGISTRO – RECURSO PROVIDO.

É plenamente possível que se registre a recorrente, nos termos do artigo 3.º, do Provimento nº 28/2013, do CNJ.

Negar o registro de nascimento ao apelante significa desprezar o princípio da dignidade humana, pois, pelo que se verifica, é pessoa de pouca instrução e estará fadada a terminar os seus dias no anonimato, sem qualquer registro de sua existência.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do CPC e Enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Marcos Rodrigues Malaquias em face da sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Água Clara/MS, neste procedimento de jurisdição voluntária de registro de nascimento tardio.

Sustenta que, pela análise dos depoimentos transcritos e dos demais documentos mencionados, possível concluir-se pela procedência do pedido de lavratura do registro de nascimento tardio do apelante.

Argumenta que, valendo-se do princípio da dignidade da pessoa humana, o registro de nascimento é direito de todos e elemento indispensável para o exercício dos direitos e deveres de cada um, de modo que não podem ser penalizadas as pessoas que, por falta de condições e de acesso não foram registradas em momento oportuno.

Contrarrazões pelo desprovimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Marcos Rodrigues Malaquias em face da sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Água Clara/MS, neste procedimento de jurisdição voluntária de registro de nascimento tardio.

Consta nos autos que o autor ajuizou a presente demanda, alegando, em síntese, que nasceu em 31.12.1968, tendo como domicílio o Município de Campo Grande/MS. Diz ser filho de Ivone Rodrigues Malaquias, desconhecendo seu pai, não tendo irmãos e filhos. Diante de tal situação, necessária se faz a lavratura de assento de nascimento.

Em sentença, a magistrada *a quo* julgou improcedente a pretensão por ausência de provas da nacionalidade brasileira.

Sustenta que, pela análise dos depoimentos transcritos e dos demais documentos mencionados, possível concluir-se pela procedência do pedido de lavratura do registro de nascimento tardio do apelante.

Argumenta que, valendo-se do princípio da dignidade da pessoa humana, o registro de nascimento é direito de todos e elemento indispensável para o exercício dos direitos e deveres de cada um, de modo que não podem ser penalizadas as pessoas que, por falta de condições e de acesso não foram registradas em momento oportuno.

Contrarrazões pelo desprovimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

Passo ao exame do recurso.

Pois bem, inicialmente é oportuno consignar que desde a alteração da lei de registros públicos pela Lei nº 11.790/2008, houve uma verdadeira desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento, na medida em que se permite a realização mediante procedimentos extrajudiciais processados diretamente no Cartório de Registro Civil, sendo que o titular do cartório somente remeterá os autos ao juízo competente em casos de suspeita da declaração, conforme se depreende da leitura do art. 46 e § 3º e § 4º. Confira:

“Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado.

§ 1º O requerimento de registro será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei.

§ 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir prova suficiente.

§ 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente.” (grifei)

No mesmo sentido, o Provimento nº 28/2013 do Conselho Nacional de Justiça, editado com a finalidade de regulamentar o registro de nascimento tardio, estabeleceu que o requerimento pode ser feito diretamente pelos oficiais de registro civil das pessoas naturais do lugar de residência da pessoa interessada e deve, excetuados casos específicos, ser assinado por duas testemunhas. Caso a pessoa não tenha moradia ou residência fixa, poderá procurar o oficial de registro civil das pessoas naturais do local em que estiver. Confira:

“Art. 1º As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo previsto no art. 50 da Lei nº 6.015/73 serão registradas nos termos deste provimento.

Art. 2º O requerimento de registro será direcionado ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do lugar de residência do interessado e será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei.

Parágrafo único. Não tendo o interessado moradia ou residência fixa, será considerado competente o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do local onde se encontrar.

(...)

Art. 11. Em qualquer caso, se o Oficial suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir provas suficientes.

§ 1º. A suspeita poderá ser relativa à identidade do registrando, à sua nacionalidade, à sua idade, à veracidade da declaração de residência, ao fato de ser realmente conhecido pelas testemunhas, à identidade ou sinceridade destas, à existência de registro de nascimento já lavrado, ou a quaisquer outros aspectos concernentes à pretensão formulada ou à pessoa do interessado.

§ 2º As provas exigidas serão especificadas em certidão própria, da qual constará se foram, ou não, apresentadas.

§ 3º As provas documentais, ou redutíveis a termos, ficarão anexadas ao requerimento, em seu original ou cópia extraída pelo Oficial de Registro.

Art. 12. Persistindo a suspeita, o Oficial encaminhará os autos ao Juiz Corregedor Permanente, ou ao Juiz competente na forma da organização local.

Parágrafo único. Sendo infundada a dúvida, o Juiz ordenará a realização do registro; caso contrário, exigirá justificação ou outra prova idônea, sem prejuízo de ordenar, conforme o caso, as providências penais cabíveis.”

No caso dos autos, o autor não se utilizou do procedimento extrajudicial, aliás, formulou seu pedido diretamente em juízo, mas teve sua pretensão negada por não ter comprovado o fato constitutivo do seu direito.

A questão recursal a ser dirimida cinge-se em saber se o apelante comprovou ou não que o seu nascimento se deu na cidade de Campo Grande.

Com efeito, consoante distribuição dinâmica do ônus da prova, estabelecido no art. 333, I, do Código de Processo Civil, compete ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

As testemunhas ouvidas em juízo não informaram nada sobre a origem do requerente, pois o conheceram em Água Clara há alguns anos e somente Luciene Cristina Cezário da Silva Ferreira soube informar que o mesmo não tem documento, não tem estudo, não tem nada, não sabe de onde veio e para onde vai.

De outro vértice, do que restou instruído no feito judicial, não há indícios de que o recorrente seja estrangeiro e nenhuma prova nesse sentido igualmente foi obtida.

Por estes dados, é plenamente possível que se registre a recorrente, nos termos do artigo 3º, do Provimento nº 28/2013, do CNJ. A jurisprudência sustenta o entendimento aqui adotado:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – COMPROVAÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA – RECURSO PROVIDO. Diante da comprovação das alegações constantes na inicial, deve ser determinado o registro de nascimento tardio como direito fundamental previsto na CF em seu artigo 5º, LXXVI.” (Relator Des. Julizar Barbosa Trindade; Comarca: Mundo Novo; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/07/2014; Data de registro: 11/07/2014).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO – PROVA TESTEMUNHAL – IMPROCEDÊNCIA BASEADA EM AUSÊNCIA DE PROVAS DA NACIONALIDADE – PROVAS SUFICIENTES – DIREITO AO REGISTRO. RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA. Nos termos da Lei de registros públicos, todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado registro, sendo que as

declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado. Consoante Provimento nº 28 do CNJ, o requerimento de registro tardio pode ser feito diretamente pelos oficiais de registro civil das pessoas naturais do lugar de residência da pessoa interessada e deve, excetuados casos específicos, ser assinado por duas testemunhas. Caso a pessoa não tenha moradia ou residência fixa, poderá procurar o oficial de registro civil das pessoas naturais do local em que estiver. Não é admissível indeferir pedido de registro de nascimento tardio, sob a afirmação de que não existem provas suficientes do nascimento em território nacional, quando os depoimentos analisados conjuntamente confirmam o nascimento do apelante e inexistem provas em contrário nos autos.” (TJMS. APL 0000703-87.2011.8.12.0016; Mundo Novo; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Machado Rocha; DJMS 11/06/2014; p. 48).

Destarte, negar o registro de nascimento ao apelante significa desprezar o princípio da dignidade humana, pois, pelo que se verifica, é pessoa de pouca instrução e estará fadada a terminar os seus dias no anonimato, sem qualquer registro de sua existência.

Nesse cenário, a reforma da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso e, com o parecer, dou-lhe provimento para determinar a lavratura do registro de nascimento do apelante junto ao Cartório de Registro Civil de Campo Grande/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação Cível nº 0002735-38.2010.8.12.0004 - Coronel Sapucaia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA MEDIANTE LICITAÇÃO – DIRECIONAMENTO À EMPRESA CONTRATADA – ELEMENTO SUBJETIVO -PRESENTE – IMPROBIDADE CARACTERIZADA – RECURSO DESPROVIDO.

A contratação de escritório de advocacia privado só pode ser feita pela Administração Pública em casos específicos e excepcionais, nas quais seja exigida a prestação de serviços de natureza singular, com empresas de notória especialização, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, e apesar das alegações do recorrente, não ficou demonstrada a natureza singular dos serviços oferecidos.

O conjunto probatório apresenta quadro fático robusto a demonstrar grave ilegalidade no procedimento licitatório visando direcionar a contratação à uma empresa, com atuação dolosa e propósito de lesar o patrimônio público.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Ney Kuasne, inconformado com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa que lhe move o Ministério Público Estadual, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na exordial.

Alega que a legalidade da contratação de empresa de assessoria jurídica é incontroverso, e que o município optou por estar assessorado por empresa reconhecida na área e com vasta experiência e competência para fazer valer seus direitos.

Sustenta que entregou a prefeitura municipal ao final do seu mandato com a quantia de R\$ 1.517.000,00 em caixa, tendo efetuado pagamento de salário aos funcionários, bem como os fornecedores, sem deixar dívida para o gestor seguinte, tanto é que suas contas foram aprovadas pelo Egrégio Tribunal de Contas nos 04 (quatro) anos de mandato.

Expõe que à época dos fatos, não existia no Município de Coronel Sapucaia/MS, profissional concursado para o cargo de Advogado, Procurador Jurídico ou Procurador Geral, razão pela qual, exarou Procedimento Administrativo nº 131/2006 para a prestação de serviços de assessoramento jurídico em todas as atividades do município.

Defende a inexistência de qualquer anomalia no edital de Tomada de Preços nº 10/2006, tanto que fora declarado legal e regular pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Salienta que o autor não logrou êxito em comprovar que o requerido agiu com dolo de lesar o erário público ou de praticar qualquer fraude na contratação da empresa de assessoria jurídica.

Requer o prequestionamento da matéria.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 428-460).

A Procuradoria-Geral de Justiça pugna pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 472-479).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Ney Kuasne, inconformado com a sentença prolatada pelo juiz de direito da 2ª Vara da Comarca de Amambai, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa que lhe move o Ministério Público Estadual, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na exordial.

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente demanda alegando, em síntese, que houve o direcionamento do Contrato Administrativo nº 146/2006 firmado entre o Município de Coronel Sapucaia e o Escritório de Advocacia Martins, Nunes Cunha, Puccinelli e Lorenzetto, em clara violação ao princípio da legalidade, impessoalidade e moralidade, além do valor do contrato ser demasiadamente elevado para a época e espécie de serviços prestados. Por tais razões, pediu a condenação do requerido como incurso na prática de improbidade administrativa prevista no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei nº 8.429/92, com a aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, do mesmo diploma normativo.

Notificado, o réu apresentou contestação suscitando preliminar e, no mérito, defendeu a improcedência dos pedidos (f. 270-292).

Por sua vez, o Município de Coronel Sapucaia, devidamente intimado, não manifestou-se nos autos (f. 293).

No decorrer da instrução processual, foi afastada a preliminar (f. 307-308) e colhidas provas testemunhal (f. 335 e 353).

Após, sobreveio sentença de parcial procedência, contendo seu dispositivo o seguinte teor (f. 400-408):

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente os pedidos e resolvo o mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC/2015, para o fim de condenar Ney Kuasne pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, caput, e inciso I, da Lei nº 8.429/92 aplicando-se as seguintes sanções previstas no art. 12, inciso III, da mesma Lei, considerando a proporcionalidade e a quantidade de princípios que foram violados:

A) Pagamento de multa civil de 5 (cinco) vezes o valor da remuneração mensal que percebia o requerido na época de cometimento do ato de improbidade;

B) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; e

C) Suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos.

A multa aplicada ao requerido será revertida em favor do Município de Coronel Sapucaia, que foi prejudicado pela conduta improba.

Após o trânsito em julgado, oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral acerca da suspensão dos direitos políticos do requerido, bem como providencie-se o cadastramento deste processo na página do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – no cadastro nacional de condenações civis por ato de improbidade administrativa.

Considerando a sucumbência parcial, condeno o requerido ao pagamento das custas processuais na proporção de 50%. Sem honorários ao requerente, por força da vedação expressa disposta na Constituição Federal no art. 128, § 5, inciso II, alínea 'a', bem como sem condenação do requerente nas custas processuais, por ser isento, nos termos da Lei.”(g.n.)

Irresignado, o requerido recorre a esta Corte.

Nas razões recursais, alega que a legalidade da contratação de empresa de assessoria jurídica é incontroversa, e que o município optou por estar assessorado por empresa reconhecida na área e com vasta experiência e competência para fazer valer seus direitos.

Sustenta que entregou a prefeitura municipal ao final do seu mandato com a quantia de R\$ 1.517.000,00 em caixa, tendo efetuado pagamento e salários aos funcionários, bem como os fornecedores, sem deixar dívida para o gestor seguinte, tanto é que suas contas foram aprovadas pelo Egrégio Tribunal de Contas nos 04 (quatro) anos de mandato.

Expõe que à época dos fatos, não existia no Município de Coronel Sapucaia/MS, profissional concursado para o cargo de Advogado, Procurador Jurídico ou Procurador Geral, razão pela qual, exarou Procedimento Administrativo nº 131/2006 para a prestação de serviços de assessoramento jurídico em todas as atividades do município.

Defende a inexistência de qualquer anomalia no edital de Tomada de Preços nº 10/2006, tanto que fora declarado legal e regular pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Salienta que o autor não logrou êxito em comprovar que o requerido agiu com dolo de lesar o erário público ou de praticar qualquer fraude na contratação da empresa de assessoria jurídica.

Requer o prequestionamento da matéria.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 428-460).

A Procuradoria-Geral de Justiça pugna pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 472-479).

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise do exame recursal.

Pois bem. A improbidade administrativa caracteriza-se pela conduta imoral qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública.

A Lei nº 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa em três categorias: a) os que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causem prejuízo ao erário (art. 10) e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Tais condutas podem ser apenadas com as sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: a) suspensão dos direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade dos bens; d) ressarcimento ao erário; e) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente; f) multa civil e g) proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios.

Para configuração da improbidade é indispensável que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos art. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do art. 10.

Nesse sentido é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ. (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10. (...)” (AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

Compulsando os autos, constata-se que a prática do ato de improbidade pelo requerido/apelante restou devidamente demonstrado nos autos, face a existência de vícios que maculam a validade do certame, bem como do Contrato Administrativo nº 146/2006 firmado entre o Município de Coronel Sapucaia e o Escritório de Advocacia Martins, Nunes Cunha, Puccinelli e Lorenzetto.

No caso em apreço, percebe-se que o Município de Coronel Sapucaia, na época em que o requerido era prefeito, contratou mediante licitação na modalidade tomada de preços, os serviços de escritório de advocacia para assessoramento jurídico em todas as atividades do Município, mesmo dispondo de Procurador-Geral do município quando da abertura do certame.

O requerido/apelante justificou a contratação aduzindo que a empresa de assessoria jurídica possuía vasta experiência e competência para fazer valer os direitos do município.

No entanto, da análise dos autos, depreende-se que não existia qualquer motivo para a contratação da referida empresa de assessoria jurídica em detrimento de servidores públicos mediante concurso, mormente porque tais serviços poderiam ser prestados pela própria Procuradoria do Município, na pessoa do Procurador-Geral.

Ora, a contratação de escritório de advocacia privado só pode ser feita pela Administração Pública em casos específicos e excepcionais, nas quais seja exigida a prestação de serviços de natureza singular, com empresas de notória especialização, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, e apesar das alegações do recorrente, não ficou demonstrada a natureza singular dos serviços oferecidos.

Não bastasse isso, observa-se grave ilegalidade com a frustração de procedimento licitatório e contratação direcionada, haja vista que o advogado e um dos sócios da empresa contratada substabeleceu poderes que lhe foram outorgados pelo Município de Coronel Sapucaia/MS para atuar em procedimentos administrativos e fiscais, com reserva de iguais ao Dr. Valdir José Luiz (f. 54), antes mesmo da homologação do certame maculado, que se deu em 01.09.2006.

Outrossim, como bem fundamentado pelo magistrado *a quo* (f. 405-406):

“Verifica-se que a tomada de preços foi aberta em 28 de julho de 2006, consoante se tem de f. 44. No entanto, antes mesmo de sua abertura, em 24 de julho de 2006, advogado integrante da Sociedade Advogados Martins, Nunes da Cunha & Puccinelli e Lorenzetto (a mesma que foi posteriormente contratada em decorrência de ter vencido a tomada de preços) substabeleceu ao advogado Valdir José Luiz poderes outorgados pelo Município de Coronel Sapucaia.

O substabelecimento se deu em 24 de julho de 2006 (f. 55), ou seja, 4 (quatro) dias antes da data do próprio edital da tomada de preços (f. 444) e quase um mês antes da abertura das cartas de proposta (f. 104-105). O próprio advogado substabelecido é que, posteriormente, exarou parecer jurídico atestando a conformidade do contrato com o edital e minuta (f. 117).

Para esclarecer esta situação perplexa, afirma o requerido que o escritório que antes prestava serviços ao município rescindiu o contrato, de modo que foi feita contratação emergencial do escritório Martins, Nunes da Cunha & Puccinelli e Lorenzetto, o qual, por mera coincidência sagrou-se vencedor da licitação para a qual ele próprio emitiu parecer atestando sua regularidade.

(...)

Na data de 22 de agosto de 2006 foi realizada a abertura e julgamento da Tomada de Preços nº 10/2005, à qual compareceu como único interessado o escritório de advocacia que substabeleceu poderes ao advogado Valdir José Luiz, saindo, em consequência, vencedor do certame. O requerido homologou a licitação posteriormente, em 01 de setembro de 2006.” (g.n.)

O panorama retratado acima, revelado pelas provas carreadas aos autos, apresenta quadro fático robusto a demonstrar a irregularidade da contratação do Escritório de Advocacia Martins, Nunes Cunha, Puccinelli e Lorenzetto, com atuação dolosa visando lesar o patrimônio público, tal como consignado na sentença recorrida.

O elemento subjetivo dos envolvidos é patente, sendo inquestionável o direcionamento das licitações.

Evidente, pois, a configuração da improbidade administrativa praticada pelos recorrentes, cuja declaração, então, é medida que se impõe.

A propósito, colhe-se da jurisprudência pátria:

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INÉPCIA DA INICIAL – PRELIMINAR AFASTADA – PROCESSO LICITATÓRIO PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE AUDITORIA E CONSULTORIA TRIBUTÁRIA – LICITAÇÃO DIRECIONADA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EXEGESE DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI FEDERAL Nº 8.429/92) – SANÇÕES PREVISTAS NO INCISO III DO ART. 12 DA MESMA LEI – EXCLUSÃO DA SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E REDUÇÃO DA PENA DE MULTA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. O direcionamento de processo de licitação na contratação de pessoa jurídica para prestar serviços de auditoria, consultoria tributária ao Município, mesmo sem ocasionar dano ao erário, já que os serviços foram efetivamente prestados, configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (arts. 11 e 12, inciso III, da Lei Federal nº 8.429/92), devendo os responsáveis cumprir as sanções pertinentes ao caso.” (TJSC - AC: 00034909020108240113 Camboriú 0003490-90.2010.8.24.0113, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 30/04/2019, Terceira Câmara de Direito Público)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TÉCNICA JURÍDICA, NÃO SINGULAR E DE CARÁTER PERMANENTE PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS ROTINEIROS DA ADMINISTRAÇÃO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, INCISO II, DA CF – OFENSA AO ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/92, APLICÁVEL AOS AGENTES POLÍTICOS – EVIDENCIADO O CLARO PROPÓSITO DE CONTORNAR A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONCURSO PÚBLICO, EM OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, ISONOMIA, EFICIÊNCIA E LEGALIDADE - DISPENSA DE LICITAÇÃO E IRREGULARIDADE NA MODALIDADE LICITATÓRIA ESCOLHIDA PELO FRACIONAMENTO DAS CONTRATAÇÕES – OBJETO CONTRATUAL CONTÍNUO QUE FOI SUCESSIVAMENTE PRORROGADO – PARCELAMENTO DA CONTRATAÇÃO COM O FITO DE BURLAR A ESCOLHA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO MAIS COMPLEXO – AFRONTA À LEI Nº 8.666/93 – AUSÊNCIA DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO QUE NÃO DESCARACTERIZA

O ATO DE IMPROBIDADE – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSO DO PARQUET PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSP - AC: 00023745820128260037 SP 0002374-58.2012.8.26.0037, Relator: Leme de Campos, Data de Julgamento: 19/12/2019, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/12/2019)

Destarte, a manutenção da sentença é medida de que impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso e com o parecer, 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, com o parecer.

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. Vilson Bertelli e Des. Nélcio Stábile.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação Cível nº 0819825-20.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUSÊNCIA DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO PELO DEVEDOR – AUTARQUIA QUE REQUEREU O ABATIMENTO DO SALDO DEVEDOR – NÃO CONFIGURAÇÃO DA CHAMADA “EXECUÇÃO INVERTIDA” – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Em se tratando de requisição de pequeno valor e não configurada hipótese da chamada “execução invertida”, são cabíveis os honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, nos moldes do art. 85, § 1º, do CPC/2015.

Segundo entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.648.238/RS, submetido ao rito de recursos repetitivos, “o art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão. Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2020.

Des. Eduardo Machado Rocha

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Bruno Barreto Sanches interpõe apelação cível inconformado com a sentença que, nos autos do cumprimento de sentença ajuizado por Catarina Camargo Hartkopt contra a Agência Municipal de Habitação de Campo Grande – EMHA, considerou solvida a obrigação e, com base no art. 924, III c/c art. 925, do CPC, declarou extinto o processo de execução.

Alega que a sentença infringiu a Súmula nº 345, do STJ e desrespeitou o REsp nº 1.648.238/RS, submetido ao rito de recursos repetitivos. Aduz que em se tratando de requisição de pequeno valor e não configurada hipótese da chamada “execução invertida”, são cabíveis os honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, nos moldes do art. 85, § 1º, do CPC/2015. Defende que a regra do § 7º do art. 85 do CPC/2015 não afasta a aplicação da Súmula nº 345, do STJ. Enfatiza que o STJ, ao julgar o REsp nº 1.746.072/PR, assentou o entendimento de que o arbitramento dos honorários deve seguir a regra objetiva do § 2º do art. 85 do CPC/15. Também requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Em contrarrazões, a parte apelada pugna pelo desprovimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Bruno Barreto Sanches em face da sentença que, nos autos do cumprimento de sentença ajuizado por Catarina Camargo Hartkopt contra a Agência Municipal de Habitação de Campo Grande – EMHA, considerou solvida a obrigação e, com base no art. 924, III c/c art. 925, do CPC, declarou extinto o processo de execução.

Segundo se extrai dos autos, a exequente intentou o cumprimento da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0046720-42.2005.8.12.0001, objetivando o recebimento de crédito no valor de R\$ 9.169,03.

A autarquia executada concordou com os cálculos e ainda propôs o abatimento da dívida no valor das parcelas remanescentes do financiamento.

Na sequência foi proferida sentença assim lastreada:

“(…)

*De início, diante da anuência expressa da parte executada aos cálculos apresentados inicialmente nos presentes autos, ficam os mesmos **homologados** e, portanto, devidamente apurados os valores devidos.*

Outrossim, haja vista a compensação do débito e na totalidade o respectivo quantum debeatur, considero solvida a obrigação e, com base no art. 924, inciso III c/c art. 925, do Novo Código de Processo Civil, declaro extinto o processo de execução.

Custas processuais pelo executado. Deixo de condenar em honorários advocatícios em conformidade com o artigo 85, § 7º do CPC/15.

(…).” (g.n.)

Inconformado, o patrono a parte autora interpôs o presente recurso alegando que: que a sentença infringiu a Súmula nº 345, do STJ e desrespeitou o REsp nº 1.648.238/RS, submetido ao rito de recursos repetitivos; em se tratando de requisição de pequeno valor e não configurada hipótese da chamada “execução invertida”, são cabíveis os honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, nos moldes do art. 85, 1º, do CPC/2015; a regra do § 7º do art. 85 do CPC/2015 não afasta a aplicação da Súmula nº 345, do STJ; o STJ, ao julgar o REsp nº 1.746.072/PR, assentou o entendimento de que o arbitramento dos honorários deve seguir a regra objetiva do § 2º do art. 85 do CPC/15. Ao final, pediu o conhecimento e o provimento do recurso. Também requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Pois bem, o cerne da questão posta em debate limita-se em saber se é devida a condenação da executada ao pagamento de honorários de sucumbência no cumprimento de sentença.

No caso em apreço, verifica-se que após o trânsito em julgado da sentença genérica proferida em ação civil pública, a parte exequente iniciou a fase de cumprimento de sentença no valor de R\$ 9.169,03. A autarquia Municipal anuiu com o montante indicado, mas requereu o abatimento do saldo devedor do contrato de financiamento imobiliário, conforme facultado na sentença executada.

Sendo assim, a situação posta em julgamento não se amolda às chamadas “execuções invertidas” em que a fazenda pública condenada antecipa-se ao credor cumprindo espontaneamente a obrigação e apresentando

os cálculos da quantia devida, sem oposição da parte contrária. Pelo contrário, o cumprimento derivou de iniciativa do credor.

Sobre o tema:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – ‘EXECUÇÃO INVERTIDA’ – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 420.816/PR, fixou compreensão no sentido de serem devidos honorários advocatícios na hipótese de execução sujeita a Requisição de Pequeno Valor (RPV). 3. Todavia o caso dos autos, possui peculiaridades, que afastam a aplicação desse precedente à hipótese. 4. Na ‘execução invertida’ a Fazenda Pública condenada em obrigação de pagar quantia certa, mediante RPV, ao invés de aguardar a fase executiva do débito já reconhecido, antecipa-se ao credor cumprindo espontaneamente a obrigação apresentado os cálculos da quantia devida. 5. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é quem deve arcar com as despesas deles decorrentes. 6. Dessa forma, a Fazenda Pública cumprindo espontaneamente a obrigação de pagar quantia certa, com a concordância do credor acerca do valor apresentado, não há que se falar em fixação de honorários advocatícios, na medida que não houve novo esforço laboral. 7. O direito aos honorários advocatícios na execução decorre da necessidade de remuneração do causídico que atua de forma diligente no sentido de propor a execução com a finalidade de obrigar o ente público a cumprir a obrigação firmada no processo de conhecimento. Assim sendo, somente no caso de o credor der início a execução (com o pedido de citação da Fazenda Pública para opor embargos à execução) é que será cabível a condenação em honorários, hipótese na qual aplica-se o entendimento firmado pelo STF no RE 420.816/PR. 8. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1536555/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015) – destacado.

Nesse cenário, em se tratando de requisição de pequeno valor e não configurada hipótese da chamada “execução invertida”, são cabíveis os honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, nos moldes do art. 85, § 1º, do CPC/2015, a saber:

“Art. 85.

(...)

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.”

Ainda que o § 7º do referido dispositivo contenha regra no sentido de que são indevidos, quando não impugnados, honorários no cumprimento de sentença contra a fazenda pública, tal dispositivo legal não afasta a aplicação do entendimento firmado na Súmula nº 345, do STJ:

“São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.”

A questão restou pacificada pela Corte Cidadã, quando do julgamento do REsp nº 1.648.238/RS, submetido ao rito de recursos repetitivos, segundo a qual:

“(...) o art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.”

Eis a ementa:

“PROCESSUAL CIVIL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DECORRENTE DE AÇÃO COLETIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – IMPUGNAÇÃO – AUSÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL – MUDANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO – INOCORRÊNCIA – SÚMULA 345 DO STJ – INCIDÊNCIA.

*1. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a controvérsia relativa à condenação em honorários advocatícios na execução não embargada é de natureza infraconstitucional. 2. Sob a égide do CPC/1973, esta Corte de Justiça pacificou a orientação de que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas (Súmula 345), afastando, portanto, a aplicação do art. 1º-D da Lei nº 9.494/1997. 3. A exegese do art. 85, § 7º, do CPC/2015, se feita sem se ponderar o contexto que ensejou a instauração do procedimento de cumprimento de sentença, gerará as mesmas distorções então ocasionadas pela interpretação literal do art. 1º-D da Lei nº 9.494/1997 e que somente vieram a ser corrigidas com a edição da Súmula 345 do STJ. 4. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a fazenda pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação, uma vez que o cumprimento de sentença é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo. 5. O procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, quando almeja a satisfação de direito reconhecido em sentença condenatória genérica proferida em ação coletiva, não pode receber o mesmo tratamento pertinente a um procedimento de cumprimento comum, uma vez que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, e a existência e a liquidez do direito dela decorrente serão objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. 6. Hipótese em que o procedimento de cumprimento de sentença pressupõe cognição exauriente - a despeito do nome a ele dado, que induz à indevida compreensão de se estar diante de mera fase de execução -, sendo indispensável a contratação de advogado, uma vez que é necessária a identificação da titularidade do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna indubitoso o conteúdo cognitivo dessa execução específica. 7. Não houve mudança no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 85, § 7º, do CPC/2015 reproduz basicamente o teor normativo contido no art. 1º-D da Lei nº 9.494/1997, em relação ao qual o entendimento desta Corte, já consagrado, é no sentido de afastar a aplicação do aludido comando nas execuções individuais, ainda que promovidas em litisconsórcio, do julgado proferido em sede de ação coletiva lato sensu, ação civil pública ou ação de classe. 8. **Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: ‘O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.’** 9. Recurso especial desprovido, com majoração da verba honorária.” (REsp 1648238/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Corte Especial, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018) – destacado.*

Desse modo, é devida a verba honorária para a fase de cumprimento de sentença decorrente de ação civil pública, merecendo reforma a sentença recorrida.

Destarte, em atendimento aos critérios objetivos previstos no art. 85, §§ 1º e 3º, do CPC/2015, deve ser estabelecido o montante de 10% sobre o valor do proveito econômico a título de honorários advocatícios.

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para reformar em parte a sentença apelada, condenando a executada ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte autora, o qual arbitro em 10% sobre o valor do proveito econômico, na forma do art. 85, §§ 1º e 3º, do CPC/2015.

Ainda, defiro ao recorrente os benefícios da justiça gratuita.

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. Vilson Bertelli e Des. Nélío Stábile.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível nº 0802085-05.2013.8.12.0019 - Ponta Porã

EMENTA – AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA – NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – SENTENÇA DE RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO MODIFICADA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA – ANÁLISE DE MÉRITO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E ASSUNÇÃO DE DÍVIDAS COM GARANTIA HIPOTECÁRIA E FIDEJUSSÓRIA – NEGÓCIO JURÍDICO VÁLIDO – MÉRITO DA AÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

Considerando que a escritura pública de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória foi firmada em 22/07/1994, a norma a ser aplicada é o Código Civil de 1916, visto que o negócio jurídico ocorreu antes da entrada em vigor da norma civil de 2002.

A escritura pública trata-se de documento público elaborado por um tabelião, cuja finalidade é formalizar juridicamente a vontade das partes. Assim, é obrigação do tabelião fazer o aconselhamento das partes, verificar se o ato é lícito, identificar as pessoas, avaliar a capacidade dos contratantes, verificar o cumprimento das exigências legais e tributárias, bem como redigir o documento como formar de traduzir a vontade das partes.

A legislação específica sobre a exigibilidade dos requisitos legais a serem obedecidos na escritura pública se refere ao Decreto nº 93.240 de 09/09/1986, que regulamenta a Lei nº 7.433 de 18/12/1985, dispondo sobre os requisitos para lavratura de escrituras públicas que é aplicável ao caso, por envolver escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária e fidejussória, abrangendo a garantia de imóveis dados pelos devedores.

Os apontamentos alegados pelos apelantes se referem à verificação do inciso I do artigo 1º do citado Decreto nº 93.240/1986: *I - os documentos de identificação das partes e das demais pessoas que comparecerem na escritura pública, quando julgados necessários pelo tabelião; que no caso a credora trata-se instituição financeira denominada Banco do Brasil S/A, e o tabelião tem fé pública para identificação dos contratantes, sendo que todos compareceram perante o oficial titular da serventia competente, tendo sido devidamente identificados, não havendo falar em nulidade do ato por ausência de menção aos documentos pessoais do gerente bancário da agência filial.*

Debate sobre a validade da dívida do mútuo confessado na escritura pública julgado em embargos à execução com sentença transitada em julgado por meio de recurso extraordinário, o que traz a segurança jurídica do título executivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, afastaram a preliminar e, no mérito, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de novembro de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de apelações cíveis interpostos por Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã, nos autos da ação de anulação de escritura pública movida em face do Banco do Brasil S/A, que reconheceu a ocorrência da prescrição e julgou extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do artigo 487, II do Código de Processo Civil, e condenou a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Em síntese, alega que:

A apelante propôs a presente demanda para que fosse declarada a nulidade da escritura pública de confissão e assunção de dívidas datada de 22/07/94, e via de consequência, seria declarada a nulidade do processo de Execução de Título Extrajudicial nº 0020441-48.1994.8.12.0019, ainda em trâmite perante a 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã, nos termos do que previa o art. 618, I, do CPC/1973;

Apesar da ação de execução ser do ano de 1994, ela ainda está em trâmite e no aguardo de decisão dos recursos interpostos perante as instâncias superiores;

Os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, a teor do disposto no art. 169, do Código Civil, e se houver a declaração de nulidade da escritura, tal também se refletirá no processo executivo correlato;

Conforme se extrai da escritura de f. 116-133, consta a informação de que *“não há qualificação suficiente que demonstre a validade do credor; já que não existe a procuração pública autorizando seus representantes a fazerem o documento em seu nome.”*

A Lei nº 7.433/58 dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escritura pública, em complementação ao art. 215, § 1º do CC, mencionando que é obrigatória a apresentação de documentos de identificação das partes, igualmente ao elencado no Código de Normas do Estado de Mato Grosso do Sul e;

Prequestiona as matérias ventiladas no recurso.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

VOTO (EM 07/05/2019)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã, nos autos da ação de anulação de escritura pública movida em face do Banco do Brasil S/A, que reconheceu a ocorrência da prescrição e julgou extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do artigo 487, II do Código de Processo Civil, e condenou a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira ajuizaram a ação de anulação de escritura pública em face de Banco do Brasil S/A, alegando que na data de 22/07/1994, para continuarem a ter crédito perante a instituição requerida, foram obrigados a aderirem a uma escritura pública de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória, a qual ensejou a propositura da Ação Executiva nº 0020441-48.1994.8.12.0019, em 07/12/1994, na qual houve inclusive a arrematação de bens imóveis pelo banco.

Sustentaram que o título que embasou referida execução é nulo, apontando os seguintes vícios: a) falta de instrumento de procuração conferido aos representantes do banco, Jacy Buratto e Anderson Friske, para confecção do ato; b) falta de qualificação dos representantes; c) falta de identificação do número de CPF dos representantes; d) falta de apresentação do documento pessoal (RG) de Anderson e ausência de arquivamento em cartório do documento de identificação do representante Jacy; e) ausência de indicação de endereço dos representantes do banco.

Defenderam a adequação da via processual eleita, bem como a necessidade de extinção da ação executiva promovida em decorrência da nulidade do título que a stampa, uma vez que a escritura pública lavrada não contém as formalidades essenciais quanto à identificação dos representantes do banco credor, sendo preterida, destarte, formalidade essencial ao ato, o que torna nulo o negócio jurídico celebrado.

Em contestação, o requerido arguiu, preliminarmente, a ocorrência de prescrição, e no mérito, discorreu que os procuradores do banco se fizeram presente ao cartório respectivo para confecção da escritura pública, não havendo nenhum questionamento quanto à validade da representação. Asseverou que foram devidamente certificadas pelo escrivão as presenças e identidades das partes, de maneira que a ausência de arquivamento dos documentos perante o cartório implicaria responsabilidade do tabelião, mas não seria suficiente para invalidar o negócio entabulado. Argumentou que o suposto vício apontado seria anulável, a critério exclusivo do réu, pois único interessado e prejudicado, e que sendo anulável, o negócio poderia ser convalidado, pugnando, por fim, pela improcedência do pedido inicial.

O magistrado de primeira instância reconheceu a ocorrência da prescrição e julgou extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC, e condenou a parte autora ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Como relatado, recorrem os autores pretendendo a reforma da sentença a fim de que seja afastada a preliminar de prescrição, eis que, segundo asseveram, a ação de execução ainda está em trâmite e no aguardo de decisão dos recursos interpostos perante as instâncias superiores, não correndo, portanto, o prazo prescricional, argumentando ainda que os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, a teor do disposto no art. 169, do Código Civil, prequestionando ao final as matérias ventiladas no recurso.

Combate ao recurso conforme contrarrazões de f. 1547-1556.

É o relatório.

Decido.

Contrariamente à alegação dos apelantes, tenho que imprescritibilidade não há no caso.

O pedido formulado não se restringe a uma mera pretensão declaratória, alcançando, em verdade, pretensão desconstitutiva do negócio e, ainda, buscando atribuir nulidade à Ação de Execução nº 0020441-48.1994.8.12.0019, com a inibição de imissão do réu na posse dos imóveis por ele arrematados na executiva, de maneira que evidenciado seu nítido caráter constitutivo.

Assim, a conclusão é que o pleito sujeita-se ao prazo prescricional.

A propósito:

“RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – PRESCRIÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA – MANDATO – EXCESSO DE PODERES. 1 - DEMANDA QUE, EM MOMENTO ALGUM, SUSCITA A EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO A FAZER CONCRETIZADA A HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 178, § 9º, INCISO V, ALÍNEA ‘B’, DO CC/16. 2 - INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL GERAL PREVISTO NO ART. 177 DO CC/16 – NORMA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2028 DO CCB/2002 – APLICAÇÃO DO ART. 205 DO CCB/2002 –

INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. 3 - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (STJ - REsp nº 1.472.949 - ES, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05/11/2015) destaquei.

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SEGURO DE VIDA COLETIVO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DO CONTRATO – IMPRESCRITIBILIDADE AFASTADA – INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL ANUO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – DESCARACTERIZAÇÃO. 1. O objeto da ação não se restringe à declaração de nulidade das cláusulas contratuais, pretendendo o recorrente, em verdade, a obtenção dos efeitos patrimoniais dela decorrentes, depois de extinto o contrato, de sorte que a pretensão deduzida não é declaratória, puramente, e, portanto, se sujeita a prazo prescricional. 2. Prescreve em um ano a pretensão de restituição de prêmios pagos a maior pelo segurado participante de apólice de seguro de vida em grupo, cujo contrato não foi renovado por vontade da seguradora. Precedentes. 3. A litigância de má-fé, à que alude o art. 17, VII, do CPC, consubstanciada como uma forma de abuso do direito, só se concretiza quando demonstrado que a parte se vale do direito de recorrer para perturbar o andamento do processo. 4. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ - REsp 1369787/SC, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 01/08/2013)

Dito isso, vê-se que a escritura foi lavrada em 22/07/1994, portanto, sob a vigência do Código Civil de 1916, e, ante a ausência de previsão de prazo específico, faz-se incidente o prazo geral previsto no art. 177 do Diploma Civil, ou seja, o prazo vintenário.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil em janeiro de 2003, havia transcorrido pouco mais de 8 anos da data da formalização da escritura. Logo, o prazo a ser contado é o deste diploma (art. 2.028¹), porquanto no início da sua vigência não havia ultrapassado a metade dos 20 anos.

E nos termos do artigo 205, do Código Civil, *“a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”*

Mostra-se pertinente a lição de Nelson Resenvald, na obra Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência (Org. Ministro Cezar Peluzo, 12^a ed. Manole, 2018, p. 2.254):

“O CC disciplinou a questão do direito intertemporal, pois, inevitavelmente, diversos prazos que já foram inaugurados na vigência do CC/1916 terminaram sob a influência do novo regime.

Quando da leitura das atuais normas em sede de prazos prescricionais, já foi possível observar que o legislador se preocupou com a pacificação das relações sociais e a célere definição das relações pendentes, mediante a adoção de prazo máximo de dez anos para o exercício de pretensões, sem diferenciar entre ações pessoais e reais, ao contrário da linha adotada pelo art. 177 do CC/1916.

A norma em comento produz alguns questionamentos, havendo necessidade de fixação de critérios, pois a única assertiva em que não há controvérsias concerne aos prazos já iniciados e consumados na vigência do CC/1916: quanto a eles prevalece o ato jurídico perfeito, sem qualquer influência do CC/2002, posto imunizados com relação à eficácia do novo regramento.

Todavia, não há de se recorrer ao princípio do direito adquirido no que tange ao conflito intertemporal decorrente de prazos não consumados na égide da lei anterior, quando a norma atual tenha acarretado a redução do lapso prescricional. A parte que eventualmente se beneficiará da prescrição conta apenas com um direito expectativo tratado pela lei vigente ao tempo do termo prescricional. A prescrição é regida por regime análogo ao dos fatos jurídicos complexos, de formação progressiva, no qual apenas vencida a última parcela se cogitará de direito adquirido. Porém, a norma revogada ditará as consequências do que se

¹ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

sucedeu em sua vigência, como o início do prazo e as causas impeditivas e suspensivas de sua fluência, até o ingresso do novo regulamento.

Com influência da Lei de Introdução ao CC da Alemanha, sendo o prazo fixado na lei nova inferior que o da lei pregressa, ele será contado a partir da vigência da nova lei. Isso apenas se o prazo terminar mais cedo que o lapso maior fixado na norma anterior. Caso contrário, a prescrição será aquela ditada pelo transcurso do prazo mais longo, ou seja, somando-se o prazo transcorrido pela lei anterior com o prazo reduzido da lei nova, contado de sua vigência, caso esse ultrapasse o da lei anterior, será interrompido o prazo novo no exato momento em que for alcançado o tempo previsto na lei revogada.

Em qualquer dos casos aventados no tópico pregresso, a lei nova não poderá provocar a consumação do prazo em instante anterior ao início de sua vigência, sob pena de ser retroativa. Essa solução é lógica, afinal impede que aquele que confiou na amplitude do prazo anterior seja surpreendido pela lei nova de prazo diminuto.

Transpondo tais regras para o CC/2002, o art. 2.028 determina que seja preservado o regramento do CC/1916 sempre que mais da metade do prazo indicado na lei revogada tenha sido ultrapassado antes da vigência do novo Código. Caso contrário, o prazo reduzido será apinhado pelo CC/2002, a contar de sua vigência.”

Com efeito, ajuizada a ação em 09/07/2013, ou seja, cinco meses após consumado o prazo prescricional, correta a sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição, não merecendo, portanto, qualquer reparo.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Dessa feita, deixo registrado que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do CPC.

Por derradeiro, eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Ex positis, nego provimento ao recurso interposto.

Com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários de sucumbência fixados na origem para 12% (doze por cento).

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Eduardo), após o relator e o 2º vogal negarem provimento ao recurso.

VOTO (EM 14/05/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã, nos autos da ação de anulação de escritura pública movida em face do Banco do Brasil S/A, que reconheceu a ocorrência da prescrição e julgou extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do artigo 487, II do Código de Processo Civil, e condenou a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Segundo voto do e. relator, Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira ajuizaram a ação de anulação de escritura pública em face de Banco do Brasil S/A, alegando que na data de 22/07/1994, para continuarem a ter crédito perante a instituição requerida, foram obrigados a aderirem a uma escritura pública de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória, a qual ensejou a propositura da Ação Executiva nº 0020441-48.1994.8.12.0019, em 07/12/1994, na qual houve inclusive a arrematação de bens imóveis pelo banco.

Sustentaram que o título que embasou referida execução é nulo, apontando os seguintes vícios: a) falta de instrumento de procuração conferido aos representantes do banco, Jacy Buratto e Anderson Friske, para confecção do ato; b) falta de qualificação dos representantes; c) falta de identificação do número de CPF dos representantes; d) falta de apresentação do documento pessoal (RG) de Anderson e ausência de arquivamento em cartório do documento de identificação do representante Jacy; e) ausência de indicação de endereço dos representantes do banco.

Defenderam a adequação da via processual eleita, bem como a necessidade de extinção da ação executiva promovida em decorrência da nulidade do título que a stampa, uma vez que a escritura pública lavrada não contém as formalidades essenciais quanto à identificação dos representantes do banco credor, sendo preterida, destarte, formalidade essencial ao ato, o que torna nulo o negócio jurídico celebrado.

Após a apresentação de contestação, o magistrado *a quo* reconheceu a prescrição.

Inconformados, recorrem os autores.

O e. relator negou provimento ao recurso dos apelantes e manteve a sentença que reconheceu a prescrição, sob o fundamento de que o pedido formulado não se restringe a uma mera pretensão declaratória, mas sim desconstitutiva do negócio, pois busca atribuir nulidade à Ação de Execução nº 0020441-48.1994.8.12.0019, com a inibição de imissão do réu na posse dos imóveis por ele arrematados na executiva.

Assim, segundo o voto do relator, a presente demanda sujeita-se ao prazo prescricional.

Contudo, peço-lhe vênias para divergir.

Assim preceitua o art. 166 e 169, ambos do CC:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

(...)

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Por sua vez, estabelece o art. 171 do CC:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

No caso presente, em que pesem os fundamentos de que a demanda possui contornos de uma verdadeira ação constitutiva, sujeitando-se, portanto, ao prazo prescricional, denoto que a pretensão é puramente declaratória, tanto que o pedido inicial é para que seja declarada nula a escritura pública de confissão de dívidas e, por consequência o processo executivo, a fim de impedir o credor/banco de imitir-se na posse da coisa.

E mais, os fundamentos da presente ação são de que o título que embasou referida execução é nulo, pelos seguintes vícios: a) falta de instrumento de procuração conferido aos representantes do banco, Jacy Buratto e Anderson Friske, para confecção do ato; b) falta de qualificação dos representantes; c) falta de identificação do número de CPF dos representantes; d) falta de apresentação do documento pessoal (RG) de Anderson e ausência de arquivamento em cartório do documento de identificação do representante Jacy; e) ausência de indicação de endereço dos representantes do banco réu.

Como se vê, os alegados vícios estão inseridos nos incisos IV (não revestir a forma prescrita em lei;) e V (for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;), ambos do art. 166 do CC.

Assim, a hipótese dos autos trata-se de nulidade, não sendo o negócio, portanto, suscetível de confirmação, tampouco convalescido pelo decurso do tempo, nos termos do art. 169 do CC.

Registro que o STJ entende de forma pacífica, que contra o negócio jurídico plenamente nulo, não corre prazo prescricional, bem assim que as ações meramente declaratórias são imprescritíveis, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, vejamos:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/73) – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C.C – ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – VÍCIO DO NEGÓCIO JURÍDICO – SIMULAÇÃO – PRETENSÃO DE REVISÃO DO JULGADO – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7/STJ – NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO – IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Para derruir a premissa fática assentada pelo acórdão da origem, entendendo pela existência de provas suficientes da ocorrência de simulação, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo Enunciado nº 7/STJ.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que, em se tratando de negócio jurídico alegadamente nulo, por simulação, não há sujeição aos prazos prescricionais.

3. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

4. *AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*” (AgInt no REsp 1577931/GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 05/09/2018) - destaquei

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO CONDENATÓRIO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO REQUERIDO.

(...) 3. Os negócios jurídicos inexistentes e os absolutamente nulos não produzem efeitos jurídicos, não são suscetíveis de confirmação, tampouco não convalidam com o decurso do tempo, de modo que a nulidade pode ser declarada a qualquer tempo, não se sujeitando a prazos prescricionais ou decadenciais. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. *Agravo regimental desprovido.*” (AgRg no AREsp 489.474/MA, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 17/05/2018)

Destarte, não há falar em prescrição da pretensão dos apelantes, pois a demanda está fundada em possível nulidade de negócio jurídico por ausência de requisito de existência do ato.

Por fim, em sendo afastada a tese de prescrição, deverão os autos retornar ao e. relator para análise das demais matérias, caso entender que a causa já está madura, nos termos do art. 1.013, § 4º, do CPC.

Pelo exposto, peço vênias ao e. relator para afastar a prescrição.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, acompanhado do 2º vogal. O 1º vogal afastava a prescrição. Adiada a conclusão do julgamento, em face da necessidade de convocação de novos membros para o julgamento.

VOTO (EM 11/06/2019)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

Por maioria, afastaram a prescrição, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal que negavam provimento. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para voto de mérito do relator.

VOTO (EM 19/11/2019)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Ponta Porã, nos autos da ação de anulação de escritura pública movida em face do Banco do Brasil S/A, que reconheceu a ocorrência da prescrição e julgou extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do artigo 487, II do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Caarapã Cereais Sementes e Transportes Ltda e José Evaldo de Oliveira ajuizaram a ação de anulação de escritura pública em face de Banco do Brasil S/A, alegando que na data de 22/07/1994, para continuarem a ter crédito perante a instituição requerida, foram obrigados a aderir a uma escritura pública de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória, que ensejou a propositura da Ação Executiva nº 0020441-48.1994.8.12.0019, em 07/12/1994, na qual houve inclusive a arrematação de bens imóveis pelo banco.

Sustentaram que o título que embasou referida execução é nulo, apontando os seguintes vícios: a) falta de instrumento de procuração conferido aos representantes do banco, Jacy Buratto e Anderson Friske, para confecção do ato; b) falta de qualificação dos representantes; c) falta de identificação do número de CPF dos representantes; d) falta de apresentação do documento pessoal (RG) de Anderson e ausência de arquivamento em cartório do documento de identificação do representante Jacy; e) ausência de indicação de endereço dos representantes do banco.

Defenderam a adequação da via processual eleita, bem como a necessidade de extinção da ação executiva promovida em decorrência da nulidade do título que a estampa, uma vez que a escritura pública lavrada não contém as formalidades essenciais quanto à identificação dos representantes do banco credor, sendo preterida, destarte, formalidade essencial ao ato, o que torna nulo o negócio jurídico celebrado.

Em contestação, o requerido arguiu, preliminarmente, a ocorrência de prescrição e no mérito, discorreu que os procuradores do banco se fizeram presentes ao cartório para lavratura da escritura pública, não havendo nenhum questionamento quanto à validade da representação.

Asseverou que foram devidamente certificadas pelo escrivão as presenças e identidades das partes, de maneira que a ausência de arquivamento dos documentos perante o cartório implicaria responsabilidade do tabelião, mas não seria suficiente para invalidar o negócio entabulado.

Argumentou que o suposto vício apontado seria anulável, a critério exclusivo do réu, pois único interessado e prejudicado, e que sendo anulável, o negócio poderia ser convalidado, pugnando, por fim, pela improcedência do pedido inicial.

A magistrada de primeira instância reconheceu a ocorrência da prescrição e julgou extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC, e condenou a parte autora ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Como relatado, recorrem os autores pretendendo a reforma da sentença a fim de que seja afastada a preliminar de prescrição, eis que, segundo asseveram, a ação de execução ainda está em trâmite e no aguardo de decisão dos recursos interpostos perante as instâncias superiores, não correndo, portanto, o prazo prescricional, argumentando ainda que os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, a teor do disposto no art. 169, do Código Civil, prequestionando ao final as matérias ventiladas no recurso.

Combate ao recurso conforme contrarrazões de f. 1.547-1.556.

Em sessão de julgamento realizado em 11/06/2019 o colegiado, pela maioria, afastou a prescrição, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal, que negavam provimento ao recurso.

Diante do resultado, a conclusão de julgamento foi adiada para voto de mérito dessa relatoria (f. 1.645).

Decido.

Com base na teoria da causa madura consubstanciada no artigo 1.013, § 4º do CPC: *“A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...) § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”*, razão pela qual passo à análise do mérito da ação.

Consoante as razões recursais, os apelantes sustentam que o título que embasou o processo executivo é nulo, apontando os seguintes vícios:

Falta de instrumento de procuração conferido aos representantes do banco, Jacy Buratto e Anderson Friske, para confecção do ato;

Falta de qualificação dos representantes;

Falta de identificação do número de CPF dos representantes;

Falta de apresentação do documento pessoal (RG) de Anderson e ausência de arquivamento em cartório do documento de identificação do representante Jacy e;

Ausência de indicação de endereço dos representantes do banco.

No presente caso, considerando que a escritura pública de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória foi feita em 22/07/1994, a norma a ser aplicada é o Código Civil de 1916, visto que o negócio jurídico ocorreu antes da entrada em vigor da norma civil de 2002.

O art. 2.035 do Código Civil de 2002 é expresso ao dispor que:

“A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.”

Pois bem.

Os apelantes pretendem a nulidade da escritura pública em comento. Assim sendo, é de se observar o ato realizado na vigência daquela lei, que o definia como nulo quando não preenchidas as formalidades legais, tendo em vista as disposições do seu art. 145.

Nesse contexto, a norma do artigo 145 do Código Civil (1916) dispunha sobre as nulidades do ato jurídico:

“Art. 145. É nulo o ato jurídico:

I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5).

II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.

III. Quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130).

IV. Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.”

Por sua vez, convém colacionar os dispositivos acima mencionados referentes ao inciso III do artigo 145, para melhor entendimento sobre o tema:

“Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, nº I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).

Art. 130. Não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida.”

Sobre o tema do campo da nulidade, é imprescindível verificar o plano de validade do negócio jurídico.

Nesse diapasão, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citam San Tiago Dantas da seguinte forma:

“O culto Mestre San Tiago Dantas, em seu Programa de Direito Civil, taquigrafado por Victor Bourhis Jurgens, com sabedoria, pontificou que os atos jurídicos determinam a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Para que, porém, produzam efeito, é indispensável que reúnam certo número de requisitos que costumamos apresentar como os de

sua validade. Se o ato possui tais requisitos, é válido e dele decorre a aquisição, modificação e extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo.”²

Por outro lado, a escritura pública é um tipo de documento elaborado por um tabelião cuja finalidade é formalizar juridicamente a vontade das partes. Para tanto, é obrigação do tabelião atuante fazer o aconselhamento dos envolvidos, verificar se o ato é lícito, identificar as pessoas, avaliar a capacidade dos contratantes, verificar o cumprimento das exigências legais e tributárias, bem como redigir o documento como formar de traduzir a vontade das partes.

A legislação específica sobre a exigibilidade dos requisitos legais a serem obedecidos na escritura pública se refere ao Decreto nº 93.240 de 09/09/1986, regulamentador da Lei Federal nº 7.433 de 18/12/1985, dispondo sobre as exigências para lavratura de escrituras públicas, que no caso, também é aplicável por envolver escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária e fidejussória, abrangendo garantias de imóveis ofertados pelos devedores.

Seguem os dispositivos da norma especial citada:

“Art 1º Para a lavratura de atos notariais, relativos a imóveis, serão apresentados os seguintes documentos e certidões:

I - os documentos de identificação das partes e das demais pessoas que comparecerem na escritura pública, quando julgados necessários pelo Tabelião;

II - o comprovante do pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura;

III - as certidões fiscais, assim entendidas:

a) em relação aos imóveis urbanos, as certidões referentes aos tributos que incidam sobre o imóvel, observado o disposto no § 2º, deste artigo;

b) em relação aos imóveis rurais, o certificado de cadastro emitido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, com a prova de quitação do último Imposto Territorial Rural lançado ou, quando o prazo para o seu pagamento ainda não tenha vencido, do imposto territorial rural correspondente ao exercício imediatamente anterior;

IV - a certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e a de ônus reais, expedidas pelo Registro de Imóveis competente, cujo prazo de validade, para este fim, será de 30 (trinta) dias;

V - os demais documentos e certidões, cuja apresentação seja exigida por lei.

§ 1º O Tabelião consignará na escritura pública a apresentação dos documentos e das certidões mencionadas nos incisos II, III, IV e V, deste artigo.

§ 2º As certidões referidas na letra a, do inciso III, deste artigo, somente serão exigidas para a lavratura das escrituras públicas que impliquem a transferência de domínio e a sua apresentação poderá ser dispensada pelo adquirente que, neste caso, responderá, nos termos da lei, pelo pagamento dos débitos fiscais existentes.

§ 3º A apresentação das certidões previstas no inciso IV, deste artigo, não eximirá o outorgante da obrigação de declarar na escritura pública, sob pena de responsabilidade civil e penal, a existência de outras ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e de outros ônus reais incidentes sobre o mesmo.

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 335-336. v. I, parte geral.

Art 2º O Tabelião fica desobrigado de manter, em cartório, o original ou cópias autenticadas das certidões mencionadas nos incisos III e IV, do artigo 1º, desde que transcreva na escritura pública os elementos necessários à sua identificação, devendo, neste caso, as certidões acompanhar o traslado da escritura.”

Os apelantes apontam os seguintes vícios do negócio jurídico:

“(…) a) a falta de Procuração dos representantes do Banco do Brasil na Escritura Pública - Jacy Buratto e Anderson Friske, não havendo qualquer menção na Escritura referente a Procuração Pública do Banco do Brasil autorizando os Srs. Jacy Buratto e Anderson Friske, a agir em seu nome, já que em tal Escritura deveria constar a Procuração da Sociedade de Economia Mista do Banco do Brasil, o número, onde está registrada, em que cartório, bem como o Cartório de Ponta Porã deveria arquivar cópia da mesma (se é que existe) junto ao Cartório;

b) a falta de qualificação dos mencionados representantes do Banco, na Escritura Pública, Srs. Jacy Buratto e Anderson Friske;

c) a falta de apresentação de documento de identificação (CPF) de Jacy Buratto e Anderson Friske, por ausência de autorização ou procuração, na escritura;

d) falta de apresentação de documento de identificação, considerando que constou o número de identidade de Jacy Buratto, mas não foi arquivada cópia em cartório, e quanto à pessoa Anderson Friske nenhum documento dele constou e nem guardada nos arquivos;

e) a falta de indicação de endereço dos Srs. Jacy Buratto e Anderson Friske, sendo somente constante a cidade Laguna Caarapã;”

É possível observar que todos esses apontamentos se referem à verificação do inciso I do artigo 1º do citado Decreto nº 93.240/1986: *“I - os documentos de identificação das partes e das demais pessoas que comparecerem na escritura pública, quando julgados necessários pelo tabelião.”*

No caso, a credora trata-se de sociedade de economia mista, instituição financeira do Banco do Brasil S/A, e o Tabelião tem fé pública para identificação dos contratantes.

Considerando que o ato do negócio jurídico foi realizado através de um instrumento público, escritura pública de confissão de dívida e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória, datada de 22/07/1994 (f. 66-82), todos comparecentes perante o tabelião de Notas que foram identificados no ato pelo oficial titular do cartório, que exararam as respectivas assinaturas.

Desse modo, tendo em vista que as partes constantes na escritura pública de confissão de dívida registrada no Livro nº 170, Fls. nº 184, no 1º Tabelionato do Cartório de Ponta Porã foram devidamente identificadas pelo tabelião do cartório competente, não há falar em nulidade do ato.

Ademais, a ausência de procuração da parte credora que poderia ter sido exigida pelo tabelião, tornaria o ato anulável por vício resultante de erro de verificação da formalidade do documento, nos termos do artigo 147 do Código Civil (1916) e não nulidade do título de confissão de dívida, como pretendem os apelantes.

Dispõem os artigos 147 e 148 da norma civil vigente à época do negócio jurídico:

“Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).

II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude.

Art. 148. O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro.

A ratificação retroage à data do ato.

Art. 149. O ato de ratificação deve conter a substância da obrigação retificada e a vontade expressa de ratificá-la.”

Logo, com o ingresso do Processo Executivo nº 0020441.48-1994.8.12.0019 e com a identificação dos devedores, como constam na escritura pública, cujo vencimento se deu em 30/07/1994 (f. 47-52) e com a juntada da procuração outorgada pelo Banco do Brasil, como credora (f. 53-57), há de se considerar a ratificação da representação legal.

Destarte, a representação no negócio jurídico consubstanciado no mandato (procuração) opera-se de pleno direito desde que observadas as normas contidas no artigo 1.288 do Código Civil (1916) e seguintes:

“Art. 1.288. Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

(...)

Art. 1.291. Para os atos que exigem instrumento público ou particular, não se admite mandato verbal.

(...)

Art. 1.295. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.”

Assim, a confissão de dívida assinada pelas pessoas jurídicas devedoras restaram também devidamente identificadas (f. 82).

Embora os apelantes tenham afirmado que foram obrigados a assinar a escritura pública, não se vislumbra nos autos quaisquer provas de ocorrência de algum vício de consentimento.

Ora, as empresas devedoras juntamente com os fiadores confessaram a existência da dívida no valor de CR\$ 3.806.844.699,30 (três bilhões, oitocentos e seis milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e noventa e nove cruzeiros reais e trinta centavos), atualizado até 30/06/1994, proveniente da Cédula de Crédito Comercial nº 93/00185-1, de emissão da devedora empresa Caarapã Cereais Sementes e Transp. Ltda, com garantia de hipoteca cedular.

Há de se ressaltar, ainda, que os apelantes vêm discutindo sobre a dívida por mais de vinte anos, impugnando o valor do débito, sem mencionar qualquer nulidade do título executivo, com ingresso de embargos à execução, cujo objeto fora a discussão sobre as cláusulas contratuais referentes à aplicação dos juros remuneratórios e capitalização, em que a sentença proferida pelo douto Magistrado de piso reconheceu a existência da dívida e a validade do título (f. 1.557-1.573) que restou confirmada na Apelação nº 45.257-11 (f. 1.574-1.585), transitada em julgado em 18/05/1998 (f. 1.601).

Portanto, considerando que os apelantes confessaram por meio de um ato formal e público lavrado no Cartório de 1º Tabelionato de Notas da Comarca de Ponta Porã, revestido das formalidades legais do tabelião, que detém fé pública na identificação das partes, não há falar em nulidade da escritura pública de confissão de dívida de f. 66-82, inclusive, para evitar a violação da segurança jurídica e o enriquecimento sem causa por parte dos apelantes, considerando que o mútuo foi disponibilizado e por eles usufruído.

Ressalto, ainda, que sobre a legalidade da dívida, essa foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 224.392-0 (f. 1.597-1.601).

Nesse sentido, a seguinte decisão desta Corte:

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO, DE PLANO AO RECURSO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – AGRAVO RETIDO – PROVA PERICIAL – MATÉRIA JÁ DECIDIDA – ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA – SIMULAÇÃO – NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS – APELANTES QUE CONCORRERAM CONSCIENTEMENTE PARA A AVENÇA – ALEGAÇÃO DA PRÓPRIA TORPEZA – REDUÇÃO DA GARANTIA – IMPOSSIBILIDADE – MULTA CONTRATUAL – DEVIDA – INADIMPLÊNCIA CONFIGURADA – AGRAVO REGIMENTAL QUE NENHUM ELEMENTO NOVO TROUXE QUE LEVASSE O RELATOR A SE RETRATAR DA DECISÃO PROLATADA – RECURSO IMPROVIDO. 1. Os apelantes/embargantes buscam apreciação de agravo retido, manifestado contra decisão que indeferiu produção de prova pericial. Ocorre que referido inconformismo já foi objeto de Agravo de Instrumento nº 2012.005164-0/0000-00, interposto na Ação Declaratória c/c Revisional nº 0800231-83.20112, conexa à presente ação, onde buscam a revisão/reconhecimento de simulação do mesmo negócio jurídico ora analisado. 2. A escritura pública ora em execução foi lavrada por pessoa legalmente autorizada possuidora de fô publico e somente pode ser desconstituída mediante prova incontroversa, cabal, objetiva e inequívoca. 3. Assim, ainda que se pudesse admitir a ocorrência da alegada simulação, os autores dela participaram espontaneamente, e não podem pretender a anulação do negócio jurídico por vício de simulação, pois não se admite que quem agiu com dolo alegue a própria torpeza em seu benefício, sendo certo que somente poderia ser arguida por terceiros que comprovassem a lesão de eventuais direitos, jamais pelos próprios contratantes. 4. Em sendo indivisível a hipoteca, não há que se falar em redução da garantia, já que consubstancia-se como vínculo real que não admite divisão, a não ser com a concordância do credor hipotecário, inexistente nos autos. 5. É certo que os devedores (autores) não pagaram todas as rendas e o principal a seu termo, tampouco consignaram o valor que entende devido, motivo pelo qual não há como afastar o encargo de mora. 6. Mantém-se decisão prolatada em recurso de apelação, se no agravo regimental o recorrente nenhum elemento novo trouxe que pudesse levar o relator a se retratar da decisão prolatada.” (TJMS. Agravo Regimental Cível nº 0800735-89.2011.8.12.0006, Camapuã, 1ª Câmara Cível, Relator Des. João Maria Lós, j: 27/01/2015, p: 28/01/2015)

Segue decisão de outro tribunal pátrio:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, HIPOTECA E PENHOR AGRÍCOLA VINCULADA A NOTA PROMISSÓRIA – LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS COOBRIGADOS – INTEGRALIDADE DO DÉBITO. Em se tratando de execução fundada em escritura pública de confissão de dívida, hipoteca e penhor agrícola vinculada à nota promissória, inafastável o reconhecimento de que o título extrajudicial executado é a escritura pública, sendo de notar que nela restaram claramente estabelecidos o valor devido, a data de vencimento da obrigação e a limitação da responsabilidade assumida pelos avalistas, devedores solidários, pela totalidade do débito.” (TJMG. AI: 10701950019227006 MG, Relator: Luciano Pinto, Data de Julgamento: 31/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas/17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 08/02/2013)

Por fim, para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Dessa feita, deixo registrado que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do CPC.

Ex positis, em julgamento do mérito da ação com base no artigo 1.013, § 4º do CPC, nego provimento ao recurso interposto.

Com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC, majoro os honorários de sucumbência fixados na origem para 12% (doze por cento).

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, afastaram a preliminar e, no mérito, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélcio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 19 de novembro de 2019.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Remessa Necessária Cível nº 0802471-19.2019.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ADOÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE FILHO BIOLÓGICO E ADOTIVO – EQUIPARAÇÃO À LICENÇA-MATERNIDADE – ORDEM CONCEDIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal fixou, em sede de repercussão geral, que “os prazos da licença-adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.” (RE 778889).

A legislação infraconstitucional que estabelece prazo de duração distinto de licença viola os princípios protetivos da maternidade e da infância (art. 6º, CF) e da igualdade entre filhos (art. 227, § 6º, CF), possuindo a servidora pública adotante direito líquido e certo a mesma garantia oferecida às mães biológicas.

O STF reconheceu, na ADPF nº 132 e na ADI nº 4.277, a plena igualdade em direitos e deveres aos casais heteroafetivos e aos casais homoafetivos, atribuindo interpretação extensiva ao artigo 226 da CF, e interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do CC. Desta feita, a família constituída de união homoafetiva, deve ter os mesmos direitos e as mesmas obrigações que àquela formada por união heteroafetiva, em especial aos filhos havidos dessa união.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de reexame necessário da sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado por M. M. P. da S. contra ato do secretário municipal de administração do município, para suspender a decisão administrativa que concedeu licença-adotante ao impetrante, substituindo pela licença-maternidade e respectivo prazo.

O cerne da controvérsia consiste em verificar se ofende direito líquido e certo a decisão que concedeu licença-adotante por prazo diverso daquele previsto para licença-maternidade.

Não houve interposição de recurso voluntário.

Em parecer, às f. 103-113, a PGJ opinou pela manutenção da sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de reexame necessário da sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Três Lagoas que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado por M. M. P. da S. contra ato do secretário municipal de administração do município, para suspender a decisão administrativa que concedeu licença-adotante ao impetrante, substituindo pela licença-maternidade e respectivo prazo.

O cerne da controvérsia consiste em verificar se ofende direito líquido e certo a decisão que concedeu licença-adotante por prazo diverso daquele previsto para licença-maternidade.

A possibilidade de concessão de licença-maternidade à servidora adotante, pelo prazo idêntico concedido à servidora gestante, é questão pacificada no âmbito do STF, o qual deliberou, em repercussão geral, não ser possível o tratamento diferenciado em razão da idade da criança adotada, em acórdão assim ementado:

“EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA GESTANTE. 1. A licença-maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença-adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutações constitucionais. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes

aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: ‘Os prazos da licença-adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações’. Em relação à licença-adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada.” (STF - Relator(a): Min. Roberto Barroso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 10/03/2016)

No particular, constata-se que o impetrante adotou uma criança, com idade de 02 (dois) anos, motivo pelo qual formulou pedido administrativo para a obtenção de licença-maternidade por 180 (cento e oitenta) dias.

O pleito foi indeferido pela Administração, ante a manifestação contida em parecer jurídico do ente municipal impetrado, que, embasado no art. 90, da lei 2.120/06 – Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Três Lagoas, concluiu que o impetrante faz jus à licença de 30 (trinta) dias, haja vista a criança adotada possuir entre 01 e 05 anos de idade.

Entretanto, a despeito de a legislação local prever prazos escalonados para a licença-adotante, a Constituição da República, ao art. 227, parágrafo 6º, veda a diferenciação entre filhos havidos da relação de casamento e adotados.

Vejamos:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Logo, diferenciar, quando da concessão de licença-maternidade à mãe adotante, o prazo de licença-maternidade em função da idade da criança adotada, mostra-se incompatível com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do citado Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, sob o regime da repercussão geral, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual pôs termo à discussão da diferenciação da licença-maternidade concedida à gestante e à adotante.

E, em que pese a autonomia do município, garantida constitucionalmente, para legislar sobre assuntos de interesse local, nela incluída a possibilidade de criação de estatuto próprio para regulação do regime de servidores públicos, não se mostra possível a efetivação de dispositivos legais municipais que afrontem diretamente esses princípios basilares instituídos pela própria Constituição.

Outrossim, ao prever prazos escalonados de forma proporcional à idade da criança adotada, a legislação local está a desconsiderar a condição de fragilidade e necessidade de adaptação do menor; que não é inversamente proporcional a sua idade, especialmente na adoção, que tem como escopo a interação necessária entre o infante e a nova família.

Não existe qualquer justificativa racional para o tratamento diferenciado às mães adotantes e às crianças adotadas no que se refere ao tempo da licença-maternidade. É que referido benefício tem por escopo possibilitar que seja dada atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos sejam eles biológicos ou adotivos.

O direito à licença-maternidade justifica-se pela própria necessidade de convivência e adaptação inicial entre mãe e filho, ainda que essa necessidade apresente especificidades de acordo com a idade da criança.

Por fim, insta consignar que, como bem elucidado pelo magistrado a quo, ‘não se pode admitir qualquer distinção quando o par adotante é composto de 02 (dois) homens, ou seja, tratando-se de casal adotante homoafetivo. Nesses casos, dúvida não há de que a licença-adotante poderá ser conferida a um dos cônjuges ou companheiros, haja vista que inexistente razão para qualquer distinção entre casais heteroafetivos e homoafetivos, à luz do princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana.’ (f. 82)

O STF reconheceu a plena igualdade em direitos e deveres aos casais heteroafetivos e aos casais homoafetivos, atribuindo interpretação extensiva ao artigo 226 da CF, e interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do CC na ADPF nº 132 e na ADI nº 4.277.

Desta feita, a família constituída de união homoafetiva, deve ter os mesmos direitos e as mesmas obrigações que àquela formada por união heteroafetiva, em especial aos filhos havidos dessa união.

Assim, incontroverso o direito líquido e certo de o impetrante gozar de licença-maternidade de 180 (cento e oitenta) dias, cujo benefício está em consonância com o entendimento de Corte Superior e deste Sodalício.”

Vejamos:

“REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ADOÇÃO – LICENÇA – EQUIPARAÇÃO À LICENÇA-MATERNIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO – DIREITO ASSEGURADO – CONCESSÃO DA ORDEM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Conforme entendimento do STF, os prazos da licença-adotante não podem ser inferiores ao prazo da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada. (RE nº 778889/PE).” (TJMS. Remessa Necessária nº 0801484-97.2016.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 08/02/2017, p: 08/02/2017)

“APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DE LICENÇA POR ADOÇÃO – EQUIPARAÇÃO À LICENÇA-MATERNIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO – DIREITO ASSEGURADO – PRAZO – CONCESSÃO DE ORDEM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Os prazos da licença-adotante não podem ser inferiores ao prazo da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada (RE 77889). Mantida a sentença que concedeu a segurança e determinou à autoridade coatora a concessão da licença adoção à impetrante pelo prazo de 180 dias, contada a prorrogação de 60 dias definida na Lei nº 11.770/08. Recurso não provido.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0809774-52.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator Des. João Maria Lós, j: 23/05/2017, p: 24/05/2017)

“MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA-MATERNIDADE DE SERVIDORA PÚBLICA ADOTANTE FIXADA DE ACORDO COM A IDADE DOS ADOTADOS – REQUISITO PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – LEI ESTADUAL – PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO – DIREITO A IGUALDADE ENTRE FILHOS BIOLÓGICOS E ADOTIVOS – VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA. É dever da família, da sociedade e do Estado a promoção do desenvolvimento da criança, em conformidade com o princípio da proteção integral, sendo vedada a discriminação entre filhos biológicos e adotivos. O direito à licença-maternidade é garantia constitucional, que visa estimular o vínculo afetivo entre mãe e criança. Ao restringir em dias a concessão da licença-maternidade à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança de até dois anos de idade, está o legislador a desconsiderar a condição de fragilidade e necessidade de adaptação do menor, que não é inversamente proporcional a sua idade. Não existe justificativa racional para dispensar tratamento diferenciado às mães adotantes e às crianças adotadas em relação à licença-maternidade. Referido benefício tem por finalidade possibilitar que seja dada maior

atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos, biológicos ou adotivos pelo período de tempo necessário. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, sob o regime da repercussão geral, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal pôs termo à discussão da diferenciação da licença-maternidade concedida à gestante e à adotante. Com o parecer, concedo em definitivo a segurança, ratificando a liminar anteriormente deferida.” (TJMS. Mandado de Segurança nº 1400059-03.2017.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 10/05/2017, p: 16/05/2017)

Pontuado tal, de reconhecer-se escoreita a sentença que concedeu a ordem diante da evidente ofensa ao direito líquido e certo do impetrante.

Ex positis, em sede de reexame necessário, mantenho a sentença, de acordo com o parecer.

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. 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, 28 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível nº 0844436-42.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA CALUNIOSA NA REDE SOCIAL *FACEBOOK* – RECURSO DO AUTOR – PLEITO DE MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* – VALOR MANTIDO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DO RÉU – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Reconhecido o caráter calunioso da matéria publicada na página pessoal da parte ré na plataforma virtual *Facebook*, por ocasião da postagem da foto do autor imputando-lhe caluniosamente a prática de graves crimes, configurado o abuso do direito à liberdade de expressão. Dever de indenizar ocorrente, presentes os requisitos para tal.

O valor deve garantir, à parte lesada, uma reparação que lhe compense o sofrimento, bem como cause impacto suficiente para desestimular a reiteração do ato por aquele que realizou a conduta reprovável. Revela-se adequada a manutenção do valor fixado na sentença de origem, a título de danos morais, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sentença mantida.

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

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelações cíveis interpostas por Lucas Gonçalves Nogueira e Carlos Roberto Borges da Silva, contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 11ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais que Lucas move em face de Carlos Roberto, julgou procedente em parte a ação, decretando, por consequência, a extinção do processo, com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC/2015 para: a) condenar o requerido ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e de correção monetária pelo IGP-M/FVG, a contar da sentença. Ante a procedência da ação e a verossimilhança das alegações do autor, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar ao requerido que publique nota de retratação, contendo a publicação veiculada à f. 34 e a informação de que se trata de notícia falsa, divulgada indevidamente, com o nome do autor, que deve ser publicada na página do *Facebook* do réu. Ambas as partes foram sucumbentes, todavia, o autor em maior proporção, de forma que condeno-as em custas, despesas processuais e honorários

advocáticos, arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação, devendo o autor suportar 90% dos ônus sucumbenciais e o requerido os 10% restantes.

Alega o apelante Lucas, em síntese, que:

Teve enormes prejuízos com a conduta perpetrada pelo apelado;

A publicação caluniosa foi amplamente compartilhada e divulgada, tendo gerado ao apelante, inclusive, ameaças de morte, tendo o mesmo que sair do emprego e ficar trancado em casa por medida de segurança, tendo as ameaças atingido até mesmo membros de sua família;

O valor fixado a título de indenização por danos morais se mostra ínfimo diante de todo o prejuízo sofrido.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso, para o fim de majorar o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 270-275 pelo desprovimento do apelo.

O apelante Carlos Roberto alega, em síntese, que:

Para a configuração da ocorrência dos danos morais há que existir nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e as consequências nocivas à moral do ofendido;

Apesar de a publicação ter gerado repercussão na rede social e ter supostamente abalado a imagem do apelado, restou incontroverso nos autos, que o apelante não produziu a notícia falsa, eis que sequer conhecia o apelado, apenas repassou-a, ou seja, não ultrapassou os limites constitucionais assegurados pelo direito à liberdade de expressão;

Inexistente a violação a direito à honra, causada por abuso no exercício da liberdade de expressão, não há falar em ato ilícito;

O valor fixado pelo magistrado *a quo*, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é desproporcional, pois, muito além das consequências do evento e às condições econômicas das partes envolvidas, tanto que ambos são beneficiários da justiça gratuita;

Não há nenhuma prova nos autos capaz demonstrar o alegado prejuízo, e se alguma espécie de incômodo sofreu, não passou de um mero aborrecimento ou indignação.

Contrarrazões às f. 262-269 pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelações cíveis interpostas por Lucas Gonçalves Nogueira e Carlos Roberto Borges da Silva, contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 11ª Vara Cível da comarca de Campo Grande.

O autor alegou, em síntese, na inicial, (i) em 23.06.2016 foi preso em flagrante, em sua residência, pelo crime de receptação e solto no dia seguinte, sem jamais ter sido preso por outro motivo; (ii) ocorre que sua foto, tirada na Delegacia, com o símbolo da polícia civil no fundo, foi divulgada em redes sociais pelo réu Carlos Roberto Borges da Silva, *personal trainer*, com os seguintes dizeres: “*Fiquem Alerta! Fiquem todos atentos a este homem da foto, pois ele é um fugitivo da Gameleira em Campo Grande - MS e é muito perigoso. Foi preso por matar e esquartejar mulheres e mutilá-las. Anda pedindo comida nas portas. (...)*”

Verberou que (iii) registrou boletim de ocorrência em seu desfavor e, ao contatá-lo, o réu informou que havia recebido as informações de um amigo policial; (iv) em virtude da notícia, que continua a ser divulgada, tem recebido ameaças, inclusive de morte, teve que deixar seu emprego e não pode sair de casa; (v) as humilhações que vem sofrendo têm alcançado inclusive sua família.

O juízo *a quo* julgou procedente em parte a presente ação, decretando, por consequência, a extinção do processo, com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC/2015 para: a) condenar o requerido ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao requerente a título de danos morais, valor este que deve ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e de correção monetária pelo IGP-M/FVG, a contar da sentença.

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar ao requerido que publique nota de retração, contendo a publicação veiculada à f. 34 e a informação de que se trata de notícia falsa, divulgada indevidamente, com o nome do autor, que deve ser publicada na página do *Facebook* do réu. Ambas as partes foram sucumbentes, todavia, o autor em maior proporção, de forma que condenou-se ambas as partes em custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação, devendo o autor suportar 90% dos ônus sucumbenciais e o requerido os 10% restantes.

Do recurso do autor:

O autor sustenta, em síntese, que deve ser majorado o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais.

Pois bem.

É cediço que, a despeito do subjetivismo que implica o tema da fixação da indenização, vez que não existem critérios estabelecidos e fixos para a quantificação do dano moral, seu ressarcimento tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e ao mesmo tempo desestimular o ofensor a praticar novos atos da mesma natureza. É preciso levar em conta, ainda, as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para ressarcir o ofendido pelo sofrimento suportado. Logo, não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem tampouco uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor.

A propósito:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DEVER DE INDENIZAR – DANO IN RE IPSA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO. A inscrição ou manutenção indevida nos órgãos de proteção ao crédito configura ato ilícito passível de indenização por dano moral, que na hipótese ocorre na modalidade in re ipsa, a qual dispensa prova de seus efeitos na vítima, sendo estes presumidos pela mera existência da negativação sem que tenha havido justa causa para tanto. Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atento sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Atendida tais finalidades, impõe-se a manutenção da quantia imposta em primeiro grau.” (TJMS. Apelação Cível nº 0800112-50.2016.8.12.0038, Nioaque, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Eduardo Machado Rocha, j: 17/12/2019, p: 19/12/2019)

“RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REJEITADA – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DESPROVIDO.” (TJMS. Apelação Cível nº 0800316-69.2017.8.12.0035, Iguatemi, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Nélcio Stábile, j: 17/12/2019, p: 19/12/2019)

Nesse contexto, as circunstâncias que entremeiam a lide, associadas à capacidade econômica das partes, tenho que a fixação do valor indenizatório pela instância de origem é suficiente para a compensação do prejuízo moral, além de desestimular ao réu a praticar atos da mesma natureza.

Feitas essas ponderações, não há dúvidas que o valor da indenização fixado em primeiro grau em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por um lado, não se mostra baixo, assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais; por outro, não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa do lesado.

Dessa forma, mantenho a sentença.

Do recurso do réu:

O réu sustenta que não praticou ato ilícito, vez que não produziu o material calunioso, apenas repassou a matéria, tendo sua conduta acobertada pela liberdade de expressão. Sustenta, ainda, que deve ser reduzido o valor fixado a título de indenização por danos morais, vez que ambas as partes possuem baixa capacidade econômica.

Sem razão.

A publicação em tela na rede social não é negada pelo réu, que se limita afirmar que não produziu o material, mas somente repassou-o, alegando, ainda, a inexistência de dano moral indenizável.

Se de um lado está assegurado no art. 220 da Constituição Federal a liberdade de expressão, de outro está previsto em seu art. 5º, inciso X, a garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Por certo que a publicação gerou dano à honra e à dignidade do autor, frente ao conteúdo do texto publicado, que extrapolou o âmbito das relações privadas, pela sua exposição no ambiente virtual, desnecessária e desproporcional.

Nesse contexto, correta a fundamentação utilizada pelo juízo de piso, onde asseverou:

“(...) tenho que a publicação da imagem da parte, associada a mensagem de cunho ofensivo, difamatório ou pejorativo na internet, ainda que não tenha indicado seu nome ou qualificação, são elementos que desdobram o mero dissabor do autor, pois, sem que tivesse dado causa a este evento, viu sua imagem exposta em uma rede social, envolvendo assunto falsos e claramente delicados, pois passou a ser associado a um criminoso de alta periculosidade e inclusive foi dispensado de serviços e, como afirma, passou a sofrer ameaças.” (f. 238).

Em casos análogos, eis a jurisprudência:

“REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – RÉU QUE DIVULGOU EM PÁGINA VIRTUAL OFENSAS CALUNIOSAS CONTRA O AUTOR – REVELIA DO RÉU – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – REPARAÇÃO DEVIDA – QUANTUM QUE DEVE SER MANTIDO EM R\$ 9.000,00, A TÍTULO DE DANOS MORAIS – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSP - AC: 10020677620188260296 SP 1002067-76.2018.8.26.0296, Relator: Claudio Hamilton, Data de Julgamento: 27/01/2020, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/01/2020)

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – OFENSAS PRATICADAS EM REDE SOCIAL CONTRA O AUTOR – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANUTENÇÃO. I. Deixam de ser conhecidos os documentos juntados pelo requerido a destempo, pois não se tratam de documentos novos, a teor do art. 435, do CPC. Acontece que tais documentos foram produzidos e poderiam ter sido juntados antes da sentença. II. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. Para ser caracterizada a responsabilidade

civil subjetiva, nos termos do art. 927, do Código Civil, é necessária a comprovação da ação (conduta comissiva ou omissiva), da culpa do agente, da existência do dano e do nexo de causalidade entre a ação e o dano. III. Conforme se depreende do conjunto probatório dos autos, restaram demonstradas as ofensas praticadas pelo demandado contra o autor em rede social (Facebook). Dessa forma, a parte autora comprovou os fatos constitutivos de seu direito, a teor do art. 373, I, do CPC. IV. Assim, evidenciada a responsabilidade da parte ré pelas ofensas verbais, a hipótese dos autos reflete o dano moral *in re ipsa*. Manutenção do quantum indenizatório, tendo em vista a condição social das partes, em especial a condição econômica do réu, a gravidade do fato e o caráter punitivo-pedagógico da reparação. A correção monetária pelo IGP-M incide a partir do presente arbitramento, na forma da Súmula 362, do STJ, enquanto os juros moratórios contam-se do evento danoso, a teor da Súmula 54, do STJ. V. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. VI. Os artigos de lei suscitados pelas partes consideram-se incluídos no acórdão para fins de prequestionamento, a teor do art. 1.025, do CPC, sendo desnecessária a referência expressa a todos os dispositivos aventados. **APELAÇÃO DESPROVIDA.**” (Apelação Cível nº 70077913317, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 31/10/2018)

“APELAÇÃO CÍVEL – REPORTAGEM CALUNIOSA VEICULADA NA TELEVISÃO E NA INTERNET, EM MENOSCABO À HONRA DO AUTOR – QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO EM PRIMEIRO GRAU – RECURSO PROVIDO. - A doutrina e a jurisprudência têm estabelecido que a indenização por danos morais possui caráter punitivo, vez que configura verdadeira sanção imposta ao causador do dano, inibindo-o de voltar a cometê-lo, além de caráter compensatório, na medida em que visa atenuar a ofensa sofrida pela vítima, por meio da vantagem pecuniária a ela concedida - Para que esteja apta a cumprir as funções a que se destina, a indenização por danos morais deve ser arbitrada com fulcro na razoabilidade e na proporcionalidade, para que seu valor não seja excessivo a ponto de gerar o enriquecimento ilícito do ofendido, nem se mostrar irrisório e, assim, estimular a prática danosa.” (TJMG. AC: 10141170001483001 MG, Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier, Data de Julgamento: 12/02/2019, Data de Publicação: 15/02/2019)

Desta forma, inegável o reconhecimento da prática de ato ilícito indenizável, decorrente da publicação caluniosa em rede social, que teve alcance a milhares de usuários, tendo afetado diversos direitos da personalidade do autor.

No que se refere ao pleito de redução do *quantum* fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), repito, entendo que o valor arbitrado não merece reparo.

Sobre essa questão, como se sabe, na apuração da indenização por dano moral, deve o julgador, atendendo às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O sempre hodierno Caio Mário da Silva Pereira ensina:

“O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima.” (in Responsabilidade civil. 6. ed. Forense, 1995. p. 60).

Em casos dessa natureza, recomenda-se que o julgador se paute pelo juízo da equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, devendo o *quantum* da indenização corresponder à lesão e não a ela ser equivalente, porquanto impossível, materialmente, alcançar essa equivalência.

Há que se ponderar ainda sobre a dupla finalidade do instituto, cujos objetivos são, por um lado, a punição do ofensor, como forma de coibir a sua reincidência na prática delituosa e por outro a compensação da vítima pela dor e sofrimento vivenciados.

Ademais, não se pode perder de vista que o ofensor deve ser penalizado, mas também não se admite que o pretendido ressarcimento seja fonte de lucro para o ofendido.

Invoca-se, a respeito, o magistério de Maria Helena Diniz:

“Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o quantum da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.” (Revista Jurídica Consulex, n. 3, de 31.3.97).

Assim, na ausência de critérios objetivos legais para fixar o valor da indenização por danos morais, decorrente da publicação caluniosa em rede social em desfavor do autor, tenho que a mencionada reparação deve ser mantida no valor de R\$ 10.000,00, por ser adequado à realidade fática e está de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, cito arresto da lavra de nossa relatoria:

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO C/C DANOS MORAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DE ESTUDANTES – ENADE – INSCRIÇÃO DO ACADÊMICO – DEVER DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO – NEGATIVA DE DIPLOMA E COLAÇÃO DE GRAU – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS – RECURSOS DESPROVIDOS. 1. É dever da instituição de ensino providenciar a inscrição do aluno no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei nº 10.861/04. 2. Se o acadêmico deixa de realizar o ENADE por desídia da instituição de ensino, que ainda não lhe fornece o diploma, responde pelos danos morais causados ao aluno. 3. Para a fixação do quantum indenizatório por dano moral, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.” (TJMS 08091642120158120001 MS 0809164-21.2015.8.12.0001, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 28/03/2017, 3ª Câmara Cível)

Logo, mantenho o valor indenizatório arbitrado na sentença em R\$ 10.000,00.

Conclusão:

Ex positis, conheço dos recursos e nego-lhes provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Com fulcro no § 11º do art. 85 do NCPC, arbitro a verba honorária em benefício do patrono da apelada em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

É como voto.

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 fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Instrumento nº 1410720-70.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – CONCURSO PARA INGRESSO NO CONSELHO TUTELAR – ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA PREVISÃO EDITALÍCIA DE PROVA DE INFORMÁTICA – AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS* – LEI MUNICIPAL ACERCA DA MATÉRIA – RECURSO IMPROVIDO

O Município, com fundamento no art. 30, II, da CF/88, pode estabelecer requisitos outros além dos estampados no art. 133, do ECA, para eleição de membro do conselho tutelar, porquanto o referido dispositivo somente veiculou condições mínimas, que necessitam ser alongadas, a fim de sublevar a referida função.

A Lei Municipal 4.503/2007 prevê expressamente, no art.10, a prova de informática como uma das etapas de avaliação do candidato a Conselheiro Tutelar. Além disso, os critérios a serem avaliados, bem como a pontuação mínima exigida para que o candidato fosse considerado apto foram previstos anteriormente à prova (f.113-115 dos autos principais), de modo que não se pode falar em malferimento ao princípio da transparência.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Inácio Cavana contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido liminar pleiteado nos Autos do Mandado de Segurança nº 0827717-77.2019.8.12.0001, movido em face do Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente da Cidade de Campo Grande.

Narra o agravante que se inscreveu no certame promovido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente CMDCA de Campo Grande para escolha de membros do Conselho Tutelar, entretanto, devido a algumas adversidades enfrentadas durante a prova de informática (terceira fase), não atingiu a pontuação mínima exigida e não foi classificado para a próxima fase.

Alega que o edital do certame não poderia prever a realização de prova de informática, pois tal previsão ultrapassa o já delimitado pelo art. 133 da Lei 8.069/1990, sendo, portanto, ilegal.

Pondera que a pontuação atribuída a cada exercício da prova de informática foi publicada posteriormente ao exame, circunstância que fulmina o certame, em razão da ausência de transparência e lisura.

Arrazoa que o *periculum in mora* reside no risco de perecimento de seu direito de participar das demais etapas do certame.

Pede a antecipação da tutela recursal e, ao final, pugna pelo provimento do presente recurso, para que lhe seja deferida a liminar negada em primeira instância.

Negou-se a antecipação da tutela recursal.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo improvimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Inácio Cavana contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido liminar pleiteado nos Autos do Mandado de Segurança nº 0827717-77.2019.8.12.0001, movido em face do Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente da Cidade de Campo Grande.

Narra o agravante que se inscreveu no certame promovido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente CMDCA de Campo Grande para escolha de membros do Conselho Tutelar, entretanto, devido a algumas adversidades enfrentadas durante a prova de informática (terceira fase), não atingiu a pontuação mínima exigida e não foi classificado para a próxima fase.

Alega que o edital do certame não poderia prever a realização de prova de informática, pois tal previsão ultrapassa o já delimitado pelo art. 133 da Lei 8.069/1990, sendo, portanto, ilegal.

Pondera que a pontuação atribuída a cada exercício da prova de informática foi publicada posteriormente ao exame, circunstância que fulmina o certame, em razão da ausência de transparência e lisura.

Pois bem.

De início, destaque-se que, muito embora o certame já tenha concluído, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que o encerramento do concurso público não acarreta a perda do objeto da ação mandamental na qual se discute suposta ilegalidade praticada em etapa do certame.

Assim, como o cerne da questão trata de suposta ilegalidade em previsão editalícia, o recurso deve ser conhecido.

No particular, cinge-se a controvérsia ao exame da presença dos requisitos para a concessão liminar da segurança.

Consoante disposição expressa do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, a concessão liminar da ordem de segurança submete-se ao preenchimento dos seguintes requisitos, os quais devem se apresentar concomitantemente: fundamento relevante e risco de que o deferimento da medida somente ao final resulte em sua ineficácia.

O requisito do fundamento relevante deve ser compreendido como a presença da plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, o *fumus boni iuris*. Por outro lado, o risco de ineficácia do adiamento da medida equivale ao *periculum in mora*.

No caso, não vislumbro a presença do *fumus boni iuris* indispensável à concessão da tutela jurisdicional pretendida. Explico.

A Lei Municipal 4.503/2007 prevê expressamente, no art.10, a prova de informática como uma das etapas de avaliação do candidato a Conselheiro Tutelar. Além disso, os critérios a serem avaliados, bem como a pontuação mínima exigida para que o candidato fosse considerado apto foram previstos anteriormente à prova (f.113-115 dos autos principais). Assim, não há que se falar em malferimento ao princípio da transparência.

Ademais, havendo previsão legal, não padece de ilegalidade a norma editalícia impugnada.

Isto, porque o Município, com fundamento no art. 30, II, da CF/88, pode estabelecer requisitos outros além dos estampados no art. 133, do ECA, para eleição de membro do conselho tutelar, porquanto o referido dispositivo somente veiculou condições mínimas, que necessitam ser alongadas, a fim de sublevar a referida função.

Deste modo, ainda que não haja disposição específica no ECA, o município, no exercício da competência legislativa suplementar quer lhe confere a Constituição Federal, pode estabelecer a necessidade de averiguação de conhecimentos teóricos e/ou práticos de informática para considerar o candidato habilitado ao cargo de Conselheiro Tutelar, sem que isto represente afronta à legislação federal.

Em harmonia com esse raciocínio, colho jurisprudência recente do e. TJMG:

“EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MUNICÍPIO E PONTO DOS VOLANTES – ELEIÇÃO PARA CONSELHEIRO TUTELAR – LEI MUNICIPAL 295/2013 E RESOLUÇÃO 17/2015 DO CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE PONTO DOS VOLANTES – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO, PELO CANDIDATO, DE SER PORTADOR DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO NO MOMENTO DA POSSE – LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL – MANUTENÇÃO. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível o estabelecimento de outros requisitos para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, sem prejuízo daqueles já contemplados no art. 133 do Estatuto da Criança e do Adolescente, desde que previsto em Lei Municipal que dispõe sobre o tema. No reexame necessário, confirmada a sentença, prejudicado o apelo voluntário.” (TJMG - AC: 10034150045382003 MG, Relator: Judimar Biber, Data de Julgamento: 27/06/2019, Data de Publicação: 09/07/2019)

Diante deste panorama, não se vislumbra contrariedade à norma federal tampouco surpresa aos candidatos, os quais, ao revés, foram informados, por meio de publicação editalícia, com antecedência da prova, acerca do que seria objeto de avaliação, bem como qual a pontuação necessária para a aprovação.

Destarte, não está presente o *fumus boni iuris* indispensável para a concessão da liminar nos moldes pretendidos pelo impetrante.

Ademais, diante da ausência de verossimilhança das alegações, resta dispensada a análise do *periculum in mora* para deferimento da liminar, por se tratarem de requisitos concomitantes.

No que tange ao prequestionamento, torna-se despicienda a abordagem pormenorizada dos dispositivos legais aventados, uma vez que a matéria recursal foi amplamente analisada.

Pelas razões expendidas, com o parecer, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão agravada.

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. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Instrumento nº 1413349-51.2018.8.12.0000 - Chapadão do Sul

EMENTA – DIREITO EMPRESARIAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – VINCULAÇÃO DE TODOS OS CREDORES À DETERMINAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO POR MAIORIA PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES – CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS – POSSIBILIDADE – TRATAMENTO DIFERENCIADO A CREDOR DA MESMA CLASSE – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE-PRÉVIA – CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES PARA A DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA – DESNECESSIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A concessão de prazos para pagamento dos créditos, incluindo eventuais descontos em seu montante, constitui meio legal da recuperação do devedor, não havendo qualquer abusividade ou ilegalidade no procedimento, (art. 50, inciso I, da Lei nº 11.101/05) e, ademais, ao Judiciário não é dado interferir na livre disposição negocial.

Não há vedação expressa na Lei 11.101/2005 quanto à concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe na recuperação judicial. A condição diferenciada estabelecida à credora da mesma classe da agravante possui razoabilidade e idoneidade, uma vez que se trata de fornecedora de produtos essenciais à atividade principal da empresa recuperanda (compra e venda de diesel e lubrificantes), cuja continuidade é objetivo primordial da recuperação judicial, a fim de viabilizar o soerguimento econômico da empresa.

Conforme o posicionamento do STJ, se, no âmbito de assembleia geral de credores, a maioria deles - devidamente representados pelas respectivas classes - optar, por meio de dispositivo expressamente consignado em plano de recuperação judicial, pela supressão de todas as garantias fidejussórias e reais existentes em nome dos credores na data da aprovação do plano, todos eles - inclusive os que não compareceram à Assembleia ou os que, ao comparecerem, abstiveram-se ou votaram contrariamente à homologação do acordo - estarão indistintamente vinculados a essa determinação.

A cláusula acerca da necessidade de convocação prévia de nova assembleia geral de credores, antes da decretação da falência, no caso de descumprimento de obrigação prevista no plano de recuperação judicial, padece de ilegalidade. Isto, porque o art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/05, dispõe que, durante o prazo de 02 (dois) anos em que a empresa permanecer em recuperação judicial, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará decretação da falência, em fiel observância ao disposto no art. 73, da mesma lei.

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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Bradesco S.A., inconformado com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul na Ação de Recuperação Judicial nº 0801276-26.2016.8.12.0046 movida por TRR Nipobrás Chapadão Gaúcho Ltda.

Aduz, em síntese, que o magistrado *a quo*, ao homologar o prazo e conceder a recuperação judicial, deixou de realizar o controle de legalidade do plano aprovado.

Afirma que a previsão no plano de condições diferentes a credores da mesma classe importa malferimento *à par conditio creditorum*.

Argumenta que o valor do deságio aplicado de 70% (setenta por cento), somado ao prazo de pagamento de 15 (quinze) anos, após 2 (dois) anos de carência, ultrapassa o limite do razoável, devendo ser reformado.

Sustenta que é ilegal e abusiva a premissa que obriga os credores a comparecerem em nova assembleia em caso de descumprimento do plano, haja vista que a convocação em falência se opera de forma automática.

Obtempera que deve ser sanada a omissão, para que as ações e execuções repute suspensas apenas contra a empresa em recuperação judicial, e não em face dos coobrigados, nos termos do artigo 49, § 1º da Lei nº 11.101/2005.

Ao final, pede o provimento do recurso, realizando-se o controle de legalidade e revogando a concessão da recuperação judicial, com determinação de apresentação de novo plano.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Bradesco S.A., inconformado com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul na Ação de Recuperação Judicial nº 0801276-26.2016.8.12.0046 movida por TRR Nipobrás Chapadão Gaúcho Ltda.

Conforme relatado, discorre a agravante acerca de supostos vícios de legalidade que maculariam o plano de recuperação judicial da empresa agravada.

Pois bem.

Antes de mais nada, importa ressaltar que o objetivo central da recuperação judicial, conforme dispõe o art.47 da Lei nº 11.101/05, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Para atingir tal finalidade, segundo o magistério de Fábio Ulhoa Coelho, o procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se percebe o objetivo da ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, a assembleia dos credores. Por esta razão, a deliberação assemblear não pode ser alterada ou questionada pelo Judiciário, a não ser em casos excepcionais, como na hipótese do art. 58, § 1º, ou a demonstração de abuso de direito de credor em condições formais de rejeitar, sem fundamentos, o plano articulado pelo devedor. (Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 13. ed. SP: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 245).

Nesta linha intelectual, pela própria natureza contratual da recuperação judicial, é natural concluir que a decisão da assembleia de credores é soberana, isto é, não cabe ao juiz, a princípio, contrariar a vontade dos credores.

Por outro lado, afigura-se absolutamente possível que, excepcionalmente, o Poder Judiciário, desde que não adentre na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem que tal providência mitigue a soberania da assembleia geral de credores.

Tanto é assim que, na Lei nº. 11.101/05, há dispositivos que permitem o controle judicial do plano submetido à assembleia geral, impedindo que o acordo aprovado colida com ditames legais, a exemplo do que se constata, por exemplo, da leitura do art. 54 (adstrição ao prazo para pagamento de créditos trabalhistas) e do § 2º do art. 58 da LFRE (vedação a tratamento diferenciado, na hipótese de concessão da recuperação na forma do § 1º desse artigo, entre os credores da mesma classe que houver rejeitado o plano).

Feitos tais esclarecimentos, passa-se à análise da insurgência recursal.

Na hipótese, discorre a agravante que um dos credores da mesma classe apresentou proposta de pagamento diferenciada, na qualidade de credor fomentador, o que restou aceito pela agravada. Afirma que tal previsão importa malferimento à *par conditio creditorum*.

Ocorre que não há vedação expressa na Lei 11.101/2005 quanto à concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe na recuperação judicial.

Isto, porque na recuperação judicial, ao contrário da falência, em regra, todos os credores serão pagos. Por essa razão, entende-se que o princípio da paridade, na recuperação judicial é aplicável apenas, no que couber (Enunciado nº 81 da II Jornada de Direito Comercial do CJP).

Deste modo, é possível haver distinções entre integrantes da mesma classe, até porque a classe dos credores quirografários, como é o agravante, abrange credores com interesses diversos, incluindo, além de outros, fornecedores em geral, dos quais depende a continuidade da empresa.

No caso, a proposta diferente aceita pela recuperanda entre os credores quirografários foi a apresentada pela Ipiranga Produtos de Petróleo LTDA, a qual manifestou interesse em se enquadrar como fornecedor fomentador, concedendo fornecimento de produtos a preço de mercado à recuperanda. Além disso, a proposta aceita incluiu desconto de 46% sobre o valor arrolado no plano, a ser pago em 96 parcelas (f. 2807-2833, dos autos principais).

Percebe-se, portanto, que a condição diferenciada estabelecida à credora Ipiranga possui razoabilidade e idoneidade, uma vez que se trata de fornecedora de produtos essenciais à atividade principal da empresa (compra e venda de diesel e lubrificantes), cuja continuidade é objetivo primordial da recuperação judicial, a fim de viabilizar o soerguimento econômico da recuperanda.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL – EMPRESARIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PARIDADE – CREDITORES – CRIAÇÃO – SUBCLASSES. PLANO DE RECUPERAÇÃO – POSSIBILIDADE – PARÂMETROS.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a criação de subclasses de credores dentro de uma mesma classe no plano de recuperação judicial. 3. Em regra, a deliberação da assembleia de credores é soberana, reconhecendo-se aos credores, diante da apresentação de laudo econômico-financeiro e de demonstrativos e pareceres acerca da viabilidade da empresa, o poder de decidir pela conveniência de se submeter ao plano de recuperação judicial ou pela realização do ativo com a decretação da quebra, o que decorre da rejeição da proposta. A interferência do magistrado fica restrita ao controle de legalidade do ato jurídico. Precedentes. 4. A Lei de Recuperação de Empresas e Falências consagra o princípio da paridade entre credores.

Apesar de se tratar de um princípio norteador da falência, seus reflexos se irradiam na recuperação judicial, permitindo o controle de legalidade do plano de recuperação sob essa perspectiva. 5. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários. 6. Na hipótese, ficou estabelecida uma distinção entre os credores quirografários, reconhecendo-se benefícios aos fornecedores de insumos essenciais ao funcionamento da empresa, prerrogativa baseada em critério objetivo e justificada no plano aprovado pela assembleia geral de credores. 7. A aplicação do cram down exige que o plano de recuperação judicial não implique concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe que tenham rejeitado a proposta, hipótese da qual não se cogita no presente caso. 8. Recurso especial não provido.” (REsp 1634844/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019) (g.n.)

Ainda, aduz a agravante que o valor do deságio de 70% (setenta por cento), somado ao prazo de pagamento de 15 (quinze) anos, após 2 (dois) anos de carência, ultrapassa o limite do razoável, devendo ser reformado.

Sem razão, entretanto.

É que as bases econômico-financeiras sobre as quais se assenta o acordo alcançado pela negociação levada a efeito entre a sociedade recuperanda e seus credores não estão compreendidas entre as matérias sobre as quais, em regra, é permitido controle judicial, quais sejam, malferimento do princípio da isonomia entre os credores da mesma classe e adstrição ao prazo para pagamento de créditos trabalhistas.

Ora! A concessão de prazos para pagamento dos créditos, incluindo o prazo de carência e eventuais descontos em seu montante, constitui meio legal da recuperação do devedor, não havendo qualquer abusividade ou ilegalidade no procedimento, (art. 50, inciso I, da Lei nº 11.101/05) e, ademais, ao Judiciário não é dado interferir na livre disposição negocial, conforme já assinalado.

Portanto, ainda que o plano de soerguimento, nos termos do aprovado pela assembleia geral de credores não tenha agradado a agravante, não se vislumbra fundamento apto a lastrear a tese de que as deliberações estão eivadas de nulidade, mormente considerando que há previsão legal expressa conferindo à assembleia de credores a atribuição exclusiva de aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, como verificado no particular (art. 35, I, “a”, da LFRE).

Assim, se na hipótese, a maioria dos credores, inclusive os da classe da agravante, deliberaram por anuir ao plano de recuperação, o qual prevê expressamente o prazo e os descontos para o pagamento dos créditos, não há que se falar em abusividade ou ilegalidade a ser corrigida pelo Poder Judiciário.

A propósito, nesse sentido, trago à baila julgamento recente da Corte Superior:

“RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES – APROVAÇÃO DO PLANO – CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – CONCESSÃO DE PRAZOS E DESCONTOS – POSSIBILIDADE.

1. Recuperação judicial requerida em 4/4/2011. Recurso especial interposto em 31/7/2015.

2. O propósito recursal é verificar se o plano de recuperação judicial apresentado pelas recorrentes - aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo juízo de primeiro grau - apresenta ilegalidade passível de ensejar a decretação de sua nulidade e, consequentemente, autorizar a convalidação do processo de soerguimento em falência.

3. O plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. Como corolário, ao juízo competente não é dado imiscuir-se nas especificidades do conteúdo econômico do acordo estipulado entre devedor e credores.

4. Para a validade das deliberações tomadas em assembleia acerca do plano de soerguimento apresentado, o que se exige é que todas as classes de credores aprovem a proposta enviada, observados os quóruns fixados nos incisos do art. 45 da LFRE.

5. A concessão de prazos e descontos para pagamento dos créditos novados insere-se dentre as tratativas negociais passíveis de deliberação pelo devedor e pelos credores quando da discussão assemblear sobre o plano de recuperação apresentado, respeitado o disposto no art. 54 da LFRE quanto aos créditos trabalhistas.

6. Cuidando-se de hipótese em que houve a aprovação do plano pela assembleia de credores e não tendo sido apontadas, no acórdão recorrido, quaisquer ilegalidades decorrentes da inobservância de disposições específicas da LFRE (sobretudo quanto às regras dos arts. 45 e 54), deve ser acolhida a pretensão recursal das empresas recuperandas.

7. Recurso especial provido.” (REsp 1631762/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018)

De outro vértice, segundo dispõe o art.49, § 1º da Lei 11.101/05, os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A propósito, sobre a matéria, a Corte Superior editou a Súmula 581, com o seguinte teor: *“A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”*

Nada obstante, o mesmo diploma legislativo acima indicado prevê que: *“As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial (art.49, § 2º).”*

A ressalva inserida na parte final do dispositivo legal em comento encontra sua razão de ser na soberania da assembleia geral de credores, cuja decisão deve ser observada, para que seja atingido o fim social do instituto da recuperação judicial, pois, como leciona Fábio Ulhoa Coelho:

“A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de ‘reorganização da empresa’). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam a preservação da atividade econômica e o cumprimento de sua função social. Se o plano é consistente, há chances da empresa se reestruturar e se recuperar da crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a toda sociedade brasileira.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.436. v. 3)

E é por essa razão que o STJ, em julgado de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, publicado no Informativo 591, consignou que:

“Se, no âmbito de Assembleia Geral de Credores, a maioria deles - devidamente representados pelas respectivas classes - optar, por meio de dispositivo expressamente consignado em plano de recuperação judicial, pela supressão de todas as garantias fidejussórias e reais existentes em nome dos credores na data da aprovação do plano, todos eles - inclusive os que não compareceram à Assembleia ou os que, ao comparecerem, abstiveram-se ou votaram contrariamente à homologação do acordo - estarão indistintamente vinculados a essa determinação. Inicialmente, cumpre destacar que se afigura absolutamente possível que o Poder Judiciário, sem imiscuir-se na análise da viabilidade econômica da empresa em crise, promova controle de legalidade do plano de recuperação judicial que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores. Nesse contexto, dispõe o art. 59 da Lei nº 11.101/2005 que a concessão de recuperação judicial enseja a novação das obrigações originariamente assumidas pela recuperanda, sem prejuízo das garantias e observado o disposto no § 1º do art. 50 da referida lei, o qual preceitua que, na hipótese de alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua

substituição enseja o consentimento do correlato credor. Salientado isso, cumpre afastar, peremptoriamente, argumento no sentido de que a novação operada pela homologação do plano de recuperação judicial importaria, por si, na imediata extinção da obrigação principal originária e, por conseguinte, das garantias àquela ofertadas, pois, concebidas como obrigação acessória. Isso porque a 'novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei nº 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei nº 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas 'mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia', por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005)' (REsp 1.326.888-RS, Quarta Turma, DJe 5/5/2014). No mesmo sentido: REsp 1.260.301-DF, Terceira Turma, DJe 21/8/2012. Portanto, em regra, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser suprimidas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei. Apesar disso, o art. 49, § 2º, da Lei nº 11.101/2009 prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial dispor de modo diverso no tocante às garantias anteriormente ajustadas: 'As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial'. Diante disso, na hipótese em análise, mostra-se inadequado restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária. **Aliás, compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial.** Salienta-se, ainda, que a extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, 'os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas' (art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005). Mais do que isso. A não implementação da condição resolutiva ensejará, forçosamente, a decretação da falência. Quando a lei afirma que o credor terá a seu favor a restituição de seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, significa que o credor, na fase concursal, terá o benefício da preferência, segundo a garantia de que é titular, no recebimento de seu crédito. Ele não fará jus, por exemplo, ao bem sobre o qual recaia a sua garantia. Com o decreto de falência, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos. Logo, não há razão, nem sequer prática, para impedir que os credores, caso assim entendam necessária à consecução do plano de recuperação judicial, transacionem a supressão das garantias de que são titulares. Ademais, assinala-se que a necessidade de que os credores com garantia real consentam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, contemplada no art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, afigura-se absolutamente preservada, na medida em que todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispôs sobre tal matéria (supressão das garantias reais e fidejussórias), com ela anuíram, inegavelmente. **Descabido, portanto, permitir que o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, não seja integralmente observado pelas partes envolvidas, a pretexto da aplicação do § 1º do art. 50 da Lei nº 11.101/2005.**' (REsp 1.532.943-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13/9/2016, DJe 10/10/2016.). (g.n.)

Assim, se na hipótese, a maioria dos credores, inclusive os da classe da agravante, deliberaram por anuir ao plano de recuperação, todos os credores estão indistintamente vinculados a essa determinação, mesmo os que, como a agravante, votaram pela não homologação do plano, sem que isso implique violação ao art.49, § 1º da Lei 11.101/2005.

Por outro lado, a cláusula acerca da necessidade de convocação prévia de nova Assembleia Geral de Credores, antes da decretação da falência, no caso de descumprimento de obrigação prevista no aditamento ao plano de recuperação judicial, padece de ilegalidade.

Isso, porque o art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/05, dispõe que, durante o prazo de 02 (dois) anos em que a empresa permanecer em recuperação judicial, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará decretação da falência, em fiel observância ao disposto no art. 73, da mesma lei, o qual estabelece:

“Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

(...)

IV - por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.”

Desse modo, a convocação prévia de nova assembleia geral de credores não possui fundamento jurídico, considerando-se, para tanto, que a solução a ser adotada está prevista legalmente, qual seja, a convolação em falência.

Ademais, ainda que o inadimplemento das obrigações ocorra após o prazo de 02 (dois) anos, os credores poderão pleitear a execução específica assumida no plano de recuperação judicial ou, ainda, requerer a falência com fundamento no art. 94, da Lei nº 11.101/05, *verbis*:

“Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

(...)

III - pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

(...)

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.”

Destarte, o inadimplemento durante a vigência da recuperação judicial ou em prazo posterior acarreta a decretação da falência do devedor, inexistindo a obrigatoriedade de nova convocação assembleia geral de credores, medida que poderia prejudicar, ainda mais, aqueles que não tiveram os seus créditos regularmente adimplidos.

Diante do exposto, apenas a cláusula acerca da prévia convocação de assembleia geral de credores na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda, apresenta-se contrária à Lei 11.101/2005 e não deve ser homologada.

Pelas razões expendidas, dou parcial provimento ao recurso, para reformar parcialmente a decisão agravada e deixar de homologar a cláusula do plano de recuperação judicial acerca da necessidade de prévia convocação de assembleia geral de credores, na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0803265-68.2017.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO – DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) – SUJEITO ATIVO DA EXAÇÃO – MUNICÍPIO ONDE FOI PRESTADO O SERVIÇO – PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

É da competência dos municípios instituir o ISSQN sobre os serviços, de qualquer natureza, prestados em seu território.

O legislador optou por fixar a competência tributária no local do chamado “estabelecimento prestador” dos serviços (DL 406/1968, no seu art. 12; LC 116/2003, art. 3º).

Não podemos confundir “estabelecimento prestador”, cuja definição é dada pelo art. 4º da LC 116/2003 com “estabelecimento do prestador”. Pelo conceito dado pela norma, estabelecimento prestador é aquele local onde o contribuinte desenvolva a atividade, onde efetivamente presta os serviços, seja de modo permanente ou temporário, configurando unidade de cunho econômico ou profissional.

Resumindo: quanto ao aspecto territorial do ISS, o município é competente para exigir, diretamente ou de forma retida, o imposto devido sobre os serviços prestados em seu Território.

Recurso conhecido e provido, sentença reformada.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de apelação manejada por E2 Soluções em Tecnologia Ltda ME em face da sentença proferida nos Autos nº 0803265-68.2017.8.12.0002, onde pleiteou a suspensão da exigibilidade de crédito tributário em favor do município de Dourados/MS, por serviços prestados em outras municipalidades (e lá recolhidos), sob pena de bitributação de imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Em suas razões, esclarece que sua atividade é de desenvolvimento de sistemas de informática, capacitação de pessoal para operar os mesmos, etc, e que prestou, e vem prestando, serviços para diversas prefeituras e outros órgãos do poder público que ficam além das fronteiras do município de Dourados. Possui contrato com esses entes. Os serviços são desenvolvidos nos locais onde é contratada, tendo, inclusive, ajustado funcionários na localidade onde os desenvolve.

Conta que ao emitir a nota fiscal de serviço para esses órgãos públicos localizados fora de Dourados, recebe pela prestação o valor líquido já descontado o ISSQN, o qual fica com o município onde os serviços são desenvolvidos. Inclusive, junta aos autos algumas cópias dessas notas.

Contrarrazões às f. 246-261, onde o ente municipal aponta preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, e, no mérito pontua que *“é pessoa jurídica de direito público e enquadra-se no permissivo Constitucional, tributa os serviços executados em seu território e sob sua jurisdição, como é o caso da autora, vez que estava sediada no Município, desenvolvia suas atividades em estabelecimento comercial com regularidade e fins econômicos. Assim, para fazer valer a sua competência constitucional, o CTM, instituído pela LC 071, de 29 de dezembro de 2003, traz as regras de incidência e cobrança do ISSQN, e demais tributos de sua competência, sendo que no caso do ISSQN valeu-se dos artigos 229 e seguintes.”* Cita, ainda, a Lei Complementar 116/2003 ressalta *“que a autora não demonstra a existência de unidade econômica ou profissional em outros municípios, o que poderia ensejar a incidência do ISSQN em outra localidade que não em Dourados.”*

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação manejada por E2 Soluções em Tecnologia Ltda ME em face da sentença proferida nos Autos nº 0803265-68.2017.8.12.0002, onde pleiteou a suspensão da exigibilidade de crédito tributário em favor do Município de Dourados/MS, por serviços prestados em outras municipalidades (e lá recolhidos), sob pena de bitributação de ISSQN.

Contrarrazões às f. 246-261, onde o recorrido aponta preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, e alega ser o domicílio da sede da empresa/recorrente, de modo que sua competência tributária está fincada nas normas legais atinentes à matéria – Lei Complementar 116/2003 e no Código Tributário Municipal. Pontua, ainda, decisão em recurso repetitivo, onde o Superior Tribunal de Justiça teria tratado de tema similar.

Era o que cabia relatar. Passo ao voto.

Sabemos que é na Constituição Federal que repousa todo o arcabouço jurídico fundamental do Sistema Tributário Nacional, onde repousam todos os princípios e fundamentos básicos que determinam as competências para criação e majoração dos tributos, além da repartição das receitas tributárias (artigos 145 a 162 da Lei Maior).

E se é no Texto Constitucional que devemos buscar a fundamentação legal e a tipificação dos tributos, mais precisamente no artigo 156, inciso III, parágrafo 3º, incisos I a III, que encontraremos o pressuposto constitucional do Iimposto sobre serviços de qualquer natureza que assim, está redigido:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

(...)

§ 3º. Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput, deste artigo, cabe à lei complementar:

I – fixar as alíquotas máximas dos impostos previstos nos incisos III e IV;

II – excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III – regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.” (grifei)

Assim, tem-se que o imposto sobre serviços de qualquer natureza tem seus contornos bem definidos e delineados pelo legislador constituinte, deixando de ser a partir de então um imposto geral (incidente sobre os serviços em geral desde que não fossem da competência da União e dos Estados, tal como estava previsto na Constituição Federal de 1967/1969), para passar a ser, especificamente, uma exação incidente sobre os serviços de qualquer natureza, os quais devem estar elencados em Lei Complementar, excluídos os casos de incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o que nos leva a conclusão de que, sob tais condições, é da competência dos Municípios instituir o ISSQN sobre os serviços, de qualquer natureza, prestados em seu território (<https://www.migalhas.com.br/depeso/101484/o-aspecto-territorial-do-iss-e-sua-aplicacao-pratica>).

Nesse passo, foi editada a Lei Complementar 116/2003, norma federal que dá os contornos gerais acerca da matéria, prevendo em seu art. 5º que contribuinte/sujeito passivo é sempre o prestador do serviço (salvo os casos em que temos relação de emprego, e outras similares expressas no inciso II do art. 2º da norma).

E, em se tratando de sujeito ativo da exação (agente arrecadador), qual o município competente para cobrar o ISSQN?

Eis o cerne, o objeto de questionamento da presente demanda.

Pois bem.

Aqui, vale lembrar dos dispositivos que tratam da matéria (sujeito ativo, o ente competente para cobrança do ISSQN).

De início, vejamos a redação do antigo diploma normativo, Dec. Lei 406/1968, no seu art. 12:

“Art. 12 Considera-se local da prestação do serviço:

a) o do estabelecimento prestador, ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;

b) no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação;

c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa (exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários) o Município em cujo território haja parcela da estrada explorada. ”

Atualmente, o ISS está definido na Lei Complementar nº 116/2003, que em seu art. 3º traz:

“Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:” (grifei)

Vale transcrever também o art. 4º da norma em comento:

“Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.” (grifei)

Podemos verificar que o legislador optou por fixar a competência tributária no local do chamado “estabelecimento prestador” dos serviços.

E, nesse ponto, é imprescindível salientar que não podemos confundir “estabelecimento prestador”, cuja definição é dada pelo art. 4º acima colacionado, com “estabelecimento do prestador”.

Em verdade, o tema discutido tem sido núcleo de intensos debates, tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, sendo que o próprio Superior Tribunal de Justiça (responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil) tem posicionamentos oscilantes acerca do assunto.

Fazendo aqui um retrospecto dos julgados do Tribunal da Cidadania, tem-se que até meados de 2009 e 2010 as decisões eram todas no sentido de que o ISSQN pertence ao município em cujo território se realizou o fato gerador, sob o argumento de que a lei municipal não pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido em território alheio, onde não poderia ter voga (Superior Tribunal de Justiça STJ - Recurso Especial: REsp 54002 PE 1994/0028001-7).

Ou seja, o STJ tinha uma jurisprudência pacificada que prevaleceu por muitos anos, de que o município não pode cobrar o ISS sobre serviços que não teriam sido prestados em seu território, pois na realidade a lei municipal somente produz efeitos no território do respectivo ente. E, portanto, ele só poderia tributar os serviços que fossem efetivamente prestados em seu território. Esse seria um princípio constitucional implícito no texto constituinte.

Então, a regra geral era que em qualquer caso o município competente é sempre o do local da prestação do serviço.

Tal entendimento perdurou até meados de 2010, quando um dos primeiros julgados que firmou posicionamento diverso foi o REsp nº 1.245.310/MG, o qual transcrevemos:

“PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ALEGAÇÃO GENÉRICA – SÚMULA 284/STF – ISS – COMPETÊNCIA – LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR – PRESENÇA DE UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL (FILIAL). 1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 12, a, do Decreto-Lei nº 406/68, entendia que a competência tributária para cobrança do ISS era da municipalidade onde o serviço era prestado. 3. Com o advento da Lei Complementar nº 116/2003, a competência passou a ser o local do estabelecimento prestador do serviço, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica (arts. 3º e 4º). 4. Precedentes: REsp 1.195.844/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1.3.2011, DJe 15.3.2011; REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 19.8.2010; REsp 1.139.903/GO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 17.8.2010; REsp 1.175.980/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 10.3.2010; REsp 1.117.121/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 29.10.2009; AgRgno Ag 903.224/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.12.2007, DJ 7.2.2008, p. 307. Recurso especial conhecido em parte e improvido.” (STJ - REsp: 1245310 MG 2011/0042873-6, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 19/05/2011, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 25/05/2011) (grifei)

Destarte, nota-se que a partir desse julgado a interpretação do Tribunal da Cidadania passou a ser: na vigência do DL 406/1968, a competência tributária para cobrança do ISS era da municipalidade onde o serviço foi prestado, ou seja, o local do fato gerador. Contudo, com o advento da LC 116/2003, tal competência passou a ser o local do estabelecimento prestador do serviço, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, e isso independe de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica, sujeito passivo da cobrança do fisco.

Esse entendimento perdurou por um bom tempo, até que no ano de 2012, ao julgar o famoso caso da incidência nos serviços de *leasing*, o assunto voltou a pauta, e em seu desfecho ficou decidido que o município competente para cobrança é o do local da sede da financeira. O fundamento desse julgado é que o município é onde está o estabelecimento prestador que realiza o financiamento, pois, o que o Supremo Tribunal Federal,

ao se posicionar acerca da incidência de ICMS ou ISS nesses casos, considerou como mais importante no *leasing* financeiro é, justamente, o financiamento – “*no arrendamento mercantil, o leasing financeiro, contrato autônomo, que não é contrato misto, o núcleo é o financiamento, não a prestação de dar*” (RE 547245 e 592905), posição que passou então a ser adotada pelo STJ.

Percebe-se, claramente, que o julgado tratava de questão específica – *leasing* financeiro, incidência de ISS ou ICMS sobre a operação. Não obstante isso, o STJ passou a aplicar tal entendimento também para outros serviços, que não o *leasing*.

Dessarte, como dito alhures, a questão tem sido objeto de oscilação no meio jurídico, e é inegável que a confusão de conceitos é generalizada.

Nesse cenário, dentre as respeitáveis correntes acerca da matéria, adotamos o posicionamento no sentido de que o sujeito ativo da relação tributária envolvendo o ISSQN é o município onde há a efetiva prestação do serviço.

Como visto do artigo supratranscrito (4º da LC 116/2003), pelo conceito dado pela norma estabelecimento prestador é aquele local onde o contribuinte desenvolva a atividade, onde efetivamente presta os serviços, seja de modo permanente ou temporário, configurando unidade de cunho econômico ou profissional. Ou seja, “*estabelecimento prestador pressupõe que, naquele local, o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços.*” (PATROCÍNIO, José Antônio; HIDALGO, Mauro. Imposto sobre serviços: questões polêmicas. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Fiscosoft, 2016).

Segundo consignou a Min. Eliana Calmon, em seu voto vista no REsp 1.060.210, o art. 4º da LC 116/03 possui nítido e expreso caráter interpretativo do que vem a ser “estabelecimento prestador”, alinhando-se, inclusive de forma mais ampliativa a entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sob a vigência do Dec-Lei 408/1968. O legislador complementar de 2003 limitou-se apenas a afastar qualquer dúvida quanto ao conceito e alcance da expressão “estabelecimento prestador” para fins de definição das competências e capacidade tributárias dos municípios, sem, contudo, alterar a disposição antes contida no art. 12 do Dec-Lei 406/1968.

E isso, porque deve ser privilegiado o espírito da norma no sentido de que, respeitado o princípio implícito na Constituição Federal (territorialidade), compete ao município instituir o ISS, em face de todos os serviços, cujo fato gerador tenha ocorrido no âmbito do seu Território, não valendo, para tanto, o princípio da extraterritorialidade.

Foi exatamente nessa linha intelectual a edição do DL 406/68, e com o advento da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 nada mudou.

Ou seja, o que pretendeu a atividade legiferante, nos arts. 3º e 4º da LC 116/03, foi apenas e tão somente buscar um maior detalhamento do local da prestação dos serviços, para o fim de incidência do ISS, vale dizer, o legislador, efetivamente, pretendeu privilegiar o princípio da territorialidade do ISS, para o fim de determinar a tributação no âmbito do Município onde se verifica o fato gerador, ou seja, a efetiva prestação do serviço.

E não é só, outra importante característica que privilegia o local/município da prestação do serviço, como sendo o competente para exigir o recolhimento do imposto é o disposto no artigo 6º da LC 116/2003, quando trata da retenção do imposto devido, facultando aos municípios e ao Distrito Federal a possibilidade de atribuir, mediante lei, a responsabilidade pelo crédito tributário, a terceira pessoa, desde que, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, *in verbis*:

“Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.”

Aliás, atualmente temos inúmeros municípios brasileiros que editaram leis locais que exigem a retenção do ISS pelos serviços prestados em seus territórios nos casos em que os prestadores localizam-se fora do mesmo, ou seja, é a salvaguarda dos interesses municipais e, até mesmo, uma tentativa de evitar a evasão fiscal.

Resumindo: quanto ao aspecto territorial do ISS, o município é competente para exigir, diretamente ou de forma retida, o imposto devido sobre os serviços prestados em seu território.

Nesse diapasão, temos por certo, que a regra geral básica do ISS estabelece que a referida exação, tal como constitucionalmente concebida, incide sobre todos os serviços prestados no âmbito do município, cabendo, pois, a este, exigir o seu recolhimento, na forma da lei.

Inclusive, cumpre anotar, que a já tão citada lei Complementar 116/03 foi recentemente alterada pela lei Complementar 157/16, em razão do que o local de prestação dos serviços e, por consequência, a competência para arrecadar o ISS sobre os serviços realizados por administradoras de cartão de crédito e de débito, empresas de arrendamento mercantil, de administradoras/gestoras de fundos de investimento e operadoras de planos de saúde, foi deslocada do município no qual está localizado o estabelecimento do prestador para aquele onde está situado o tomador do serviço, seguindo linha intelectual que, provavelmente, irá prevalecer em todos os demais casos.

Nesse contexto, dou provimento ao recurso de apelação interposto por E2 Soluções em Tecnologia Ltda ME, reformando integralmente a sentença atacada, reconhecendo como município competente para o recolhimento do ISSQN o local onde foi desenvolvido serviço objeto de incidência tributária.

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. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. João Maria Lós

Conflito de Competência Cível nº 1601794-19.2019.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – COMPETÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR – PARTE HIPOSSUFICIENTE DA RELAÇÃO PROCESSUAL – CONFLITO ACOLHIDO.

Através de uma interpretação sistemática da legislação consumerista e da Constituição Federal é possível concluir que a competência do foro do domicílio do consumidor para as ações que versem sobre relações de consumo tem por desiderato facilitar o acesso à justiça da parte hipossuficiente. A norma decorre do princípio geral de proteção ao consumidor, para facilitação de sua defesa, diante da sua vulnerabilidade e hipossuficiência perante o fornecedor de produtos.

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, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz(a) de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados em face do juiz(a) de direito da Comarca de Pedro Gomes, no qual se discute a competência para o processamento e julgamento da ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c/c Perdas e Danos nº 0800507-39.2016.8.12.0002 ajuizada por Gerson Chambo Picinin em face de Cooperativa de Credito, Poupança e Investimento do Sul de Mato Grosso – Sicredi Sul MT.

O juízo suscitante declina de sua competência para análise da questão, sob o argumento de que tratando-se de relação de consumo, a regra é da competência absoluta, nos termos dos arts. 1º e 101, I do Código de Defesa do Consumidor, logo, o juízo competente para análise dos autos é aquele do domicílio do autor.

Prossegue afirmando que:

“(...) mesmo que se considere o local da obrigação, nem assim existe razão para que este juízo seja competente para o processamento e julgamento da pendenga, porquanto toda a negociação havida entre as partes para a compra e venda do veículo se deu na Comarca de Pedro Gomes/MS, onde, frise-se, o autor da ação é domiciliado, e onde também foi apreendido o bem objeto da lide (f. 3).”

Vindos os autos conclusos, foram requisitadas informações ao juízo suscitado, que prestou informações informando que “a despeito do nome iuris constante da inicial, trata-se de ação de rescisão de negócio jurídico de compra e venda cumulada com pedido indenizatório, porquanto o autor não pode querer ser indenizado pela compra do veículo e ainda assim permanecer na sua posse. A ação de rescisão por vício

redibitório é de natureza pessoal e, sendo o caso de aplicação de legislação especial, como o direito do consumidor, deve obedecer as regras de foro comum (art. 46) do Código de Processo Civil” (f. 48), ou seja, o da sede da empresa, o qual, a Comarca de Dourados.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz(a) de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados em face do juiz(a) de direito da Comarca de Pedro Gomes, no qual se discute a competência para o processamento e julgamento da ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c/c Perdas e Danos nº 0800507-39.2016.8.12.0002 ajuizada por Gerson Chambo Picinin em face de Cooperativa de Credito, Poupança e Investimento do Sul de Mato Grosso – Sicredi Sul MT.

Extrai-se dos autos que Gerson Chambo Picinin ingressou com ação de indenização por danos materiais e morais c/c perdas e danos em face de Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados Celeiro Centro Oeste – SICREDI Celeiro Centro Oeste alegando ter adquirido um veículo tipo caminhão, marca/modelo Mercedes Benz/L 1513, ano 1972, de cor amarela, renavan 00514049910, placa HQR7893 pelo valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), contudo, o mesmo veio ser apreendido pelo Detran/MS em razão de ter sido constatada a adulteração no número do chassi.

Pleiteou que o requerido realizasse o pagamento de indenização pelos danos materiais tidos com o veículo, bem como aqueles de ordem moral, haja vista a impossibilidade de utilizar o automóvel para o seu trabalho, além dos transtornos sofridos em decorrência de ter de comparecer à Delegacia e ao Órgão de Trânsito.

O juízo suscitante declinou de sua competência para análise da questão, sob o argumento de que tratando-se de relação de consumo, a regra é da competência absoluta, nos termos dos arts. 1º e 101, I do Código de Defesa do Consumidor, logo, o juízo competente para análise dos autos é aquele do domicílio do autor.

Prosseguiu afirmando que:

“(...) mesmo que se considere o local da obrigação, nem assim existe razão para que este juízo seja competente para o processamento e julgamento da pendenga, porquanto toda a negociação havida entre as partes para a compra e venda do veículo se deu na Comarca de Pedro Gomes/MS, onde, frise-se, o autor da ação é domiciliado, e onde também foi apreendido o bem objeto da lide (f. 3).”

Vindos os autos conclusos, foram requisitadas informações ao juízo suscitado, que prestou informações informando que *“a despeito do nome iuris constante da inicial, trata-se de ação de rescisão de negócio jurídico de compra e venda cumulada com pedido indenizatório, porquanto o autor não pode querer ser indenizado pela compra do veículo e ainda assim permanecer na sua posse. A ação de rescisão por vício redibitório é de natureza pessoal e, sendo o caso de aplicação de legislação especial, como o direito do consumidor, deve obedecer as regras de foro comum (art. 46) do Código de Processo Civil” (f. 48), ou seja, o da sede da empresa, o qual, a Comarca de Dourados.*

Pois bem.

A despeito das alegações do juízo suscitado, entendo ser cabível à hipótese o Código de Defesa do Consumidor, eis que a questão versa sobre responsabilidade civil do fornecedor pelo produto ou serviço, haja vista que adquiriu automóvel de instituição com poderio econômico e reclama indenização pelo vício apresentado.

Visando a facilitação da defesa dos interesses e proteção das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor instituiu o artigo 101, I, que dispõe acerca da competência o seguinte:

“Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor.”

Através de uma interpretação sistemática da legislação consumerista e da Constituição Federal é possível concluir que a competência do foro do domicílio do consumidor para as ações que versem sobre relações de consumo tem por desiderato facilitar o acesso à justiça da parte hipossuficiente.

A norma decorre do princípio geral de proteção ao consumidor, para facilitação de sua defesa, diante da sua vulnerabilidade e hipossuficiência perante o fornecedor de produtos e serviços.

Impõe destacar que toda a negociação havida entre as partes para a compra e venda do veículo se deu na Comarca de Pedro Gomes/MS onde, salienta-se, o autor é domiciliado, onde foi apreendido o bem objeto da lide e onde tramita o inquérito policial.

Ante o exposto, acolho o presente conflito de competência para o fim de declarar a competência do juízo da Comarca de Pedro Gomes, para julgar e processar os Autos nº 0800507-39.2016.8.12.0002.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0807915-90.2019.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – JUIZ QUE EXTINGUE A AÇÃO POR INTEMPESTIVIDADE INEXISTENTE – PENHORA DE BEM TITULARIZADO POR CÔNJUGES – AUSÊNCIA DE CONSUMAÇÃO DO CICLO INTIMATÓRIO – TEMPESTIVIDADE DA AÇÃO PROMOVIDA ANTECIPADAMENTE PELO VARÃO – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência sólida do STJ é de que, recaiando a penhora sobre bem imóvel, o prazo para embargar, em se tratando de devedor casado, é contado a partir da intimação de ambos os cônjuges. Atestada, a luz das particularidades fáticas do litígio, a ausência de consumação do ciclo intimatório, despontam tempestivos os embargos à execução fiscal interpostos pelo varão, sem a intervenção da virago ainda não cientificada da penhora.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Nerdino Paulino da Silva interpõe apelo (f. 108-117), inconformado com a sentença (f. 100-102) que considerou intempestivos e extinguiu os embargos à execução fiscal opostos em face do Município de Dourados.

Aponta incorreção e pugna pela reforma, aduzindo ter ocorrido erro no cômputo do prazo, em decorrência da ausência da intimação de sua esposa, quanto à penhora do bem comum do casal.

Recurso tempestivo, respondido e regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelo interposto por Nerdino Paulino da Silva (f. 108-117), inconformado com a sentença (f. 100-102) que considerou intempestivos e extinguiu os embargos à execução fiscal opostos em face do Município de Dourados.

Aponta incorreção e pugna pela reforma, aduzindo ter ocorrido erro no cômputo do prazo, em decorrência da ausência da intimação de sua esposa, quanto à penhora do bem comum do casal.

Com razão a súplica.

Intimado quanto à penhora enviada pelo Município de Dourados em sede de execução fiscal, o recorrente opôs embargos, mesmo antes da intimação de sua esposa, co-proprietária do bem penhorado pelo recorrido.

Todavia, ao invés de processar a demanda, o juiz do feito a extinguiu, reputando intempestiva a intervenção, sob os seguintes fundamentos:

“(...) O artigo 16, II, da Lei nº 6830/80, prescreve que o executado oferecerá embargos no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação da penhora (...) Portanto, tendo em vista que o executado foi efetivamente intimado da penhora dia 24/04/2019 – f. 28 dos autos da execução fiscal em apenso – e os presentes embargos foram ajuizados apenas dia 25/06/2019, resta evidente a intempestividade, vez que o termo final parra o ajuizamento se deu em 06/06/2019 (...).”

Totalmente incorreto o raciocínio.

Segundo a inteligência pacífica do STJ, o prazo final para a interposição dos embargos à execução fiscal conta-se da intimação de ambos os cônjuges titulares do bem atingido pela penhora:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE IMÓVEL – DEVEDOR CASADO – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE – JURISPRUDÊNCIA DO STJ – RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência sólida do STJ é de que, recaiando a penhora sobre bem imóvel, o prazo para embargar, em se tratando de devedor casado, é contado a partir da intimação do cônjuge, o que não houve, segundo fixado no acórdão de origem.

2. Percebe-se que o Tribunal regional, ao repudiar a necessidade de intimação da esposa, considerou ‘ser irrelevante para a contagem do prazo de interposição dos embargos pelos embargantes o fato de ter sido ou não intimados os cônjuges, pois os prazos são absolutamente distintos para embargante e cônjuge’ (f. 290, e-STJ).

3. O STJ entende que, recaiando a penhora sobre bem imóvel, o prazo para embargar, em se tratando de devedor casado, é contado a partir da intimação do cônjuge. (REsp 1347808/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 05/11/2012)

4. Recurso Especial provido.” (REsp 1804365/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019)

Por conseguinte, o apelante na verdade embargou antes mesmo que o referido lapso se iniciasse, razão pela qual desponha tempestivo seu ataque ao título executivo fiscal.

Em face do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento a fim de decretar a insubsistência da sentença e ordenar o regular prosseguimento do feito na origem.

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. João Maria Lós

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

1ª Seção Cível**Relator Des. João Maria Lós****Ação Rescisória nº 1413965-60.2017.8.12.0000 - Campo Grande**

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA – REJEITADA – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA – AFASTADA – MÉRITO – ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO AUTORA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL, CASO EM QUE É NECESSÁRIA EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS, OU COMO SUBSTITUTA PROCESSUAL, QUE INDEPENDE DA AUTORIZAÇÃO, MAS EXIGE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – ART. 5º, § 3º, LACP – IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE LITISCONSORTE ATIVO ULTERIOR – EXTINÇÃO DO FEITO – RESCISÓRIA PROCEDENTE.

A requerente atribuiu à causa o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), o que corresponde exatamente ao valor da causa originária, realizando regularmente o depósito prévio de 5% do valor da causa no valor R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), conforme comprovante de depósito de f. 777. Assim, em razão da ponderação entre a regra segundo a qual o valor deve ser fixado e o princípio da razoabilidade e do acesso à justiça, afasto a preliminar de incorreção do valor da causa e, por consequência, da insuficiência do depósito efetuado.

Não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, posto que o ordenamento jurídico não veda que a parte, com fundamento em uma das hipóteses previstas no artigo 966 e seus incisos do Novo Código de Processo Civil, procure o órgão jurisdicional para obter a rescisão de sentença de mérito transitada em julgado. A preliminar epigrafada no sentido de que se há ou não violação à norma jurídica, é questão que se confunde com o mérito da ação rescisória.

Para que uma associação tenha legitimidade para ajuizar uma ação civil pública, deve preencher dois requisitos legais: (i) a constituição há mais de um ano; (ii) a finalidade de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico – pertinência temática.

A substituição processual (legitimação extraordinária) e a representação processual distinguem-se porque, nesta, o representante age em nome do representado, na defesa de direito alheio, integrando assim, a capacidade jurídica, ao passo que, naquela, o substituto é parte da relação processual e, portanto, age em nome próprio pleiteando direito alheio.

Atuando a associação na qualidade de substituta processual, afigura-se dispensável a autorização de seus associados para o exercício do direito de ação.

A generalidade da representatividade da associação autora, porque criada no intuito de defender qualquer interesse, impede a sua atuação judicial específica, dada a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Não é possível a substituição da associação no polo ativo da ação coletiva pelo Ministério Público ou por entidade congênere, se a extinção da ação se dá por ilegitimidade daquela, eis que a lei o permite apenas para casos de desistência ou de abandono da causa (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 – LACP) e, no caso, o Ministério Público não se habilitou nem atuou como litisconsorte ativo, mas apenas como *custus legis*.

Ação rescisória procedente.

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, rejeitaram as preliminares. No mérito, por maioria, nos termos do voto do relator, acompanhado do 1º e 3º vogais, julgaram procedente a ação, vencidos os 2º e 4º vogais, que julgavam improcedente, contra o parecer.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2020.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de ação rescisória proposta por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A em face de Idept- Instituto Direito e Educação para Todos, objetivando desconstituir acórdão que confirmou a sentença, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 002567-56.2009.8.12.0021, que condenou a autora a apresentar os seguintes documentos, conforme citado às f. 7 da petição inicial:

“(...) - Os nomes completos dos usuários do serviço público das unidades consumidoras do grupo B localizadas em área rural desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- Os valores pagos mês a mês por estes usuários desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- A informação referente à forma de faturamento, se foi pela média ou se foi pela leitura do consumo;

- Os valores correspondentes ao custo de disponibilidade (ou valores mínimos) para as referidas e respectivas unidades consumidoras; (doc. 3 - f. 295) (f. 7).”

Além disso, a condenação estendeu-se à restituição de:

“(...) todo pagamento feito acima do mínimo, nos faturamentos realizados pela média de consumos anteriores e correspondentes ao terceiro mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 456/2000 e da Resolução da Aneel nº 479/2012 e do quarto mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 414/2010 (09/09/2010 a 03/04/2012) (doc. 3 - f. 295) (f. 7).”

Não fosse só, alternativamente, caso a decisão não fosse cumprida, e a relação não fosse apresentada, a Energisa deveria divulgar em seu site uma orientação para que seus usuários procurem advogado para executar a sentença que ora se pretende rescindir. E, por fim, ainda comunique a OAB/MS, para que seus advogados recebam por e-mail tal informação, de modo a ter ciência do direito reconhecido na referida sentença para que possa ser executado nas respectivas comarcas onde têm domicílio seus usuários.

Sustenta, em síntese, que ao ser proferida sentença, opôs embargos de declaração, para o fim de esclarecer que a listagem dos “usuários do grupo B” – que estão localizados na Zona Rural, desde 30/04/2004 – deveria limitar-se àqueles filiados à associação, ou seja, os que deram autorização expressa à propositura da demanda.

Aduz que, o fato de a sentença não ter se restringido apenas aos filiados da IDEPT fere os precedentes do STF e STJ, ao argumento de que existem os limites subjetivos dos efeitos da sentença coletiva, pois esta não pode se estender a todos os consumidores rurais, mas apenas àqueles que constam como associados.

Afirma que ocorreram várias violações ao artigo 5º, XXXI da CF/88, bem como, ao artigo 5º, X e LV, ao obrigar a Energisa a incentivar os consumidores rurais a lhe processarem.

Assevera que foram violados dispositivos de lei, vulnerando também os princípios constitucionais, quando a sentença autoriza a associação a representar toda a coletividade e não apenas os filiados da associação.

Alega a ofensa aos dispositivos do artigo 2º-A da Lei 9.494/97, que determina que deve haver a autorização expressa dos associados para a propositura da ação civil pública por associação, bem como, a afronta à ampla defesa, ferindo princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, por obrigar a autora divulgar em site a sentença condenatória para que seja executada contra si por toda a coletividade, o que entende ser incabível, não apenas por não ser obrigada a estimular tal conduta, mas principalmente por entender que a sentença proferida em favor de determinada associação encontra limites subjetivos.

Da mesma forma, fere os artigos 37 da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 9.784/99, uma vez que restaram vulnerados os dispostos legais e constitucionais supracitados, bem como, pela impossibilidade de atendimento da sentença que se pretende rescindir, que pediu a apresentação de uma lista de unidades consumidoras rurais absurda, muito além daquelas que supostamente fazem parte da associação constante da lista que deveria ser fornecida pelo IDEPT, bem como a devolução de valores pagos acima do mínimo por todas as unidades rurais e ainda, a divulgação da sentença para que seja executada de forma generalizada é que foi proposta a presente demanda com pedido de tutela.

Menciona ainda a violação ao princípio da adstrição (art. 141 e 492 CPC).

Verbera que não houve nenhuma conduta irregular demonstrada como praticada pela autora, mas a sentença apenas determina que, caso sejam apresentadas as faturas e nelas demonstrado que houve cobrança irregular e em desacordo com a leitura, deve ser condenada a ressarcir os prejuízos verificados.

Combate, por fim, o fato de que a ação originária refere-se a tema cujo debate foge à legitimidade do IDEPT, associação voltada à educação e não a unidades consumidoras rurais de energia.

Requeru, assim, o deferimento em caráter liminar da tutela provisória para impedir a execução do acórdão, sobrestando os efeitos da sentença rescindenda, suspendendo a cumprimento da sentença até o julgamento definitivo da presente ação, comunicando-se o MM. Juiz que preside o feito originário.

Ao final, pugna pela desconstituição da decisão rescindenda, a fim de que outra seja proferida, julgando improcedente o pedido formulado na ação original, em razão da violação aos artigos mencionados, ou, ao menos, limitar o seu efeito do acórdão rescindendo apenas aos associados do réu que, ao tempo da propositura da ação civil pública, estavam filiados e autorizaram o seu ingresso.

A tutela de urgência foi deferida em decisão de f. 778-782 para o fim de suspender os efeitos do acórdão objurgado.

Citado, o réu, além de impugnar o valor da causa, suscitou preliminar de não cabimento da ação, visto não se admitir que matéria totalmente alheia ao que restou discutido no processo originário seja utilizada como fundamento para a pretensão da rescisória. No mérito, requer a improcedência dos pedidos formulados na inicial, porque inexistente qualquer circunstância apta a ensejar a rescisão do *decisum*.

A d. PGJ, em parecer de f. 962-974, opinou pelo acolhimento da preliminar de impugnação ao valor da causa, a fim de que seja determinada a intimação da parte autora para corrigir o valor da causa, e efetuar o depósito previsto no inciso II, do art. 968/CPC, sob pena de indeferimento da inicial; II) ultrapassada a providência supra, pelo: a) acolhimento da preliminar de ausência de interesse processual (inadequação da via), extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito, com base no art. 485, VI, do CPC. b) no mérito, pela improcedência do pedido.

VOTO (04/11/2019)

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de ação rescisória proposta por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A em face de IDEPT- Instituto Direito e Educação para Todos, objetivando desconstituir acórdão que confirmou a sentença, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 002567-56.2009.8.12.0021, que condenou a autora a apresentar os seguintes documentos, conforme citado às f. 7 da petição inicial:

“(...)- Os nomes completos dos usuários do serviço público das unidades consumidoras do grupo B localizadas em área rural desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- Os valores pagos mês a mês por estes usuários desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- A informação referente à forma de faturamento, se foi pela média ou se foi pela leitura do consumo;

- Os valores correspondentes ao custo de disponibilidade (ou valores mínimos) para as referidas e respectivas unidades consumidoras; (doc. 3 - f. 295) (f. 7).”

Além disso, a condenação estendeu-se à restituição de:

“(...) todo pagamento feito acima do mínimo, nos faturamentos realizados pela média de consumos anteriores e correspondentes ao terceiro mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 456/2000 e da Resolução da Aneel nº 479/2012 e do quarto mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 414/2010 (09/09/2010 a 03/04/2012) (doc. 3 - f. 295) (f. 7).”

Não fosse só, alternativamente, caso a decisão não fosse cumprida, e a relação não fosse apresentada, a Energisa deveria divulgar em seu site uma orientação para que seus usuários procurem advogado para executar a sentença que ora se pretende rescindir. E, por fim, ainda comunique a OAB/MS, para que seus advogados recebam por e-mail tal informação, de modo a ter ciência do direito reconhecido na referida sentença para que possa ser executado nas respectivas comarcas onde têm domicílio seus usuários.

Sustenta, em síntese, que ao ser proferida sentença, opôs embargos de declaração, para o fim de esclarecer que a listagem dos “usuários do grupo B” – que estão localizados na zona rural, desde 30/04/2004 – deveria limitar-se àqueles filiados à associação, ou seja, os que deram autorização expressa à propositura da demanda.

Aduz que, o fato de a sentença não ter se restringido apenas aos filiados da IDEPT fere os precedentes do STF e STJ, ao argumento de que existem os limites subjetivos dos efeitos da sentença coletiva, pois esta não pode se estender a todos os consumidores rurais, mas apenas àqueles que constam como associados.

Afirma que ocorreram várias violações ao artigo 5º, XXXI da CF/88, bem como, ao artigo 5º, X e LV, ao obrigar a Energisa a incentivar os consumidores rurais a lhe processarem.

Assevera que foram violados dispositivos de lei, vulnerando também os princípios constitucionais, quando a sentença autoriza a associação a representar toda a coletividade e não apenas os filiados da associação.

Alega a ofensa aos dispositivos do artigo 2º-A da Lei 9.494/97, que determina que deve haver a autorização expressa dos associados para a propositura da ação civil pública por associação, bem como, a afronta à ampla defesa, ferindo princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, por obrigar a autora divulgar em site a sentença condenatória para que seja executada contra si por toda a coletividade, o que entende ser incabível, não apenas por não ser obrigada a estimular tal conduta, mas principalmente por entender que a sentença proferida em favor de determinada associação encontra limites subjetivos.

Da mesma forma, fere os artigos 37 da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 9.784/99, uma vez que restaram vulnerados os dispostos legais e constitucionais supracitados, bem como, pela impossibilidade de atendimento da sentença que se pretende rescindir, que pediu a apresentação de uma lista de unidades consumidoras rurais absurda, muito além daquelas que supostamente fazem parte da associação constante da lista que deveria ser fornecida pelo IDEPT, bem como a devolução de valores pagos acima do mínimo por

todas as unidades rurais e ainda, a divulgação da sentença para que seja executada de forma generalizada é que foi proposta a presente demanda com pedido de tutela.

Menciona ainda a violação ao princípio da adstrição (art. 141 e 492 CPC).

Verbera que não houve nenhuma conduta irregular demonstrada como praticada pela autora, mas a sentença apenas determina que, caso sejam apresentadas as faturas e nelas demonstrado que houve cobrança irregular e em desacordo com a leitura, deve ser condenada a ressarcir os prejuízos verificados.

Combate, por fim, o fato de que a ação originária refere-se a tema cujo debate foge à legitimidade do IDEPT, associação voltada à educação e não a unidades consumidoras rurais de energia.

Requeru, assim, o deferimento em caráter liminar da tutela provisória para impedir a execução do acórdão, sobrestando os efeitos da sentença rescindenda, suspendendo a cumprimento da sentença até o julgamento definitivo da presente ação, comunicando-se o MM. Juiz que preside o feito originário.

Ao final, pugna pela desconstituição da decisão rescindenda, a fim de que outra seja proferida, julgando improcedente o pedido formulado na ação original, em razão da violação aos artigos mencionados, ou, ao menos, limitar o seu efeito do acórdão rescindendo apenas aos associados do réu que, ao tempo da propositura da ação civil pública, estavam filiados e autorizaram o seu ingresso.

A tutela de urgência foi deferida em decisão de f. 778-782 para o fim de suspender os efeitos do acórdão objurgado.

Citado, o réu, além de impugnar o valor da causa, suscitou preliminar de não cabimento da ação, visto não se admitir que matéria totalmente alheia ao que restou discutido no processo originário seja utilizada como fundamento para a pretensão da rescisória. No mérito, requer a improcedência dos pedidos formulados na inicial, porque inexistente qualquer circunstância apta a ensejar a rescisão do *decisum*.

A d. PGJ, em parecer de f. 962-974, opinou pelo acolhimento da preliminar de impugnação ao valor da causa, a fim de que seja determinada a intimação da parte autora para corrigir o valor da causa, e efetuar o depósito previsto no inciso II, do art. 968/CPC, sob pena de indeferimento da inicial; II) ultrapassada a providência supra, pelo: a) acolhimento da preliminar de ausência de interesse processual (inadequação da via), extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito, com base no art. 485, VI, do CPC. b) no mérito, pela improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

Das preliminares

Da impugnação ao valor da causa.

O IDEPT – Instituto Direito e Educação para Todos, impugna, preliminarmente, o valor da causa, sob o argumento de que a requerente atribuiu à causa o mesmo valor da causa da ação civil pública cujo acórdão se pretende rescindir, sem a devida atualização.

Pois bem, colhe-se dos autos que a requerente atribuiu à causa o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), o que corresponde o valor da causa originária, realizando regularmente o depósito prévio de 5% do valor da causa, o qual correspondeu às R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), conforme comprovante de depósito de f. 777.

Muito embora realmente se extraia que o valor da causa atribuído à presente rescisória não foi o “atualizado” da ação civil pública, mas o exato valor atribuído à causa originária, é certo que o valor do depósito é correspondente ao percentual decorrente do vultoso valor originário da causa.

Sendo assim, deve prevalecer este realizado, na medida em que já representa vultoso importe financeiro, qual seja, R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Deve haver, assim, um juízo de ponderação entre a regra segundo a qual o valor deve ser fixado e o princípio da razoabilidade e do acesso à justiça, razão pela qual afasto a preliminar de incorreção do valor da causa e, por consequência, da insuficiência do depósito efetuado.

Do não cabimento da ação rescisória

O requerido IDEPT sustenta, ainda, que as matérias que a requerente pretende ver reconhecidas por este tribunal não foram arguidas na ação originária (contestação e recursos), de forma que estar-se-ia admitindo que a ação rescisória seja manejada como sucedâneo de recurso.

Defende, ainda, que para o cabimento da ação rescisória com base na violação de norma jurídica é necessário que tenha havido uma violação direta da norma, de forma que não se pode admitir que matéria totalmente alheia ao que restou discutido no processo originário seja utilizada como fundamento para a pretensão da rescisória.

Em resumo, embora tenha se utilizado de outra nomenclatura, arguiu preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

No caso, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, posto que o ordenamento jurídico não veda que a parte, com fundamento em uma das hipóteses previstas no artigo 966 e seus incisos do Novo Código de Processo Civil, procure o órgão jurisdicional para obter a rescisão de sentença de mérito transitada em julgado.

Ademais, a preliminar epigrafada no sentido de que se há ou não violação de norma jurídica, é questão que se confunde com o mérito da ação rescisória.

Assim, afasto a preliminar de não cabimento da ação rescisória.

Mérito

Pois bem, a ação rescisória é cabível quando há violação a literal disposição de lei (art. 966, V, do NCPC), entretanto, o mesmo não se pode afirmar quando a decisão adota uma das possíveis interpretações do dispositivo legal.

A ação rescisória é ação autônoma, cujo objetivo é desfazer os efeitos de uma decisão ou sentença e ou acórdão transitado em julgado. Entretanto, há necessidade da demonstração inequívoca do vício que supostamente tornaria aquela anulável. Ou seja, obrigatoriamente deve provar que a decisão e ou sentença não poderiam gerar os efeitos que lhe foram atribuídos. Tem natureza declaratória desconstitutiva. Exatamente por isso, não é a via processual adequada a satisfazer mero interesse do requerente; não serve para alterar decisão invecivada por irresignação com o resultado. Deve haver necessidade, adequação e utilidade do provimento pedido.

Conforme já decidido em Ação Rescisória (Processo nº 1413822-76.2014.8.12.0000), de relatoria do eminente Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, *“só tem lugar quando houver violação de dispositivo legal, assim, é necessário que a interpretação dada pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade, sob pena de transforma-la em recurso ordinário.”*

In casu, trata-se de ação rescisória, proposta por Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A em face do IDEPT - Instituto Direito e Educação para Todos, objetivando desconstituir acórdão que confirmou a sentença, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 002567-56.2009.8.12.0021, a qual julgou parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de condenar a autora a apresentar os seguintes documentos, conforme citado às f. 7 da petição inicial:

“(...) - Os nomes completos dos usuários do serviço público das unidades consumidoras do grupo B localizadas em área rural desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- Os valores pagos mês a mês por estes usuários desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- A informação referente à forma de faturamento, se foi pela média ou se foi pela leitura do consumo;

- Os valores correspondentes ao custo de disponibilidade (ou valores mínimos) para as referidas e respectivas unidades consumidoras; (doc. 3 - f. 295) (f. 7).”

Além disso, a condenação estendeu-se à restituição de:

“(...) todo pagamento feito acima do mínimo, nos faturamentos realizados pela média de consumos anteriores e correspondentes ao terceiro mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 456/2000 e da Resolução da Aneel nº 479/2012 e do quarto mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 414/2010 (09/09/2010 a 03/04/2012) (doc. 3 - f. 295).” (f. 7).

Sustenta, a autora, em apertada síntese:

“a) o instituto ora requerido não poderia ajuizar a ação civil pública originária porque seus objetivos institucionais não contemplam tal possibilidade;

b) a sentença confirmada pelo acórdão rescindendo não poderia produzir efeitos para todos os consumidores do Estado, mas apenas para os filiados do instituto na data da propositura da ação;

c) as medidas coercitivas determinada em sentença para forçar a concessionária a apresentar os documentos necessários para garantir a eficácia do direito reconhecido seriam muito severas, maculando a honra e imagem da empresa requerente.”

Pois bem.

Na hipótese, a sentença que ora se pretende rescindir fundamentou-se no fato de que a ação civil pública, ajuizada por IDEPT- Instituto Direito e Educação para Todos buscava:

“(...) a proteção dos consumidores rurais de energia elétrica de Mato Grosso do Sul, ‘defensáveis em conjunto pelo legitimado extraordinário nos termos do art 82 do Código de Defesa do Consumidor’ (f. 284), e que a sentença era ‘prolatada em ação coletiva para a proteção de interesses individuais homogêneos de todos aqueles que se encontrem naquela situação’ (291).”

É sabido que as associações legalmente constituídas têm legitimidade para propor ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos relativos aos consumidores, segundo o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor:

“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.”

A ação civil pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, tem por finalidade buscar a responsabilidade pelos danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo e por infração à ordem econômica (artigo 1º, e respectivos incisos).

A legitimidade para a propositura de ação civil pública encontra-se regulamentada no artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, que dispõe:

“Art. 5. Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

*V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”*

Em termos semelhantes, preceitua o Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente.

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

Portanto, para que uma associação tenha legitimidade para ajuizar uma ação civil pública, deve preencher dois requisitos legais previstos nos incisos do dispositivo transcrito acima: a constituição há mais de um ano; a finalidade de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico – pertinência temática.

No caso, o IDEPT - Instituto Direito e Educação para Todos - (f. 83-95):

“(...) é um associação civil; de direito privado; de caráter educativo, socioambiental e jurídico; organização não governamental (ONG) sem fins lucrativos, (...)

Em seu Estatuto, prevê as seguintes finalidades institucionais:

Art. 3º É finalidade do IDEPT a investigação científica e atuação profissional no campo social, econômico, administrativo e jurídico, bem como das demais ciências que se preocupam com o bem-estar do homem em suas relações entre si (...)

Art. 4º Constitui também finalidade do IDEPT propor ações coletivas para salvaguarda de direito metaindividuais (...).”

Quanto ao tempo de constituição, a entidade estava constituída há mais de um ano quando da propositura da ação, portanto preencheu o requisito temporal.

De outro lado, quanto à pertinência temática, entendo que a associação autora é parte ilegítima para a propositura da ação.

Ao analisar a finalidade e objetivos da associação, vê-se que esta tem objetivos desmesuradamente genéricos: meio ambiente; consumidor (urbanos e rurais sem distinção); bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; qualquer outro interesse difuso ou coletivo; ordem econômica etc., sendo uma repetição do teor do art. 1º, da Lei nº 7.347/85.

Sobre essa questão, vejamos o posicionamento da Corte Superior:

“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – PREJUÍZO INDEMONSTRADO – NULIDADE INEXISTENTE – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – (...) 2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a legitimatio ad causam do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido

destaque na doutrina; senão vejamos: (...) *A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.* (...). In *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278 (...) 11. Agravo Regimental desprovido, restando prejudicado o exame dos pedidos formulados na Petição nº 00103627 (f. 2042-2050) e na Petição nº 00147907 (f. 2051-2052), haja vista que exaustivamente examinados no presente Agravo Regimental.” (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009 - destaquei).

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO – DESCABIMENTO – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE – INEXISTÊNCIA – AÇÃO COLETIVA – RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE – POSSIBILIDADE – É PODER-DEVER DO JUIZ, NADIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES.

(...) 5. No caso, a Corte de origem inicialmente alinhou que ‘não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública’; ‘associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários’. Dessarte, o Tribunal de origem não reconheceu a legitimidade ad causam da recorrente, apurando que ‘há dado revelador: supostamente, essa associação autora é composta por muitas pessoas famosas (f. 21), mas todas com domicílio em um único local. Apenas isso já mostra indícios de algo que deve ser apurado. Ou tudo é falso, ou se conseguiu autorização verbal dos interessados, que entretanto nem sabem para que lado os interesses de tais entidades voam’.

6. Ademais, o outro fundamento autônomo adotado pela Corte de origem para não reconhecer a legitimação ad causam da demandante, anotando que o estatuto da associação, ora recorrente, é desmesuradamente genérico, possuindo ‘referência genérica a tudo: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, e é uma repetição do teor do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85’ tem respaldo em precedente do STJ, assentando que as associações civis necessitam ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Embora essa finalidade possa ser razoavelmente genérica, ‘não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado’. (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009) 7. Recurso

especial não provido.” (REsp 1213614/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015 - destaquei).

E, ainda, julgado do TJPR:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. VIOLAÇÕES À LEI Nº 9.514/97 – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR ILEGITIMIDADE ATIVA – ART. 267, VI, DO CPC/73 – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – FALTA DE INTIMAÇÃO DA AUTORA SOBRE A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINAR SUSTENTADA EM CONTESTAÇÃO E SOBRE A QUAL A AUTORA SE MANIFESTOU NA IMPUGNAÇÃO – MANIFESTAÇÃO POSTERIOR NA APELAÇÃO – AUSÊNCIA DE NULIDADE SEM PREJUÍZO – ART. 282 DO CPC/15 – ILEGITIMIDADE ATIVA – ART. 5º DA LEI Nº 7.347/85 E ART. 82 DO CDC – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ASSOCIAÇÃO CIVIL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – RELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZOS AOS TITULARES SUBSTITUÍDOS, CASO NÃO CONDUZIDA A DEMANDA COLETIVA ADEQUADAMENTE – PRECEDENTE – DOUTRINA – GENERALIDADE DAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS PREVISTAS NO ESTATUTO – NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ESPECÍFICA COM QUALQUER DOS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS QUE BUSCA TUTELAR – JURISPRUDÊNCIA QUE JÁ DENOTA A AMPLITUDE DE SEUS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIDADANIA E DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES, IDOSOS, DEFICIENTES FÍSICOS E DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – ASBRACIDE – PREVISÃO ESTATUTÁRIA AMPLA E GENÉRICA DE FINALIDADES – PREVISÃO QUE ABARCA QUASE TODOS OS DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS – AJUIZAMENTO DE OUTRAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS SOBRE DIVERSOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, COM POUCA AFINIDADE ENTRE SI – ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO ESTATUTÁRIA NÃO COMPROVADA – PRECEDENTES DESTA CÂMARA CÍVEL RECONHECENDO A AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DA AUTORA NOUTRAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. COMPARAÇÃO COM ESTATUTOS DE OUTRAS ASSOCIAÇÕES. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE QUE NÃO SE BASEIA EXCLUSIVAMENTE NAS DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE AS SITUAÇÕES – APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A necessidade de avaliação da pertinência temática e representatividade adequada das associações civis em sede de ações coletivas - principalmente quando envolverem direitos individuais homogêneos, como no caso - e, por consequência, de sua legitimidade ativa busca em última análise proteger os próprios titulares dos direitos transindividuais envolvidos, a fim de permitir que apenas instituições públicas ou associações privadas efetivamente relacionadas aos direitos envolvidos e que realmente possuam vínculos com a causa envolvida possam pleitear sua tutela jurisdicional. 2. Associações civis com finalidades estatutárias demasiadamente amplas ou genéricas, ao pretenderem representar toda sorte de direitos transindividuais, em verdade, acabam por não possuir a mínima vinculação com qualquer um deles ou com seus titulares, de modo que não atendem ao requisito da pertinência temática e, consequentemente, não possuem representatividade adequada para figurar como autoras de ações coletivas em defesa desses direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. 3. Os objetivos institucionais da associação autora (ASBRACIDE) são tão amplos e genéricos que, no final das contas, ela não possui a menor afinidade e/ou vinculação com o interesse individual homogêneo que busca tutelar nesta demanda ou mesmo com qualquer interesse transindividual, o que, à evidência, impede que se entenda que ela possa representar adequadamente os titulares de qualquer desses direitos/interesses.” (TJPR - 17ª C. Cível - AC - 1508162-8 - Toledo - Rel.: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho - Unânime - J. 08.03.2017 - g.n.).

A representatividade adequada, sob esse enfoque, tem merecido destaque na doutrina. Senão vejamos:

“(...) A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras,

A pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 277/278).

Em prestimoso estudo sobre a legitimação das associações para o exercício das ações coletivas, que peço vênha para transcrever em grande parte, eis que calha à fivela, a Mestre e Doutoranda Thaís Amoroso Paschoal Lunardi¹ ensina:

“Especificamente no que atine à legitimidade ativa das associações - tema que, neste trabalho, se pretende analisar – o que se vê é que a tutela coletiva tem sido nitidamente deturpada pela instauração de lides temerárias, e pela propositura de demandas que, sob nenhum aspecto, têm por finalidade a proteção dos relevantes interesses sociais aos quais se destina a tutela coletiva.

O que se vê na prática é que, ao lado de louváveis atuações de alguns entes legitimados, as ações coletivas têm sido, em situações pontuais, utilizadas como instrumento de cunho político e financeiro, sem qualquer compromisso com a utilidade social, tampouco com a ética. Essa deturpação de finalidade é facilitada por um conjunto de fatores, que vão desde a aplicação da legislação protetiva processual (que, má interpretada, tem servido para, indiscriminadamente, retirar dos legitimados ativos o ônus de provar, mesmo que minimamente, as alegações deduzidas em juízo), passando pela desnecessidade do adiantamento de custas nessa espécie de lide, culminando com a regra de que, salvo má-fé, o autor não será condenado em honorários de sucumbência; porém, na hipótese de procedência do pedido, honorários (quase sempre, elevadíssimos) serão devidos ao autor.

(...)

No que se refere às class actions que tutelam os direitos coletivos propriamente ditos, o sistema norte-americano prevê requisitos voltados à garantia de que sua propositura decorrerá de interesses legítimos. É esta a finalidade do pressuposto da ‘representatividade adequada’ (adequacy of representation), inserta no inciso (4) do item (a) da Rule 23, que exige a necessária análise, pelo juiz, da idoneidade e representatividade do ente ou do indivíduo que propõe a class action². Trata-se, como explica Álvaro Luiz Valery Mirra (2007, p. 117), de uma especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar; consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos).

Essa representatividade adequada, que deve ser analisada caso a caso pelo magistrado no momento da propositura de uma class action e durante todo o processo, leva em conta, inclusive, as qualidades pessoais do ente legitimado ou do membro do grupo.

Antonio Gidi explica que o representante deve ‘ser possuidor de uma higidez financeira que o habilite a uma boa condução do processo’, demonstrando que, ‘pela sua atitude,

¹ A legitimidade ativa *ad causam* das associações para a propositura de ações coletivas: alguns parâmetros para um melhor aproveitamento da tutela coletiva. Encontrável em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=953bd83cb0b9c9f9. Acesso em 09/08/2019, 15:51 h.

determinação, disponibilidade, seriedade e outras qualidades psicológicas tem condições de representar os interesses do grupo em um processo judicial' (1995, p. 63). E nessa avaliação é levada em consideração, até mesmo, 'a escolha do advogado, por parte da entidade (...) devendo recair em profissional com experiência na área e prestígio na comunidade' (1995, p. 63).

Embora, em termos geográficos, a adoção desse pressuposto no sistema brasileiro possa ser, de certa forma, prejudicada pela grande dimensão territorial de nosso país, é certo que muitos problemas seriam evitados se esse requisito fosse adaptado ao processo coletivo brasileiro. É o que destaca Luiz Valery Mirra (2007, p. 114/115): a inclusão desses outros requisitos de representatividade adequada em nada restringiria o acesso à justiça das associações civis destinadas à defesa de direitos e interesses difusos. Ao contrário, apenas afastaria a legitimidade de entes não-governamentais destituídos de qualquer estrutura organizacional e seriedade de propósitos na tutela de bens e valores a todos pertencentes em caráter indivisível.

Sérgio Cruz Arenhart aponta a representatividade adequada como um critério que pode 'apontar para a melhor solução diante do caso concreto', devendo ser aferido a partir de inúmeros elementos, sejam eles econômicos, estruturais, históricos etc. (2013, p. 225). Segundo o autor,

O fundamental é perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização, terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida represente a maior vantagem possível para os indivíduos e para a gestão do serviço 'Justiça' (2013, p. 225).

Não diverge desse entendimento Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 05), que vê na representatividade adequada uma solução para o controle na propositura de ações coletivas infundadas:

Problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma 'representatividade' idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo Parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido. Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a 'representatividade' do legitimado se demonstrasse inadequada. Quer me parecer que o sistema brasileiro, embora não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da 'representatividade adequada' pelo juiz, em cada caso concreto.

Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009, p. 43) também chamam a atenção para esta que, segundo seu entendimento, seria uma das soluções para o controle de ações coletivas infundadas,

A adoção desse instituto, em nosso sistema processual coletivo, evitaria, por certo, que demandas coletivas fossem ajuizadas por quem não tem condições de bem conduzi-las, fazendo com que, pela deficiência na fundamentação e mesmo na produção de provas, venham a ser proferidas decisões que prejudiquem os titulares dos direitos em jogo. Enquanto isso não ocorre, especialmente nos processos coletivos há que se permitir sem muita restrição – repita-se – que terceiros intervenham antes do julgamento dos recursos especiais selecionados, no STJ, contribuindo com subsídios para a análise da questão jurídica. Esses terceiros poderão ser os outros legitimados que, a despeito de mais qualificados para a condução da ação coletiva, ou não a ajuizaram, ou tiveram sua ação extinta por litispendência, ou, ainda, não tiveram seu recurso especial escolhido para remessa ao STJ.

(...)

A intenção do legislador, ao estabelecer o art. 5º, inciso V, da Lei nº. 7.347/85, foi a de exigir o requisito da pré-constituição, além da pertinência entre a atuação da associação em juízo e o interesse efetivamente tutelado, fato que deve ser inequivocamente refletido e apurado a partir da interpretação sistemática das previsões insertas em seu Estatuto. Para a análise dessa pertinência é imprescindível que a associação tenha fins concretos, previamente determinados, voltados exatamente à proteção dos direitos objeto da ação por ela proposta. Isso, contudo, na grande maioria dos casos, não é corretamente observado no momento da propositura de ações coletivas por associações, como destacam Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009, p. 41):

Na prática, nem sempre se verifica a observância dessas condições – muitas vezes o próprio Judiciário desconsidera o requisito da pertinência temática – havendo um elevado número de ações coletivas ajuizadas por associações na defesa de interesses totalmente distintos de suas finalidades institucionais. É o caso, por exemplo, de associações constituídas para a defesa de interesses de donas de casa, de aposentados, e mesmo de consumidores a ela associados, que ingressam em juízo em face de instituições financeiras para defender supostos interesses de investidores em cadernetas de poupança.

Quanto à exigência da pré-constituição da associação, Luiz Manoel Gomes Júnior destaca que tal requisito ‘tem como objetivo evitar a criação de associações ad hoc, apenas com a finalidade de ajuizar determinada ação coletiva, desvirtuando o sistema’ (2005, p. 60). Ainda, para Rodolfo de Camargo Mancuso, ‘é compreensível o propósito de legislador: evitar que associações não suficientemente sólidas, ou cujos objetivos não se coadunem com o interesse difuso em causa, se abalem, sem maior ponderação, ao ajuizamento de ação coletiva’ (2002, p. 140).

Permite-se, desta forma, um controle a priori da idoneidade e honestidade de propósitos dessas associações, aplicando-se, portanto, embora não sob essa denominação, o requisito da representatividade adequada, do qual já se tratou no item anterior.

O preenchimento desses requisitos expressamente previstos em Lei, porém, nem sempre é suficiente ao controle pleno da idoneidade da associação. A cumulação desses elementos com a exigência da representatividade adequada da associação é que poderia garantir um melhor aproveitamento da tutela coletiva, evitando-se a desvirtuação desse instrumento.

Sérgio Cruz Arenhart, acerca dessa questão, destaca,

É difícil saber, a priori, se a associação de fato representa certo tipo de interesse coletivo, ou se foi apenas criada para dar vazão a certo objetivo egoístico. A exigência formal da lei (um ano de pré-constituição e inclusão nos estatutos sociais da finalidade de proteção de certo interesse) não é garantia de que a entidade tenha efetivo compromisso com certo tipo de questão. (2013, p. 224).

De fato, tão importante quanto assegurar a legitimidade ativa das associações para a propositura de ações voltadas à tutela coletiva, é assegurar que essa legitimidade seja exercida por entes sérios, e que tenham por objetivo, de fato, a proteção aos direitos de seus associados ou representados. Ada Pellegrini Grinover, examinando a questão, defende a necessidade de se respeitar, com rigor, os requisitos de legitimidade das associações, para evitar o (...) manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada.

Não se pode deixar de considerar, também, a possibilidade de percepção, pelos entes legitimados, de honorários de sucumbência⁶, comumente arbitrados em valores elevados, em razão da importância do bem tutelado, o que também justifica o maior controle na análise da legitimação ativa.

Não por outra razão, visando justamente ao controle na propositura de ações infundadas por entes que, na realidade, pretendem auferir ganhos com eventual resultado favorável, o art. 17 da Lei da Ação Civil Pública, prevê que ‘em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos’. Essa regra também é prevista no art. 87 do CDC.

A jurisprudência, embora de forma ainda tímida, tem aplicado esse dispositivo para repreender os casos de evidente abuso na propositura de ações coletivas por entes legitimados descomprometidos com a finalidade para a qual foram criados.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim atuou, no julgamento de Apelação Cível¹⁷ interposta por associação inconformada com a rejeição dos pedidos que formulou em ação civil pública. A demanda havia sido proposta com vistas à condenação de uma específica casa noturna a restringir o fumo a locais apropriados ou para evitar que os frequentadores fumassem em suas dependências. Sem qualquer constrangimento, a própria associação afirmou nos autos que, com a ação intentada, pretendia ‘adquirir ‘poder de barganha’ para passar a atuar como disciplinadora dos estabelecimentos públicos, vindo a celebrar convenções e acordos acerca das áreas para fumantes’.

Tanto a sentença quanto o acórdão proferido no julgamento da apelação rejeitaram a pretensão, condenando a associação às penas por litigância de má-fé. No voto proferido na ocasião, a relatora consignou: ‘não faço aqui qualquer alusão ao interesse social na restrição ao hábito de fumar ou à relevância da proteção à saúde pública. Tenho que é decisivo para a presente lide o fato de que a ação foi proposta contra uma casa de shows específica, objetivando que essa tomasse medidas no sentido de restringir o fumo a locais apropriados ou para evitar que os frequentadores fumassem em suas dependências. Em uma primeira análise, carece a demanda de interesse social de relevância tamanha que permita ser afastado o requisito legal da pré-constituição da entidade autora há pelo menos um ano, uma vez que de âmbito extremamente restrito, atingindo ínfima parcela da sociedade, frequentadores da casa ora apelada. Ainda, essa relevância foi afastada pela própria associação autora, que, em seu apelo, afirma que com a presente ação intenta, ao obter um resultado positivo, ‘adquirir poder de barganha’ para passar a atuar como disciplinadora dos estabelecimentos públicos, vindo a celebrar convenções e acordos acerca das áreas para fumantes (...) Esta ausência de relevantes fundamentos, acrescida do ajuizamento dois meses após a fundação da associação autora, tem como consequência a extinção da ação, (...) Entendo que resta efetivamente configurada a litigância de má-fé por parte da associação ao se utilizar do processo de modo temerário (CPC, art. 17, V), com o intuito de debater teses para ‘barganhar’ frente a estabelecimentos comerciais, vindo a colocar-se como entidade fiscalizadora e reguladora da restrição ao hábito de fumar. Presente a má-fé, incide o disposto no artigo 87 do Codecon, parte final, mantendo-se a responsabilidade da associação sobre custas processuais e honorários advocatícios, rejeitado o pedido de AJG’.

Em outra ocasião, o Tribunal de Justiça do Paraná também impediu o prosseguimento de ação civil pública, por perceber, a partir do exame dos atos constitutivos do instituto autor, que seus objetivos eram demasiadamente amplos, atribuindo-lhe uma função ‘quase institucional, como se fosse uma espécie de Ministério Público, defendendo e fiscalizando a sociedade, o que é impossível e ilegal’. 8. Do voto do Relator, extrai-se:

Analizando pormenorizadamente a Ata da Assembléia Geral do apelante, verifica-se que este possui diversos objetivos, que vão desde promover cooperação entre organizações congêneres, passando pela formação de agentes sociais e finalizando na proteção de interesse de poupadores, conforme se vê às f. 20-21, (...) Assim, seus objetivos lavrados na ata, simplesmente abarcam uma enorme gama de Direitos, numa espécie de metralhadora giratória, qual não lhe pode dar a qualidade de associação criada para defender os interesses dos poupadores, como seria necessário.

Trata-se de tímidas atuações do Poder Judiciário na busca pelo melhor aproveitamento de ações coletivas. Postura que, aliás, deve guiar não só a análise da legitimação ativa

para a propositura dessas demandas, como também a aplicação e interpretação de todos os dispositivos voltados à tutela coletiva.”

Verifica-se, então, que a generalidade da representatividade da associação autora é desarrazoada, sendo criada no intuito de defender qualquer interesse, o que desnatura a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Diante disto, ainda que se admita que esteja ela agindo como substituta processual, e não como representante de seus associados, carece de legitimidade para aforar a ação coletiva presente, eis que não há pertinência temática efetiva entre os seus objetivos específicos e aqueles discutidos nos autos.

Foi exatamente este o entendimento exarado por este Tribunal. Vejamos:

*“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL, CASO EM QUE É NECESSÁRIA EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS, OU COMO SUBSTITUTA PROCESSUAL, QUE INDEPENDE DA AUTORIZAÇÃO, MAS EXIGE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – ART. 5º, § 3º, LACP – IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE LITISCONSORTE ATIVO ULTERIOR – PRELIMINAR ACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA, COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO FEITO. Para que uma associação tenha legitimidade para ajuizar uma ação civil pública, deve preencher dois requisitos legais: (i) a constituição há mais de um ano; (ii) a finalidade de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico pertinência temática. A substituição processual (legitimação extraordinária) e a representação processual distinguem-se porque, nesta, o representante age em nome do representado, na defesa de direito alheio, integrando assim, a capacidade jurídica, ao passo que, naquela, o substituto é parte da relação processual e, portanto, age em nome próprio pleiteando direito alheio. Atuando a associação na qualidade de substituta processual, afigura-se dispensável a autorização de seus associados para o exercício do direito de ação. A generalidade da representatividade da associação autora, porque criada no intuito de defender qualquer interesse, impede a sua atuação judicial específica, dada a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Não é possível a substituição da associação no polo ativo da ação coletiva pelo Ministério Público ou por entidade congênere, se a extinção da ação se dá por ilegitimidade daquela, eis que a lei o permite apenas para casos de desistência ou de abandono da causa (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 – LACP) e, no caso, o Ministério Público não se habilitou nem atuou como litisconsorte ativo, mas apenas como *custus legis*.” (TJMS. Apelação Cível nº 0815351-45.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 10/09/2018, p: 12/09/2018)*

Neste contexto, o IDEPT não possuía legitimidade para propor a ação originária, uma vez que, conforme entendimento já sedimentado do STJ, o objeto da ação foge completamente de sua finalidade institucional, não sendo possível admitir que estipulações genéricas de seu estatuto a autorizem a ajuizar qualquer demanda coletiva, restando violado o art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973, vigente na época da prolação do acórdão rescindendo.

Impossível, esclareço desde já, admitir-se o Ministério Público Estadual ou outra associação congênere para o prosseguimento da ação.

Tal seria possível se ocorresse abandono da causa ou desistência da ação pela dita associação, na forma do art. 5º, § 3º, da LACP, mas aqui, o que se dá, é a ilegitimidade ativa da associação, que compõe uma das condições da ação, se não a mais importante dela.

Não se descure que o Ministério Público Estadual não participou da ação como litisconsorte ativo, além do que não pleiteou nem assumiu esta condição antes de estabilizada a lide, tendo participado, apenas, como *custus legis*, de forma que destaco, apenas a título de esclarecimento, que não pode legitimar-se para ação em substituição àquela que legitimada para ela não o é.

Dispositivo

Por tais razões, julgo procedente a presente ação rescisória por violação ao art. 267, VI, do CPC/73 (correspondente ao art. 485, VI, do CPC/15) - segundo o qual o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, tal como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual - a fim de julgar extinta Ação Civil Pública nº 002567-56.2009.8.12.0021, sem resolução do mérito.

Via de consequência, determino a restituição do depósito previsto no art. 968, II, do CPC, ficando a requerida isento dos ônus da sucumbência, em virtude na não comprovação da má-fé desta (art. 18, LACP)

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para 03.02.20, em face do pedido de vista do juiz Cavassa, após o relator julgar procedente a ação. Os demais aguardam.

VOTO (03/02/2020)

O Sr. Dr. Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (2º vogal)

Peço vênia para discordar do eminente relator, Des. João Maria Lós.

Trata-se de ação rescisória, proposta por Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A em face do IDEPT - Instituto Direito e Educação para Todos, objetivando desconstituir acórdão que confirmou a sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 002567-56.2009.8.12.0021, a qual julgou parcialmente procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

“(...) Diante de todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para:

a) determinar que a Enersul apresente em 15 dias do trânsito em julgado, independentemente de nova intimação, uma relação discriminada em que conste:

- os nomes completos dos usuários do serviço público das unidades consumidoras do grupo B localizadas em área rural desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- os valores pagos mês a mês por estes usuários desde o dia 30/04/2004 até a presente data;

- a informação referente à forma de faturamento, se foi pela média ou se foi pela leitura do consumo; - os valores correspondentes ao custo de disponibilidade (ou valores mínimos) para as referidas e respectivas unidades consumidoras;

b) condenar a Enersul a restituir aos consumidores lesados, no período excluído da prescrição, ou seja, de 30/04/2004 em diante, todo pagamento feito acima do mínimo, nos faturamentos realizados pela média de consumos anteriores e correspondentes ao terceiro mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 456/2000 e da Resolução da Aneel nº 479/2012 e do quarto mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 414/2010 (09/09/2010 a 03/04/2012). Incidirá sobre os valores da restituição a correção monetária pelo IGPM a contar do pagamento e juros simples de 1% ao mês a contar da citação;

c) proibir a Enersul de repassar a indenização estabelecida nesta sentença para o cálculo do equilíbrio econômico financeiro. Hipóteses: - Caso a relação mencionada no item ‘a’ acima não seja apresentada na forma e no tempo determinados, serão consideradas verdadeiras as informações que os futuros exequentes derem na fase de cumprimento de sentença, cabendo a eles, neste caso, apresentarem, no mínimo, uma fatura de energia que comprove seu enquadramento na classificação de unidade consumidora do grupo B localizada em área rural. - Ainda na improvável hipótese de descumprimento da determinação acima pela Enersul, fica estabelecido que, no caso de inércia com a obrigação de apresentar a listagem acima mencionada, deverá ser dada ampla divulgação do direito reconhecido, mediante providências que serão custeadas pela requerida, sem prejuízo de outras medidas judiciais.

As providências são as seguintes:

I) divulgação no sítio da empresa, orientando os usuários a procurarem um advogado para executar a sentença prolatada nestes autos, com uma resumida noção do direito que lhes foi reconhecido. O texto deverá ocupar a primeira tela do sítio, em espaço não inferior a 20% da tela, com letras grandes e pelo prazo de 10 meses;

II) comunicação à OAB/MS para que repasse a todos os advogados, por e-mail ou outra forma, informação a respeito do direito aqui reconhecido e pronto para ser executado nas respectivas comarcas onde tem domicílio os beneficiados. – Caso haja disposição da Enersul em pagar a dívida com a dispensa da execução, poderá propor um cronograma detalhado de pagamento no prazo de 15 dias do trânsito em julgado da sentença, independentemente de intimação. Julgo extinto o processo nos termos do art. 269, I, CPC. Condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que, atento aos requisitos do art. 20, § 3º do CPC, fixo em 6% sobre o valor da causa. Fica a parte sucumbente ciente, desde já, que o descumprimento da sentença, no prazo superior a 15 dias, importará na incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC, independentemente de nova intimação (a sentença e eventual acórdão já são do conhecimento da parte quando da sua respectiva intimação, não se justificando uma segunda intimação).”

A recorrente alega, em síntese, que ao ser proferida sentença, opôs embargos de declaração, para o fim de esclarecer que a listagem dos “usuários do grupo B” – que estão localizados na zona rural, desde 30/04/2004 – deveria limitar-se àqueles filiados à associação, ou seja, os que deram autorização expressa à propositura da demanda.

Aduz que, o fato de a sentença não ter se restringido apenas aos filiados da IDEPT fere os precedentes do STF e STJ, ao argumento de que existem os limites subjetivos dos efeitos da sentença coletiva, pois esta não pode se estender a todos os consumidores rurais, mas apenas àqueles que constam como associados.

Afirma que ocorreram várias violações ao artigo 5º, X, XXXI e LV da CF, ao obrigar a Energisa a incentivar os consumidores rurais a lhe processarem.

Assevera que foram violados dispositivos de lei, vulnerando também os princípios constitucionais, quando a sentença autoriza a associação a representar toda a coletividade e não apenas os filiados da associação.

Alega a ofensa aos dispositivos do artigo 2º-A da Lei 9.494/97, que determina que deve haver a autorização expressa dos associados para a propositura da ação civil pública por associação, bem como, a afronta à ampla defesa, ferindo princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, por obrigar a autora divulgar em site a sentença condenatória para que seja executada contra si por toda a coletividade, o que entende ser incabível, não apenas por não ser obrigada a estimular tal conduta, mas principalmente por entender que a sentença proferida em favor de determinada associação encontra limites subjetivos.

Da mesma forma, argumenta que fere o artigo 37 da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 9.784/99, uma vez que restaram vulnerados os dispostos legais e constitucionais supracitados, bem como, pela impossibilidade de atendimento da sentença que se pretende rescindir, que determinou absurdamente a apresentação de uma lista de unidades consumidoras rurais, muito além daquelas que supostamente fazem parte da associação constante da lista que deveria ser fornecida pelo IDEPT, bem como a devolução de valores pagos acima do mínimo por todas as unidades rurais e ainda, a divulgação da sentença para que seja executada de forma generalizada é que foi proposta a presente demanda com pedido de tutela.

Menciona ainda a violação ao princípio da adstrição (art. 141 e 492 CPC); que não houve nenhuma conduta irregular demonstrada como praticada pela autora, mas a sentença apenas determina que, caso sejam apresentadas as faturas e nelas demonstrado que houve cobrança irregular e em desacordo com a leitura, deve ser condenada a ressarcir os prejuízos verificados.

Combate, por fim, o fato de que a ação originária refere-se a tema cujo debate foge à legitimidade do IDEPT, associação voltada à educação e não a unidades consumidoras rurais de energia.

Requeru, assim, o deferimento em caráter liminar da tutela provisória para impedir a execução do acórdão, sobrestando os efeitos da sentença rescindenda, suspendendo a cumprimento da sentença até o julgamento definitivo da presente ação, comunicando-se o MM. Juiz que preside o feito originário.

Ao final, pugnou pela desconstituição da decisão rescindenda, a fim de que outra seja proferida, julgando improcedente o pedido formulado na ação original, em razão da violação aos artigos mencionados, ou, ao menos, limitar o seu efeito do acórdão rescindendo apenas aos associados do réu que, ao tempo da propositura da ação civil pública, estavam filiados e autorizaram o seu ingresso.

Note-se que a ação rescisória foi proposta com base em suposta violação literal ao dispositivo de lei (artigo 966, V do CPC), sendo que no voto proferido pelo eminente relator foi reconhecido, de ofício, a ilegitimidade ativa da requerida para propor a ação originária.

Da legitimidade ativa da Associação IDEPT.

Já em relação à ilegitimidade reconhecida no voto do eminente relator, *data venia*, tenho que não deve prevalecer.

Com efeito, os legitimados ativos para a propositura da ação coletiva estão previstos no art. 5º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), bem como no art. 82 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Ambas as leis consideram aptos ao manejo da defesa coletiva dos consumidores em juízo, as associações civis constituídas a mais de um ano e que incluam dentre seus objetivos a defesa dos interesses e direitos do consumidor.

Assim, *data venia*, a afirmação feita pelo eminente relator de que: “*A generalidade da representatividade da associação autora, porque criada no intuito de defender qualquer interesse, impede a sua atuação judicial específica, dada a exigência de representatividade adequada do grupo lesado, não pode subsistir*” não se aplica ao presente caso.

Efetivamente, o requisito atinente à pertinência temática está presente, na medida em que o estatuto da associação ora requerida traz, em seu capítulo II, atinente à finalidade, o seguinte disposto:

“Art. 4º Constitui também finalidade do IDEPT *propor ações coletivas para salvaguarda de direitos metaindividuais nos termos do caput do art. 5º e incisos I e II da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, conforme preconiza o art. 82, IV, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, consistindo entre outros meios processuais e administrativos, a propositura de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)*

***II - ao consumidor (urbanos e rurais sem distinção).*”** (grifei)

Como visto alhures, dentre as finalidades precípua da associação é a de atuar na defesa das relações de consumo, propondo ações coletivas, perfazendo, desta maneira, o requisito relativo à representatividade e legitimidade adequada, lembrando-se que já tinha sido constituída há mais de um ano.

Dessa forma, não há falar em violação ao art. 5º, V, “b”, da Lei nº 7.347/85.

Por consequência, rejeito esta preliminar.

Da limitação dos efeitos do acórdão rescindendo.

Primeiramente, no que tange ao pedido para limitação dos efeitos do acórdão rescindendo apenas aos associados do requerido ao tempo da propositura da ação civil pública, tenho que não deve prosperar.

Com efeito, em se tratando de sentença coletiva, com destaque, no caso, para a proferida na Ação Civil Pública nº 0025467-56.2009.8.12.0001, legitimados estão todos os beneficiados por sua abrangência subjetiva, independentemente de prévia filiação ao autor da causa (IDEPT - Instituto Direito e Educação

para Todos), porquanto unidos pela relação jurídica base, consistente nos “usuários do grupo B” – que estão localizados na zona rural, desde 30/04/2004.

A condenação genérica imposta a autora Energisa determinou-lhe a inclusão de todos os usuários do grupo B.

Ao ordenar à requerente disponibilizar:

“ (...) os nomes completos dos usuários do serviço público das unidades consumidoras do grupo B localizadas em área rural desde o dia 30/04/2004 até a presente data; - os valores pagos mês a mês por estes usuários desde o dia 30/04/2004 até a presente data; - a informação referente à forma de faturamento, se foi pela média ou se foi pela leitura do consumo; - os valores correspondentes ao custo de disponibilidade (ou valores mínimos) para as referidas e respectivas unidades consumidoras; (...) a restituir aos consumidores lesados, no período excluído da prescrição, ou seja, de 30/04/2004 em diante, todo pagamento feito acima do mínimo, nos faturamentos realizados pela média de consumos anteriores e correspondentes ao terceiro mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 456/2000 e da Resolução da Aneel nº 479/2012 e do quarto mês consecutivo em diante para o espaço de vigência da Resolução da Aneel nº 414/2010 (09/09/2010 a 03/04/2012). Incidirá sobre os valores da restituição a correção monetária pelo IGPM a contar do pagamento e juros simples de 1% ao mês a contar da citação (...) verifica-se que o comando sentencial não autoriza compreensão excludente da legitimação ativa de qualquer dos usuários do serviço público das unidades consumidoras do grupo B.”

Logo, a situação retratada nos autos é de efetivação de direitos individuais homogêneos, com amparo no inciso III, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor:

“ (...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

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:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

(...).”

No mesmo sentido, o art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a sentença terá eficácia *erga omnes*.

A esse respeito, o art. 16, da Lei nº 7.347/85, dispõe:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Ricardo de Barros Leonel observa que:

“A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando

impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito.” (Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 259).

Da Doutrina de Hugo Nigro Mazzilli se apreende que:

“Tratando-se de interesses individuais homogêneos, a sentença de procedência, proferida em ação civil pública ou coletiva, admite tanto execução individual como coletiva.

(...)

O lesado individual pode integrar um grupo que compartilhe interesses individuais homogêneos. Nesse caso, se for beneficiado com a procedência da ação civil pública ou coletiva, cada integrante do grupo (o lesado ou seus sucessores) poderá promover a liquidação e execução da sentença pela parte que lhe toque.” (A defesa dos interesses difusos em juízo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 339).

Ainda, sobre o tema, Mônica Cecílio Rodrigues expende precisa lição:

“A sentença, em ações coletivas, esclarecerá os direitos e as obrigações, reconhecendo o dano, declarará a coletividade prejudicada, determinará o nexo causal e, por via de consequência, condenará o responsável ao dever de indenizar, às vezes, não determinando o ‘quantum’; e, se for o caso de ressarcimento, a direito individual homogêneo, caberá liquidação e execução individual da sentença coletiva, como permitem os arts. 97 e seguintes da Lei nº 8.078/1990.” (Da inadequação do artigo 475-B do Código de processo civil para cumprimento individual de determinadas sentenças coletivas. Repertório de Jurisprudência IOB nº 21/2010, V. III/681).

Assim, em razão da natureza coletiva da causa (ação civil pública) e dos efeitos *erga omnes* da r. sentença proferida, que são notórios, não se mostra lícito estabelecer condição subjetiva inaplicável e não prevista no título judicial, para a sua liquidação, em detrimento da coisa julgada que se formou naquele processo.

Note-se que em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido sobre a amplitude da eficácia do título judicial por não comportar restrição interpretativa que situe os filiados ao IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor como únicos beneficiários do seu comando, senão vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – POUPANÇA – EXPURGOS DO PLANO VERÃO – LEGITIMIDADE ATIVA – AÇÃO COLETIVA AJUIZADA PELO IDEC E FAVORÁVEL A TODOS OS POUPADORES, SEM LIMITAÇÃO TERRITORIAL – COISA JULGADA – SÚMULA 83/STJ – AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo a compreensão da Segunda Seção e da Corte Especial, os poupadores do Banco réu, ou seus sucessores, por força da coisa julgada, possuem legitimidade ativa para ajuizarem liquidação de sentença coletiva promovida para percepção dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança, no seu domicílio ou no Distrito Federal, independente de fazerem parte ou não dos quadros associativos da entidade. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo regimental improvido.”(AgRg. no AREsp. nº 600.850/SC, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, Acórdão publicado no DJe de 09/10/2015 - Destacamos).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C DO CPC – SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL) – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO) – EXECUÇÃO/

LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL – FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA – OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na Ação Civil Coletiva nº 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

2. Recurso especial não provido.” (REsp. nº 1.391.198/RS, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Acórdão publicado no DJe de 02/09/2014 - Destacamos).

O STJ ainda firmou o entendimento, naquela oportunidade, de que detêm legitimidade ativa para requererem o cumprimento individual daquela Sentença os poupadores ou seus sucessores - também por força da coisa julgada -, mesmo quando não sejam integrantes dos quadros associativos do Idec.

No caso em apreço, trata-se de assunto semelhante em que não houve restrição por parte da sentença e deve ela englobar não somente os associados mas todos aqueles usuários inseridos no grupo B que foram lesados em seu direito, nos termos da sentença.

Logo, deve ser afastada a alegação de que houve violação e ofensa ao art. 5º, XXI, da CF, e art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97.

Para finalizar, concluo dizendo que entendo, com a máxima vênia, ser tão flagrante a legitimidade da associação IDEPT que, embora o processo tivesse tramitado por tantos anos e nas duas instâncias, inclusive com o trânsito em julgado, essa matéria, sequer, foi objeto de insurgência por parte da Energisa que, ao propor esta ação rescisória, inova a causa de pedir, utilizando-se de argumentos que não foram suscitados na ação originária, o que, ao meu ver, inviabiliza o pleito, conforme entendimento também perfilhado pelo Ministério Público.

Mérito

Quanto ao mérito, a alegação da Energisa de que não praticou qualquer ato ilícito, em prejuízo dos consumidores da área rural, não podendo, deste modo, ser obrigada a indenizá-los ou ressarcir-los, já foi objeto de apreciação, inclusive em sede recursal, não podendo ser novamente analisado nesta ação, motivo pelo qual não se pode falar em ofensa aos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil.

Outrossim, a alegação de que houve ofensa ao art. 5º, X e LV da Constituição Federal, sob o argumento de que condenações alternativas, impostas pela decisão rescindenda, afronta sua imagem e reputação, bem como viola o princípio da ampla defesa, por obrigá-la a estimular o consumidor a executar o acórdão em seu prejuízo não merece prosperar, pois se houve comprovação de que a empresa obteve vantagem pecuniária indevida, nada mais justo do que ressarcir aqueles cuja cobrança foi excessiva.

No mesmo sentido, as discussões referentes à suposta violação ao princípio da adstrição (art. 2º, 128 e 460 do CPC) também representam simples discordância daquilo que foi decidido em sentença de mérito.

No entanto, vale aqui transcrever o que foi dito pelo Ministério Público às f. 971-972 sobre o assunto:

“É certo que o limite da sentença é o pedido do autor, o que consubstancia o princípio do dispositivo e da congruência, mas é preciso sopesar que o caso em comento versa sobre direitos coletivos, o que flexibiliza a aplicação desses princípios.

Isso porque, nas lides coletivas, vigora o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional, vislumbrando-se um posicionamento mais ativo do magistrado, que pode até mesmo julgar de ofício, por força do interesse público, fim de que seja alcançada a efetiva tutela do direito coletivo.

Neste sentido, é a lição do festejado Nelson Nery Júnior:

Matérias de ordem pública. A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC 128 e 460) é decorrência do princípio do dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública:

a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC 1º ao 51); cláusulas gerais (CC 2035, par. Único) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170, III e CC 1228, par. 1º) da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166 VII e 167)
b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, parágrafo 3º; 301 X; 301 par. 4º) incompetência absoluta (CPC 113, par 2º), impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares processuais alegáveis na contestação (CPC 301 e par. 4º); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, par. único) (...).

Oportuno também destacar o escólio de Gregório Assagra:

(...)

Pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, observa-se que, para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de ação procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Com efeito, cabe ação de conhecimento, como todos os tipos de provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental), ação de execução em todas as suas espécies, ação cautelar e respectivas medidas pertinentes. Cabe inclusive a antecipação da tutela jurisdicional no processo coletivo de execução (art. 83 do CDC, c/c art. 21 da LACP e art. 66 da lei 8884/94). (...)

Sendo assim, diante da relevância do direito tutelado, justifica-se um comportamento proativo do juiz, relativizando, como dito alhures, os princípios do dispositivo e da congruência. Por conseguinte, observando-se que a decisão objurgada não se afastou do contexto da demanda, fornecendo provimento jurisdicional correlato ao que foi pedido na inicial, em sede de antecipação de tutela, não há que se falar em decisão ultra/extra petita.

Corroborando, impende colacionar os seguintes julgados, in verbis:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSUMIDOR – DIREITO COLETIVO STRICTO SENSU – PREFACIAL DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

*Com efeito, na sistemática processual e constitucional vigente o Ministério Público é parte legítima para propositura de ações civis públicas que visem a defesa de interesses dos consumidores quando de natureza transindividual, quais sejam: difusos, coletivos strictu sensu e individual homogêneo – **JULGAMENTO ULTRA OU EXTRA PETITA – CORRELAÇÃO DA SENTENÇA COM O PEDIDO INICIAL – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO**. Nos termos do art. 460 do CPC é vedado ao magistrado proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, além ou aquém do requerido, em observância ao princípio do dispositivo. Sendo assim, não há que se falar em julgamento ultra ou extra petita no caso em tela, porquanto o provimento jurisdicional simplesmente acolheu parcialmente os pedidos firmados na vestibular. Ademais, em lides consumeristas o direito*

tutelado é de ordem pública, podendo, pois, ser examinado de ofício, sem caracterização de julgamento além do pedido. (grifos apócrifos).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – EXECUÇÃO, LIQUIDAÇÃO OU AMORTIZAÇÃO DE SALDO DEVEDOR DE EMPRÉSTIMO DE MÚTUO (CONSIGNAÇÃO) MEDIANTE O DÉBITO DIRETO EM CONTA CORRENTE OU CONTA-SALÁRIO DO MUTUÁRIO – ABUSIVIDADE – OCORRÊNCIA – NULIDADE PLENA – RESSALVA DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO ART. 6º DA LEI Nº 10.820/2003, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.953/2004 – OBSERVÂNCIA DA LIMITAÇÃO LEGAL – DIREITO COLETIVO STRICTO SENSU – INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL PREVISTA NO ART. 16 DA LEI 7.374/85 – PRAZO PRESCRICIONAL – APLICAÇÃO DO ART – 178 DO CÓDIGO CIVIL – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE JULGAMENTO EXTRA PETITA E DE IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

I - Em se tratando de ação civil pública, amparada no argumento de abusividade de cláusula inserida em contrato de mútuo celebrado entre a Caixa Econômica Federal e seus correntistas, resta caracterizada, na espécie, a adequação da via eleita, por se tratar de lesão oriunda de relações jurídicas da mesma natureza (contratos bancários) sujeitos a uma obrigação contratual tida por abusiva, a revelar que se trata de interesses individuais homogêneos (subespécie de interesses coletivos), para os quais o Ministério Público está legitimado a defender, podendo lançar mão, para essa finalidade, da ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, inciso III; Lei Complementar nº. 75/93, arts. 5º, inciso I, alíneas c e e, e 6º, incisos VII, alíneas c e d, XII e XIV, alíneas a, b e c; e Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), arts. 81 e 82, inciso I). Rejeição da preliminar de inadequação da via eleita.

II - Inserindo-se a tutela jurisdicional constante do julgado no contexto do pedido deduzido na inicial, como no caso, não se configura a ocorrência do alegado julgamento extra petita. Preliminar rejeitada.

(...). (grifos apócrifos).

Com efeito, razão não assiste à requerente.”

Quanto à alegação de que seria um abalo à imagem da empresa se expor publicamente, mutilando sua honra, para veicular anúncio em seu site convidando seus consumidores a lhe processarem, deve ser ressaltado que a medida foi determinada somente em caso de descumprimento em relação ao item “a” da parte dispositiva da sentença rescindenda, não caracterizando abuso ou abalo em sua imagem.

Portanto, não havendo comprovação da existência de qualquer violação à dispositivo legal, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Parte dispositiva.

Em face do exposto, com a devida vênia, divirjo do voto do e. relator para julgar improcedentes os pedidos formulados nesta ação rescisória, proposta por Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A em face do IDEPT - Instituto Direito e Educação para Todos, revogando-se a tutela de urgência concedida às f. 778-782.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares. No mérito, por maioria, nos termos do voto do relator, acompanhado do 1º e 3ª vogais, julgaram procedente a ação, vencidos os 2º e 4º vogais, que julgavam improcedente, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento nº 1414508-92.2019.8.12.0000 - Amambai

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – JUIZ PRIMÁRIO REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, MAS RECONHECEU A INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR – ALEGAÇÃO SOBRE A INAPLICABILIDADE DO CDC E QUE EXECUTADOS NÃO SÃO HIPOSSUFICIENTES – DECISÃO PRIMÁRIA MANTIDA – PEQUENO PRODUTOR RURAL – VULNERABILIDADE – FORNECEDORA DE CRÉDITO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL ENTRE COOPERATIVA DE CRÉDITO E COOPERADO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COOPERATIVAS DE CRÉDITO SÃO EQUIPARADAS A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 19 de dezembro de 2019

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

C. Vale - Cooperativa Agroindustrial interpôs agravo de instrumento em face de Raquel Flores Pinto e outro, insurgindo-se contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Amambai/MS que, na Execução de Título Extrajudicial nº 0801283-86.2012.8.12.0004, ao rejeitar a exceção de pré-executividade, reconheceu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Alega que, apesar de rejeitar a exceção de pré-executividade oposta pelos agravados, equivocadamente o magistrado de piso reconheceu a aplicação do Código do Consumidor ao caso. Assevera que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias, são unânimes ao reconhecer a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos envolvendo cooperativas e seus cooperados. Defende que se aplica ao caso o regramento contido na Lei de Cooperativas (nº 5764/1971).

Pondera que os agravados não são vulneráveis ou hipossuficientes em relação à cooperativa, vez que exercem diuturnamente a atividade agrícola, tendo pleno domínio dos negócios jurídicos entabulados com a agravante, mormente quando se observa que os títulos que são objeto da execução de origem não contemplam qualquer tipo de encargo que possa caracterizar exercício de predomínio da agravante em relação aos devedores.

Explica que o cooperado é o destinatário dos serviços prestados pela cooperativa ao mesmo tempo em que desta é sócio; que, em razão dessa relação cooperado/cooperativa, denominada ato cooperativo, nos termos do artigo 79, da Lei 5.764/71, não se pode dizer que a sociedade é uma fornecedora, já que aquele ato

ocorre no âmbito interno das cooperativas. Destaca que os agravados não são destinatários finais dos produtos obtidos junto à cooperativa.

Pede pelo provimento do recurso, para que seja afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Contraminuta às f. 412-417, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

C. Vale - Cooperativa Agroindustrial interpôs agravo de instrumento em face de Raquel Flores Pinto e outro, insurgindo-se contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Amambai/MS que, na Execução de Título Extrajudicial nº 0801283-86.2012.8.12.0004, ao rejeitar a exceção de pré-executividade, reconheceu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O agravo de instrumento preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos, foi interposto dentro do prazo legal, com o recolhimento do respectivo preparo efetivado às f. 12-14.

Pois bem.

A controvérsia reside na aplicabilidade (ou inaplicabilidade) do Código do Consumidor à demanda.

Sustenta a embargada, ora apelante, a fim de afastar a aplicabilidade do código de defesa do consumidor no caso dos autos, que, na relação cooperado/cooperativa, não se pode dizer que a sociedade é uma fornecedora; que no conceito de consumidor não se enquadra a figura do cooperado (que é um associado e, portanto, um dos seus donos, havendo, entre ambos relação civil, não de consumo); que os agravados não são consumidores finais.

Não obstante as alegações supra, é certo que a relação jurídica noticiada nos autos advém de um contrato de crédito rural formalizado pelas partes. Nesse caso, a agravante exerceu atividade tipicamente financeira, subsumindo-se no conceito de fornecedor de serviços (art. 3º, *caput*, do CDC) – assim considerado “(...) qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.” (art. 3º, § 2º, CDC).

Nesse prisma, as cooperativas de crédito, embora não sejam consideradas instituições financeiras, são equiparadas a estas, por força do que dispõe o art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/64, de modo que estão sujeitas às regras gerais que disciplinam o sistema financeiro nacional.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as disposições do Código Consumerista são aplicáveis às relações existentes entre cooperados e cooperativas, especialmente aquelas que desenvolvem atividades relacionadas com a concessão de crédito, porquanto equiparadas às instituições financeiras.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO – COOPERATIVA DE CRÉDITO – CÓDIGO DO CONSUMIDOR – APLICAÇÃO – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR – SÚMULA Nº 259/STJ – PEDIDO GENÉRICO – DECADÊNCIA – PRAZO DO ART. 26 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de se admitir a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações travadas entre cooperados e cooperativas, especialmente aquelas que desenvolvem atividades relacionadas com a concessão de crédito, porquanto equiparadas às instituições financeiras. 2. Nos termos da Súmula nº 259/STJ, é possível o ajuizamento de ação de prestação de contas pelo titular da

conta corrente. 3. No ajuizamento de ação de prestação de contas pelo titular da contracorrente, independentemente do fornecimento pela instituição financeira de extratos detalhados, é certo que o pedido de referida demanda não pode ser genérico, porquanto deve, ao menos, especificar o período e quais movimentações financeiras busca esclarecimentos, o que não ocorreu no presente caso. 4. Nos termos da Súmula nº 477/STJ, a decadência do art. 26 do CDC é inaplicável à prestação de contas. 5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 560.813/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 28/08/2017). (destaquei)

O entendimento deste e. Tribunal de Justiça caminha no mesmo sentido:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO – RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL ENTRE COOPERATIVA DE CRÉDITO E COOPERADO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE AUTORA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Nos casos em que o consumidor for hipossuficiente é oportuna a aplicação da inversão do ônus da prova, consoante art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1402891-72.2018.8.12.0000, Caarapó, 1ª Câmara Cível, Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 06/02/2019, p: 08/02/2019). (destaquei)

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL ENTRE COOPERATIVA DE CRÉDITO E COOPERADO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSÍVEL – INEXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE ÔNUS PROBATÓRIO IMPOSSÍVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I- A proteção prevista no art. 6º, VIII, do CODECON, que autoriza a inversão do ônus da prova em detrimento do fornecedor de produtos e serviços financeiros, para facilitação da defesa dos direitos do consumidor, deve ser assegurada em relação jurídica de direito material firmada entre cooperativa de crédito e cooperado. II- Se a cooperativa pode se valer de inúmeros elementos de prova para, enfim, demonstrar a regularidade das tratativas reputadas viciadas pelo cooperado, a exemplo do depoimento de testemunhas ou prepostos, ou gravações audiovisuais de seu sistema de segurança, evidentemente que a inversão do ônus da prova não importa em imposição de dever probatório impossível ou excessivamente difícil.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1409887-23.2017.8.12.0000, Sidrolândia, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 28/11/2017, p: 09/01/2018). (destaquei)

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM DECLARATÓRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO – COOPERATIVA DE CRÉDITO – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – AFASTADA – EQUIPARAÇÃO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA AO CONSUMIDOR ÀS COOPERATIVAS DE CRÉDITO – LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS – SÚMULA VINCULANTE Nº 7 DO STF – INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 539 E 541 DO STJ – JUROS LIMITADOS CONFORME A TABELA DO BANCO CENTRAL (BACEN) – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO EXPRESSAMENTE PACTUADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDAMENTE FIXADOS – ÔNUS SUCUMBENCIAIS DEVIDAMENTE DISTRIBUÍDOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA DAS PARTES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. As cooperativas de crédito, embora não sejam consideradas instituições financeiras, são equiparadas a estas, por força do que dispõe o art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/64, de modo que estão sujeitas as regras gerais que disciplinam o sistema financeiro nacional. As normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às cooperativas de crédito. (...).” (TJMS. Apelação Cível nº 0800324-30.2013.8.12.0021, Três Lagoas, Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017, Relator Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 13/07/2017, p: 24/07/2017). (destaquei)

Nesse contexto, aplica-se os termos do enunciado da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto estabelece que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

Outrossim, infere-se do Título Extrajudicial que não se trata de grande produtor rural, mas de atividade em pequena escala, de forma que a vulnerabilidade resta constatada.

Confira-se jurisprudência:

*“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PROTESTO INDEVIDO DO NOME DO AUTOR – **APLICABILIDADE DO CDC – MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA – PEQUENO PRODUTOR RURAL** – RESPONSABILIDADE DO BANCO REQUERIDO – ALEGAÇÃO DE ENDOSSO-MANDATO – NÃO COMPROVADO – PRESUNÇÃO QUE HOUVE ENDOSSO-TRANSLATIVO – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PROVIDO. No presente caso, incide as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, isso porque embora o autor, pequeno produtor rural, não seja destinatário final do produto ou serviço, encontra-se em situação de vulnerabilidade frente ao fornecedor. Apesar do banco requerido sustentar sua condição de mero mandatário, deixou de colacionar aos autos documentos capazes de comprovar essa circunstância, ônus que lhe competia. (...)”* (TJMS. Apelação Cível nº 0817011-45.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Eduardo Machado Rocha, j: 06/02/2018, p: 15/02/2018). (destaquei)

*“APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE AFASTADA – **PEQUENO PRODUTOR RURAL – COOPERATIVA DE CRÉDITO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL AUTORIZADA A OPERAR COMO FORNECEDORA DE CRÉDITO – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS NEGÓCIOS PARA FOMENTO DA ATIVIDADE – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – APLICAÇÃO DO CDC – JUROS REMUNERATÓRIOS – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS – SÚMULA 539 DO STJ – TEORIA DO DUODÉCUPLO – SÚMULA 541 DO STJ – MULTA DE MORA – CONTRATO CELEBRADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.298/96 – LIMITAÇÃO EM 2% – ART. 52, § 1º, DO CDC – SÚMULA 285 DO STJ – PRECEDENTES ESPECÍFICOS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA DISFARÇADA – CUMULAÇÃO VEDADA – SÚMULA 472 DO STJ – NECESSIDADE DE ISOLAMENTO E LIMITAÇÃO À MÉDIA DO MERCADO OU AO PATAMAR DOS JUROS REMUNERATÓRIOS ACRESCIDO DE JUROS DE 1% AO MÊS E DE MULTA DE 2%, AQUILO QUE FOR MENOR – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA – CONDENAÇÃO AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”*** (TJSP. Apelação Cível 1000508-76.2017.8.26.0698; Relator Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pirangi - Vara Única; Data do Julgamento: 14/02/2019; Data de Registro: 15/02/2019). (destaquei)

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto, contudo, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão primária.

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. Alexandre Bastos

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, 19 de dezembro de 2019.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento nº 1414081-95.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ADOÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS – SUSPENSÃO DA CNH – BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA EFETIVIDADE – PROVIDÊNCIAS QUE IMPLICAM EM RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DO DEVEDOR – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

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 maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que dava provimento.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da cidade de Dourados que, nos autos de cumprimento de sentença apresentado em desfavor de Edcarlo Medeiros de Azevedo, indeferiu o pedido de bloqueio dos cartões de crédito e apreensão da carteira nacional de habilitação do executado.

Sustenta ser possível a realização de medidas coercitivas atípicas para o cumprimento de ordem judicial, com base no que dispõe o artigo 139, inciso IV, do CPC.

Alega que, infrutíferas todas as medidas anteriormente tomadas, com o objetivo de localizar bens passíveis de penhora em nome do devedor, justifica-se a adoção das respectivas providências como forma de compeli-lo a proceder o pagamento do débito.

Aduz que o bloqueio dos cartões de crédito e a apreensão da carteira nacional de habilitação do executado é medida imprescindível para a satisfação da obrigação, uma vez que todas as diligências executórias típicas já foram realizadas sem qualquer sucesso.

Ressalta o interesse público na solução efetiva da contenda e o vultoso valor devido.

Prequestiona o artigo 139, inciso IV, do CPC.

Pede, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Sem contraminuta.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da cidade de Dourados que, nos autos de cumprimento de sentença apresentado em desfavor de Edcarlo Medeiros de Azevedo, indeferiu o pedido de bloqueio dos cartões de crédito e apreensão da carteira nacional de habilitação do executado.

Inicialmente, ressalto que o agravo de instrumento preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos, foi interposto dentro do prazo legal, sendo dispensado o recolhimento do preparo.

O agravante, em síntese, em razão da ausência de pagamento voluntário do débito e da inexistência de localização de bens passíveis de penhora, pretende a suspensão da carteira nacional de habilitação e dos cartões de crédito do executado, como forma de impelir à quitação total da dívida perseguida no cumprimento de sentença.

Com efeito, as medidas coercitivas atípicas encontram-se previstas no artigo 139, inciso IV, do Estatuto Processual Civil, *in verbis*:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...).”

Na hipótese, não obstante terem sido infrutíferas as tentativas de localização de bens passíveis de constrição, verifica-se que não merece prosperar o pleito de suspensão do direito de dirigir e de bloqueio dos cartões de crédito do agravado, haja vista que, além de serem providências manifestamente desproporcionais, não guardam relação com o resultado prático almejado na demanda, qual seja, a satisfação do débito junto ao credor.

Conquanto as respectivas medidas tenham caráter coercitivo, ofendem, a toda evidência, o direito de locomoção e circulação da parte agravada, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XV da CF/88, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade e da menor onerosidade da execução, principalmente porque a suspensão dos cartões de crédito poderá importar em óbice no atendimento das necessidades básicas do recorrido.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS AO EXECUTADO – SUSPENSÃO DA CNH – CANCELAMENTO/SUSPENSÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE – SANÇÃO PROCESSUAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A autorização de meios coercitivos atípicos é medida excepcional e somente deve ser adotada em razão do esgotamento e da ineficácia dos meios executivos típicos, caso contrário configura-se sanção processual, o que não é permitido.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1413923-74.2018.8.12.0000 - Dourados; 3ª Câmara Cível; Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; j: 04/04/2019; p: 08/04/2019)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – COBRANÇA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SUSPENSÃO DA CNH E BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITOS DA PARTE EXECUTADA – INADMISSIBILIDADE – MEDIDAS DESPROPORCIONAIS PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO, E CONSTITUEM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – ARTIGOS 8º, 139, INCISO

IV E 805, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ARTIGO 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO IMPROVIDO.” (TJSP. Agravo de Instrumento 2009303-43.2019.8.26.0000; Relator: Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 20ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2019; Data de Registro: 25/04/2019) (g.n.)

Nesse contexto e em observância ao princípio da responsabilidade patrimonial - artigo 789 do CPC, pelo qual as obrigações devem ser adimplidas com o patrimônio do devedor e não com sua liberdade ou com a limitação de direitos, necessário que o agravante procure outras formas, que sejam efetivas, para o pagamento do crédito exigido.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, todavia nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (1º vogal)

Trata-se de agravo de instrumento em que se pretende a determinação de medidas coercitivas atípicas (CPC, art. 139, inciso IV) consistentes no bloqueio dos cartões de crédito e na apreensão da carteira nacional de habilitação do agravado/executado, objetivando a satisfação da obrigação sob a assertiva de que todas as diligências executórias típicas já foram realizadas sem qualquer sucesso.

Verte-se dos autos que o i. relator negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão agravada, que indeferiu o pedido de bloqueio dos cartões de crédito e apreensão da carteira nacional de habilitação do agravado/executado, sob o fundamento, em síntese, de que traduzem *“providências manifestamente desproporcionais, não guardam relação com o resultado prático almejado na demanda, qual seja, a satisfação do débito junto ao credor”* – sendo acompanhado pelo 2º vogal, i. Desembargador Sideni Soncini Pimentel.

Em vista disso, objetivando manter-me coerente com o entendimento que venho adotando em situações análogas, pedi vênias ao ilustre relator para divergir e sustentar o meu posicionamento, nos seguintes termos.

Pois bem. A questão jurídica reside nos limites da utilização das medidas coercitivas para efetivação da tutela jurisdicional ou, juridicamente falando, da proporcionalidade e da razoabilidade na escolha das medidas de apoio, nos termos exigidos no art. 8º do CPC, ao dispor que *“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”*

Proporcionalidade esta, que anda de mãos dadas com a decisão justa e efetiva do art. 6º do CPC: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”*

E já adianto que em um cumprimento de sentença onde se busca a satisfação de uma obrigação cuja inadimplência já se arrasta por aproximadamente 7 (sete) anos, a proporcionalidade, razoabilidade e justeza e efetividade deve voltar os olhos para o credor e não para o devedor.

Tutelar o ‘errado da história’ é, com todo respeito a entendimento diverso, andar na contramão da efetividade da tutela jurisdicional. E aqui é que se somam forças entre o sujeito imparcial do processo e o ‘correto da história’ para que tomem medidas que efetivem a satisfação da obrigação¹, de onde decorre do princípio da cooperação já anotado no capítulo anterior.

1 “A ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais. A esse esforço ou arte, os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 denominavam terapêutica jurídica” (DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15).

E forte nestas premissas da proporcionalidade, razoabilidade, justiça, efetividade e cooperação entre as partes da relação processual é que surge o Judiciário, a fim de que dê meios para que com o credor, pelo diálogo das fontes, haja satisfação desta obrigação que vem sendo resistida por quase uma década.

E não há outra forma de efetivar tais premissas sem dizer que nos pratos afilados da balança deve sopesar o interesse do credor, se, em pé de igualdade, conflitar com os interesses do devedor.

Veja-se pelo STJ:

“A execução deve ser feita no interesse do credor (...)” (AgRg na MC 14898/SP. Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. DJe 19/02/2009).

“A execução cumpre-se no interesse do credor (...)” (REsp 976721/AL. Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. DJe 17/11/2008).

E nem se diga que este entendimento traduz negativa de vigência ao art. 805 do CPC, o qual prevê a regra de utilização de *“meios menos gravoso ao devedor”*, vez que esse dispositivo deve ser aplicado no caso de abuso de direito por parte do credor em busca da satisfação de sua obrigação.

De outro lado, estando credor e devedor em pé de igualdade, não vejo qualquer espaço para aplicação do art. 805 do CPC, uma vez que o interesse a ser buscado é o do credor. Até porque, se o credor tem direitos, então, impor obrigações ao mesmo é, pelas portas dos fundos, dificultar o exercício deste direito e ao mesmo tutelar o devedor.

E nem se diga, também, que não cabe aplicar punição na pessoa do devedor diante da intangibilidade da vontade humana.

Isso porque, não se está aplicando pena corporal por meio das medidas executivas atípicas, mas, sim, empregando-se pressão ao devedor para que ele – sofrendo restrição em sua vida social – seja estimulado a efetuar o pagamento.

Aliás, o sistema jurídico assim o faz há tempos, como pode ser visto com o protesto, com a negativação do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, onde se atinge a essência do direito de personalidade do devedor, ou seja, seu próprio nome!

E mais: quer pressão maior do que a previsão expressa de prisão do devedor de alimentos (art. 525 do CPC), ou seja, o sistema jurídico adota a satisfação de obrigação alimentar em detrimento da garantia constitucional do direito de ir e vir, o que serve como muro de arrimo para adotar a proporcionalidade e razoabilidade da utilização das medidas executivas atípicas, nos termos do art. 8º do CPC.

E isso ocorre porque há interesses a serem pesados nos pratos da balança da justiça, que autorizam a imposição de restrições ou mitigações no direito de personalidade, sendo o que ocorre, também, com as medidas executivas atípicas.

E é nesse prisma que o bloqueio dos cartões de crédito e apreensão da carteira nacional de habilitação – pretendidos pelo agravante – revelam-se como medidas justas e efetivas, já que põem pressão no devedor, a fim de que haja o interesse inverso, ou seja, não mais tenha interesse pela protelação, mas, sim, pela satisfação, nos limites do art. 139, IV do CPC.

Certo que elas não satisfazem de pronto, mas incomodam e provocam o devedor, e não mais ao credor, na direção da satisfação da pendência.

Ainda que levando em conta os interesses do credor, parece-me que haverá limitação para as medidas de apoio que esbarrem no estrangulamento de garantias fundamentais da Constituição Federal, o que inclui o direito de ir e vir.

É cediço que o legislador não tolera que o devedor não utilize a “sobra” para satisfação de suas obrigações, e assim o faz no rol dos bens impenhoráveis, em se permitindo a penhora diante do excesso ou tal sobra.

Veja o inciso II, III, IV, X e § 2º, todos do art. 833 do CPC, sobre a não tolerância à sobra:

“Art. 833. São impenhoráveis:

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.”

E neste mesmo fundamento da sobra de crédito que estou revendo meu entendimento e propondo acolher a tese de que inclui no rol das medidas executivas atípicas do art. 139, IV do CPC, a utilização de cartão de crédito, já que as regra jurídicas devem somar e, não, serem excludentes uma das outras; ou seja, de nada adiante o legislador prever o protesto (art. 517, art. 726, § 2º, ambos do CPC e artigo 29 da Lei nº 9.492/97), averbação da execução (art. 799, § 2º e art. 828 e art. 844, todos do CPC) e negativação do nome do devedor (art. 43 do CDC) para se evitar que tenha crédito na praça, se pelas portas dos fundos, o devedor consegue crédito pela via do cartão de crédito.

Até porque, também, crédito equivale à sobra e, na execução, o legislador não tolera sinais de fortuna do devedor, como pode ser visto pela penhora de bens pessoais, bem assim de móveis da residência que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, nos termos do inciso II e III do art. 833 do CPC.

Digno de nota, que não estou aqui a dizer que essas limitações acima sejam absolutas, mas, sim, que para este caso posto à apreciação, por enquanto, essas medidas possam promover pressão à satisfação obrigação.

Nesse sentido, venho decidindo, conforme pode ser visto do Agravo de Instrumento nº 1400811-04.2019.8.12.0000, *in verbis*:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PEDIDO DE INFORMAÇÕES AO JUDICIÁRIO EM VISTA DE BENS DO EXECUTADO – ACOLHIDO – ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS PARA FORÇAR A SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO, TAIS COMO, APREENSÃO DE CNH, VIAGENS AÉREAS MEDIANTE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO E BLOQUEIO DO CARTÃO DE CRÉDITO – ACOLHIDAS – HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO – AFASTADO POR NÃO CONSTAR NA DECISÃO RECORRIDA – PENHORA DE 30% DO SALÁRIO DO DEVEDOR – AFASTADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Intensifica o princípio da cooperação (art. 6º do CPC) entre o juiz em auxiliando à localização de bens do devedor a fim de que a execução possa ‘render’

(de forma subsidiária, repita-se). II - Inclusive, a cooperação entre os participantes para obtenção de informações é confirmada pela regra do art. 773 do CPC. Por interpretação a fortiori (quem pode o mais pode o menos), se o CPC permite a obtenção de informações sigilosas, a consulta ao INFOJUD para que indique os bens em nome do devedor (o que não é quebra de sigilo bancário, mas sim, indicação de bens declarados, até porque em relação aos bens imóveis estão anotados pela publicidade do cartório) esta hipótese não pode ser indiferente. III - Até porque também, de nada adianta a Constituição Federal assegurar o livre acesso ao judiciário ou direito de ação constitucional, no inciso XXXV do art. 5º, se o Judiciário não der meios para que esta garantia seja efetivada para o direito de ação no plano processual, mormente, para que o processo ande e se faça render com a satisfação da obrigação. IV - Levando-se em conta a proporcionalidade, razoabilidade, justiça, efetividade e cooperação entre as partes da relação processual (art. 6º e art. 8º, ambos do CPC) é que surge o Judiciário, a fim de que dê meios para que com o credor, pelo diálogo das fontes, haja satisfação desta obrigação que vem sendo resistida desde dezembro de 2010 (somente em relação ao início da execução). V - E não há outra forma de se dar rendimento a estas premissas sem dizer que nos pratos afilados da balança deve sopesar o interesse do credor, se em pé de igualdade conflitar com os interesses do devedor, e é neste ponto que a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação – CNH e a proibição de emissão de bilhete de passagem aérea sem prévia autorização do juízo da execução surgem como medida justa e efetiva, já que são medidas que põem pressão no devedor, a fim de que haja o interesse inverso, ou seja, não mais tenha interesse pela protelação, mas sim, pela satisfação, nos termos do art. 139, IV do CPC. VI – Revela-se como proporcional e razoável, nos termos do art. 8º do CPC, a inclusão no rol das medidas executivas atípicas do art. 139, IV do CPC, o bloqueio de cartão de crédito, já que as regras jurídicas devem somar e, não, serem excludentes uma das outras, ou seja, de nada adianta o legislador prever o protesto (art. 517, art. 726, § 2º, ambos do CPC e artigo 29 da Lei nº 9.492/97), averbação da execução (art. 799, § 2º e art. 828 e art. 844, todos do CPC) e negativação do nome do devedor (art. 43 do CDC) para se evitar que tenha crédito na praça, se pelas portas dos fundos, o devedor consegue crédito pela via do cartão de crédito. Até porque, crédito equivale a sobra e, na execução, o legislador não tolera sinais de fortuna do devedor, como pode ser visto pela penhora de bens pessoais, bem como, moveis da residência que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, nos termos do inciso II e III do art. 833 do CPC. VII - Pedido de homologação do laudo de avaliação do perito que não consta no capítulo da decisão recorrida de f. 29-31 e, portanto, a sua apreciação não pode ser feita por saltos, sob pena de supressão de instância e negativa de vigência ao efeito devolutivo por extensão dos recursos contido no caput do art. 1013 do CPC, bem como, improvido também, o pedido de bloqueio de 30% dos rendimentos do devedor, vez que não se admite a penhora de salário (art. 833, IV do CPC) e, este crédito, não adentra nas exceções desta impenhorabilidade (crédito alimentar, por exemplo). VIII – Recurso parcialmente provido.”

Vide, ainda, os Agravos de Instrumento nº 1406114-33.2018.8.12.0000, 1411276-72.2019.8.12.0000 e 1401145-38.2019.8.12.0000.

Ante o exposto, peço vênia ao ilustre relator e voto pelo provimento do presente agravo de instrumento para reformar a decisão agravada a fim de deferir o bloqueio dos cartões de crédito e a apreensão da carteira nacional de habilitação do agravado/executado.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que dava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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, 29 de janeiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível nº 0801538-65.2018.8.12.0026 - Bataguassu

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RELAÇÃO DE CONSUMO – CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA – SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR – ABUSIVIDADE – INVALIDEZ PERMANENTE E PARCIAL CONFIGURADA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – TABELA EDITADA PELA SUSEP – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA SENTENÇA – INVERSÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

É abusiva a cláusula que exclui da cobertura a invalidez decorrente de síndrome de manguito rotador.

Quando a atividade laboral acarretar agravamento da doença degenerativa do segurado, contribuindo para sua invalidez parcial permanente, deve haver equiparação a acidente de trabalho, *ex vi* do art. 21 da Lei 8.213/91, sendo devida a indenização.

O artigo 47 do CDC, que vige sobre a matéria de seguros, assevera que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

O pagamento do seguro de forma proporcional ao grau de invalidez, somente tem cabimento quando a seguradora comprovar que informou o segurado previamente sobre a existência de eventual tabela (seja da Susep ou de qualquer outra), inclusive com sua assinatura no instrumento contratual, com fundamento no que dispõe o art. 6º, inciso III, e o art. 54 § 4º, ambos do CDC.

Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes.

Os juros moratórios, por se tratar de relação contratual, estes serão devidos desde a citação.

Recurso conhecido e desprovido.

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 deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Maria das Graças Soares de Souza, contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu-MS, nos autos da ação de cobrança, ajuizada em face de Bradesco Vida e Previdência S/A.

Em razões de recurso às f. 237-242, a apelante sustenta, em síntese, que restou comprovado pelo laudo pericial que está incapacitada permanentemente para suas atividades laborativas, no qual suas sequelas se agravaram com o trabalho, razão pelo qual o presente recurso deve ser acolhido reformando assim a sentença para condenar o recorrido a indenização securitária para o caso de invalidez.

Em contrarrazões às f. 246-268, o apelado suscita a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, a pugna pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Maria das Graças Soares de Souza, contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu-MS, nos autos da ação de cobrança, ajuizada em face de Bradesco Vida e Previdência S/A.

Admissibilidade recursal

Quanto à admissibilidade do recurso, verifico que o mesmo é tempestivo, já que interposto dentro do prazo previsto no disposto no artigo 1.003, § 5º c.c artigo 219, parágrafo único, ambos do CPC/2015.

O manejo do apelo para a hipótese encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do NCPC.

Sem preparo recursal por ser beneficiária da justiça gratuita (f. 38-39).

Da preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade

Regularmente intimado, o apelado apresentou contrarrazões, oportunidade em que suscitou preliminar de não conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade.

Alega que o apelo interposto não deve ser conhecido por ausência de contraposição à decisão prolatada em primeiro grau.

Todavia, sem razão ao recorrido.

Ressalto que o recurso de apelação deve atender ao princípio da dialeticidade, com o combate aos fundamentos da sentença e delimitação da matéria impugnada.

Preceitua o artigo 1.010 do NCPC que, dentre os elementos para o conhecimento da apelação, devem constar: a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e, por fim, o pedido de nova decisão.

Da análise do apelo interposto, verifico que a recorrente demonstrou seu inconformismo acerca da decisão combatida, a qual julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC.

A motivação da sentença foi impugnada, pois, em suas razões recursais, expôs os fundamentos de fato e de direito pelos quais pretende a reforma da sentença, para conceder a indenização securitária.

Destarte, entendo que não há ofensa ao princípio da dialeticidade, impondo-se o afastamento da preliminar.

Mérito

Consta dos autos que a apelante é funcionária da empresa Margrig Fricorífico Comércio de Alimentos S.A desde 21.03.2006 e devido ao trabalho lá realizado desencadeou patologia denominada síndrome do manguito rotador (CID 10 M75.1), bem como que é beneficiária de um seguro junto ao ora apelado. Assim, ajuizou a ação objetivando a indenização desse seguro, pois alegou sofrer de invalidez permanente.

A controvérsia cinge-se em torno de a recorrente fazer jus a indenização prevista no contrato de seguro celebrado pela seguradora recorrente.

Ressalto, a princípio, que os serviços securitários estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo, dispondo aquele diploma legal em seu art. 3º, § 2º, que:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, Transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...)”

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Assim, há perfeita incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes a seguro, como o ajustado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro ofertada pela seguradora, consubstanciado no pagamento dos prejuízos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço.

No exame pericial colacionado aos autos (f. 219-222), foi constatado o que segue, vejamos:

“(...) É PORTADORA DE DOENÇA DEGENERATIVA DA COLUNA LOMBAR E DE AMBOS OS OMBROS, COM LIMITAÇÃO NOS MOVIMENTOS.

ADMITE-SE QUE O TRABALHO COM ESFORÇO FÍSICO AGRAVOU E ACELEROU A DOENÇA DEGENERATIVA.

INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL INCOMPLETA DA COLUNA LOMBAR, COM PREJUÍZO FUNCIONAL DE 25%, E INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL INCOMPLETA DOS OMBROS, COM PREJUÍZO FUNCIONAL DE 25% DE CADA OMBRO(...).”

Assim, incontestável que a apelante possui patologias em sua coluna lombar e em seus membros superiores (ombros) e que estas foram agravadas e aceleradas por sua atividade laborativa, fazendo jus ao recebimento das indenizações pleiteadas.

Não é outro o entendimento desta 4ª Câmara Cível:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RELAÇÃO DE CONSUMO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE CONSTATADA – CLÁUSULA RESTRITIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTREM CIÊNCIA INEQUÍVOCADO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ARTIGO 47 DO CDC – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, que vige sobre a matéria de seguros, assevera que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. II - Quando a atividade laboral acarretar agravamento da doença degenerativa do segurado, contribuindo para sua invalidez parcial permanente, deve haver equiparação a acidente de trabalho, nos termos do art. 21 da Lei 8.213/91, sendo devida a indenização.” (TJMS. Apelação Cível n 0807724-50.2016.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 09/04/2019, p: 11/04/2019)

“APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRELIMINARES – SUBSTITUIÇÃO POLO PASSIVO – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – REJEITADO – MÉRITO – INVALIDEZ PERMANENTE COMPROVADA – DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE – PAGAMENTO DO MONTANTE INTEGRAL PREVISTO NA APÓLICE DE SEGURO – EXCLUDENTES DE COBERTURA E LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COM A APLICAÇÃO DA TABELA DA SUSEP – ÔNUS DA SEGURADORA NÃO CUMPRIDO DE COMPROVAR QUE O SEGURADO TINHA CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DOS TERMOS GERAIS CONTRATUAIS (ARTIGO 373, INCISO II, CPC/15) – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM SEDE RECURSAL. 1. Discute-se no presente recurso: em sede preliminar: a) a possibilidade de alteração do polo passivo; b) a nulidade da sentença por ocorrência de cerceamento de defesa, e no mérito c) se é devida a indenização prevista na apólice do seguro de vida para hipótese de invalidez, e d) o valor da indenização. 2. Deve ser indeferido o requerimento para alteração do polo passivo, pois a contratação do seguro em análise foi celebrada com a empresa Itaú Seguros S/A, a qual deve ser mantida no polo passivo da demanda, até porque, tratando-se de hipótese de conglomerado financeiro é possível o ajuizamento de ação contra qualquer das instituições do grupo. 3. Deve ser rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa por ocorrência de preclusão, em especial, no caso, em que o réu-recorrente não demonstrou a existência de prejuízo. 4. ‘O esforço repetitivo pode provocar microtraumas, que se incluem no conceito de acidente no trabalho, pois a subitaneidade não é seu elemento essencial’ (STJ. REsp 242.104/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 21/03/2000, DJ 22/05/2000, p. 115). Assim, as doenças provenientes do exercício da profissão, a exemplo das lesões por esforços repetitivos, caracterizam-se como acidente pessoal, pois invalidam o seguro, não sendo a subitaneidade elemento essencial para o seu reconhecimento. 5. Não tem aplicabilidade a cláusula contratual que restringe o pagamento da indenização se a seguradora não faz prova de que o segurado tinha conhecimento inequívoco das condições gerais do contrato, devendo a indenização corresponder ao valor total previsto na apólice, sendo inaplicável a limitação nos moldes da Tabela da SUSEP. 6. No âmbito recursal, os honorários de sucumbência deverão ser majorados se a parte que deu causa à demanda recursal for sucumbente (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do Código de Processo Civil/15). 7. Apelação conhecida e não provida.” (TJMS. Apelação Cível nº 0840800-05.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 15/03/2019, p: 19/03/2019)

“APELAÇÃO CÍVEL – TÉCNICA DE JULGAMENTO PREVISTA NO ART. 942 DO NCPC – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – REJEITADA – MÉRITO – DOENÇA EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO – LAUDO PERICIAL A PARTIR DA INCAPACIDADE PERMANENTE – RECEBIMENTO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PELO INSS – APLICABILIDADE DA TABELA SUSEP – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. As lesões sofridas por funcionários em decorrência da atividade laborativa inclui-se no conceito de acidente pessoal definido no contrato de seguro. O segurado faz jus ao recebimento de valor proporcional ao grau de invalidez, se no contrato de seguro de vida em grupo há expressa previsão de indenização para a invalidez parcial e permanente do beneficiário, em conformidade com os percentuais trazidos na tabela nele prevista e o capital segurado, o que é o caso dos autos.” (TJMS. Apelação Cível nº 0811597-92.2015.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 22/10/2018, p: 24/10/2018)

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO EM GRUPO – INCAPACIDADE PERMANENTE EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADE LABORAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR MÁXIMO DO SEGURO – CLÁUSULAS LIMITATIVAS – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Demonstrada a invalidez parcial permanente por laudo pericial e o nexo de causalidade com as atividades laborais, a indenização é devida. Considerando a ausência de informação prestada ao segurado quanto às condições gerais do seguro ou a utilização de tabela específica para o eventual pagamento proporcional do valor segurado, ocorre a violação dos princípios e deveres relacionados à boa-fé e o dever

de informação na relação consumerista, devendo o seguro ser pago no valor total da apólice para a classificação, no caso, de invalidez permanente parcial. O Superior Tribunal de Justiça vem reiterando o seu entendimento de que 'a seguradora deve sempre esclarecer previamente o consumidor e o estipulante (seguro em grupo) sobre os produtos que oferece e existem no mercado, prestando informações claras a respeito do tipo de cobertura contratada e as suas consequências, de modo a não induzi-los em erro' (AgInt no REsp 1644779/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 25/08/2017)." (TJMS. Apelação Cível nº 0834106-83.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 05/12/2019, p: 11/12/2019)

Ademais, em análise aos contratos de seguro coletivo firmados entre as partes, observa-se que a cobertura não abarca:

"(...) a) as doenças, incluídas as profissionais, quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressaltadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto; b) as intercorrências ou complicações consequentes da realização de exames, tratamentos clínicos ou cirúrgicos, quando não decorrentes de acidente coberto; c) as lesões decorrentes, dependentes, predisposta ou facilitadas por esforços repetitivos ou microtraumas cumulativos, ou que tenham relação de causa e efeito com os mesmos, assim como as lesões classificadas como: Lesão por Esforços Repetitivos (LER), Doenças Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho (DORT), Lesão por Trauma Continuado ou Contínuo (LTC), ou similares que venha a ser aceitas pela classe médico-científica, bem como as suas consequências pós-tratamentos, inclusive cirúrgicos, em qualquer tempo; e d) as situações reconhecidas por insituições oficiais de previdência ou assemelhadas, como 'invalidez acidentária', nas quais o evento causador da lesão não se enquadre integralmente na caracterização de invalidez por acidente pessoal, definido no item I.1." (f. 103)

Em que pese o contrato ter estabelecido que não se incluem no conceito de acidente pessoal, as doenças ocupacionais, incluídas as profissionais como acima exposto, tem-se que tal cláusula é nula de pleno direito.

Isto porque, o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser mitigado, face a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e função social do contrato, bem como ao disposto no inciso IV, do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, que assim estabelece:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)."

O seguro em questão trata-se de contrato de adesão, firmado entre a empresa empregadora e a seguradora, de modo que a segurada, ora apelante, não teve sequer oportunidade de discutir as cláusulas contratuais, tampouco de tomar prévio conhecimento das cláusulas descritas nas condições gerais, cujo ônus não se desincumbiu o apelante.

Deste modo, no caso concreto, a mencionada cláusula contratual, que exclui do conceito de acidente pessoal e, por conseguinte, das hipóteses de indenização, as doenças decorrentes da atividade profissional, que atuaram como concausa da incapacidade laborativa, mostra-se totalmente abusiva, colocando em extrema desvantagem o segurado que aderiu ao contrato justamente em função dos riscos de sua atividade laboral.

Ademais, o CDC estabelece em seu art. 47, que as cláusulas contratuais sempre serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, razão pela qual a incapacidade parcial e permanente deve ser entendida como aquela que impede o segurado de exercer sua atividade profissional habitual.

Portanto, no caso concreto, estando a apelante incapacitada para o exercício de suas atividades profissionais habituais e em observância ao disposto no art. 47, do CDC, a incapacidade deve ser interpretada como parcial e permanente, razão pela qual faz jus ao pagamento da indenização.

Pois bem, caracterizado o dever de indenizar, a discussão passa a versar sobre qual o valor do pagamento do seguro, se este deve ser integral ou parcial. Ou seja, cinge-se em saber se a tabela da SUSEP ou qualquer outra, a qual estabelece coberturas parciais e proporcionais, de acordo com o grau de invalidez permanente do segurado, é aplicável ou não ao caso posto em debate.

Entendo que não deve ser aplicada a supracitada tabela constante no contrato de seguro, dado que não foi comprovada a ciência prévia e inequívoca da consumidora a respeito da limitação, pois a ausência de esclarecimento das cláusulas restritivas ao consumidor enseja violação a expressa disposição do art. 54, § 4º, do CDC além de faltar com a boa-fé objetiva por parte da seguradora recorrente – art. 51, IV, do CDC e art. 765 do Código Civil.

A propósito:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO SEGURADO – LESÃO PARCIAL E PERMANENTE COMPROVADA POR LAUDO PERICIAL MÉDICO – ACIDENTE PESSOAL – LESÕES POR ESFORÇO REPETITIVO DECORRENTES DO TRABALHO – EXCLUSÃO DA COBERTURA SECURITÁRIA QUE SE FIGURA ABUSIVA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REFORMADA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO ACERCA DE CLÁUSULA QUE DETERMINA QUE O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SEJA PROPORCIONAL AO GRAU DE INVALIDEZ – INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER PAGO NO VALOR INTEGRAL PREVISTO NA APÓLICE — INAPLICABILIDADE DA TABELA SUSEP – RECURSO PROVIDO. I- É abusiva a cláusula que exclui da cobertura a invalidez decorrente de LER/DORT. II- O pagamento do seguro de forma proporcional ao grau de invalidez, somente tem cabimento quando a seguradora comprovar que informou o segurado previamente sobre a existência de eventual tabela (seja da Susep ou de qualquer outra), inclusive com sua assinatura no instrumento contratual, com fundamento no que dispõe o art. 6º, inciso III, e o art. 54 § 4º, ambos do Código de Defesa do Consumidor.” (TJMS. Apelação Cível nº 0817200-52.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 15/03/2019, p: 19/03/2019)

No caso do presente recurso, não restou comprovada a ciência prévia do recorrido acerca da limitação contratual, razão pela qual a não aplicação da Tabela da SUSEP ou qualquer outra é medida que se impõe. Assim, tenho que o pagamento da indenização referente ao seguro, de fato, deve ser integral.

É importante ressaltar que, de acordo com o artigo 46 do Código Consumerista “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

Frise-se que o eventual acesso da autora/apelante às condições gerais, via *internet*, também é insuficiente para afastar o entendimento firmado por esta Câmara quanto ao pagamento integral do valor da indenização, porquanto teria acesso apenas às condições gerais e não à apólice ou certificado individual do seguro de vida em grupo, documento essencial para aferir o valor da indenização.

No tocante ao valor a ser indenizado, consta da cláusula quinta, item 5.1 da apólice o seguinte (f. 92): “5.1. O capital segurado será de **36 (trinta e seis) vezes o salário do funcionário, limitado ao mínimo de R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais) e máximo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**” – grifos no original

O montante devido será fixado em sede de liquidação de sentença, mediante comprovante do último salário da ora apelante, nos termos da cláusula supracitada, acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes e juros moratórios a partir da citação, no percentual de 1% (um por cento) ao mês, por se tratar de relação contratual.

Veja-se o recente julgado da Corte em comento:

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO INTERNO – RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA – SEGURO DE VIDA.PAGAMENTO DE COBERTURA – ABSOLUTAMENTE INCAPAZ – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – SÚMULA 83/STJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – PRECEDENTES. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes. 3. Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 1164869/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

Por consequência, inverte os honorários advocatícios fixados na sentença.

Do prequestionamento

Por fim, dou por devidamente prequestionados todos os dispositivos constitucionais, legais e infralegais suscitados pelas partes no curso do processo, a fim de evitar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Maria das Graças Soares de Souza e dou provimento, para condenar a seguradora/apelada ao pagamento de indenização por acidente de trabalho à apelante, referente ao seguro de vida Apólice nº 853.430, montante a ser fixado em sede de liquidação, nos termos da fundamentação. Por fim, inverte os honorários advocatícios fixados na sentença.

É como voto.

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. Alexandre Bastos

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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível nº 0800195-39.2019.8.12.0013 - Jardim

EMENTA–SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA–INTEGRALIZAÇÃO DE IMÓVEL–PRETENSÃO DE REGISTRO POSTERIOR AO FALECIMENTO DA TITULAR DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA *SAISINE* – RECURSO NÃO PROVIDO

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de bem imóvel, a incorporação haverá de observar, detidamente, os ditames do artigo 1.245 do Código Civil, pois o registro do título translativo no CRI é condição imprescindível à transferência de propriedade entre vivos.

Como no caso em tela o registro da integralização não ocorreu e com a morte da proprietária transferiu-se aos herdeiros a titularidade do imóvel (*saisine* – art. 1.784 CC), este fato revela-se como óbice ao registro pretendido pelo recorrente em aplicação ao princípio da continuidade que rege os registros públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª 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, 5 de fevereiro de 2020

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Agropecuária Vargas & Colucci Ltda interpõe apelação contra sentença que, na suscitação de dúvida registral inversa apresentada em face do tabelião do 1º Serviço Notarial e Registral da Comarca de Jardim-MS, julgou-a improcedente, acolhendo as razões expostas pelo recorrido quanto à impossibilidade do registro da integralização do imóvel em questão.

Sustenta a reforma da sentença ao argumento de que: a proprietária do imóvel, Percília Barbosa Vargas, cedeu e transferiu para a sociedade Agropecuária Vargas e Colucci o imóvel rural inscrito na matrícula 9882 em 22 de março de 2018, bem como doou suas cotas ao sócio Carlos Eduardo Barbosa Colucci em 02 de maio de 2018, conforme registros efetuados na Junta Comercial, demonstrando a manifestação de vontade expressa; a integralização do capital social para efeito de transferência dos bens ao patrimônio da sociedade aperfeiçoou-se com os atos de constituição e arquivamento perante a Junta Comercial, que procede ao arquivamento de contrato social ou de alteração posterior com incorporação, sendo a certidão dos atos de constituição expedida pela Junta Comercial documento hábil para o registro, como dispõe o art. 64 da Lei nº 8.934/1994, com força de escritura pública; o ato pretendido não causará prejuízo a terceiros ou eventual herdeiros, eis que a *de cujus* não possuía herdeiros necessários, sendo que o sócio Carlos Eduardo Barbosa Colucci é seu herdeiro/legatário em disposição de última vontade, testamento público que lhe conferiu exclusivamente todo o imóvel rural.

Assim, requer o provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput*, do CPC), está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma e devidamente preparado (art. 1.007, *caput*, CPC).

Mérito

Inicialmente, reputo conveniente fazer um relato dos fatos para melhor entendimento.

Revelam os autos que a recorrente/Agropecuária Vargas & Colucci Ltda foi constituída em 22/03/2018 (contrato social - f. 19-26), tendo como sócios Percília Barbosa Vargas (com 88 anos de idade e representada por procuração pelo segundo sócio – f. 27) e Carlos Eduardo Barbosa Colucci.

Constou no parágrafo primeiro da cláusula quinta que a sócia Percília cedeu e transferiu para a sociedade a título de integralização de capital o imóvel rural denominado Fazenda Laranjeiras com 980ha5.854m², situada no Município de Guia Lopes da Laguna/MS, matriculado sob nº 9.882, pelo valor de R\$ 103.767,99 (cento e três mil, setecentos e sessenta e sete reais e noventa e nove centavos), mais 0,01 (um) centavo.

O capital social ficou assim dividido: Percília Barbosa Vargas com 103.768 cotas e Carlos Eduardo Barbosa Colucci com 232 cotas (f. 19).

Em 02/05/2018 ocorreu a primeira alteração do contrato social, tendo ingressado na sociedade Virgínia Albuquerque de Vargas Colucci (cláusula primeira - f. 31) e se retirado dela a sócia Percília Barbosa Vargas, a qual, representada por procuração, cedeu e transferiu a totalidade de suas cotas através de doação gravada com as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade (f. 32), aos sócios Carlos Eduardo Barbosa Colucci e Virgínia Albuquerque de Vargas Colucci, na ordem de 50% para cada (f. 31).

O contrato social e sua alteração foram devidamente registrados na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, o primeiro em 09/04/2018 sob nº 5420125713-5 (f. 26) e o segundo em 20/06/2018 sob nº 54531752.

À f. 43, consta a certidão de óbito de Percília Barbosa Vargas, ocorrido em 25/12/2018 e às f. 44-5, cópia da escritura pública de testamento em que deixou o imóvel rural objeto de insurgência exclusivamente ao seu sobrinho Carlos Eduardo Barbosa Colucci.

Em 13/02/2019, a recorrente protocolizou junto ao Cartório Registral de Jardim/MS, pedido de registro de integralização de imóvel de acordo com os contratos registrados na Junta Comercial.

O registrador negou o pedido, ao argumento de que, com a morte da proprietária constante no registro do imóvel, o bem passou a fazer parte da esfera patrimonial dos herdeiros legais de acordo com o princípio da *saisine*, não estando mais apto a ser integralizado em empresa que figurava como sócia por não mais lhe pertencer. Salientou, ainda, a necessidade de apresentação da competente certidão de isenção do ITBI pelo município a que pertence o imóvel.

Desta decisão surgiu a presente suscitação de dúvida.

Analisando detidamente a questão, tem-se que a meu ver, razão não lhe assiste.

De início, cumpre esclarecer que, diante dos elementos dos autos, revela-se frágil a alegação de que a transferência do imóvel rural para a sociedade agropecuária se deu por manifestação de vontade expressa de Percília Barbosa Vargas.

A uma, porque todo o ato jurídico de integralização do imóvel ocorreu mediante representação por procuração da pessoa de Carlos Eduardo Barbosa Colucci, sobrinho e herdeiro/legatário, tendo o imóvel representado por cotas sido dividido entre ele e a pessoa de Virgínia Albuquerque de Vargas Colucci, na ordem de 50% para cada.

A duas, porque a manifestação de vontade expressa de Percília Barbosa Vargas se revelou com a abertura do testamento onde constou que ela deixou exclusivamente para o sobrinho Carlos Eduardo Barbosa Colucci o imóvel denominado Fazenda Laranjeira com área de 980,05 ha, gravando-o em caráter vitalício com a cláusula de incomunicabilidade (f. 44). Saliente-se que o referido bem, transformado em cotas, foi dividido antes de sua morte.

Acresça-se que a questão da legalidade da divisão do bem não é objeto destes autos e não há elementos para verificar eventual violação à referida cláusula.

Também não prospera a assertiva de que a integralização do capital social para efeito de transferência dos bens ao patrimônio da sociedade aperfeiçoa-se com os atos de constituição e arquivamento perante a Junta Comercial, isso porque, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de bem imóvel, a incorporação haverá de observar, detidamente, os ditames do artigo 1.245 do Código Civil, que dispõe *“transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no registro de imóveis, pois o registro do título translativo no CRI é condição imprescindível à transferência de propriedade entre vivos.”*

A propósito:

“RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE TERCEIROS – PRETENSÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA, NA CONDIÇÃO DE TERCEIRA, DE AFASTAR A CONSTRICÇÃO JUDICIAL DETERMINADA EM AÇÃO EXECUTIVA QUE RECAIU SOBRE TRÊS IMÓVEIS, OBJETO DE INTEGRALIZAÇÃO DE SEU CAPITAL SOCIAL – AUSÊNCIA DE REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS EM RELAÇÃO A DOIS IMÓVEIS – BENS QUE NÃO FORAM INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E TAMPOUCO ENCONTRAM-SE EM SUA POSSE – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – RECONHECIMENTO – TRANSFERÊNCIA DE UM DOS IMÓVEIS APÓS A AVERBAÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA – FRAUDE À EXECUÇÃO – OCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A estipulação prevista no contrato social de integralização do capital social por meio de imóvel indicado pelo sócio, por si, não opera a transferência de propriedade do bem à sociedade empresarial.

De igual modo, a inscrição do ato constitutivo com tal disposição contratual, no registro público de empresas mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, não se presta a tal finalidade. 1.1 A integralização do capital social da empresa pode se dar por meio da realização de dinheiro ou bens móveis ou imóveis, havendo de se observar, necessariamente, o modo pelo qual se dá a transferência de titularidade de cada qual. Em se tratando de imóvel, como se dá no caso dos autos, a incorporação do bem à sociedade empresarial haverá de observar, detidamente, os ditames do art. 1.245 do Código Civil, que dispõe: transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. 1.2 O registro do título translativo no Registro de Imóveis, como condição imprescindível à transferência de propriedade de bem imóvel entre vivos, propugnada pela lei civil, não se confunde, tampouco pode ser substituído para esse efeito, pelo registro do contrato social na Junta Comercial,

como sugere a insurgente. 1.3 A inscrição do contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, destina-se, primordialmente, à constituição formal da sociedade empresarial, conferindo-se-lhe personalidade jurídica própria, absolutamente distinta dos sócios dela integrantes. (...). 5. Recurso especial improvido.” (REsp 1743088/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 22/03/2019).

Como se verifica, para a integralização do capital social para efeito de transferência dos bens imóveis ao patrimônio da sociedade revela-se imprescindível o registro em sua matrícula, e como esse ato não ocorreu e a pretendente/proprietária veio a óbito, a incorporação não se concretizou e, por consequência, os bens pertencentes a ela foram transmitidos automaticamente por sucessão aos herdeiros legítimos e testamentários em aplicação ao princípio da *saisine* previsto no artigo 1.784 do Código Civil.

Como a morte da proprietária transferiu aos herdeiros a titularidade do imóvel, este fato impõe óbice ao registro pretendido pelo recorrente em aplicação ao princípio da continuidade que rege os registros públicos.

Conforme bem salientou o i. Procurador de Justiça,

“(...) A par das premissas normativas que regem a matéria, vislumbra-se que, apesar do art. 64 da Lei 8.934/94 estabelecer que a alteração do contrato social é hábil para a alteração da propriedade do imóvel, a efetivação de tal transferência encontra óbice na regra estipulada no art. 1.784 do CC. Isso porque, após a morte da proprietária, operou-se ex legis a imediata transferência do imóvel a seu herdeiro, instituído no testamento de f. 44-45, fato que impede o 1º Serviço Notarial e Registral de Jardim de indicar a empresa Agropecuária Vargas & Colucci Ltda, ora apelante, como titular do bem.” (f. 98).

A propósito:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – (...) - CONTRATO DE COMPRA E VENDA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – FALECIMENTO DO ALIENANTE EM MOMENTO ANTERIOR À TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE – PRINCÍPIO DE ‘SAISINE’ – TRANSMISSÃO, DESDE LOGO, DA HERANÇA AOS HERDEIROS E LEGATÁRIOS – REALIZAÇÃO DA PARTILHA – IMPRESCINDIBILIDADE – (...) ALEGAÇÃO DE VÍCIO EM TESTAMENTO A SER REALIZADA EM AÇÃO PRÓPRIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1- (...). 5- O contrato de compra e venda não é suficiente para a transferência da propriedade imobiliária, que somente se consubstancia mediante seu respectivo registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis. O ordenamento jurídico pátrio adotou expressamente o princípio da ‘saisine’, o qual informa que ‘aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários’ (artigo 1784, do CC/02). Considerando o ‘de cujus’ como proprietário dos imóveis e que, no momento de sua morte, todo o seu patrimônio foi transmitido aos herdeiros e legatários, conclui-se que o referido bem deve permanecer na partilha. O procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento somente se presta a verificar seus aspectos formais. Eventual alegação de defeito intrínseco deve ser resolvida na via própria.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1407800-65.2015.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 17/11/2015, p: 30/11/2015).

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO E PARTILHA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – NÃO REALIZADA A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE – FALECIMENTO DO ALIENANTE – PRINCÍPIO DE SAISINE – BEM PERTENCENTE AO ESPÓLIO. - Se o registro da escritura pública não for realizado não há que se falar em transferência do bem, conforme preceitua o art. 1.245 do Código Civil. - Encontrando-se os bens em nome da alienante, e, tendo esta falecido, aplicar-se-á o Princípio de Saisine.” (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0394.13.009501-8/001, Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, julgamento em 21/02/2019, publicação da súmula em 26/02/2019).

No que tange a alegação de que o ato pretendido não causará prejuízos terceiros ou eventual herdeiro porque o imóvel lhe foi deixado na integralidade em testamento, conforme bem salientou o magistrado de primeiro grau, haverá prejuízo ao Estado pela retirada do bem em questão da partilha, ocasionando ausência de recolhimento de ITCMD.

Como se vê, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do juiz, devendo a sentença ser integralmente mantida.

Conclusão

Diante do exposto, em consonância com o parecer da PGJ, 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, 5 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível nº 0800220-50.2018.8.12.0025 - Bandeirantes

EMENTA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PORTABILIDADE DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO – DUAS PROPOSTAS APRESENTADAS – ASSINATURA DE CONTRATO DE PROPOSTA MAIS ONEROSA – RELAÇÃO JURÍDICA COMPROVADA – DISPONIBILIZAÇÃO DO PRODUTO DO MÚTUO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O consumidor, ao concordar com o contrato na forma apresentada com valor superior e assiná-lo, abre mão da proposta que lhe era mais benéfica, não podendo vir a juízo alegar desconhecimento, sob pena de caracterizar a proibição do *venire contra factum proprium* ou teoria dos atos próprios, que visa proteger a parte contra aquele que deseja exercer um *status* jurídico em contradição com um comportamento assumido anteriormente.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da penalidade por litigância de má-fé exige a comprovação do dolo da parte, ou seja, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo ou de causar prejuízo à parte contrária, o que não se vislumbrou no caso presente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Mancia Rita Peralta Barros interpõe apelação contra sentença que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida em face dos Bancos Daycoval e Safra S.A, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando-a ao pagamento de 5% sobre o valor corrigido da causa por litigância de má-fé.

Sucumbência pela recorrente com honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, ressalvado o disposto no § 3º do artigo 98 do CPC.

Sustenta que: em momento algum negou ter anuído com a portabilidade do contrato de empréstimo consignado nos termos de f. 13-16 e 97-109, nem tampouco que o valor de R\$ 1.701,08 foi liberado em razão do refinanciamento, pois tais informações constam dos documentos juntados aos autos e se extraem da narrativa trazida à inicial; foi prejudicada pelos prepostos das instituições bancárias, pois, o representante do Banco Daycoval voltou atrás, por interferência do preposto do Banco Safra e apresentou nova proposta totalmente divorciada da anterior, que já havia sido aceita verbalmente no primeiro contato telefônico, o que

não pode ocorrer pela força vinculante da proposta prevista nos artigos 427 do Código Civil e 30 do Código de Defesa do Consumidor, devendo responderem por perdas e danos em razão do não cumprimento da obrigação (art. 389, CC); segundo o art. 48 do CDC, as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo como aquele constante de f. 17-21 – vinculam o fornecedor. Subsidiariamente, requer o afastamento da condenação em litigância de má-fé.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Prequestiona dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Contrarrazões às f. 217-227 e 229-232, em que se argui preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, pugnam pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

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.

Preliminar – ofensa à dialeticidade

O recorrido Banco Daycoval S/A argui preliminar de não conhecimento da apelação por ofensa ao princípio de dialeticidade.

Não prospera a arguição, uma vez que as razões recursais atendem perfeitamente ao princípio da dialeticidade, pois a recorrente declinou os motivos pelos quais a sentença deve ser reformada, de modo que deve ser conhecido.

Assim, voto por se rejeitar a prefacial.

Mérito

De início reputo conveniente fazer um breve relato dos fatos.

Alega a recorrente que celebrou contrato de empréstimo consignado com o Banco Daycoval S/A, e antes do seu término, recebeu, por telefone, proposta de portabilidade do Banco Safra S/A, em que este compraria sua dívida por R\$ 12.000,00 e ainda receberia um crédito de R\$ 4.000,00.

Após divergência entre os funcionários dos prepostos das referidas instituições financeiras, o banco Safra logrou realizar a compra da sua dívida pelo valor de R\$ 14.000,00 tendo recebido um crédito de apenas R\$ 1.701,08 e não os R\$ 4.000,00 prometidos.

Por isso, recorreu ao Poder judiciário, para ver sanada a injustiça de que fora vítima, pois, além de ter sofrido desfalque patrimonial, sofreu dano de natureza moral.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos por entender que a recorrente anuiu com a portabilidade de três contratos, bem como recebeu os créditos fruto do refinanciamento bancário, os quais foram depositados em conta corrente de sua titularidade.

Analisando detidamente a questão, tem-se que a sentença não merece reforma.

Não se desconhece que a proposta vincula o negócio jurídico a teor dos artigos 427 do Código Civil, 30 e 48 do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, a despeito de ter em mãos a proposta de portabilidade no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a recorrente concordou com o contrato apresentado no valor de R\$ 14.260,41 (quatorze mil, duzentos e sessenta reais e quarenta e um centavos), tanto é que opôs sua assinatura, conforme se verifica os instrumentos contratuais de f. 97-100 e 104-106, tendo inclusive juntado documentos pessoais (f. 101-3) e recebido em conta de sua titularidade o valor liberado de R\$ 1.701,08 (f. 183).

Ressalte-se que na proposta de R\$ 12.518,87 (f. 17), a despeito de alegar na inicial que receberia um crédito no valor de R\$ 4.000,00, não consta essa informação no referido documento, o que leva a concluir que optou pela contratação de valor superior em razão de ter crédito a receber.

Não bastasse, ao concordar com o contrato na forma apresentada e assiná-lo, abriu mão da proposta que lhe era mais benéfica, não podendo agora vir a juízo e alegar desconhecimento, sob pena de caracterizar a proibição do *venire contra factum proprium* ou teoria dos atos próprios, que visa proteger a parte contra aquele que deseja exercer um *status* jurídico em contradição com um comportamento assumido anteriormente.

Entendimento diferente ocorreria no caso de ela ter se recusado a assinar o contrato no valor maior e exigido da instituição financeira a obrigação assumida mediante a apresentação da proposta, o que não é o caso dos autos.

Assim, a verdade é que não se vislumbra nenhum defeito no negócio jurídico que ensejaria sua nulidade, pois houve observância das formalidades legais para celebração de contratos dessa natureza, sobretudo por ter sido estipulado por pessoas maiores e capazes.

Logo, o ajuste firmado entre as partes é válido e eficaz e, portanto, deve ser cumprido.

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE – REJEITADA – CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PROVA DA CONTRATAÇÃO E DA DISPONIBILIZAÇÃO DOS VALORES – DESCONTOS LÍCITOS – LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ RECONHECIDA – PREQUESTIONAMENTO - RECURSO DESPROVIDO. O princípio da dialeticidade, inarredável ao regime jurídico recursal, consiste em serem apresentados nas razões recursais argumentos para reforma ou anulação da sentença, combatendo seus fundamentos. Na hipótese, é dialético o recurso. A inversão do ônus da prova com fulcro no art. 6º do CDC não modifica a regra vigente em nosso ordenamento que incumbe à parte que alega determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, o ônus de demonstrar sua existência e ao réu quando alega fato modificativo, extintivo e impeditivo (art. 373, do CPC). Se a instituição bancária logrou comprovar que o valor financiado foi disponibilizado e pago, os descontos realizados no benefício previdenciário da parte autora são lícitos e o instrumento firmado entre as partes é válido. Litiga de má-fé a parte que falta com a verdade e distorce os fatos, a fim de locupletar-se ilicitamente.” (TJMS. Apelação nº 0801486-60.2018.8.12.0029, Navirai, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 13/02/2019, p: 18/02/2019). Destacado.

“EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – RECURSO DA CONSUMIDORA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE RECURSAL – REJEITADA – MÉRITO – ELEMENTOS TRAZIDOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMPROVAM A CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO – IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – RATIFICADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1) Em havendo apresentação de argumentos que atacam um ou alguns dos fundamentos da Sentença, não há se falar em ausência de dialeticidade recursal. Preliminar rejeitada.

2) *Em havendo a juntada de contrato de empréstimo em que se constata a contratação de mútuo pelo consumidor, a contratação é lícita, sendo improcedente o pedido de reconhecimento de inexistência de relação contratual. Em havendo alegação de fraude pelo consumidor, é seu ônus probatório provar sua existência. Precedentes do STJ.*

3) *Corolário do reconhecimento de existência e licitude de relação negocial é a improcedência do pedido de condenação no pagamento de indenização por danos materiais e morais.*

4) *Em havendo ciência da contratação de empréstimo pela parte, é inegável a ocorrência de litigância de má-fé, o que impõe a condenação no pagamento de multa processual. 5) Recurso conhecido e desprovido.” (Apelação nº 0801189-29.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Nélcio Stábile, j: 22/01/2019, p: 23/01/2019). Destacado*

Como se vê, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do juiz, devendo a sentença ser integralmente mantida.

Da litigância de má-fé

Defende o afastamento da condenação tendo em vista que em momento algum alterou a verdade dos fatos e utilizou do processo para conseguir objetivo ilegal, consistente no seu enriquecimento ilícito.

Razão lhe assiste neste tópico.

Ao conceituar litigância de má-fé, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹, anotam:

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus 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.”

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que,

“(…) A aplicação da penalidade por litigância de má-fé exige a comprovação do dolo da parte, ou seja, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo ou de causar prejuízo à parte contrária (…).” (AgInt no AREsp 1214873/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 27/11/2019).

Na hipótese, não se vislumbra a existência de elementos capazes de justificar tal condenação, mormente porque a pretensão da recorrente não se revelou desarrazoada dentro da situação posta, pois ela não negou a existência de relação jurídica tanto é que apresentou com a inicial as propostas de simulação e os contratos objeto da insurgência.

No que tange ao prequestionamento, a regular prestação jurisdicional não exige que todo e qualquer tema abordado pelas partes seja pormenorizadamente examinado, tampouco que haja manifestação expressa sobre os dispositivos legais invocados, revelando-se suficiente a consideração das questões essenciais para o deslinde da controvérsia.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso para afastar a condenação por litigância de má-fé, ficando mantida a sentença nos demais aspectos.

Sem honorários recursais.

¹ Código de processo civil comentado. 17. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 496.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Designado Des. Julizar Barbosa Trindade

Agravo de Instrumento nº 1410459-08.2019.8.12.0000 - Nova Andradina

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA E PROPRIETÁRIA FIDUCIÁRIA – DANO AMBIENTAL – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO – RECURSO NÃO PROVIDO

De acordo com os artigos 30, incisos II e VI, da Instrução CVM nº 472/2008 e 14, inciso I, da Lei nº 8.668/93, na propriedade fiduciária a administradora é parte legítima para figurar no polo passivo da ação por exercer posse direta na administração do imóvel adquirido.

Consoante entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil dos degradadores pela reparação dos danos ambientais é solidária e adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, podendo ser o adquirente ou possuidores demandados isoladamente, ou em conjunto pelo todo, não havendo obrigatoriedade de formar litisconsórcio passivo que no caso é facultativo.

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, rejeitaram a preliminar. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Bem Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, irresignada com a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina/MS, nos autos da Ação Civil Pública por Dano Ambiental nº 0900018-08.2018.8.12.0017, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva por ela arguida.

A agravante alega ser mera proprietária fiduciária do imóvel em discussão nos autos e que, caso o reconhecimento de sua ilegitimidade ocorra somente com o julgamento do mérito da ação de origem, dificultoso seria alcançar o ressarcimento pelas despesas processuais, as quais deveriam ser suportadas pelo legítimo proprietário do bem, que seria JPP FII – Fundo de Investimento Imobiliário.

Aduz, também, que a Decisão agravada contrasta com a Lei nº 8.668/1993, que dispõe sobre a constituição dos fundos de investimento imobiliário brasileiros. Obtempera que os ativos imobiliários do fundo não se confundem com os ativos de sua Administradora. Nesses termos, requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 26-27).

Em Contraminuta (f. 37-46), o agravado pugna pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu desprovimento. Sustenta que a instituição administradora do fundo de investimento imobiliário tem atribuição

de representá-lo judicialmente, conforme artigo 14, da Lei nº 8.668/93. Cita, também, o artigo 30 da Instrução CVM nº 472/2008, afirma que a recorrente seria a legítima proprietária do imóvel em questão e, assim, defende a manutenção do *decisum* de origem.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, por seu desprovimento (f. 68-76).

A agravante manifestou-se quanto ao cabimento do recurso (f. 3 e seguintes).

VOTO (EM 10/03/2020)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

A preliminar arguida pela Procuradoria de Justiça não merece prosperar.

De efeito. O artigo 1.015, inciso VII, do Código de Processo Civil, dispõe que cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte.

Ora, a recorrente teve negado pedido de sua exclusão do polo passivo por ilegitimidade e substituição pelo fundo de investimento imobiliário, de modo que se mostra razoável concluir pela subsunção do caso à norma.

Ainda que se entendesse pela falta de correspondência exata a referido inciso, reputando-se taxativo o artigo, é sabido que esta não exclui a interpretação extensiva, em situações próprias ao uso desse recurso hermenêutico.

Nesse sentido, pela teleologia do dispositivo, é evidente que visa evitar que a apreciação de questão relevante como aquela relativa a legitimidade das partes e inclusão de litisconsorte seja postergada para a sentença, diante do prejuízo de tempo, eficiência e mesmo de recursos financeiros que a instrução processual desnecessária ou a falta da instrução processual necessária pode acarretar.

Sobreleva ressaltar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese jurídica de que:

*“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**.”* (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018). [destaquei]

Por essas razões, rejeito a preliminar arguida.

No mérito, diante das razões levantadas pela agravante, tenho que se mostram suficientes para acarretar a reforma do *decisum* de origem, para o fim de reconhecer a ilegitimidade passiva da empresa requerida e substituí-la pelo fundo de investimento imobiliário.

O Ministério Público aponta irregularidades ambientais no bem imóvel em questão, sob Matrícula nº 28.353 do 1º Serviço Registral de Nova Andradina (f. 49), as quais pretende ver solucionadas com a ação em tela.

Ocorre que a Agravante consta apenas como proprietária fiduciária do imóvel e resta evidente que este não compõe seus ativos, antes integra o patrimônio do JPP FII – Fundo de Investimento Imobiliário, conforme anotado na própria matrícula.

Nesse contexto, o artigo 7º da Lei 8.668/1993 dispõe da seguinte forma:

“Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I - não integrem o ativo da administradora;

II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;

III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;

V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.”

Eventual responsabilidade por dano ambiental não se encontra inserida dentre as obrigações de gestão próprias da administradora, devendo recair sobre o fundo imobiliário a quem o imóvel efetivamente pertence e que, inclusive, arrendou o bem a terceiro.

Caso remanesça a composição atual, a gestora poderia vir a sofrer condenação que interfira em seu patrimônio, que não pode ser atingido por expressa disposição legal.

Sobreleva ressaltar que o fundo concordou expressamente com a substituição do polo passivo (f. 63-64) e o agravado não indicou prejuízo efetivo que poderia advir dessa modificação processual.

Assim, diante das razões esposadas e do contexto delineado nos autos de origem, tenho que o recurso em questão deve ser provido.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida e, no mérito, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para o fim de determinar a exclusão da agravante Bem Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. do polo passivo do feito e a inclusão, em seu lugar, de JPP FII – Fundo de Investimento Imobiliário.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Julizar), após o relator rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 17/03/2020)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º vogal)

Está em julgamento o agravo de instrumento interposto por Bem Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda contra decisão que, na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva.

O relator, Des. Nélcio Stábile, deu provimento ao recurso com base no artigo 7º da Lei 8.668/1993 para determinar a exclusão da agravante do polo passivo do feito e a inclusão, em seu lugar, de JPP FII – Fundo de Investimento Imobiliário.

Após bem analisar os autos, peço vênia para divergir do i. relator quanto ao mérito da demanda, eis que os fundamentos adotados pelo magistrado de primeiro grau mostram-se, a meu sentir, mais justos e adequados para o caso.

Não se desconhece que, de acordo com o artigo 7º da Lei nº 8.668/93, os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo de investimento imobiliário, mantidos sob a propriedade fiduciária, não se comunicam com os da administradora.

Ocorre que, em razão da característica do objeto da demanda, dano ambiental, este possui obrigação *propter rem* e, por isso, adere à propriedade podendo recair sobre aquele que detém o direito real em relação ao imóvel, independentemente de ser o proprietário ou o possuidor.

A propósito esse é entendimento pacífico na Corte Superior:

“PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – INFRAÇÃO AO MEIO AMBIENTE – NATUREZA PROPTER REM DA OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO – ATUAL PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – RECONHECIMENTO. 1. O Plenário do STJ decidiu que ‘aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça’ (Enunciado Administrativo nº 2).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer que ‘a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos (REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 11/10/2016).

3. (...). 5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.” (AgInt no AREsp 268.217/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 30/11/2017, DJe 08/03/2018). (destacado)

Também resta pacífico na referida Corte que no dano ambiental o litisconsórcio passivo é facultativo, podendo os agentes responsáveis serem demandados isolados ou conjuntamente, sendo desnecessária a sua formação.

A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LOTEAMENTO IRREGULAR – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015 – INOCORRÊNCIA – LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO – REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO IRREGULAR – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – REVISÃO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. (...).

2. Nos danos ambientais, a regra geral é o litisconsórcio facultativo, por ser solidária a responsabilidade dos degradadores. O autor pode demandar qualquer um deles, isoladamente, ou em conjunto pelo todo, de modo que, de acordo com a jurisprudência do STJ mais recente, não há obrigatoriedade de formar litisconsórcio passivo necessário com os adquirentes e possuidores dos lotes. Confirmam-se precedentes: REsp 1.799.449/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.6.2019; AgInt no AREsp 8.77.793/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 6.9.2019; REsp 1.708.271/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.11.2018; REsp 1.694.032/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21.11.2018; AgInt no AREsp 1.221.019/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26.2.2019; REsp 1.358.112/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.6.2013; REsp 1.328.874/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 5.8.2013; REsp 884.150/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7.8.2008; REsp 1.079.713/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31.8.2009.

3. (...).

6. Recurso Especial parcialmente conhecido, apenas em relação à preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido.” (REsp 1826761/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019).

No caso em tela, observa-se que na matrícula de f. 49, consta como comprador a agravante Bem Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., na qualidade de instituição administradora e proprietária fiduciária dos ativos que compõem o patrimônio do JPP FII Fundo de Investimento Imobiliário, de modo que exerce o direito real sobre o bem adquirido como possuidor direto, pois, é de sua incumbência a administração do imóvel adquirido.

Isso porque, o artigo 30 da Instrução CVM nº 472/2008, que dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário – FII, elenca dentre a competência do administrador, no inciso II, a de “*exercer todos os direitos inerentes à propriedade dos bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo, inclusive o de ações, recursos e exceções, e no inciso VI a de representar o fundo em juízo e fora dele; (...).*”

Não bastasse, a Lei nº 8.668/93 estabelece que é das instituições administradoras a competência para representar em juízo os fundos de investimentos. Veja-se:

“Art. 14. À instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário compete:

I - representá-lo ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

II - responder pessoalmente pela evicção de direito, no caso de alienação de imóveis pelo fundo.”

Logo, resta evidente a legitimidade da agravante para figurar no polo passivo da ação civil pública.

Nem se diga que eventual condenação poderá atingir o seu patrimônio, pois existe óbice expresso no artigo 7º da Lei nº 8.668/93.

Conforme bem asseverou o i. Procurador de Justiça (f. 76),

“(...) tendo em vista a evidente responsabilidade da demandada, ora agravante, na qualidade de administradora e proprietária fiduciária do bem, em relação aos danos ambientais constatados no imóvel, bem como ante a desnecessidade de formação do litisconsórcio passivo em ações ambientais nos casos de responsabilidade solidária, temos que o pleito de reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam, com a consequente extromissão da requerida, ora agravante, do polo passivo da demanda, não merece prosperar, de modo que a decisão interlocutória combatida deve ser mantida em sua integralidade.”

Conclusão

Diante do exposto, em consonância com o parecer da PGJ e, divergindo do i. Relator, voto por se negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível nº 0801651-09.2019.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO DO NOME DA CONSUMIDORA EM CADASTRO RESTRITIVO DO CRÉDITO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – OFENSA AO ART. 43, § 2º, CDC – PRÁTICA DE ATO ILÍCITO QUE IMPLICA NO DEVER DE INDENIZAR – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 359, STJ – DANO MORAL *IN RE IPSA* CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM VALOR EXCESSIVO – AUTORA QUE JÁ CONTA COM OUTRAS 3 DEMANDAS INDENIZATÓRIAS – NECESSIDADE DE REDUÇÃO – ADEQUAÇÃO DO VALOR AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Previamente à negativação de seu nome, o consumidor deve ser notificado a respeito, conforme dispõe o art. 43, § 2º, CDC e Súmula 359, STJ. Não observada tal regra, há prática de ato ilícito e, consequentemente, nasce o dever de indenizar pelo dano moral *in re ipsa* daí advindo.

A indenização por dano moral não deve ser elevada a ponto de promover o enriquecimento sem causa da vítima, devendo observar a extensão do dano e condição social do ofendido. Não se pode estimular o lucro fácil. Na hipótese específica, a autora já conta com outras 3 demandas, situação que autoriza a redução do *quantum*, notadamente quando verificado que a autora já alcançou indenização em uma delas, com probabilidade de obter benefício econômico também nas demais.

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 deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2020

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Boa Vista Serviços S/A apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª vara cível da comarca de Paranaíba que, na ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada por Lourdes Carneiro Toratti de Souza, julgou procedente a pretensão da autora para condenar a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais.

A apelante, em suas razões (f. 70-86), alega que cumpriu integralmente com sua obrigação de informação, tendo enviado notificação previamente à autora por meio eletrônico.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, caso mantida a condenação, afirma que o valor fixado pelo juízo *a quo* afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo sofrer redução.

Requer o provimento do presente recurso para que seja afastada a condenação imposta ou, ainda, caso mantida a condenação, reduzido o valor.

Contrarrazões às f. 92-106.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo e acompanhado do comprovante do preparo (f. 87-89).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo à análise.

Mérito

Da prévia notificação da consumidora

A autora teve seu nome negativado por dívida no valor de R\$ 3.548,82 (três mil, quinhentos e quarenta e oito reais e oitenta e dois centavos). Argumenta que os documentos acostados aos autos não possuem o condão de comprovar que foi, de fato, notificada de forma prévia, requisito este essencial para a inserção do seu nome no cadastro de proteção ao crédito, ensejando assim, a ilegalidade da inscrição e o consequente dever da ré de indenizá-la.

Pois bem.

O tema é regido pelo art. 43, § 2º, do CDC:

“Art. 43. (...)

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”

Deste dispositivo infere-se que é direito do consumidor ser notificado por escrito acerca da inscrição de seu nome no cadastro de restrição ao crédito, o que alega a autora, repise-se, não ter ocorrido, e implicaria em configuração de ato ilícito.

Rizzatto Nunes¹, comentando esse dispositivo, esclarece que:

“É garantia que decorre diretamente do texto constitucional de preservação da privacidade do consumidor (art. 5º, X, da CF). Vale tanto para abertura de cadastros ditos positivos quanto negativos.

Dessa forma, estão os serviços de proteção ao crédito obrigados a avisar, por escrito, previamente ao consumidor de que irão fazer a anotação. (...).

Reforce-se, (...) o aviso tem como função permitir que o consumidor exerça não só seu direito de pagar a dívida, como negociá-la, ou se opor à negativação por se furtar de cobrança indevida.

Lembre-se, ademais, que o credor, para cobrar seu crédito, não tem necessidade jurídica na negativação. Ele o faz como modo de pressão ao devedor. Daí que o aviso prévio tem a função jurídica de impedir alguma injusta e indevida exposição pública.”

1 Comentários ao código de defesa do consumidor. 4. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 543.

Daí ter o STJ editado a Súmula 359: “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”. O tema, aliás, já foi objeto de apreciação por aquela Corte sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia. Confira-se:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DANO MORAL – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DA INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – VALOR COMPENSATÓRIO MAJORADO – REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A eg. Segunda Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp 1.061.134/RS, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou as seguintes teses: (a) “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”; e (b) “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” (REsp 1.061.134/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 10/12/2008, DJe de 1º/04/2009). (...)” (STJ, AgRg no AREsp 622.115/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 03/06/2016).

Tecidas estas considerações e passando-se à análise do caso concreto, constata-se que o documento de f. 43-44 que foi supostamente enviado ao endereço eletrônico da autora como forma de notificação prévia comunicando-lhe a existência do débito no valor de R\$ 3.548,82 (três mil quinhentos e quarenta e oito reais e oitenta e dois centavos), não possui validade, porquanto mencionado *e-mail* sequer está em nome da autora.

Ainda, o artigo 43, § 2º, CDC é claro ao dispor que “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”

Ademais, não existem garantias que a notificação por meio eletrônico irá atingir o fim esperado, qual seja, comunicar ao consumidor o cadastro de seu nome em órgãos de proteção de crédito, pois, por vezes, os conteúdos enviados por e-mail são direcionados à caixa de *spam* ou até mesmo para o lixo eletrônico; assim, não seria crível aceitar notificação por meios eletrônicos.

Este Tribunal já se manifestou acerca da matéria. Confira-se:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ARTIGO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – MÉRITO RECURSAL – NÃO COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA LEGAL PREVISTA NO 43, § 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR [RTJ, Campo Grande-MS, v. 41, n. 215 jan./mar. 2020 - 244](https://www.magisteronlinee.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=FifLink&t=document-frame.htm&l=jump&iid=c:Views44MagisterMgstrnetMagNet_Legis_nfo&d=CDC, art. 43&sid=4f5c5a53.60ccb939.0.0 - JD CDCart43 - DISPENSABILIDADE DO AVISO DE RECEBIMENTO - NOTIFICAÇÃO, ELETRÔNICA (E-MAIL) QUE NÃO ATINGE A FINALIDADE DA NORMA EXEGESE DA SÚMULA Nº 404 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONDUTA ILÍCITA VERIFICADA - DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE - QUANTUM INDENIZATÓRIO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO. I. Não há ofensa ao princípio da dialeticidade, porquanto se verifica que as razões da peça recursal são suficientes para atacar minimamente os fundamentos da sentença. II. Se a responsabilidade pela notificação prévia da inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, independentemente da existência ou não do débito, é da própria entidade cadastral, não há falar em ilegitimidade passiva III. É dispensável o aviso de recebimento na carta de comunicação ao consumidor sobre a possibilidade de negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros restritivos de crédito (Súmula nº 404 do STJ). A prova do envio dessa correspondência, via e-mail, não cumpre, o desiderato a que se atém art. 43, § 2º, do CDC. IV. No ordenamento jurídico brasileiro não existem critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão, devendo ser arbitrado de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo. Redução devida.” (TJMS. AC 0802912-43.2018.8.12.0018; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; DJMS 11/11/2019; Pág. 79).</i></p></div><div data-bbox=)

Diante deste contexto, é impossível concluir pela ocorrência da comunicação prévia do consumidor por escrito e, levando em consideração ser este um direito que lhe assiste, tem-se configurada a prática de ato ilícito pela apelante, devendo a apelada ser ressarcida do prejuízo injustamente suportado.

Trata-se de hipótese de dano moral *in re ipsa*, revelando-se desnecessária a demonstração do prejuízo, sendo este presumido, bastando a prova da prática do ato ilícito, no caso, a ausência de notificação da apelada, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, qual seja, o desrespeito a direito legalmente previsto em benefício da consumidora.

Inaplicável, na espécie, a disposição da súmula 385 do STJ, tendo em vista que a autora não possuía inscrição anterior à questionada nos presentes autos, datada de 10.02.2019 (f. 17).

Posto isso, fica mantida a sentença na parte em que condena a ré apelante ao pagamento de indenização por dano moral.

Do *quantum* indenizatório

Verificada a existência do dano moral, resta a necessidade de mensurar o valor indenizatório, adequando o *quantum* aos parâmetros necessários. O juízo *a quo* arbitrou a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A ré pretende a redução desse montante, por considerá-lo excessivo, ensejando o enriquecimento ilícito da vítima.

Inexiste parâmetro objetivo para quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também sentido punitivo ao lesionador.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho²:

“Creio que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.”

A respeito do tema, oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz³:

“Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.”

A propósito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

2 Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

3 Curso de direito civil brasileiro, 5. ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 78/79.

“(...) No que tange ao quantum indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais e estéticos foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso e, assim, possível modificação do respectivo quantum indenizatório requer o revolvimento de provas, o que é inadmitido em sede de recurso especial, ante o impedimento da Súmula 7/STJ.” (STJ -AgRg no AREsp 548.900/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016).

Para o arbitramento do dano moral deve-se levar em consideração as condições do ofensor, do ofendido, bem como do bem jurídico lesado, atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Em pesquisa realizada, constatou-se que a autora ajuizou pelo menos outras três Ações Indenizatórias, dentre as quais: nº 0803273-60.2018.8.12.0018, 0803928-32.2018.8.12.0018, já sentenciadas, tendo obtido proveito econômico de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Diante deste cenário, plenamente justificável a redução do valor de reparação para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), sob pena de enriquecimento sem causa da consumidora.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, a fim de reduzir para R\$ 2.000,00 (dois mil reais) o valor da condenação pelos danos morais, mantidos os demais termos da sentença.

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. Alexandre Bastos

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, 31 de janeiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravo de Instrumento nº 1415289-17.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E LITISPENDÊNCIA – AFASTADAS – MÉRITO – RECEBIMENTO DA INICIAL – REQUISITOS PRESENTES – ADMISSIBILIDADE – §§ 6º E 8º DO ART. 17, LEI 8.429/92 – INDÍCIOS DE PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO – EVOLUÇÃO PATRIMONIAL E MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA AFERÍVEIS NA FASE INSTRUTÓRIO-PROBATÓRIA – PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não há falar em nulidade por ausência de fundamentação pois a decisão que rejeita a inicial da ação de improbidade administrativa exige a demonstração das razões do convencimento do julgador da inexistência do ato ímprobo, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (Lei nº 8.429/92, art. 17, § 8º). *A contrario sensu*, a decisão que a recebe não demanda fundamento outro que não a simples existência de indícios da prática do ato de improbidade, presentes as condições de ação e os pressupostos processuais.

Apesar de possuírem as mesmas partes, na presente ação o Ministério Público, com base no art. 9º, inc. VII, Lei nº 8.429/92, defende que o réu teria registrado evolução patrimonial e movimentação bancária incompatíveis com seus rendimentos, ao passo que nos Autos 0023722-94.2016.8.12.0001 o réu está sendo processado porque, de acordo com a tese ministerial, teria recebido vantagem ilícita, quando exercia o cargo de secretário de saúde do município de Campo Grande, para auxiliar no processo de cassação do ex-prefeito Alcides Bernal (Operação *Coffee Break*), incidindo na regra do art. 9º, inc. I, Lei nº 8.429/92. Desse modo, fica afastada a preliminar de litispendência.

A existência de indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa qualifica a admissibilidade da ação e o recebimento da inicial. Aplicação da regra do art. 17, §§ 6º e 8º, Lei nº 8.429/92. Prevalência do princípio *in dubio pro societate*.

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, rejeitaram as preliminares e no mérito negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de março de 2020

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Jamal Mohamed Salem agrava da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande, que recebeu a inicial da ação civil pública por

ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual (Autos nº 0914705-04.2019.8.12.0001).

Em suas razões o agravante alega preliminarmente a ocorrência da litispendência, pois os mesmos fatos já estão sendo objeto da Ação Civil Pública nº 0023722- 94.2016.8.12.0001, em trâmite perante o mesmo juízo.

Ainda preliminarmente, defende a nulidade da decisão que recebeu a inicial da ação civil pública em razão da ausência de fundamentação.

No mérito sustenta que:

“(...) não há que se falar em nenhuma das hipóteses do Art. 9º, inc. VII e Art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa Nº 8.429/92, pois o que o representante do Ministério Público tenta fazer é lançar valores e invenções na exordial sem nenhuma capacidade de imputar ao agravante quaisquer dos crimes listados, com um propósito ainda obscuro que está prejudicando a vida do agravante, pois já está respondendo pelos mesmos fatos em outra ação, em trâmite pelo mesmo juízo a quo.”

Aduz que a presente ação de improbidade administrativa é totalmente desprovida de elementos fáticos que possam sugerir sequer a existência de indícios da prática de qualquer ato ímprobo.

Teceu explicações sobre todos os imóveis adquiridos, seus respectivos valores e forma de pagamento, que embasam a presente demanda.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo e seu provimento, para que seja anulada a decisão recorrida por ausência de fundamentação.

Instruiu o agravo com os documentos de f. 32-35.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo às f. 40-41.

Contraminuta às f. 49-71.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo afastamento das preliminares; no mérito, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Preliminares

Nulidade da sentença por ausência de fundamentação

Defende o recorrente a nulidade da decisão que recebeu a inicial da ação civil pública em razão da ausência de fundamentação.

Nos termos do art. 17, § 8º, Lei nº 8.429/92¹, a rejeição da ação se dará em decisão fundamentada. No entanto, para o seu recebimento basta a existência de indícios da prática de ato de improbidade. E da leitura da decisão de f. 781-785, percebe-se que o juízo singular explicitou todos os motivos que o levaram a receber a inicial, não havendo se falar em nulidade por ausência de fundamentação.

¹ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – DECISÃO QUE RECEBEU A INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA AFERIR SE A AGRAVANTE PRATICOU OS ATOS DESCRITOS NA INICIAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação e por cerceamento de defesa se, mesmo que de forma sucinta, seja possível extrair os fundamentos do provimento judicial. A petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa só pode ser rejeitada se comprovado que não houve prática de conduta prevista na Lei nº 8.429/92. Havendo necessidade de dilação probatória, a inicial deve ser recebida.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1407525-77.2019.8.12.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 25/11/2019, p: 03/12/2019).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIZAÇÃO DE BENS – REQUISITOS DA LIMINAR – PRESENTES – SOLIDARIEDADE E MULTA AFASTADAS – MONTANTE REVISTO – AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nos termos do artigo 330, § 1º, do Código de Processo Civil, a petição inicial é inepta quando lhe falta pedido ou causa de pedir, o pedido for indeterminado, da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão e contiver pedidos incompatíveis entre si. Não constatadas essas irregularidades, é de rigor a rejeição da preliminar. Não há que falar em ausência de fundamentação, porquanto para o decreto de indisponibilidade de bens, o juiz não precisa analisar, pormenorizadamente, todos os argumentos apresentados pelas partes, sendo necessário somente que aponte os elementos que motivaram seu convencimento, os quais restaram demonstrados naquele pronunciamento. Uma vez vislumbrados os requisitos para concessão do pedido liminar de indisponibilidade dos bens, é de ser mantida a decisão objurgada. Relativamente à medida liminar, desacompanhada de parâmetro real para a imposição de bloqueio de bens do suplicante, há de ser revista, adequando a quantia do bloqueio para o montante equivalente a divisão do suposto dano material, ou seja, em valor igual entre as partes requeridas, indicadas na ação de origem, afastando-se, neste momento, a solidariedade, bem como o valor referente à multa.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1402278-18.2019.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 12/09/2019, p: 18/09/2019).

Sendo assim, não falar em nulidade por ausência de fundamentação se o recebimento da inicial faz parte de fase sumária, não de cognição exauriente, em que cabe ao acusado demonstrar, se assim entender, a ausência de justa causa para a instauração da demanda (o que não ocorreu na hipótese), não constituindo tal previsão oportunidade de se discutir o mérito de forma aprofundada.

Afasto, portanto, a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

Litispendência

Conforme artigo 337, §§ 1º e 3º, CPC², há litispendência quando se repete ação anteriormente ajuizada a qual ainda está em curso, considerando-se idênticas as ações que possuem as mesmas partes, mesma causa de pedir e pedido.

No caso, o réu invoca preliminar de litispendência sob a alegação de que a presente ação está fundamentada nos mesmos fatos que estão sendo objeto da Ação Civil Pública nº 0023722-94.2016.8.12.0001, em trâmite perante o mesmo juízo.

² Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

(...)

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

Sem razão, contudo.

O autor ajuizou a presente ação com base no art. 9º, inc. VII, Lei nº 8.429/92, defendendo que o réu teria registrado evolução patrimonial e movimentação bancária incompatíveis com seus rendimentos.

Já na outra Ação (0023722-94.2016.8.12.0001) o réu está sendo processado porque, de acordo com a tese ministerial, teria recebido vantagem ilícita, quando exercia o cargo de secretário de saúde do Município de Campo Grande, para auxiliar no processo de cassação do ex-Prefeito Alcides Bernal (Operação *Coffee Break*), incidindo na regra do art. 9º, inc. I, Lei nº 8.429/92.

Por esse motivo, afasto a preliminar de litispendência.

Mérito

O Ministério Público Estadual ajuizou ação de improbidade administrativa c/c pedido de indisponibilidade de bens contra o recorrente Jamal Mohamed Salem, ao argumento de que o réu foi vereador e secretário municipal de saúde no ano de 2013, no município de Campo Grande e nesse ano registrara evolução patrimonial manifestamente incompatível com sua renda declarada, além de ter apresentado elevada movimentação bancária incompatível com seus rendimentos.

O juízo singular ao receber a inicial assim fundamentou:

“(...) Superadas as questões preliminares, registre-se, inicialmente, que, neste momento, se faz a análise da viabilidade da ação conforme o que dispõe o art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Nesta fase preliminar da ação civil pública por improbidade administrativa, deve o magistrado receber a petição inicial e citar o requerido para contestar o pedido ou, se estiver convencido de que não há ato de improbidade administrativa, de improcedência do pedido ou de inadequação da via eleita, deve o magistrado rejeitar de plano a ação (art. 17, §§ 8º e 9º, da Lei nº 8.429/92).

Conforme decisão que determinou o bloqueio de bens, o caso tratado nos autos vem embasado em documentos robustos dos anos de 2013 e 2014 (f. 261-278), inúmeros extratos bancários que demonstram a sua movimentação financeira (f. 152-260), além do relatório do Centro de Pesquisa, Análise, Difusão e Segurança da Informação (f. 310-313), que concluiu o seguinte:

Considerando a totalidade dos créditos que transitaram pelas contas do investigado Jamal Mohamad Salen com os rendimentos declarados, nota-se uma diferença entre tais elementos, não se coadunando o que o referido investigado recebeu como salário, com todo o movimento financeiro ocorrido nas suas contas nos dois anos, mormente no ano de 2013, onde para rendimentos apurados de R\$ 393.298,59 a sua movimentação financeira foi de R\$ 4.699.468,17.

Ainda consta às f. 551-571, o Relatório de Análises Financeira e Patrimonial do réu, cuja conclusão foi de que:

(...) o investigado apresentou movimentações financeiras brutas destoantes dos valores declarados, demonstrando locupletamento de créditos. As aquisições imobiliárias apresentaram indícios de superfaturamento, fato que se comprovado poderá resultar numa situação de passivo a descoberto, cujos rendimentos líquidos serão insuficientes para liquidar os valores gastos para adquirir esses imóveis ou seja, possibilidade de aquisições sem lastro e/ou disponibilidade monetária, sem justificativas, fato que deve ser cotejado com a investigação (...).

Veja-se que os fatos narrados pelo Ministério Público são graves, estão amparados, no geral, em elementos indiciários convincentes e, por isto, merecem ser submetidos ao contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, nos parece que somente a instrução do processo é capaz de revelar se o fato narrado na inicial possui a natureza de improbidade que o Ministério Público reclama.

Por estes motivos, recebo a inicial em relação ao requerido.” (f. 783-784 dos autos originários).

O recorrente sustenta que:

“(…) não há que se falar em nenhuma das hipóteses do art. 9º, inc. VII e art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, pois o que o representante do Ministério Público tenta fazer é lançar valores e invenções na exordial sem nenhuma capacidade de imputar ao agravante quaisquer dos crimes listados, com um propósito ainda obscuro que está prejudicando a vida do agravante, pois já está respondendo pelos mesmos fatos em outra ação, em trâmite pelo mesmo juízo a quo.”

Aduz que a presente ação de improbidade administrativa é totalmente desprovida de elementos fáticos que possam sugerir sequer a existência de indícios da prática de qualquer ato ímprobo.

Teceu explicações sobre todos os imóveis adquiridos, seus respectivos valores e forma de pagamento, que embasam a presente demanda.

A análise deste agravo se circunscreve em verificar se a inicial efetivamente deveria ter sido recebida ou não pelo juiz.

Por oportuno, transcrevo os artigos correspondentes à necessidade de indícios suficientes do ato ímprobo para o recebimento da ação civil pública que versa sobre improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), veja-se:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(…)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

(…) § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”

Da leitura do dispositivo citado, como dito na decisão que rejeitou a preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, percebe-se que a decisão deve conter a fundamentação exauriente apenas quando rejeita a ação de improbidade, bastando, para seu recebimento, o mero indício do ato ilícito aludido (§ 6º, art. 17).

Com efeito, a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 17, § 8º, prevê a rejeição da ação, caso o juiz se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Entretanto, da inteligência desse dispositivo, decorre que somente as ações claramente infundadas devem ser previamente rejeitadas, bastando para o seu recebimento a presença de meros indícios, até porque nesta fase vigora o princípio do *in dubio pro societate*.

Em outras palavras: existindo indícios de ato ímprobo a demonstrar a possibilidade de êxito na ação civil pública, impõe-se o recebimento da inicial, não podendo ser rejeitada se não estiver o julgador convencido da inexistência do ato de improbidade. E a razão é simples: todo agente público tem o dever de ser honesto, de atuar conforme a lei e ser impessoal, bem como tem o dever de prestar contas, inclusive para a sociedade. Havendo indícios de atuação desconforme com a lei, não só pode como deve provar o contrário, porque prevalece o interesse público.

Em casos semelhantes esta Câmara assim se manifestou:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – REQUISITOS PRESENTES – ADMISSIBILIDADE – § 8º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92 – DECISÃO FUNDAMENTADA, AINDA QUE DE FORMA SUCINTA – ART. 93, IX, DA CF – SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO PELO DOLO GENÉRICO, SENDO DESNECESSÁRIO O DOLO ESPECÍFICO – LESÃO AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Mantém-se a decisão que recebeu a inicial da ação civil pública por suposta prática de ato de improbidade administrativa. O não recebimento da inicial é de caráter excepcional, em face da supremacia do interesse público, nos termos do § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92. A decisão do juiz singular que recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa, ainda que sucinta, é suficiente para iniciar o debate acerca da existência ou não de improbidade administrativa. Para a configuração do suposto ato de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.429/92) é necessário apenas o dolo genérico, sendo dispensável o dolo específico. A configuração da lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige necessariamente o dolo ou culpa na conduta do acusado, ou, ainda, a prova da lesão ao erário. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade, o que apurar-se-á no decorrer da fase instrutória-probatória.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1405203-89.2016.8.12.0000, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 26/07/2016, p: 28/07/2016).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO INDEVIDO DE VALORES – DESPACHO DE RECEBIMENTO DA INICIAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE JUSTA CAUSA – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. De acordo com a doutrina, ‘A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.’ 2. Diante do cabimento da ação civil pública no presente caso, por certo que o pedido na hipótese é possível, posto que, ao contrário do que enfatiza o agravante, não é estranho às possibilidades da ação civil pública. 2. Da análise dos autos, pode-se verificar, a partir da prova documental, indícios da ocorrência de ato de improbidade administrativa, consubstanciado no recebimento indevido de valores pelo requerido. A questão alusiva à culpa da Administração Pública e se essa circunstância é apta a impedir a caracterização do ato de improbidade, é matéria a ser arguida na defesa, devidamente comprovada e analisada quando do julgamento do mérito da lide.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 4010328-57.2013.8.12.0000, Dourados, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 28/11/2013, p: 04/12/2013).

No mesmo sentido, precedentes da Corte Superior:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – FUNDAMENTAÇÃO CONCISA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1. Discute-se a alegada ausência ou deficiência na fundamentação da decisão que recebeu a ação de improbidade administrativa interposta contra os agravantes. 2. O Tribunal de origem não pecou na fundamentação do acórdão vergastado, decidindo a matéria valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 3. Nos termos do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/92, a defesa preliminar é o momento oportuno para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade administrativa, a procedência da ação ou a adequação da via eleita. 4. Existindo indícios de atos de improbidade, nos termos dos dispositivos da Lei nº

8.429/92, sendo procedente a ação e adequada a via eleita, cabe ao juiz receber a inicial e dar prosseguimento ao feito. 5. Hipótese em que a fundamentação, embora breve e sucinta, guarda pertinência no que se lhe exige nesta fase preliminar. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no AREsp 19.841/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 11/10/2011, DJe 20/10/2011).

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – INDÍCIOS DE ATO ÍMPROBOS EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – ANÁLISE DA EFETIVA PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...) 2. A conclusão alcançada pelo Tribunal a quo deve ser mantida em todos os seus termos, pois existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. (...).

4. Assim, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o Tribunal a quo reconheceu a presença de indícios de prática de ato de improbidade aptos a autorizar o prosseguimento da ação civil. A reversão do entendimento exposto no acórdão exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.” (STJ. EDcl no REsp 1387259/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 16/04/2015, DJe 23/04/2015).

Em análise dos autos, não há elementos convincentes para a rejeição liminar da inicial, carecendo a demanda de instrução probatória, a fim de verificar a ocorrência ou não do ato ímprobo, à luz da legislação e jurisprudência aplicáveis ao caso concreto.

Ao contrário, percebe-se que há indícios suficientes do cometimento do ato de improbidade narrado na inicial, pelo menos para que a inicial seja recebida para discussão.

A inicial traz para discussão elementos probatórios do ato ímprobo, quando narra que existem indícios de evolução patrimonial e movimentação bancária incompatíveis com os rendimentos do réu.

Ademais, além dos extratos juntados às f. 152-260 dos autos originários, o relatório do centro de pesquisa, análise, difusão e segurança da informação juntado às f. 310-313 dos autos originários, concluiu que os rendimentos apurados foram de R\$ 393.298,59 (trezentos e noventa e três mil duzentos e noventa e oito reais e cinquenta e nove centavos), enquanto a sua movimentação financeira no mesmo período foi de R\$ 4.699.468,17 (quatro milhões, seiscentos e noventa e nove mil quatrocentos e sessenta e oito reais e dezessete centavos). Tal fato justifica o recebimento da ação, para apuração de possível ato ímprobo.

Desta forma, há de ser mantida a decisão que recebeu a inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada contra o recorrente.

Posto isso, com o parecer, conheço do agravo de instrumento e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e no mérito negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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 março de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível nº 0800341-68.2011.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste

EMENTA – 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 – APLICABILIDADE DA SÚMULA 166, STJ – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – SÚMULA 188, STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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

É, 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.

Quanto à incidência dos juros moratórios e da correção monetária, aplica-se as súmulas 188 e 162, STJ, dispondo, respectivamente, que o termo inicial dos juros moratórios é com o trânsito em julgado da sentença, bem como a correção monetária a partir do pagamento indevido.

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 deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de março de 2020

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe apelação contra sentença do juízo da 1ª vara da comarca de São Gabriel do Oeste nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c repetição de indébito tributário ajuizada por Renê Eugênio Migliavacca que julgou:

“(…) procedentes os pedidos formulados pelo autor para declarar a inexistência de relação jurídica c/c repetição de indébito referente à cobrança de ICMS em decorrência de circulação de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade.”

Em suas razões fundamenta, em síntese, pela legalidade e constitucionalidade do artigo 3º, inciso IV do Decreto Estadual nº 9.203/1998 e art. 7º da Lei 1.810/97

Alega que a edição da súmula 166 do STJ é anterior à redação do art. 12, inciso I da LC 87/96, bem como de que o termo inicial dos juros moratórios é a data da citação válida.

Afirma que:

“(...) utilizando-se de suas prerrogativas constitucionais de autonomia e autogestão, o Estado de Mato Grosso do Sul limitou a incidência do ICMS sobre empréstimo ou locação de bens móveis, desde que a mercadoria retorne ao estabelecimento de origem dentro prazo previsto na legislação, sendo, in casu, 120 (cento e vinte) dias.” (f. 249).

Contrarrazões às f. 278-288.

Passo ao voto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Admissibilidade recursal

O recurso é tempestivo e o apelante dispensado do preparo, por força do art. 1.007, § 1º, CPC.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo à respectiva análise.

Da não incidência do ICMS

O cerne da discussão cinge-se quanto a incidência do ICMS sobre a circulação de máquinas, destinadas ou não a locação, cuja propriedade pertence ao mesmo titular após o prazo previsto na legislação estadual de 120 (cento e vinte) dias.

A priori, imperioso destacar que houve, no presente caso, a comprovação de titularidade da máquina como sendo do mesmo titular consoante se observa às f. 25, 21, 32 e 33, vez que as notas fiscais de saída interestadual têm como remetente e destinatário a mesma pessoa.

Quanto ao mérito da questão adianto que as razões do Estado de Mato Grosso do Sul não merecem prosperar, a não ser numa pequena parte. Explico.

A referida discussão, quanto a incidência do ICMS em equipamentos destinados à locação após o prazo de 120 dias já foi tema discutido por este Tribunal de Justiça, cujo entendimento foi pacificado após o julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1602108-38.2014.8.12.0000, de minha relatoria.

Desta forma, hei por bem citar as partes pertinentes do meu voto naquela oportunidade:

“(...) Eis o teor dos dispositivos arguidos de inconstitucionalidade:

Lei Estadual 1.810/97

Art. 7º. O ICMS não incide sobre:

(...)

IV- a remessa de máquina, equipamento, ferramenta e objeto de uso do contribuinte, bem como de suas partes e peças, destinados a outro estabelecimento, para lubrificação,

limpeza, revisão, conserto, restauração ou recondicionamento, ou ainda, para empréstimo ou locação, desde que retornem ao estabelecimento de origem, no prazo do regulamento; (g.n.)

Decreto nº 9.203/98

Art. 3º O ICMS não incide sobre: (Art. 7º da Lei 1.810/97):

(...)

IV- a remessa de máquina, equipamento, ferramenta e objeto de uso do contribuinte, bem como de suas partes e peças, destinados a outro estabelecimento, para lubrificação, limpeza, revisão, conserto, restauração ou recondicionamento, ou ainda, para empréstimo ou locação, desde que retornem ao estabelecimento de origem, nos seguintes prazos, contados na data de remessa:

a) de 120 dias, nos casos de locação ou de empréstimo, desde que realizados mediante contrato entre as partes; (gn).

Portanto, o que se questiona é a estipulação de prazo (120 dias), para fins de não incidência de ICMS sobre a prestação de serviços de locação, uma vez que, em princípio, tal operação não figura como fato gerador do referido imposto.

Como é cediço, o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias ou prestação de serviço interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que iniciados no exterior.

O tributo (ICMS) é devido quando ocorre a transferência efetiva da propriedade, da titularidade jurídica do bem de um sujeito para outro.

No escólio do professor Eduardo SABBAG¹:

O fato gerador, conforme descrito na Carta Magna, é referente a operações de ‘circulação de mercadorias’, ou seja, quaisquer atos ou negócios, independente de sua natureza jurídica, que impliquem o trajeto da mercadoria desde a sua produção até o consumo.

Define-se circulação como a mudança de titularidade jurídica do bem. A movimentação física do bem não se traduz em circulação, propriamente dita. Cite-se, como exemplo, a saída de bens para mostruário. Nessa hipótese, não incide o ICMS, pois não houve a mudança de titularidade.

Nessa toada, o conceito de ‘mercadoria’ deve ser assimilado, a fim de que se tenha o correto entendimento do fato gerador do ICMS: ‘mercadoria’, vem do latim merx, i.e., ‘coisa que se constitui objeto de uma venda’.

A Constituição Federal define, de forma implícita, o vocábulo ‘mercadoria’, em sentido estrito, englobando no termo as ideias de ‘produto’ e ‘intenção de ‘mercancia’, assim devendo ser ele entendido para a constituição do fato gerador do ICMS.

O Instituto de mercancia decorre da habitualidade ou volume típico de comércio na aquisição do bem.

Nessa medida, as coisas que o empresário adquire para uso ou consumo próprio não são ‘mercadorias’, pois não há intenção de venda ou revenda com essa aquisição (...)

Diante do conceito acima, extrai-se que a circulação é a mudança de titularidade jurídica (circulação jurídica do bem), o que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, e não apenas sua movimentação física, que é o caso de locação, por exemplo.

¹ **Direito tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 173-174. v. 6.

Assim, 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 propósito, confira-se a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – ICMS – FATO GERADOR – CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA – TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE – MERCANCIA – EQUIPAMENTO LOCADO – TROCA DE PEÇAS – MERA MANUTENÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA – SUJEITO ATIVO – LOCAL DA SAÍDA DO BEM – EMISSÃO DA NOTA FISCAL – PRECEDENTES – OMISSÃO INEXISTENTE.

1. A exegese dos julgados proferidos no REsp 1125133/SP e no REsp nº 1131718/SP, ambos de relatoria do Min. Luiz Fux, submetidos ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), convergem para reiterar a jurisprudência desta 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.

2. Sopesando tais entendimentos, verifica-se que a mera reposição de peças em bem locado pelo contribuinte não representa circulação jurídica da mercadoria, porquanto não induz à transferência da propriedade ou da posse da coisa. Trata-se apenas de manutenção indispensável do bem, sem a qual o objeto de locação perde sua utilidade, constatando-se, ao fim, que a propriedade permanece incólume pelo locador. Não há, portanto, troca de titularidade a ensejar o fato gerador do ICMS.

3. O ICMS deve ser recolhido pela alíquota interna, no Estado onde saiu a mercadoria para o consumidor final, após a sua fatura, ainda que tenha sido negociada a venda em outro local, através da empresa filial. (AgRg no REsp 67025/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/5/2000, DJ 25/9/2000, p. 83).

4. Outros precedentes: AgRg no REsp 703232/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009; REsp 732991/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/9/2006, DJ 5/10/2006, p. 248; AgRg no Ag 482.144/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/5/2004, DJ 30/6/2004, p. 301.

5. Não há violação dos arts. 128 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. Recurso especial do Estado de Minas Gerais improvido. Recurso especial de IBM Brasil Indústria Máquinas e Serviços Ltda provido.” (STJ. REsp 1364869/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª T., julgado em 02/05/2013, DJe 16/05/2013).

“No mesmo sentido, precedente de outro Tribunal, em caso análogo:

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ICMS – LOCAÇÃO INTERNACIONAL – CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA OU BEM – TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO DOMÍNIO – OBRIGAÇÃO DE RESTITUIÇÃO: NÃO INCIDÊNCIA – REGIME ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA – ISENÇÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS – INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – ISENÇÃO DE ICMS. 1. A locação é negócio jurídico oneroso de cessão de uso e gozo, que obriga o locatário a restituir a coisa ao termo do contrato. 2. A circulação de mercadoria ou bem é pressuposto da incidência do ICMS, ainda que a operação se tenha iniciado no exterior. 3. O locatário de mercadoria ou bem do exterior, sem opção de compra, não realiza operação relativa à circulação da coisa importada. 4. Não incide ICMS sobre aluguel de equipamento com locador estabelecido no exterior. 5. No Estado de Minas Gerais, a entrada de bem importado sob o Regime Especial de Admissão Temporária com dispensa de tributos federais é isenta de ICMS. 6. A incidência exclusiva de contribuições sociais na entrada de bem importado sob o regime de admissão temporária não elide a isenção do ICMS.” (TJMG. Reexame Necessário. Apelação nº 1.0024.11.227940-1/002). Relator: Des. Oliveira Firmo. Data de Julgamento: 29.07.2014).

“Conclui-se, destarte, que a locação de mercadorias não se 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 seus 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, conforme bem pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça, ‘sob o manto da extrapolação do prazo de 120 dias estipulado no RICMS-MS.’”

Consubstanciado ao referido precedente, destaco os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – LOCAÇÃO DE BENS – CIRCULAÇÃO FÁTICA E NÃO JURÍDICA DOS BENS – AUSÊNCIA DO FATO GERADOR – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS – INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – INOCORRÊNCIA DE FATO GERADOR – RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – MESMA RATIO DECIDENDI. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF/88 E SÚMULA VINCULANTE 10) – JUÍZO DE INTERPRETAÇÃO E NÃO DE INVALIDADE DA NORMA – AUSÊNCIA DE OFENSA. 1. Controvérsia centrada na discussão acerca: a) que o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento, conforme art. 12, I, da LC 87/1996; b) que o TJMS vem acolhendo este entendimento, previsto no art. 12, I, da LC 87/1996; c) que deve ser aplicado ao caso o princípio da autonomia dos estabelecimentos, e d) em caso de manutenção da sentença, seja observada a cláusula de plenário, prevista no art. 97, da Constituição Federal de 1988. 2. Não constitui fato gerador do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) o simples deslocamento de bens à título de contrato de locação. 3. Não há ofensa ao art. 97 da CF/88 ou ao comando da Súmula Vinculante nº 10 a mera interpretação de dispositivo legal sem juízo de valor acerca da validade da norma interpretada. 4. Apelação conhecida e não provida; sentença mantida.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0839374-21.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 29/08/2019, p: 30/08/2019).

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO – AFASTADA – INSURGÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA CONTRA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS DE UMA PROPRIEDADE PARA OUTRA, DO MESMO PROPRIETÁRIO – AUSÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO E CONSEQUENTE FATO GERADOR DO TRIBUTO – CIRCULAÇÃO APENAS FÍSICA DA MERCADORIA E NÃO JURÍDICA – POSSIBILIDADE DE LIVRE TRANSPORTE DE MERCADORIAS ENTRE AS PROPRIEDADES LOCALIZADAS EM MUNICÍPIOS DE DIFERENTES ESTADOS – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO ACERCA DA NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO – SÚMULA Nº 166 DO STJ – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. 1 - Não é carecedor de ação aquele que se utiliza de mandado de segurança contra lei em tese se a impugnação do decreto legislativo não constitui o principal pedido da demanda, mas sim a obrigação de não fazer consistente em se abster de exigir o tributo. 2 - O simples deslocamento de mercadorias entre propriedades do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS, pois inexistente ato de mercancia. Incidência da Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes jurisprudenciais.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0801244-54.2019.8.12.0001, Bataguassu, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 13/03/2020, p: 16/03/2020).

Assim, não se vê a ocorrência do fato gerador do referido tributo, já que a mera saída das máquinas e equipamentos do mesmo titular, ainda que em outro estado da federação, não configura ato de mercancia necessário à incidência de tributação pelo ICMS, ou seja, não há o indispensável fato gerador.

Quanto aos argumentos do Estado de Mato Grosso do Sul de que: “sempre o ponto de partida deve ser a Constituição e esta diz que compete ao Estado instituir imposto sobre operações de ‘circulação de mercadoria’ e não simplesmente sobre ‘vendas’ ou sobre ‘transmissão da propriedade’ de mercadorias. Fica evidente que circular não é sinônimo de vender!!! É conceito mais abrangente, diversamente do que era imposto sobre vendas e consignações (IVC)” (f. 272), estão equivocados.

O STF já firmou entendimento de que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência da propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trata de circulação interestadual.

Veja-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTO – MESMA TITULARIDADE – NÃO INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência da propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF - ARE 764.196 AgR/MG; Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 24-5-2016, Primeira Turma, DJE de 07-6-2016.) *No mesmo sentido:* AI 618.947 -AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, DJE de 26-3-2010; RE 267.599-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-2009, Segunda Turma, DJE de 11-12-2009; AI 693.714-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009; AI 481.584-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009).

Nesse sentido, entendo que a expressão “circulação de mercadorias”, constante no art. 155, II, da CF, refere-se, por óbvio, à circulação econômica, assim entendida como a transferência de titularidade, não à sua circulação física ou geográfica. Até porque a tributação da mera circulação física e geográfica de um bem é expressamente vedada pelo art. 150, inciso V, da CF, que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de estabelecer limitações ao tráfego de pessoas e bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

A súmula 166 do STJ não contém qualquer restrição quanto à circulação no próprio Estado ou entre Estados, até porque tal restrição não possui qualquer causa jurídica. O ICMS incide tanto em operações realizadas nos limites geográficos do Estado quanto em operações interestaduais, de sorte que não há relevância jurídica ou mesmo lógica na distinção.

Noutro ponto, ainda que o Estado argumente de que a Lei Kandir é posterior ao enunciado da súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual prevaleceria sobre a norma estabelecida no precedente, imperioso destacar que a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sempre foi aquela constante na respectiva súmula, entendendo, inclusive, como desnecessária a observância da cláusula de reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade do art. 12, I, da lei complementar 87/96.

A propósito:

“DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – NÃO INCIDÊNCIA – DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.12.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito desta Excelsa Corte, no sentido de que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, da mesma empresa, sem transferência de propriedade, não é hipótese de incidência do ICMS. Para caracterização de ofensa à reserva de plenário faz-se necessário que a decisão do órgão fracionário lastreie-se, ainda que de forma tácita, em juízo de incompatibilidade entre a norma legal e a Magna Carta, situação inócurrenente na espécie.

Agravo regimental conhecido e não provido.” (STF -ARE 756.634, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 26/3/2014).

“*EMENTA – CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL – LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ – LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO) – DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO – ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO) – GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO) – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA – Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois: (a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais; (b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto ‘bens’, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial; (c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010.*” (STF - ADI 4565 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 07/04/2011, Processo Eletrônico DJe-121 Divulg 24-06-2011 Public 27-06-2011 RTJ Vol-00226-01 PP-00378).

Não há se falar, portanto, em não aplicabilidade da Súmula 166 do STJ, constatando-se que, no caso versando, não há a hipótese de incidência do ICMS para legitimar sua cobrança.

Do termo inicial dos juros moratórios

Aduz o Estado de Mato Grosso do Sul que a sentença aplicou como termo inicial dos juros moratórios a data do pagamento indevido sendo que, “*consoante o entendimento firmado em sede de recurso repetitivo pelo e. STJ no REsp 1.356.120 (Tema 611), o termo inicial dos juros moratórios é a citação válida (f. 274).*”

Pois bem. O magistrado singular assim dispôs sobre os juros moratórios:

“(...) devendo conseqüentemente ser restituído ao autor os valores pagos a título de ICMS, cuja cobrança foi declarada inconstitucional por meio desta sentença, corrigido monetariamente e com incidência de juros legais a partir de cada pagamento, podendo o autor optar pela compensação dos valores, em caso de existência de lei estadual neste sentido (f. 237).”

Neste ponto, há que ser alterada a sentença, vez que o termo inicial para incidência dos juros moratórios é a data do trânsito em julgado da sentença, nos termos da súmula 188 STJ que dispõe que: “*os juros moratório, na repetição de indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.*”

Já a correção monetária, o termo inicial é a data do efetivo pagamento, conforme se denota pela súmula 162 STJ: “*na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.*”

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para que os juros moratórios incidam a partir do trânsito em julgado da sentença (Súmula 188, STJ) e a correção monetária a partir do pagamento indevido (súmula 162, STJ).

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. Alexandre Bastos

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 2020.

1ª Câmara Cível
Relator Designado Des. Marcelo Câmara Rasslan
Agravo de Instrumento nº 1412062-19.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE USUCAPIÃO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

A usucapião é meio de constituição originária de propriedade, e uma vez constituída a propriedade de forma originária, impossível revertê-la senão através de outra ação, posto que a matrícula ou transcrição imobiliária inicial do imóvel há de ser cancelada e nova matrícula aberta.

O acórdão que julgou o recurso de apelação determinou, expressamente, que apenas “*após a baixa dos autos à origem, determino a expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis para que proceda as anotações, registros e averbações necessárias em nome dos autores.*”

Impossibilidade de execução provisória do julgado. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que dava provimento.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Manoel Augusto de Menezes e Maria Nunes de Menezes, nos autos do Cumprimento Provisório de Sentença de nº 824721-09.2019.8.12.0001 em que contende Dirceu Vicente Bottura e Nilza Ávila, interpõem recurso de agravo de instrumento.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que:

Na impossibilidade de peticionar nos autos principais da Ação de Usucapião de nº 0818110-79.2015.8.12.0001 que lhes foi favorável, ajuizaram pedido autônomo de cumprimento provisório de sentença para requerer determinação de registro da propriedade no registro de imóveis;

Após o julgamento da causa pelo tribunal não há mais o que se debater nos autos, sendo o recurso especial e extraordinário interposto pela parte adversa meramente procrastinatório; e,

Não há necessidade de esperar o trânsito em julgado porque não possui efeito suspensivo os recursos interpostos perante as cortes superiores de justiça.

Por fim, pugnam pelo conhecimento e provimento da súplica para, reformando a decisão, obter a ordem de registro do imóvel usucapido.

Sobreveio decisão monocrática recebendo o recurso em seu efeito devolutivo (f. 19-21).

Intimado a se manifestar a parte recorrida quedou-se inerte (f. 33).

VOTO(03/12/2019)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Manoel Augusto de Menezes e Maria Nunes de Menezes, nos autos do Cumprimento Provisório de Sentença de nº 0824721-09.2019.8.12.0001 em que contende Dirceu Vicente Bottura e Nilza Ávila, interpõem recurso de agravo de instrumento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, no presente feito, determinou o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado da ação.

Eis os termos da decisão atacada:

“(...) Vistos, etc.

Trata-se de cumprimento provisório de sentença ajuizado por Manoel Augusto de Menezes e Maria Nunes de Menezes em face de Dirceu Vicente Bottura e Nilza Alves, partes qualificadas nos autos.

Verifica-se que esta demanda tem como objeto o acórdão ora proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça, em sede de apelação, nos Autos principais em apenso nº 0818110-79.2015.8.12.0001, que reformou a sentença de primeiro grau para o fim de julgar procedente o pedido de usucapião extraordinário formulado na inicial, e declarar o domínio dos autores sobre o lote de terreno nº 08, da quadra 05, Loteamento Jardim Marcos Roberto, localizado na Rua Ouro Branco, nº 591, nesta capital, matriculado sob o nº 50.894, na 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis de Campo Grande/MS.

Em face da referida apelação foram interpostos recursos especial e extraordinário, aos quais foi negado seguimento, contudo, houve a interposição de agravo, os quais ainda se encontram pendentes de julgamento.

Assim sendo, visto que a obrigação em questão se trata de registros e averbações na matrícula do imóvel, a fim de evitar quaisquer prejuízos para as partes e eventuais nulidades futuras, determino o sobrestamento deste feito até a certificação de trânsito em julgado dos recursos supracitados, o que deverá ser informado pelos exequentes (...).”

Os autos tratam de pedido de execução provisória da sentença, confirmada em grau de recurso e submetida ao recurso especial.

O Código de Processo Civil estabelece que:

“Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I - ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (...).”

Não houve notícias de qualquer pedido ou concessão de efeito suspensivo do recurso que tramita no tribunal superior, ou recebimento de tal recurso com efeito suspensivo, pelo contrário, documentos juntados pelo agravante demonstram que o recurso especial não foi conhecido.

Na vigência da lei anterior, sobre o instituto do cumprimento da sentença Theotônio Negrão e José Gouveia comentaram¹:

“Conquanto permitida, é provisória a execução (art. 475-I, § 1º) na pendência de recurso extraordinário ou especial, e assim também na de agravo de despacho denegatório de qualquer desses dois recursos.

AGRAVO INTERNO – PEDIDO DE AGREGAÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CPC/2015 – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DE ATOS CONSTITUTIVOS – SEGURO GARANTIA JUDICIAL – INOCORRÊNCIA DE ‘PERICULUM IN MORA’ – JULGADOS DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Existência de norma expressa no CPC/2015, a exemplo do CPC/1973, conferindo ao vencedor (provisório) da demanda o direito de promover a execução provisória da sentença sujeita a recurso sem efeito suspensivo (art. 520 do CPC/2015). 2. Inocorrência de ‘periculum in mora’ em razão do mero processamento da execução provisória no juízo de origem. Julgados desta Corte Superior. 3. Caso concreto em que o juízo está garantido por seguro garantia judicial, o que por si só impede a prática de atos constitutivos (cf. art. 835, § 2º, do CPC/2015).

4. Aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 ao agravo interno, por se tratar de recuso manifestamente improcedente.

5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.” (AgInt na PET no AREsp 1057682/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 19/10/2017). Com destaque.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – Deferimento de expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis para baixa do gravame hipotecário – Pedido de reforma do requerido – Descabimento A) Afastamento de preliminar de intempestividade – Aplicação do princípio do jura novit curia – Pedido que não representa mera retratação do pronunciamento anterior – Impugnação fundada em novos elementos que mereciam nova análise do julgador – Provocação implicadora de fundamentação inédita - Disponibilidade no Diário da Justiça Eletrônico em 13 de junho de 2.018 – Prazo de interposição de quinze dias – Vencimento em 10 de julho de 2.018 – Protocolo digital em 29 de junho de 2.018 B) Título executivo judicial retratado pela sentença de procedência – Limite objetivo definidor da obrigação de fazer – Existência de trâmite de Agravo contra inadmissibilidade de Recurso Especial – Incompetência absoluta decorrente da natureza da matéria para paralisação do feito C) Dispensa de caução – Possibilidade alternativa – Pendência de agravo – Solução empregada em consonância com súmula do Superior Tribunal de Justiça – Pagamento integral do preço do apartamento constitui exigência suficiente – Propriedade do imóvel que ingressa no patrimônio dos adquirentes – Obrigação de pagar exclusiva da construtora – Somente bens, ativos e direitos do capital do fornecedor devem responder pelo cumprimento do mútuo – Vínculo contratual entre a empresa e o credor hipotecário não tem eficácia perante os compradores – Ausência de indício de prejuízo e irreversibilidade da medida – Temor hipotético – Primazia de interesse do credor D) Decisão interlocutória mantida – Recurso improvido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2133817-05.2018.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/11/2018; Data de Registro: 26/11/2018)

1 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. Nota 13 ao art. 542. 43. ed. Saraiva, 2011. p. 716.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – DECISÃO QUE INDEFERIU A IMEDIATA APLICAÇÃO DO ARTIGO 501 DO CPC EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA INERENTE AOS REGISTROS PÚBLICOS, DETERMINANDO QUE SE AGUARDE O TRÂNSITO EM JULGADO, COM POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA MULTA COMINATÓRIA – INSURGÊNCIA PELOS EXEQUENTES – CABIMENTO – ANÁLISE DO TEMA SOB O ENFOQUE DA SEGURANÇA E PROCESSUAL – SEGURANÇA – CASO CONCRETO EM QUE NÃO HÁ QUALQUER QUESTIONAMENTO QUANTO AO DIREITO AO REGISTRO, TRATANDO-SE DE IMÓVEL QUITADO, SENDO A DISCUSSÃO RESTRITA A QUEM COMPETIRIA A OBRIGAÇÃO DE FAZÊ-LO – SITUAÇÃO QUE, MESMO EM CASO DE ALTERAÇÃO DA SENTENÇA EM RECURSO DE APELAÇÃO PENDENTE, NÃO RESULTARIA NA NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DO REGISTRO EFETIVADO, MAS APENAS A LIBERAÇÃO DESSA OBRIGAÇÃO PELO RÉU E DISCUSSÃO QUANTO AOS CUSTOS DO ATO REALIZADO, EM CASO DE EVENTUAL RESSARCIMENTO – PROCESSUAL – HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE HOUVE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA, OBJETO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, A QUE SE NEGOU EFEITO SUSPENSIVO E FOI DADO POR PREJUDICADO DIANTE DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, QUE A CONFIRMOU – ARTIGO 501 DO CPC QUE DEVE SER ANALISADO EM COERÊNCIA COM O SISTEMA PROCESSUAL E EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO, NA FORMA DO ARTIGO 1.012, V DO CPC, SOB PENA DE SE ESTABELECEER REGRA DE EXCEÇÃO PARA SITUAÇÕES QUE EM A TUTELA REFIRA-SE À OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE ENVOLVA DECLARAÇÃO DE VONTADE, SEM PREVISÃO LEGAL – CONJUGAÇÃO DOS DOIS ASPECTOS QUE AUTORIZA A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE SEJA EXECUTADA PROVISORIAMENTE A OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CRI PARA QUE A SENTENÇA SUPRA A DECLARAÇÃO NÃO EMITIDA – RECURSO PROVIDO.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2092562-33.2019.8.26.0000; Relatora Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/08/2019; Data de Registro: 21/08/2019)

Sabe-se também que até mesmo os astreintes oriundos de antecipação de tutela e confirmados por sentença podem ser objeto de cumprimento provisório na ausência de recurso que tenha sido recebido com efeito suspensivo.

Vejamos:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO, A FIM DE JULGAR EXTINTO O PROCEDIMENTO DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO RELATIVO ÀS ASTREINTES – IRRESIGNAÇÃO DO AGRAVADO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, julgado sob o rito do 543-C do CPC/73, firmou o entendimento no sentido de que: ‘a multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.’ (REsp 1200856/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 01/07/2014, DJe 17/09/2014) 2. À luz do princípio tempus regit actum e da teoria do isolamento dos atos processuais, estes devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, sob pena de indevida retroação da lei nova para alcançar atos já consumados. Precedente: AgInt no AREsp 989.414/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 13/03/2017. 3. Agravo interno desprovido.” (AgInt no REsp 1540391/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018)

No caso em apreço, a sentença prolatada nos Autos do Processo de Usucapião de nº 0818110-79.2015.8.12.0001, nas páginas de nº 828-837, consta o seguinte dispositivo:

“(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente os pedidos formulados por Manoel Augusto de Menezes e Maria Nunes de Menezes, nesta Ação de Usucapião que movem em desfavor de Dirceu Vicente Bottura e Nilza Ávila Bottura, tão somente para condenar os requeridos a indenizar os autores pelas benfeitorias realizadas no imóvel Lote de terreno nº 08, da quadra 05, do loteamento Jardim Marcos Roberto, localizado na Rua Ouro Branco, nº 591, nesta Capital, matriculado sob o nº 50.894, na 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis de Campo Grande/MS, a serem apuradas em liquidação de sentença.

Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao rateamento do pagamento das custas e despesas processuais, na proporção de 50% para cada uma delas, assim como de honorários advocatícios os quais fixo em 15% sobre o valor da causa, o que faço com espeque no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, vedada a compensação, suspendendo a exigibilidade em relação aos autores, na forma do art. 98, § 3º, do CPC.

Sentença proferida com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do NCPC. Tanto que transite em julgado, pagas as custas ou inscritas em dívida ativa, se for o caso, arquivem-se com as baixas de estilo. Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se. Campo Grande, 28 de agosto de 2018. Assinado digitalmente Paulo Afonso de Oliveira - Juiz de Direito.”

Por conseguinte, o dispositivo do acórdão que julgou a apelação constou que (f. 931-942):

“(...) Desse modo, em que pesem os posicionamentos contrários, voto pelo conhecimento e provimento do recurso interposto por Manoel Augusto de Menezes e Maria Nunes de Menezes para o fim de julgar procedente o pedido de usucapião extraordinário formulado na inicial, e declarar o domínio dos autores sobre o Lote de terreno nº 08, da Quadra 05, Loteamento Jardim Marcos Roberto, localizado na Rua Ouro Branco, nº 591, nesta Capital, matriculado sob o nº 50.894, na 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis de Campo Grande/MS. Em consequência do provimento do recurso, inverte o ônus da sucumbência.

Após a baixa dos autos à origem, determino a expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis para que proceda as anotações, registros e averbações necessárias em nome dos autores.”

Desta forma, verifica-se que a sentença reconheceu o direito às benfeitorias no imóvel e, o acórdão julgou procedente o pedido de usucapião formulado pelos ora recorrentes Manoel e Maria.

Sucedeu-se embargos de declaração que foram conhecidos e rejeitados, razão pela qual a parte ora agravada interpôs recurso especial e recurso extraordinário sem qualquer tipo de requerimento de concessão de efeito suspensivo.

Assim, verifica-se que o Recurso Especial (nº 0818110-79.2015.8.12.0001/50001) e o Recurso Extraordinário (nº 0818110-79.2015.8.12.0001/50002), não possuem o requerimento para a concessão do efeito suspensivo.

Portanto, não tendo o recorrido optado pelo pedido contido no 1.029, § 5º, I do CPC, ou, não tendo obtido êxito na referida tutela, inexistente obstáculo ao processamento do cumprimento provisório da decisão.

Cumprir observar que o deferimento do pedido de cumprimento provisório acarretará a efetivação da decisão judicial com o registro de propriedade na matrícula do imóvel. Tal medida, ainda poderá, em tese, ser revertida judicialmente e, neste aspecto, foi cauteloso o juízo de origem.

Destaco ainda que, havendo interesse da parte recorrida, a mesma poderá requerer ao juízo a certidão sobre a pendência do trânsito em julgado para a respectiva averbação na matrícula.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e dou provimento ao recurso a fim de permitir o processamento da execução provisória da sentença.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista do 1º vogal (Des. Rasslan), após o relator dar provimento ao recurso, o 2º vogal aguarda.

VOTO (10/12/2019)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (1º vogal)

Peço vênia ao eminente relator e ousar dele divergir.

Nego provimento ao recurso para manter a decisão agravada, por entender que a situação estabelecida no caso é excepcional e recomenda cautela, por se tratar de execução provisória em ação de usucapião, ou seja, para fins de conferir a propriedade originária e definitiva após decisão que ainda não transitou em julgado.

Explico.

A pretensão dos agravantes é que seja determinado – em sede de execução provisória de sentença – a abertura de matrícula da propriedade do imóvel em razão de sentença favorável nos autos da Ação de Usucapião nº 0818110-79.2015.8.12.0001.

Não se nega que o recurso ao Superior Tribunal de Justiça a que se negou seguimento neste Tribunal de Justiça não possui efeito suspensivo, mas ainda pende de julgamento de agravo.

Com efeito, de regra, os recursos aos tribunais superiores não têm efeito suspensivo e a execução pode ocorrer na forma provisória (art. 520, do CPC), porém, deve ocorrer apenas mediante caução, na forma expressa do disposto nos incisos I e IV, do artigo 520², do Código de Processo Civil.

Ainda que haja a previsão de reparação de danos nos casos que envolvem alienação de propriedade e ou de outro direito real, disto não se trata.

A usucapião não aliena nada a ninguém.

Instituiu ou constitui a propriedade sobre determinado bem, de forma originária.

A natureza da decisão prolatada na ação de usucapião é constitutiva, e não condenatória. A usucapião é meio de constituição originária de propriedade.

Ora, uma vez constituída a propriedade de forma originária, impossível revertê-la senão através de outra ação, posto que a matrícula ou transcrição imobiliária inicial do imóvel há de ser cancelada e nova matrícula aberta.

Não obstante isso, verifico que o acórdão (f. 931-41, dos autos principais), é expresso no sentido de que apenas *“após a baixa dos autos à origem, determino a expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis para que proceda as anotações, registros e averbações necessárias em nome dos autores.”*

Contra referida decisão os ora agravantes não se insurgiram.

Portanto, por se tratar de pretensão de aquisição originária da propriedade, cuja decisão ainda não é definitiva, sendo impossível reverter-se a execução pelo simples provimento do recurso em andamento, e por haver determinação expressa no acórdão de que a expedição de ofícios ao cartório de imóveis só ocorra apenas após o trânsito em julgado, entendo ser o caso de negar provimento do agravo de instrumento.

2 Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado tenha sofrido.

(...)

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Pelo exposto, ousou divergir do eminente relator para negar provimento ao agravo de instrumento e manter a decisão que determinou o sobrestamento deste feito até a certificação de trânsito em julgado.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que dava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2019.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

Agravo de Instrumento nº 1415004-24.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – AQUISIÇÃO DE INSUMOS PROVENIENTES DE OUTRO ESTADO – MERCADORIA DESTINADA AO PREPARO DE REFEIÇÕES A SEREM COMERCIALIZADAS PELA IMPETRANTE – SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO VAREJISTA – FATO GERADOR DO ICMS – FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O estabelecimento que promove a entrada de insumos no Estado a fim de utilizá-los no preparo de refeições a serem vendidas aos seus clientes é considerado sujeito passivo por substituição tributária e deve recolher o ICMS-ST, visto que o fato gerador do tributo é justamente o respectivo fornecimento (interpretação do art. 2º, § 3º, do Regulamento do ICMS do Estado - Decreto nº 9.203, de 18.9.1998).

Não vislumbrada relevância nos fundamentos do recurso e nem sequer a possibilidade de ineficácia da medida acaso finalmente deferida (art. 7º, da Lei nº 12.016/2009), o indeferimento da liminar em mandado de segurança é de ser mantido.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Vaz Comércio de Alimentos – Eireli interpõe agravo de instrumento contra decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra Estado de Mato Grosso do Sul e Superintendente de Administração Tributária do Estado do Mato Grosso do Sul, indeferiu o pedido liminar.

Narra que impetrou mandado de segurança sob o fundamento de que não se aplica o regime de substituição tributária (ICMS-ST) quando a empresa efetua operações interestaduais de aquisição de insumos.

Afirma que o *fumus boni iuris* está claramente demonstrado, pois se trata de uma franqueada de rede *fast food*, que adquire insumos comercializados em outros estados para a preparação de alimentos e o ICMS-ST somente teria relação com a operação subsequente presumida a ser realizada pela agravante, se houvesse revenda dos insumos.

Entende que a decisão está pautada em precedente do Superior Tribunal de Justiça e nos art. 20, § 1º e 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, que não guardam qualquer relação com a presente demanda, eis que não tratam da substituição tributária, tendo o julgador se confundido, já que o ICMS-ST difere do ICMS próprio.

Explica que não discute a incidência do ICMS-ST sobre a realização de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade e que o entendimento admitindo a cobrança ora impugnada viola o princípio da estrita legalidade tributária, além de ser vedadas as interpretações extensiva e analógica para fins de atribuição de sujeição passiva tributária.

Aduz que não se enquadra em quaisquer das hipóteses de sujeição passiva por substituição tributária, sobretudo porque não realiza revenda de insumos.

Por fim, alega ser evidente o *periculum in mora*, diante do prejuízo ocasionado à agravante com a cobrança indevida e por sofrer as restrições dos legítimos devedores da fazenda pública.

Pede a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso para determinar que o agravado se abstenha de exigir o ICMS-ST e suspenda a exigibilidade do crédito tributário que tenha sido constituído e, no mérito, o provimento do agravo confirmando-se a liminar eventualmente concedida.

O recurso foi recebido às f. 147-9, em seu efeito devolutivo.

Contraminuta às f. 155-79, pelo desprovimento do recurso dada a ausência de verossimilhança das alegações, ausência de depósito integral para a suspensão da exigibilidade do tributo, ausência de prova pré-constituída de direito líquido e certo, e regularidade da cobrança realizada.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso às f. 183-9.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Vaz Comércio de Alimentos – Eireli interpõe agravo de instrumento contra decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra Estado de Mato Grosso do Sul e Superintendente de Administração Tributária do Estado do Mato Grosso do Sul, indeferiu o pedido liminar.

Narra que impetrou mandado de segurança sob o fundamento de que não se aplica o regime de substituição tributária (ICMS-ST) quando a empresa efetua operações interestaduais de aquisição de insumos.

Afirma que o *fumus boni iuris* está claramente demonstrado, pois se trata de uma franqueada de rede *fast food*, que adquire insumos comercializados em outros estados para a preparação de alimentos e o ICMS-ST somente teria relação com a operação subsequente presumida a ser realizada pela agravante, se houvesse revenda dos insumos.

Entende que a decisão está pautada em precedente do Superior Tribunal de Justiça e nos art. 20, § 1º e 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, que não guardam qualquer relação com a presente demanda, eis que não tratam da substituição tributária, tendo o julgador se confundido, já que o ICMS-ST difere do ICMS próprio.

Explica que não discute a incidência do ICMS-ST sobre a realização de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade e que o entendimento admitindo a cobrança ora impugnada viola o princípio da estrita legalidade tributária, além de ser vedadas as interpretações extensiva e analógica para fins de atribuição de sujeição passiva tributária.

Aduz que não se enquadra em quaisquer das hipóteses de sujeição passiva por substituição tributária, sobretudo porque não realiza revenda de insumos.

Por fim, alega ser evidente o *periculum in mora*, diante do prejuízo ocasionado à agravante com a cobrança indevida e por sofrer as restrições dos legítimos devedores da Fazenda Pública.

Pede a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso para determinar que o agravado se abstenha de exigir o ICMS-ST e suspenda a exigibilidade do crédito tributário que tenha sido constituído e, no mérito, o provimento do agravo confirmando-se a liminar eventualmente concedida.

O recurso foi recebido às f. 147-9, em seu efeito devolutivo.

Contraminuta às f. 155-79.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 183-9, pelo desprovimento do recurso.

Pois bem.

Ao compulsar os autos, percebo desde logo que o recurso não merece provimento.

A detida análise da questão submetida ao julgamento desta Corte não permite afirmar a presença do *fumus boni iuris* alegado pela impetrante, aparentando legítima a conduta do Estado de exigir da recorrente o ICMS-ST (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços em Regime de Substituição Tributária).

Segundo a agravante, por adquirir apenas insumos utilizados no preparo de refeições, não lhe cabe o pagamento do tributo, eis que não realiza a revenda dos produtos adquiridos.

Ocorre que, de acordo com a legislação estadual, a impetrante é considerada sujeito passivo por substituição tributária, e, portanto, deve efetuar o pagamento do tributo, embora utilize a mercadoria adquirida em outro Estado como insumo para a sua atividade final, consistente na venda de refeições.

Senão vejamos o que estabelece o Anexo III, do Regulamento do ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul (Decreto nº 9.203, de 18.9.1998), ao dispor sobre o regime de substituição tributária nas operações realizadas por estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas:

“Art. 2º São sujeitos passivos por substituição tributária, relativamente às operações a que se refere o artigo anterior, realizadas com as mercadorias relacionadas no Subanexo único a este Anexo:

(...)

§ 3º Não tendo ocorrido a retenção pelo remetente situado em outro Estado, em virtude da sua não-inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado, nem sendo o destinatário detentor de regime especial para pagamento com prazo dilatado, o ICMS deve ser recolhido pelo estabelecimento que promova a entrada da mercadoria no território deste Estado, ainda que ele exerça atividade industrial na qual se utilize a respectiva mercadoria como insumo (art. 14, § 1.º).” (destaquei).

Apesar de a recorrente não desenvolver atividade industrial, as disposições supracitadas evidenciam a necessidade do recolhimento do ICMS-ST por utilizar-se das mercadorias compradas em outro Estado para o preparo dos alimentos que comercializa aos seus clientes, equiparando-se, assim, a um estabelecimento varejista.

Ademais, em se tratando do imposto sobre a circulação de mercadorias, é certo que o fato gerador consubstancia-se no “fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento”, segundo infere-se da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), justamente a atividade desenvolvida pela agravante.

Portanto, entendo que o indeferimento da liminar em primeiro grau merece ser mantido.

A propósito, vejo que este e. Sodalício examinou a matéria ao julgar caso semelhante, oportunidade em que o Des. Vladimir Abreu da Silva firmou a seguinte conclusão:

“(...) Conclui-se, assim, que não assiste razão à apelante, porquanto, tanto a legislação estadual, quanto a federal, são contundentes no sentido de ser devido o recolhimento do ICMS-

ST pelo estabelecimento que promova a entrada de mercadorias no Estado, ainda que ela se caracterize como insumo e que se destine à ao preparo de refeições, vez que o fato gerador do ICMS é o fornecimento das refeições, não se aplicando ao caso, a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, que trata do deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.” (Apelação Cível nº 0833997-69.2016.8.12.0001; Quarta Câmara Cível, Julgamento em 4.7.2019).

Em vista destas considerações, não há falar que a situação em concreto não se amolda ao instituto da substituição tributária, tampouco que descabe o recolhimento de ICMS-ST diante da transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade.

Outrossim, além de não vislumbrar relevância nos fundamentos do recurso, consoante acima demonstrado, também não verifico a possibilidade de ineficácia da medida acaso finalmente deferida (art. 7º, da Lei nº 12.016/2009), o que impõe a manutenção da decisão objurgada.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, conheço do presente agravo de instrumento, mas a ele nego provimento, para manter a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

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 Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0809839-78.2015.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – USO DE ATESTADO MÉDICO FALSO – ATO ÍMPROBO CONFIGURADO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO – PENA DE DEMISSÃO – PREJUÍZO AO ERÁRIO CONFIGURADO – VIOLAÇÃO AO ART. 10, DA LEI Nº 8.429/92 – RECURSO DA RÉ CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

A ausência injustificada do trabalho, com a apresentação de atestado médico falso, é praticado de forma dolosa e em prejuízo ao princípio da continuidade do serviço público, revela prejuízo ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/92).

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, negaram provimento ao recurso de O. e deram parcial provimento ao apelo ministerial, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tratam-se de recursos de apelação cível interpostos contra sentença que, nos autos da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou parcialmente procedentes os pedidos e condenou a requerida O. R. de S. à pena de perda da função pública.

Em suas razões recursais (f. 365-72), a requerida O. R. de S. pede o provimento do recurso para reforma da sentença e julgamento improcedente dos pedidos iniciais, ao argumento de:

“(...) haver dúvidas acerca da possível falsificação do atestado médico e, durante a instrução probatória ocorrida nos autos do processo administrativo disciplinar, através da juntada de documentos, oitiva de testemunhas e demais diligências realizadas, não restou comprovado que houve culpa ou dolo da servidora em iludir a administração, utilizando-se de má-fé.” (f. 369).

Contrarrazões às f. 415-34, pelo desprovimento do recurso.

Por sua vez, o Ministério Público Estadual às f. 373-85, pede a reforma da sentença para majorar a pena aplicada, ao argumento de que a apelada cometeu ato ímprobo, dotado de dolo, quando apresentou dois atestados médicos falsificados com o fito de justificar suas faltas no trabalho.

Pede a aplicação das penas previstas nos artigos 9º e 10 cumulativamente com as sanções do artigo 12, todos da Lei nº 8.429/92 para, além da perda da função pública, se decretar a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e/ou a 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.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 445-5, pelo conhecimento e desprovemento do recurso de apelação interposto pela requerida O. R. de S., e pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Tratam-se de apelações cíveis interpostos contra sentença que, nos autos da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou parcialmente procedentes os pedidos e condenou a requerida O. R. de S. à pena de perda da função pública, por violação ao art. 11, da Lei nº 8.429/92.

Em suas razões recursais (f. 365-72), a requerida O. R. de S. pede o provimento do recurso para reforma da sentença e julgamento improcedente dos pedidos iniciais, ao argumento, em síntese, da ausência ou dolo em iludir a administração, utilizando-se de má-fé.

Por sua vez, o Ministério Público Estadual às f. 373-85, pede a reforma da sentença para aplicação das penas previstas nos artigos 9º e 10, cumulativamente com as sanções do artigo 12, todos da Lei nº 8.429/92.

O parecer ministerial é pelo desprovemento do recurso da ré e pelo provimento do recurso ministerial.

Do recurso de apelação da requerida O. R. de S.

Em suas razões recursais (f. 365-72), a requerida O. R. de S. pede o provimento do recurso para reforma da sentença e julgamento improcedente dos pedidos iniciais, ao argumento, em síntese, da ausência ou dolo ou má-fé, em iludir a administração.

Conforme se extrai da inicial da ação de improbidade, atribui-se à requerida a prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado no fato de apresentar dois atestados médicos falsos à municipalidade, no intuito de justificar suas faltas ao trabalho, uma vez que não prestava de fato o serviço de forma regular; que assim agindo, a requerida violou preceito contido no artigo 37, *caput*, da CRFB/88, e artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, aplicando-lhe as penalidades previstas no artigo 12 da mesma legislação.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, e artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, aplicando-lhe a penalidade de perda da função pública.

Nos termos da Lei nº 8.429/92, os agentes públicos têm o dever de observar os princípios da legalidade, da moralidade e da honestidade, sendo que a violação aos princípios constitui típico ato de improbidade, com expressa previsão no art. 11¹, da Lei nº 8.429/92.

Na lição de Emerson Garcia e Rogério Alves Pacheco²:

“(...) salvo situações excepcionais, temporárias e devidamente justificadas, não será possível a nomeação de agente em cargo comissionado para desempenhar atividades próprias de cargo de provimento efetivo, pois, além do desvio de função, seria nítida a violação ao

1 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

2 **Improbidade administrativa**. 6. ed. Lúmen Juris, 2011. p. 432-3.

mandamento constitucional que exige a prévia realização de concurso público para que o agente possa desempenhar as atividades estatais.

(...)

O preceito constitucional deve ser integrado com a Lei nº 8.429/1992, sujeitando o agente, da administração direta ou indireta, à tipologia estatuída no art. 11, caput, deste diploma legal, sempre que realizar contratações para o preenchimento de cargos que exigem a aprovação prévia em concurso público, sem a sua realização.

(...) a responsabilidade do agente, por força do art. 21, I, da Lei nº 8.429/1992, não está associada à ocorrência de dano patrimonial, mas, sim, à violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo oportuno frisar que a má-fé deste será normalmente incontestável, pois é inconcebível que alguém se habilite a desempenhar relevante atividade na hierarquia administrativa sem ter pleno conhecimento das normas que legitimam e disciplinam sua função.”

O princípio, é certo, constitui a base, a fonte, o fundamento de validade do ordenamento jurídico.

Conforme se extrai do entendimento doutrinário e jurisprudencial,

*“(...) no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘**violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.** A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade** ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, **porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.** Isto porque, com ofendê-lo, **abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nele esforçada.**’ (TJSC, Apelação Cível nº 2010.047319-4, de Joinville, Rel. Des. Newton Trisotto, j. 12-04-2011).” (TJSC; AC-MS 2014.078680-4; Joinville; Segunda Câmara de Direito Público; Rel. Des. Cid Goulart; Julg. 18/11/2015; DJSC 01/12/2015; p. 329 – destaquei).*

O ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração (art. 11, da Lei nº 8.429/1992) exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico, ou seja, basta a violação voluntária e consciente dos deveres do agente, de forma injustificada.

Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DOLO – SÚMULA 7/STJ. 1. ‘É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.’ (REsp 1.662.580/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/05/2017). (...)” (STJ, AgRg no AREsp 807.408/MA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018).

O dolo restou incontroverso nos autos, em razão do depoimento da requerida (f. 92), que declarou que tinha conhecimento da irregularidade ao apresentar atestado médico sem submeter-se a qualquer consulta.

Outrossim, descabe o argumento da requerida no sentido de que faltou ao serviço pois estava realmente doente e lhe foi negado atestado pelo médico competente, uma vez que não foi apresentada qualquer contraprova que pudesse demonstrar que realmente foi atendida nas datas dos atestados (23/09/2013 e 30/09/2013).

Pelo contrário, conforme documentos juntados aos autos, a requerida não foi atendida nas referidas datas pela Climed (f. 305-11), pela Cassems (f. 312) ou pela Secretaria Municipal de Saúde de Dourados (f. 313-5).

Vale destacar, ainda, que a apelante já foi processada e condenada pelo mesmo ato ímprobo, tendo a sentença proferida nos autos da Ação de Improbidade nº 0806772-37.2017.8.12.0002, sido mantida por esta Corte. Vejamos:

“AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – SERVIDORA DO MUNICÍPIO DE DOURADOS – PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL – AFASTADA – USO DE ATESTADOS MÉDICOS FALSOS PARA JUSTIFICAR FALTAS AO TRABALHO – PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE CONDUZIDO – PENA DE DEMISSÃO – SANÇÃO BEM FUNDAMENTADA, COM BASE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRESENTES NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Afasta-se a preliminar de inovação recursal, já que a questão acerca da pena aplicada. demissão. foi amplamente discutida nos autos, tanto na inicial, quanto na impugnação à contestação e na sentença objeto de recurso. II. O uso de atestado falso configura ato de improbidade administrativa, que, nos termos do art. 205, inc. I, da Lei Complementar 107/2006, do Município de Dourados impõe a demissão ao servidor faltoso.” (TJMS. AC 0806772-37.2017.8.12.0002; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; DJMS 19/11/2018; p. 79).

Com efeito, a pretensão recursal para julgamento improcedente dos pedidos não merece ser acolhida, pois cabalmente demonstrado o dolo da apelante para configuração do ato ímprobo.

Do recurso de apelação do Ministério Público Estadual

O Ministério Público Estadual às f. 373-85, pede a reforma da sentença ao argumento de que a utilização de atestados médicos falsos com a finalidade de justificar faltas ao trabalho, faz incidir as condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11, *caput*, I, da Lei nº 8.429/92, pelo que busca a aplicação cumulativa das sanções contidas no artigo 12, todos da Lei nº 8.429/92.

Na dicção do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, *“importa em enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionas no art. 1º, o que não ocorreu no caso dos autos.”*

Em que pese a conduta reprovável da apelada, não há como impor condenação pela prática de atos de improbidade por enriquecimento ilícito apenas sob o argumento de dedução lógica alegado pelo apelante de que *“o servidor público, ao apresentar atestados médicos falsos, ausentando-se de suas atividades laborais, além de afrontar os princípios da administração, por óbvio, também causa dano ao erário público e, com isso, se enriquece ilicitamente.”* (f. 379).

De outro lado, sempre será necessária a ocorrência de lesão ao patrimônio público para incidência do art. 10, da Lei nº 8.429/92, e a ausência injustificada do trabalho, com a apresentação de atestado médico falso, em prejuízo ao princípio da continuidade do serviço público, revela prejuízo ao erário.

Portanto, por se tratar de conduta reiterada da requerida, tanto que processada pelo mesmo fato em outra ação de improbidade, verifico que a penalidade de demissão por violação aos princípios da administração, se mostra insuficiente ante a gravidade da conduta praticada, pois restou cristalino nos autos que, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, a requerida apresentou atestados falsos à administração, visando justificar suas ausências no trabalho, no intuito de não ter descontado de sua remuneração os dias em que não exerceu sua atividade laborativa.

Merece acolhimento, portanto, a pretensão recursal quanto ao pedido de reforma da sentença para condenação da requerida pela prática de ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário.

Dispositivo

Ante o exposto, na forma do parecer ministerial, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Ovídia Ribeiro de Souza.

Conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, em parte com o parecer, para condenar a apelada também pela prática de ato de improbidade administrativa prevista no art. 10, da Lei nº 8.429/92, em razão do prejuízo que causou ao erário.

Em consequência, nos moldes do art. 12, II, da LIA, além da perda da função pública estabelecida na sentença, a condeno à perda de suspensão dos direitos políticos por 05 (cinco) anos, além de multa civil no valor da remuneração que lhe foi paga pelos dias em que faltou ao trabalho, devidamente corrigida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de ovidia e deram parcial provimento ao apelo ministerial, 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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0826418-36.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – ESTACIONAMENTO DE MERCADO – FUNCIONÁRIA DE EMPRESA ESTABELECIDO EM ESPAÇO CONCEDIDO PELO MERCADO – FURTO DE VEÍCULO – RESPONSABILIDADE – ÁREA CERCADA UTILIZADA POR FUNCIONÁRIOS E CLIENTES – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA – JUSTIÇA GRATUITA – MANTIDA – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

O fato de ser a apelada empregada de uma das lojas localizadas no estabelecimento comercial réu não o exonera do dever de indenizá-la, tendo em vista que fornece aos interessados, sem restrições, o estacionamento.

O furto em estacionamento de estabelecimento comercial, sem outras consequências inerentes ao ilícito, constitui aborrecimento, não ensejando lesões aptas a caracterizar dano moral.

Ante a ausência de alteração da situação econômica da autora, bem como de provas de que esta não tenha cumprido com a verdade ao solicitar a justiça gratuita, cabe a manutenção do benefício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e o 1º vogal. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recurso de apelação interposto por SDB Comércio de Alimentos Ltda contra sentença proferida na demanda de compensação por danos morais e materiais, em razão da ocorrência do furto do veículo da autora, que estava no estacionamento da ré, demanda esta ajuizada por Alexsandra Aparecida Bibiano da Silva. O pedido foi julgado parcialmente procedente. A apelante foi condenada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de compensação por danos morais e ao pagamento de danos materiais em R\$ 8.594,00 (oito mil, quinhentos e noventa e quatro reais) (f. 96-117).

A apelante alega, em suma, que a parte autora/apelada não estava no estacionamento como consumidora mas tão somente como funcionária da Sertão. Aponta que a autora não podia utilizar o local para estacionar seu veículo, isso porque este é exclusivamente para clientes e não para funcionários. Afirma que a apelada agiu com culpa ao deixar seu veículo por muitas horas em um local sem vigilância. Requer o provimento do recurso a fim de julgar improcedente os pedidos e afastar a condenação ao pagamento de danos morais e materiais em favor da autora, pleiteia ainda, o indeferimento dos benefícios da justiça gratuita conferidos anteriormente à autora (f. 121-135).

Contrarrazões às f. 154-167.

VOTO (29/10/2019)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por SDB Comércio de Alimentos Ltda em face da sentença de parcial procedência dos pedidos formulados por Alexsandra Aparecida Bibiano da Silva.

Fundamentação

A autora narrou na inicial que no dia 18/04/2017 estava trabalhando na empresa Sertão, localizada dentro do Fort Atacadista da Av. Presidente Vargas e deixou seu veículo – Fiat Uno Mille Ex, ano 2000/2000, placa DBV 0552, cor branca – estacionado no estacionamento do Fort Atacadista/empresa apelante. Ficou comprovado que a autora trabalha no referido lugar (f. 88-89). Relata, ainda, que, ao se deslocar até seu veículo, constatou o furto, tendo registrado boletim de ocorrência (f. 26-27).

Em sede de contestação (f. 52-72), a ré alega, dentre outras coisas, que o estacionamento é gratuito, sem vigilância e é exclusivo para clientes durante as compras. Na sentença (f. 96-117), foi reconhecida a relação de consumo entre as partes, especificamente a autora foi considerada consumidora por equiparação – art. 17, parágrafo único do CDC.

No entanto, é equivocado afirmar que a autora é consumidora por equiparação, pois a relação estabelecida entre as partes não é de consumo, vez que não há provas de que a autora estava fazendo compras no local quando o veículo foi subtraído.

Ademais, já foi firmado entendimento sobre a definição de consumidor por equiparação, pelo Superior Tribunal de Justiça:

“1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que encontram-se sob a proteção dos ditames do Código de Defesa do Consumidor aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação, como consumidores por equiparação.” AgInt no AREsp 1339457/SP.

A autora estacionou seu veículo no estacionamento da ré por mera liberalidade. Com efeito, não se trata de estacionamento para funcionários e além de não existir relação de consumo entre as partes, sequer a autora tem relação direta com a ré.

Pelo contrário, a apelada afirmou que deixou o veículo no estacionamento da apelante e o foi retirar somente ao fim de seu expediente na loja Sertão. É bastante disseminada a responsabilidade do estabelecimento em caso de furto, roubo ou danos em veículos deixados em seus estacionamentos. No entanto, ponto importante presente em todos os julgados é a relação de consumo entre as partes, conforme dita a Súmula 230 do STJ: *“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”*

Ou seja, o consumidor vai às compras e ao retornar para o veículo o encontra danificado ou sequer o encontra, sendo, nesses casos, indiscutível a responsabilidade do estabelecimento. Entretanto, não foi o que ocorreu na hipótese em discussão - a autora não era consumidora da empresa ré.

Há casos em que jurisprudência, embora seja comprovada a relação de consumo, não caracteriza o dever de indenizar por parte do estabelecimento, tendo em vista as muitas premissas exigidas para caracterizá-lo. Vejamos decisão nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MORAIS – FURTO – VEÍCULO – ESTACIONAMENTO NÃO EXCLUSIVO – DEVER DE VIGILÂNCIA NÃO CONFIGURADO – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 130 DO STJ
A teor do que dispõe o Enunciado nº 130 da Súmula do STJ, ‘a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. Nos casos em que o estacionamento é utilizado por clientes e usuários de diversos estabelecimentos, bem como pelo público em geral, não se mostra razoável responsabilizar um deles pelo furto ocorrido, mormente por não haver controle para entrada e saída de veículos, tampouco individualização do espaço para uso exclusivo dos usuários da empresa ré, de forma que inaplicável a Súmula 130 do STJ ao caso concreto. Recurso dos autores conhecido e não provido. Recurso da ré conhecido e provido.’ (g.n.)

Além do mais, conforme mencionado pelo apelante, o estacionamento é exclusivo para clientes, não sendo permitido, portanto, que funcionários o utilizem. Logo, não há como responsabilizar a empresa apelante pelo ocorrido.

Em relação ao pedido de revogação do benefício da justiça gratuita não há indícios que comprovem a alteração da situação econômica da autora, tampouco provas de que esta não tenha cumprido com a verdade ao solicitar a gratuidade da justiça. Portanto, mantenho concessão do benefício (f. 20).

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao presente recurso de apelação, a fim de julgar improcedente o pedido de condenação por danos morais e materiais. Em consequência, inverte a sucumbência e condeno a autora ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, os quais serão devidos ao patrono do réu, fixo em 15% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no § 2º do art. 85 do CPC. Com exigibilidade suspensa, conforme artigo 98 do CPC.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do Des. Marco André, após o relator dar parcial provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (12/11/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por SDB Comércio de Alimentos Ltda contra sentença prolatada pelo MM Juiz da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais que lhe promove Alexsandra Aparecida Bibiano da Silva, em face da sentença proferida na origem que julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial.

O relator, Des. Vilson Bertelli, deu provimento ao recurso e, reformando a sentença, julgou improcedente o pedido de condenação por danos morais e materiais. Em consequência inverteu a sucumbência e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, os quais serão devidos ao patrono do réu, fixando-os em 15% sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no § 2º do art. 85 do CPC. Com exigibilidade suspensa, conforme artigo 98 do CPC.

Pedi vistas dos autos para melhor análise da matéria fática discutida e concluo por divergir do voto proferido pelo relator, ainda que em parte.

Com efeito, a autora narrou na inicial que no dia 18/04/2017 estava trabalhando na empresa Sertão, localizada dentro do Supermercado Fort Atacadista da Av. Presidente Vargas, nesta Capital, ora réu, estacionando seu veículo – Fiat Uno Mille Ex, ano 2000/2000, placa DBV 0552, cor branca – no estacionamento da referida empresa. Relata, ainda, que, ao se deslocar até seu veículo, ao término do expediente de trabalho, constatou o furto, tendo registrado boletim de ocorrência (f. 26-27).

O julgador de instância singela julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial desta ação, condenando a requerida no pagamento de indenização, a título de danos morais, em favor da parte requerente, na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuja correção monetária dar-se-á a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), e os juros moratórios serão contados da data da citação até o efetivo pagamento, bem como ao pagamento de R\$ 8.594,00 (oito mil e quinhentos e noventa e quatro reais) a título de indenização pelos danos materiais pela parte requerente suportados, cuja correção monetária pelo IGP-M/FGV deverá incidir desde a data do orçamento apresentado (FIPE de agosto de 2017 à f. 28), e os juros moratórios fluirão a partir da data da citação.

Em sede recursal, como dito, o relator deu provimento ao recurso manejado pela empresa ré e reformando a sentença, julgou improcedentes os pedidos de reparação de danos materiais e moral, ao fundamento de que *“a autora estacionou seu veículo no estacionamento da ré por mera liberalidade, com efeito não se trata de estacionamento para funcionários e além de não existir relação de consumo entre as partes, se quer a autora tem relação direta com a ré.”*

Diferentemente do que concluiu o ilustre relator, compartilho do entendimento de que o fato de ser a apelada empregada de uma das lojas localizadas no estabelecimento comercial réu não o exonera do dever de indenizá-la, tendo em vista que fornece aos interessados, sem restrições, o estacionamento.

Não é demais lembrar que os estabelecimentos comerciais, ao fornecerem estacionamento aos seus clientes, facilidade que atrai cada vez mais consumidores em busca de comodidade e segurança, assumem o dever de guarda e vigilância dos bens que lhe foram entregues em confiança, respondendo pela sua preservação.

No particular, além de disponibilizar o estacionamento para clientes da empresa ré, esta não se opunha à utilização do espaço pelos funcionários dos referidos empreendimentos. Ao menos não há prova de que os funcionários eram proibidos de ali estacionar seus veículos, mas mera alegação na contestação, que não se mostra razoável e suficiente para afastar o direito da parte autora.

Tal informação, não contraditada, a propósito, evidencia que qualquer pessoa, consumidora ou não, estacionava veículos/motos na referida área, razão pela qual, por óbvio, deve responder pela guarda e vigilância, ficando responsável, conseqüentemente, pela reparação de eventuais danos.

Como é cediço, se aos carros e às motocicletas pertencentes a consumidores caberia, via de regra, indenização (Enunciado nº 130 da Súmula do STJ), nenhuma razão se vislumbra para que se possa alijar a hipótese da apelada, visto que, em que pese não existir relação de consumo direta entre ela e a empresa apelante, ao permitir que os funcionários do local ali estacionem seus veículos e motocicletas, assume a guarda e passa a ser o guardião, tanto frente aos seus clientes, como aos funcionários, afinal, fornece de forma irrestrita a sua área de estacionamento, devendo, pois, por ela zelar.

No mais, o fato de ser a apelada trabalhadora do local, não a exclui também de ser cliente, tendo em vista que, como qualquer outro consumidor, pode efetuar as suas compras junto ao réu, passear, frequentar eventual praça de alimentação e lanchonetes lá existente, inclusive em feriados e finais de semana que sequer esteja em seu expediente de trabalho.

Assim, diante da postura da empresa apelante ao permitir que os funcionários das lojas locais estacionem ali seu veículo, ela assumiu, como já dito, o dever de custódia e vigilância sobre os automóveis estacionados, *“tornando-se civilmente responsável por furtos de veículos a eles pertencentes ali ocorridos”* (REsp nº 195.664/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 28/6/1999 (in REsp 1484908/MG, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 10/03/2015).

Dessa forma, incontestável sua omissão no dever de cuidado dos bens depositados em seu estacionamento, situação que fez nascer para a autora o direito de se ver ressarcida, na forma dos artigos 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”* e 927 do Código Civil, pois *“aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”*

Neste sentido, já se pronunciou o STJ:

“FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER – VEÍCULO NÃO PERTENCENTE A CLIENTE MAS A EMPREGADO DE UMA DAS LOJAS – APLICAÇÃO, NÃO OBSTANTE ESSE ASPECTO, DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE TEM AFIRMADO, EM CASOS DE FURTO EM ESTACIONAMENTO, A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO – 2. DIREITO DE REGRESSO DADO AO SEGURADOR, SEGUNDO A SUMULA 188/STF – 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” (REsp 43.620/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, 3ª Turma)

Aliás, sobre o assunto, também se extrai da jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE MOTOCICLETA. ESTACIONAMENTO CONTRATADO PELA EMPRESA EM QUE O AUTOR LABORAVA AO TEMPO DOS FATOS – ÁREA CERCADA UTILIZADA POR FUNCIONÁRIOS E CLIENTES – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA – OMISSÃO CONFIGURADA – PREJUÍZO COMPROVADO (ARTS. 186 E 927, DO CC/02) – DANO MATERIAL – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – DANO MORAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – PRIVAÇÃO DO BEM QUE NÃO PROVOCA ABALO ANÍMICO INDENIZÁVEL – DECISUM REFORMADO EM PARTE – REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível nº 0014088-85.2012.8.24.0064, de São José, Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 04-04-2019).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – FURTO DE MOTOCICLETA DE FUNCIONÁRIO DA EMPRESA RÉ NAS SUAS DEPENDÊNCIAS – SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO DA RÉ – PRELIMINAR – DENÚNCIAÇÃO DA LIDE – ALEGAÇÃO DE QUE A EMPREGADORA DO CONDUTOR DA MOTOCICLETA É RESPONSÁVEL POR EVENTUAIS DANOS POR ELE SOFRIDOS – INVIABILIDADE – PREJUÍZO À ECONOMIA, PRESTEZA E CELERIDADE PROCESSUAL – POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO – PRECEDENTES DO STJ – IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIAÇÃO MANTIDA – PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA PARA AFASTAR A INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – INVIABILIDADE – PROVA TESTEMUNHAL QUE ATESTA QUE A ÁREA EM QUE A MOTOCICLETA FOI FURTADA ERA UTILIZADA COMO ESTACIONAMENTO PELOS CLIENTES E FUNCIONÁRIOS – EMPRESA QUE NÃO SE OPÕE QUANTO A UTILIZAÇÃO DA ÁREA PARA ESTACIONAMENTO DOS VEÍCULOS – RESPONSABILIDADE DE GUARDA E VIGILÂNCIA DA DEMANDADA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 130 DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – PLEITO DE REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – ACOLHIMENTO – MONTANTE QUE DEVE SER ARBITRADO COM BASE NA TABELA FIPE NA ÉPOCA DOS FATOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível nº 0020024-77.2009.8.24.0038, de Joinville, Relator: Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 26/07/2018).

“APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE FURTO DE VEÍCULO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – PROCEDÊNCIA NA ORIGEM – RECURSO DA EMPRESA DEMANDADA – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO, POR SER O USUÁRIO DO VEÍCULO FUNCIONÁRIO DA EMPRESA DEMANDADA – SUSTENTADO, ADEMAIS, O DESCUMPRIMENTO DE ORIENTAÇÃO DA EMPRESA PARA QUE SEUS EMPREGADOS ESTACIONASSEM EM PARQUEAMENTO PRÓPRIO PARA FUNCIONÁRIOS, TENDO A VÍTIMA SE UTILIZADO DE ESTACIONAMENTO DESTINADO A CLIENTES DO ESTABELECIMENTO – TESES AFASTADAS – RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO DEVER DE GUARDA INSTITUÍDO A PARTIR DE CONTRATO TÁCITO DE DEPÓSITO, APLICÁVEL TANTO ÀS RELAÇÕES DE NATUREZA CONSUMERISTA QUANTO ÀQUELAS DECORRENTES DE RELAÇÃO DE TRABALHO. ‘I - A empresa que permite aos seus empregados utilizarem-se do seu estacionamento, aparentemente seguro e dotado de vigilância, assume dever de guarda,

tornando-se civilmente responsável por furtos de veículos a eles pertencentes ali ocorridos. II - Conclusão que se impõe diante da evidência de que a empresa, ao assim proceder, aufere, como contrapartida ao comodismo e segurança proporcionados, maior e melhor produtividade dos funcionários, notadamente por lhes retirar, na hora do trabalho, qualquer preocupação quanto à incolumidade de seus veículos. [?]' (REsp 195.664/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 08/06/1999, DJ 28/06/1999, p. 120). VERBA ADVOCATÍCIA – PLEITO DE MINORAÇÃO – INVIABILIDADE – FIXAÇÃO NA ORIGEM EM 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO – PERCENTUAL ADEQUADO ÀS PARTICULARIDADES DA CAUSA – MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível nº 0008239-61.2008.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, Relator: Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 12/07/2018).

Sendo assim, demonstrada a atitude ilícita da apelante em não zelar pelos veículos estacionados em seu estabelecimento, restou caracterizado o dever de indenizar, razão pela qual, nesta parte, divirjo da conclusão do Relator e nego provimento ao apelo da parte ré, mantendo a sentença recorrida.

De outro lado, porém, razão assiste à apelante quanto ao reconhecimento de dano moral.

E, nesse aspecto, acompanho o voto do Relator.

Isso porque, tomando como base os fatos narrados na petição inicial e os elementos de prova carreados aos autos, não se pode dizer que a privação do veículo, por si só, tenha abalado a honra, a imagem ou a dignidade da autora-apelada, muito menos que se lhe tenha impingido vexame, sofrimento ou humilhação, a ponto de lhe causar dano moral.

Tudo não passou de consequência das agruras da vida em sociedade. Aliás, para elas, se foi determinada a respectiva reparação material.

Nestes sentido, em caso similar, já decidiu:

“DIREITO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – FURTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS – PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU – RECURSO DA AUTORA – PROCEDÊNCIA DOS DANOS MORAIS – INACOLHIMENTO – MERO ABORRECIMENTO – INDENIZATÓRIA AFASTADA – DANOS MORAIS INDEVIDOS – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. O furto em estacionamento de estabelecimento comercial, sem outras consequências inerentes ao ilícito, constitui aborrecimento, não ensejando lesões aptas a caracterizar dano moral.” (TJSC - Apelação Cível nº 0003881-73.2013.8.24.0005, de Balneário Camboriú, Relator: Des. Monteiro Rocha, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 27/02/2018).

Como corolário, com o provimento parcial da apelação, inverte-se a distribuição do ônus de sucumbência, observada a sucumbência recíproca, haja vista ter a autora decaído em parte de sua pretensão.

Assim, cabe a cada parte arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, sendo os honorários advocatícios arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação para o patrono da autora e 15% (quinze por cento) para em favor do patrono no réu-apelante, já considerado o trabalho adicional deste em sede recursal.

Saliente-se, entretanto, por oportuno, que a exigibilidade dos honorários sucumbenciais e das custas processuais relativas à autora resta suspensa, pois litiga sob a égide da gratuidade.

Ante o exposto, peço vênia ao e. Des. Relator, para apresentar parcial divergência e, conseqüentemente dar parcial provimento ao recurso interposto por SDB Comércio de Alimentos Ltda., tão somente para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de reparação do dano moral, mantendo a sentença quanto ao dano material.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

Conclusão de julgamento adiada para desempate, após o relator acompanhado do 1º vogal, dar parcial provimento ao recurso e o 2º vogal acompanhado do 3º vogal dar parcial provimento ao recurso, mas divergir quanto aos danos morais. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

VOTO(21/01/2020)

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (4º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e o 1º vogal. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélcio Stábile.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0800260-93.2013.8.12.0029 - Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DE AMBAS AS PARTES – AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ERRO MÉDICO – DEMORA NO DIAGNÓSTICO DE GRAVIDEZ TUBÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE ENGRAVIDAR DE FORMA NATURAL – OMISSÃO VERIFICADA – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, constitucionalmente consignada no art. 37, parágrafo 6º, da CF/88, a qual está caracterizada, independentemente da presença de culpa da Administração, sempre que demonstrada a existência de nexo causal entre o dano sofrido e o fato administrativo, consistente na conduta estatal comissiva ou omissiva. Na hipótese, restou comprovada a conduta omissiva estatal, em decorrência do diagnóstico tardio da paciente. Inegável a omissão dos prepostos do réu-apelado, que deixaram de diagnosticar de imediato a autora, o que lhe causou evidente dano, ante a impossibilidade de engravidar de forma natural.

O valor da indenização por dano moral deve garantir à parte credora uma reparação (se possível) pela lesão experimentada, bem como implicar, àquele que efetuou a conduta reprovável, impacto suficiente para dissuadi-lo na repetição de procedimento símile. Valor mantido em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2020

Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Município de Naviraí/MS e Jucimara Campo de Matos (Feito nº 0800260-93.2013.8.12.0029), os autos da ação de indenização movida pela última em desfavor do primeiro, inconformados com a sentença de parcial procedência proferida, interpuseram recursos de apelação cível.

O Município de Naviraí/MS, nas razões recursais de f. 555-561, sustenta, em síntese: que os documentos e demais provas eximem o município de qualquer culpa e por consequência de responsabilidade, pois, demonstram que a autora foi medicada e encaminhada para realização de ultrassonografia, tendo se recusado a realizar o exame ginecológico que lhe foi prescrito; os sintomas apresentados não eram específicos de gravidez tubária, assim não houve erro nem culpa pelos profissionais que atenderam a autora; a gravidez tubária pode

gerar danos nas trompas e a infertilidade da mulher e, portanto, não há como provar ou considerar que o nexo causal da infertilidade da autora foi o atendimento médico prestado; caso mantida a condenação, o valor dos danos morais, arbitrados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), deve ser reduzido, pois não se considerou as particularidades do caso, apresentando-se desarrazoado e inadequado.

Contrarrazões ao recuso da autora às f. 587-591.

Às f. 565-571 foi apresentado recurso adesivo pela autora, em que sustenta que o valor da indenização por danos morais, dada as circunstâncias do caso, em que a autora resta impossibilitada de engravidar naturalmente, deve ser majorado para o *quantum* de R\$ 67.800,00 (sessenta e sete mil e oitocentos reais).

Contrarrazões ao recurso do requerido às f. 572-585.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Como relatado, o Município de Naviraí/MS e Jucimara Campo de Matos (Feito nº 0800260-93.2013.8.12.0029), os autos da ação de indenização movida pela última em desfavor do primeiro, inconformados com a sentença de parcial procedência proferida, interpuseram recursos de apelação cível.

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 de ambos os recurso e passo à análise de suas razões.

Breve retrospecto da lide

A parte autora ajuizou a presente ação visando a reparação dos danos morais que teria suportado em decorrência de erro médico decorrente na demora do diagnóstico de gravidez tubária, o que teria acarretado na impossibilidade de engravidar de forma natural.

Narra, em síntese: que em 04/07/2010 dirigiu-se o Hospital Municipal de Naviraí queixando de fortes dores abdominais, ocasião que foi atendida pelo Dr. Carlos Silvio Martins que lhe prescreveu exame sanguíneo e a diagnosticou com infecção urinária; que permaneceu hospitalizada por três dias recebendo alta médica em 07.07.2010, mesmo cientificando o médico de que persistiam as dores; que retornou ao Hospital com dores e sangramento vaginal, oportunidade em que recebeu novamente medicação para dor; que ao se deslocar até Loanda-PR e realizar ultrassonografia, foi constatada “*gravidez tubária rota organizada e infecção*” com indicação de cirurgia de urgência; que com o exame em mãos, a autora foi até o Hospital Municipal, sendo que o médico Carlos Silvio Martins se recusou a analisar os exames e a dispensou sem qualquer procedimento; que no Posto de Saúde do Varjão, foi atendida pelo Dr. Elizandro Reinoso que analisou os exames, lhe aplicou medicamentos e prescreveu que aguardasse o feto descer; que novamente retornou ao Hospital Municipal, oportunidade em que foi atendida pelo Dr. Jackson Juliano Hirsh que prontamente realizou o exame de ultrassom e constatou a necessidade do procedimento cirúrgico em razão da infecção; que na cirurgia houve a retirada de uma trompa e a obstrução da outra trompa, o que impede a autora de ter filhos de forma natural; que os médicos que lhe atenderam no Hospital Municipal de Naviraí e no Posto de Saúde agiram com negligência e imprudência, pois não realizaram o atendimento adequado e o diagnóstico correto, provocando quadro de infecção e a necessidade do procedimento cirúrgico.

Após encerrada a instrução processual, sobreveio a sentença de parcial procedência, a fim de condenar o réu Município de Naviraí a pagar à autora indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta

mil reais), em um único pagamento, corrigido a contar da data da presente sentença e com juros moratórios a partir do evento danoso ambos até a data do efetivo pagamento.

A sentença deve ser mantida.

Com efeito, constata-se que o atendimento médico, ambulatorial e hospitalar prestado à autora, assim como a gravidez tubária e a necessidade de cirurgia são fatos incontroversos, bem como que esse atendimento foi realizado em nosocômio de responsabilidade do Município requerido.

Logo, trata-se de responsabilidade civil objetiva, que, de regra, somente resta afastada quando evidenciada a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou motivo de força maior, ou ainda, que o nexo causal entre o evento e o dano não se estabeleceu.

Ou seja, em situações tais como a apreciada é indispensável a prova do nexo causal entre a conduta dos seus agentes (ou a falha anônima do serviço) e o dano sofrido pelo lesado.

Alexandre Moraes, na conhecida obra Direito Constitucional (Ed. Atlas, 20. ed., Atlas, São Paulo, p. 355-356), destaca que a responsabilidade objetiva do Estado pressupõe alguns requisitos, dentre eles a “*ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal*”, pois a força maior e o caso fortuito consubstanciam causas liberatórias ou excludentes de responsabilidade.

Ao reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Estado, portanto, devem se fazer presentes alguns elementos indispensáveis: o ilícito, o dano e a íntima relação de causalidade entre a atividade do agente público, seja no exercício da função, seja atuando em razão dela, e o dano.

Em se tratando de hipótese de responsabilidade civil objetiva inverte-se o ônus probatório, incumbindo ao ente público demonstrar a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade supramencionadas.

Nesse sentido, invoco aresto do Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA** – PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – MORTE EM PRESÍDIO – ESGANADURA – CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO – ONUS PROBANDI DO ESTADO – RESPONSABILIDADE CONFIGURADA – INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA A QUO – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA.*

(...)

7. A responsabilidade objetiva do Estado, uma vez caracterizada no caso concreto, impõe ao lesado tão somente demonstrar a ocorrência do fato administrativo (esganadura por colega de cela), do dano (morte da vítima) e nexo causal (que a morte da vítima decorreu de errôneo planejamento da segurança no presídio).

8. Consectariamente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexo de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

(...)

31. Recurso especial provido.” (REsp 944.884/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/10/2007, DJe 17/04/2008). (g.n.)

No particular, não há demonstração pelo ente público que afaste a imperícia médica na demora do diagnóstico, que culminou na necessidade de retirada das trompas da autora e na sua impossibilidade de engravidar de forma natural, bem como o nexo causal entre a conduta daquele e o evento danoso descrito na exordial.

Depreende-se do prontuário médico da autora os seguintes atendimentos:

Atendimento na data de 26.06.2010 – algia abdominal;

Atendimento na data de 04.07.2010 – dor na barriga e lombar e sangramento há dois dias, oportunidade que lhe foi prescrito exames laboratoriais e US abdominal;

Atendimento na data de 04.07.2010 – dor abdominal com internação até 07.07.2010;

Atendimento em 16.07.2010 – relata estar grávida de um mês e estar com sangramento – indicação de exame ginecológico;

Atendimento em 16.07.2010 – gestante com sangramento, fez US gravidez tubária;

Atendimento em 22.07.2010 – dor abdominal há dois dias – US pélvico e procedimento cirúrgico.

Na data de 07 de maio de 2016 foi realizada perícia médica em que foi constatada omissão no atendimento médico inicial, diante da ausência de diagnóstico precoce da gravidez tubária. Vejamos as conclusões do perito:

“DISCUSSÃO

(...) a gestação tubária é uma complicação grave, que quando não diagnosticada a tempo pode levar a rotura da mesma, causando hemorragia interna e até morte da paciente. Quando diagnosticado numa fase precoce, sem a rotura poderá ser tratado com um quimioterápico com o nome de metotrexato que com 01 única aplicação intramuscular regride o saco gestacional e a paciente se cura.”

Conclusão

Na documentação dos autos, após o transcurso de 04 (quatro) anos, a avaliação foi retrospectiva, avaliando papéis, documentos, revisando literatura da época e atual, lendo os prontuários constantes. Conclui “que não houve o diagnóstico precoce da gestação tubária da Sra. Jucimara Campo de Matos, pois não consta nos prontuários de internação da mesma na Santa Casa de Naviraí, nenhum exame de sangue que constataste uma gravidez e ou um ultrassom que elucidaria o diagnóstico (f. 293).”

Em resposta aos quesitos, afirmou o expert:

“1. Queira o Sr. Perito responder se o atendimento ambulatorial prestado a autora seria capaz de identificar uma gravidez ectópica?

R. Sim, seria capaz.

2. Queira o Sr. Perito responder se o diagnóstico imediato/precoce poderia precaver uma infecção e posterior retirada e obstrução das trompas ou minorar os riscos e maior programação do procedimento cirúrgico?

R. O diagnóstico precoce poderia precaver o processo cirúrgico.

3. Poderia asseverar se a gravidez ectópica é considerada situação de emergência em medicina? Se positivo, poderia esclarecer se os médicos teriam a possibilidade de diagnosticar pelo exame sanguíneo? Poderia ter dado alta a autora antes de qualquer procedimento?

R. É considerada uma situação de urgência. Sim, poderia ter sido dado o diagnóstico através do teste de gravidez pelo sangue (BHCG), se diagnosticado a gravidez tubária (ectópica) a alta só seria dado após o adequado tratamento ou clínico ou cirúrgico.

4. Queira o Sr. Perito responder se houve exame ginecológico, ultrassom, toque vaginal ou Beta HCG?

R. Não consta nos prontuários estes exames. (...).” (f. 293-294)

Observa-se, portanto, que embora a autora apresentasse sangramento desde o dia 01.07.2010, não foi realizado ultrassom vaginal ou pélvica quando dos atendimentos datados de 01.07.2010, 04.07.2010 e 07.07.2010.

Somente quando a autora se dirigiu para consulta em outra unidade da federação – Loanda-PR –na data de 15.07.2010, é que foi submetida a exame de ultrassonografia, pelo qual se constatou a hipótese de “*gravidez tubária rota organizada (f. 70).*”

Assim, evidente a omissão no atendimento médico prestado a autora, não havendo qualquer elemento probatório capaz de rechaçar a conclusão da perícia.

Observa-se que no atendimento do dia 16/07/2010, a autora já relatou ao médico do município que estava grávida de um mês e com sangramento, nessa ocasião já havia sido diagnosticada com gravidez tubária, logo, não há falar que eventual recusa em se submeter a exame ginecológico, afasta a demora no diagnóstico decorrente da omissão nos primeiros atendimentos.

Dessa forma, as peculiaridades e circunstâncias dos autos indicam, sem dúvidas, a culpa dos profissionais médicos, já que houve omissão no atendimento à autora, o que acarretou em demora no diagnóstico.

Assim, inegável a omissão dos prepostos do réu-apelado, que deixaram de diagnosticar de imediato a autora, o que lhe causou evidente danos, ante a impossibilidade de engravidar de forma natural.

Diante desse cenário, a sentença deve ser mantida.

Do valor da indenização

No que concerne à quantificação do dano moral não obstante a dificuldade de fazê-lo, ante a ausência de critério legal, mister fixar alguns parâmetros.

In casu, não se trata de tarifar de forma pecuniária o sentimento íntimo da pessoa lesada. Tal seria impensável e até mesmo amoral. Todavia, a prestação pecuniária se presta a amenizar a dor experimentada em decorrência do ato ilícito reprovavelmente praticado.

Embora a vantagem pecuniária a ser aferida não fará com que se retorne ao ‘*status quo ante*’ - situação essa ideal, porém impossível – proporcionará uma compensação, parcial e indireta, pelos males sofridos.

Por esse enfoque, deve-se ter em mente que a indenização deve ser em valor tal que garanta à parte credora uma reparação (se possível) pela lesão experimentada, bem como implique, àquele que efetuou a conduta reprovável, impacto suficiente para dissuadi-lo na repetição de procedimento símile.

Assim, o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Logo, não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para a ofendida, tampouco que ocasione o enriquecimento sem causa.

Assim, considerando que as lesões ocasionadas na autora não a impediram de engravidar, embora necessário o procedimento de fertilização *in vitro*, o valor da indenização por danos morais fixado na quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por um lado, não se mostra baixo, assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais; por outro, não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa da parte lesada.

Desse modo, mantenho a sentença também neste ponto.

Sucumbência recursal

Diante deste cenário, considerando que nenhum dos recursos merece provimento, à luz do que dispõem os §§ 3º e 4º do art. 85 do CPC, fixo o valor dos honorários advocatícios para a fase recursal em 3% (três por cento) do valor da condenação, a ser pago por ambas as partes em favor do causídico da parte contrária, restando suspensa a exigibilidade em relação à autora, beneficiária da justiça gratuita (f. 74).

Dispositivo

Diante do exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos pelo Município de Naviraí/MS e por Jucimara Campo de Matos e nego-lhes provimento.

Na forma do § 11 do art. 85 do vigente CPC, ante a sucumbência recursal evidenciada, condeno ambas as partes no pagamento de honorários advocatícios ao patrono do adverso, que arbitro em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação, restando suspensa a exigibilidade em relação à autora, beneficiária da justiça gratuita (f. 74).

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. 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, 31 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0809030-28.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – AFASTADA – MÉRITO – PRAZO DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OUTROS PRAZOS PARA ENTREGA DO IMÓVEL – CLÁUSULA PENAL E LUCROS CESSANTES – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO – TEMAS 970 E 971 DO STJ – TAXAS DE CONDOMÍNIO E IPTU – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA UNICAMENTE APÓS A ENTREGA DAS CHAVES – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS – RAZOABILIDADE DA CONDENAÇÃO – VALOR MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO QUE ATENDE ÀS DETERMINAÇÕES LEGAIS – PERCENTUAL MANTIDO – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Considerando-se que o pleito autoral não é de devolução dos valores pagos em favor da CEF a título de taxa de evolução de obra, mas de ressarcimento de tais valores pelas próprias requeridas, que causaram a postergação indevida da entrega do imóvel, devem ser rechaçadas as preliminares de ilegitimidade passiva e de incompetência da Justiça Estadual.

A cláusula que prevê um prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta dias) para a entrega do imóvel é válida, já que tal prazo é razoável e compatível com o porte do empreendimento a ser executado, não se revestindo de ilegalidade ou abusividade. Tal prazo de tolerância, entretanto, não pode ser cumulado com quaisquer outros, sob pena de configurar abusividade, mormente se considerada a existência de cláusulas conflitantes em relação ao prazo para entrega, devendo-se privilegiar a interpretação que melhor atende à defesa dos consumidores.

Consoante decisões proferidas em análise de recursos repetitivos pelo STJ (Temas 970 e 971), a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, devendo ser estabelecida, em regra, em valor equivalente ao locativo, afastando-se sua cumulação com lucros cessantes ou outras penalidades de mesma natureza.

O IPTU e a taxa de condomínio são obrigações acessórias que acompanham o principal, razão pela qual somente podem ser cobrados do adquirente após a efetiva entrega das chaves do imóvel.

O longo atraso na entrega do imóvel é fato que ultrapassa o simples aborrecimento, o que justifica a condenação da construtora ao pagamento de indenização por danos morais, atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tendo os honorários sido fixados em percentual sobre a condenação (15%), atendendo-se aos critérios legais, não há que se falar em majoração.

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, afastaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Goldfarb Incorporações e Construções S/A e API SPE 39 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários Ltda, qualificadas nos autos da Ação Ordinária (Feito nº 0809030-28.2014.8.12.0001, da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizada por Laura Camila Furtado Correia contra si, inconformadas com a sentença proferida na origem, interpuseram apelação cível (f. 276-303).

Alegam, preliminarmente, que existe necessidade da Caixa Econômica Federal integral a lide como litisconsorte passivo, com o consequente reconhecimento da competência da Justiça Federal para julgar o feito.

Asseveram, ainda, que existe ilegitimidade passiva das incorporadoras em relação ao pedido de devolução dos valores pagos a título de juros de obra, eis que se trata de obrigação contratual estabelecida entre a autora e a Caixa Econômica Federal.

No mérito, defendem a impossibilidade de inversão dos ônus da prova, tendo o contrato sido celebrado com respeito aos princípios norteadores das relações civis, como autonomia, boa-fé, relatividade, consensualidade e obrigatoriedade.

Aduzem que o contrato em tela não possui natureza de contrato de adesão, não havendo condições pré-fixadas ou imputadas por apenas uma das partes, não havendo que se falar em abusividade ou nulidade das respectivas cláusulas.

Defendem que o suposto atraso na entrega do imóvel não foi causado pelas apelantes, decorrendo de fatores que afetam a área da construção civil, como alta dos preços, escassez de mão de obra e períodos de chuva, havendo, ainda, demora na concessão do “habite-se”.

Alegam que não é devida a indenização ao pagamento dos juros de obra derivados do financiamento realizado com a Caixa Econômica Federal, já que tais valores se prestam à remuneração da CEF pelo financiamento prestado.

Alegam que o contrato não prevê nenhuma cláusula penal, tendo esta sido indevidamente fixada pelo magistrado, extrapolando os poderes conferidos ao Estado-Juiz.

Referem que a cobrança da taxa de condomínio é legítima, pois se deu a partir da instalação daquele, sendo obrigação do adquirente do imóvel, não havendo que se falar em devolução dos valores pagos. Na mesma esteira, as taxas de IPTU também são obrigação do proprietário do imóvel, e também não podem ser objeto de devolução.

Alega, ainda, que não houve dano moral, defendendo, subsidiariamente, a necessidade de redução do valor da indenização.

Também recorre da sentença a autora, Laura Camila Furtado, alegando que é devida a inversão da cláusula 8.3 em favor da consumidora, sob pena de caracterização de desequilíbrio contratual.

Defende, ainda, que os danos morais devem ser majorados, pois o atraso de um ano e meio para a entrega do imóvel demanda indenização proporcional.

Assevera que, a respeito dos lucros cessantes, a sentença é extra petita, já que o pedido inicial foi de condenação à restituição dos valores pagos a título de aluguel, desde fevereiro de 2013 até a efetiva posse no imóvel.

Por fim, requer a majoração dos honorários advocatícios, para o patamar de 20% sobre o valor da condenação.

Ambos recorrentes apresentaram contrarrazões (f. 319-324 e 326-341), pugnando pelo desprovisionamento do recurso da parte adversa.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Laura Camila Furtado Cordeiro em desfavor de Goldfarb Incorporações e Construções S/A e API SPE Planejamento e desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários Ltda, onde a requerente, alegando abusividade das cláusulas contratuais que facultam a postergação da entrega de imóvel pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, condicionando-a ainda à adimplência integral, busca a declaração de sua nulidade com reconhecimento da mora das rés para entrega das chaves, com aplicação de multa compensatória diária de 0,5% do valor do contrato.

Pleiteou a autora, ainda, a condenação das requeridas ao pagamento das despesas relativas ao imóvel anteriormente à entrega, indenização por danos materiais e morais.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para o fim de:

“a) inverter a cláusula penal em favor do autor, com aplicação, em face das rés, de multa de 2% e juros de 1% ao mês sobre o valor da parcela, do fim do prazo máximo para a entrega do imóvel (28/02/2013) até a efetiva ocorrência dessa (08/08/2014);

b) declarar a nulidade das cláusulas que preveem a cobrança de taxas de condomínio e de IPTU antes da imissão do autor na posse do imóvel, condenando os réus a restituírem de forma simples os valores pagos, monetariamente corrigidos pelo IGP-M/FGV desde cada pagamento e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CPC, art. 219 e CC/02, art. 405);

c) condenar as rés a restituírem o valor das taxas de evolução de obra despendido pela autora, após o fim do prazo máximo para a entrega do imóvel (fevereiro de 2013), monetariamente corrigido pelo IGP-M/FGV desde o desembolso de cada parcela e com juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, qual seja o fim do prazo máximo para a entrega do imóvel (fevereiro de 2013).

Decaindo a autora de parte mínima do pedido, arcarão as rés com o pagamento de honorários que arbitro 15% do valor da condenação, além das custas e despesas processuais.”

Contra tal decisão recorrem os litigantes, nos termos do relatório.

Passo à análise conjunta dos recursos, por ordem de prejudicialidade da matéria devolvida.

Preliminar de incompetência e ilegitimidade passiva

Alegam as requeridas, preliminarmente, que, havendo pedido de devolução dos valores pagos a título de juros de obra, é necessário que a Caixa Econômica Federal integre a lide, eis que a quantia pleiteada é destinada à tal instituição financeira, com a consequente incompetência da Justiça Estadual.

Na mesma esteira, alegam que são partes ilegítimas quanto ao pedido de devolução de tais valores, por não serem responsáveis pelo recebimento dos valores pagos.

Tais alegações não prosperam.

O pleito autoral não é de devolução dos valores pagos em favor da CEF, mas de ressarcimento de tais valores pelas próprias requeridas, que supostamente causaram a postergação indevida da obra, fato que atrai a responsabilidade objetiva frente aos danos causados ao consumidor.

Assim, não havendo qualquer pedido em face daquela empresa pública, nem interesse na solução da presente lide, não há que se falar em litisconsórcio necessário, nem, por conseguinte, na competência da Justiça Federal para conhecer do feito.

Afasto, pois, as preliminares de incompetência e ilegitimidade passiva suscitadas.

Mérito

Nulidade de cláusulas contratuais

Como é cediço, o princípio do *pacta sunt servanda* não é absoluto e deve ser interpretado de forma relativa em virtude do caráter público das normas tidas por violadas no contrato, em especial o Código de Defesa do Consumidor, o que possibilita a revisão do pacto.

A propósito do tema, a doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, citando Paulo Luiz Netto Lôbo:

“O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico ‘pacta sunt servanda’ passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.” (Novo curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59-60.)

O contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. Desse modo, faz-se necessário preservar o equilíbrio contratual, garantindo a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, corrigindo eventuais desequilíbrios supervenientes.

No caso, trata-se de contrato de adesão, uma vez que seus termos foram elaborados apenas pelas empresas responsáveis pelo empreendimento, logo, suas cláusulas não resultaram do livre debate pelas partes, mas provieram do fato de uma delas aceitar as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. Assim, na hipótese, deve-se mitigar o princípio da autonomia da vontade, a fim de garantir a igualdade entre as partes.

Outrossim, a relação de compra e venda de imóvel tratada nos presentes autos cuida-se de relação de consumo e, como tal, devem as cláusulas do contrato ser interpretadas à luz das regras do diploma consumerista.

Com efeito, a aplicação a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos em questão decorre de previsão inserida na Lei nº 8.078/90, e segundo a qual os empreendimentos imobiliários que resultam na constituição de loteamentos e comercialização de lotes incluem-se no amplo conceito legal de “serviços” e “bens”, assim como, é fornecedora a empresa e consumidores finais os adquirentes.

O Código de Defesa do Consumidor estatui:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade, fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Acerca da abusividade das cláusulas contratuais o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor esclarece que:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

Assim, diante do exposto, deve-se adequar as cláusulas e obrigações, a fim de garantir a manutenção da relação contratual conforme os parâmetros de justiça, honestidade e boa-fé, mantendo, sempre que possível, a comutatividade entre direitos e obrigações, impedindo que uma parte aufera lucros desproporcionais em detrimento da outra, de forma a manter sempre equilibrada a relação contratual, respeitada a função social da avença.

Atraso na entrega do imóvel

Na esteira da jurisprudência deste Egrégio Tribunal, a cláusula que prevê um prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta dias) para a entrega do imóvel é válida, já que tal prazo é razoável e compatível com o porte do empreendimento a ser executado, não se revestindo de ilegalidade ou abusividade.

Tal prazo de tolerância, entretanto, não pode ser cumulado com quaisquer outros, sob pena de configurar abusividade, mormente se considerada a existência de cláusulas conflitantes em relação ao prazo para entrega, devendo-se privilegiar a interpretação que melhor atende à defesa dos consumidores.

Assim, deve ser reconhecida unicamente a abusividade em relação à possibilidade de dilação unilateral do prazo pelas requeridas. Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL – TOLERÂNCIA DE 180 DIAS – PREVISÃO CONTRATUAL DE TRÊS DATAS DIFERENTES PARA ENTREGA DO IMÓVEL ABUSIVIDADE PREVALÊNCIA DA DATA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – TAXA DE EVOLUÇÃO DE OBRA COBRADA NO PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA DA CONSTRUTORA – ILEGALIDADE – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR RAZOÁVEL – IPTU COBRADO ANTES DA ENTREGA DO IMÓVEL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES – INVERSÃO DA MULTA PENAL EM FAVOR DO CONSUMIDOR – MATÉRIA AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – SUSPENSÃO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO 1. A construtora é parte legítima passiva para responder por danos supostamente causados ao consumidor em razão de sua mora contratual, consistente no atraso na conclusão da obra. 2. O contrato de compra e venda de imóvel em construção deve conter prazo determinado para a entrega do bem. A previsão de diferentes datas para entrega do imóvel torna o cumprimento da obrigação incerto e induz o consumidor a equívocos, tornando impositiva a interpretação mais favorável à parte hipossuficiente, consoante determina o art. 47 do CDC. 3. A construtora deve arcar com a taxa de evolução de obra paga pelo consumidor no período de atraso de entrega do apartamento. 4. O longo atraso na entrega do apartamento justifica a condenação da construtora ao pagamento de indenização por danos morais. 5. O valor da indenização deve ser fixado por equidade em quantia suficiente a garantir seu caráter preventivo e didático, inibindo a reiteração da conduta ilícita perpetrada, bem como

para mitigar os efeitos negativos sofridos pela vítima, sem que caracterize, ao mesmo tempo, seu enriquecimento ilícito. Indenização fixada em R\$ 15.000,00 que está de acordo com os precedentes desta Corte. 6. O IPTU e a taxa de condomínio são obrigações acessórias que acompanham o principal, razão pela qual somente podem ser cobradas do adquirente após a efetiva entrega das chaves do imóvel. 7. A inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente em desfavor da construtora está suspensa pela afetação do tema ao rito dos recursos repetitivos no STJ.” (REsp. 1.614.721/DF). (TJMS. Apelação Cível nº 0818102-05.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 15/08/2017, p: 17/08/2017). (g.n.)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – CONSTRUTORA DEVE ARCAR COM TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA APÓS O TÉRMINO DO PRAZO DE ENTREGA – CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA PARA ENTREGA DO IMÓVEL – 180 DIAS – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – IMÓVEL NÃO ENTREGUE NO PRAZO MÁXIMO – EXISTÊNCIA DE MORA – SENTENÇA REFORMADA PARA ALTERAR TERMO INICIAL DA MORA – LUCROS CESSANTES – AFASTADOS TAMBÉM POR FALTA DE COMPROVAÇÃO – DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA – MULTA – MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Sendo a empreendedora responsável pelo recolhimento de valores devidos à Caixa Econômica Federal, referentes à Taxa de Evolução de Obra, é esta parte legítima para o pedido de devolução dos respectivos valores, mormente quando o pedido se escora na mora da construtora para entrega do bem. 2. A cláusula de tolerância para entrega de imóvel adquirido na planta, por prazo de 180 dias após o prazo de entrega estipulado no contrato, não se mostra abusivo, em razão da própria natureza da obrigação contratada. 3. De outro norte, é abusiva a previsão contratual de prorrogação do prazo de 180 dias. Abusivo também é a previsão contratual de mais de uma data de entrega. No caso dos autos há data fixa de entrega do imóvel e também previsão de entrega das chaves após 180 dias da assinatura do contrato. Devendo prevalecer a data fixa, pois é mais favorável ao consumidor. 4. Diante disso, a sentença deve ser reformada para declarar que a data da mora é 01 de fevereiro de 2012 (julho de 2011 acrescido de 180 dias), devendo ser considerada esta data para fins de restituição dos valores pagos a título da ‘taxa de evolução da obra’ e aplicação da multa contratual. 5. Os lucros cessantes, como sabido, dependem de comprovação, sendo que na hipótese não restou comprovado que os imóveis seriam de fato locados se tivessem sido entregues no prazo determinado. 6. Na hipótese, embora tenha ocorrido atraso na entrega do imóvel adquirido na planta, tal fato por si só não gera a dor moral passível de indenização. 7. A multa de 2% aplicada pelo juízo consiste em punição pela mora, que estava prevista no contrato somente em desfavor da compradora, tendo sido então condenada na mesma proporção as vendedoras em atenção ao princípio da isonomia.” (TJMS. Apelação Cível nº 0805409-23.2014.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 18/10/2016, p: 20/10/2016).

De se notar que as alegações genéricas das requeridas, que buscam imputar a culpa pelo atraso na entrega do imóvel à atuação de terceiros (alta de preços de materiais, escassez de mão de obra especializada, períodos irregulares de chuva, demora na expedição do habite-se), para além de não ser acompanhada de quaisquer provas, configuram fortuitos internos, próprios à atividade de construção de unidades habitacionais e que, portanto, não podem ser repassados ao consumidor.

Assim, deve ser considerada a mora das requeridas a partir de 27 de agosto de 2013, que corresponde a data prevista para entrega do imóvel (28 de fevereiro de 2013) acrescida do prazo de tolerância de 180 dias.

Juros de obra

As rés alegam em seu apelo, ainda, que não é devida a indenização ao pagamento dos juros de obra derivados do financiamento realizado com a Caixa Econômica Federal, já que tais valores se prestam à remuneração da CEF pelo financiamento prestado.

Sem razão, contudo.

Embora o pagamento dos juros de obra decorram do contrato de financiamento realizado entre o autor e instituição financeira, verifica-se que o atraso na conclusão da obra, por culpa das requeridas, ocasionou a oneração indevida do consumidor perante o terceiro.

Assim, constatada a mora injustificada das rés, os ônus decorrentes da taxa de evolução da obra devem recair sobre estas no período posterior à data prevista para entrega da obra, com acréscimo do prazo de tolerância de 180 dias acima mencionado.

Nesse sentido a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL – TOLERÂNCIA DE 180 DIAS – PREVISÃO CONTRATUAL DE TRÊS DATAS DIFERENTES PARA ENTREGA DO IMÓVEL ABUSIVIDADE PREVALÊNCIA DA DATA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – TAXA DE EVOLUÇÃO DE OBRA COBRADA NO PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA DA CONSTRUTORA – ILEGALIDADE – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR RAZOÁVEL – IPTU COBRADO ANTES DA ENTREGA DO IMÓVEL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES – INVERSÃO DA MULTA PENAL EM FAVOR DO CONSUMIDOR – MATÉRIA AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – SUSPENSÃO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO 1. A construtora é parte legítima passiva para responder por danos supostamente causados ao consumidor em razão de sua mora contratual, consistente no atraso na conclusão da obra. 2. O contrato de compra e venda de imóvel em construção deve conter prazo determinado para a entrega do bem. A previsão de diferentes datas para entrega do imóvel torna o cumprimento da obrigação incerto e induz o consumidor a equívocos, tornando impositiva a interpretação mais favorável à parte hipossuficiente, consoante determina o art. 47 do CDC. 3. A construtora deve arcar com a taxa de evolução de obra paga pelo consumidor no período de atraso de entrega do apartamento. 4. O longo atraso na entrega do apartamento justifica a condenação da construtora ao pagamento de indenização por danos morais. 5. O valor da indenização deve ser fixado por equidade em quantia suficiente a garantir seu caráter preventivo e didático, inibindo a reiteração da conduta ilícita perpetrada, bem como para mitigar os efeitos negativos sofridos pela vítima, sem que caracterize, ao mesmo tempo, seu enriquecimento ilícito. Indenização fixada em R\$ 15.000,00 que está de acordo com os precedentes desta Corte. 6. O IPTU e a taxa de condomínio são obrigações acessórias que acompanham o principal, razão pela qual somente podem ser cobradas do adquirente após a efetiva entrega das chaves do imóvel. 7. A inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente em desfavor da construtora está suspensa pela afetação do tema ao rito dos recursos repetitivos no STJ (REsp. 1.614.721/DF).” (TJMS. Apelação Cível nº 0818102-05.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 15/08/2017, p: 17/08/2017)

Taxas de condomínio e IPTU

No tocante à cobrança de IPTU e taxas de condomínio anteriormente à entrega da posse do imóvel, dispôs a sentença:

“São abusivas as cláusulas contratuais que impõem ao adquirente o pagamento do condomínio e do IPTU anteriormente à outorga da posse do imóvel.

(...)

Nesse diapasão, no que se refere ao pagamento de IPTU, é abusiva a sua cobrança sem a imissão do autor na posse do imóvel. Nesse ponto, os próprios demandados confirmaram que não foram entregues as chaves (f. 96).”

Tal fundamentação também se acha em consonância com a jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, que informa a abusividade da cobrança de encargos referentes ao imóvel antes da efetiva imissão na posse, devendo a sentença ser mantida neste capítulo.

Multa contratual e lucros cessantes

A sentença determinou a inversão da cláusula penal em favor do autor, “*com aplicação, em face das rés, de multa de 2% e juros de 1% ao mês sobre o valor da parcela, do fim do prazo máximo para a entrega do imóvel (28/02/2013) até a efetiva ocorrência dessa (08/08/2014).*”

Contra tal capítulo recorrem todos os litigantes. As requeridas alegam que o contrato não prevê nenhuma cláusula penal em favor do adquirente, que não poderia ser fixada pelo magistrado, sob pena de extrapolar os poderes conferidos ao Estado-Juiz. A autora, por sua vez, defende que é devida a inversão também da cláusula 8.3 em seu favor (multa de 0,5% ao dia do valor do contrato), e que, a respeito dos lucros cessantes, a sentença é extra petita, já que o pedido inicial foi de condenação à restituição dos valores pagos a título de aluguel, desde fevereiro de 2013 até a efetiva posse no imóvel, que deve ser acolhido nesta oportunidade.

A matéria atinente à aplicação da cláusula penal em contratos para aquisição de imóveis de incorporadoras foi objeto de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em análise de recursos especiais representativos de demandas repetitivas, estabeleceu as Teses 970 e 971, que dispõem:

“Tema 970: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo inadimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

Tema 971: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.”

Verifica-se assim, que no caso de mora relativa (demora para entrega do bem) deve-se fixar cláusula penal moratória em favor do consumidor, em valor equivalente à locação do imóvel que já deveria ter sido entregue, sendo vedada sua cumulação com perdas e danos.

Assim, deve ser reformada a sentença neste capítulo, condenando-se as requeridas ao pagamento de cláusula penal em favor da autora, em valor equivalente a 1% sobre o valor de mercado do imóvel, quantia que representa o valor aproximado da locação do bem, ficando afastada a aplicação da cláusula penal prevista pelo item “a” do dispositivo da sentença, e rechaçados o pedido de condenação por perdas e danos e de aplicação da insustentável multa diária de 0,5%, diante da impossibilidade de imposição de duas condenações pelo mesmo fato, evitando-se, assim, o *bis in idem* e o enriquecimento sem causa da autora.

Danos morais

Na esteira da jurisprudência deste Egrégio Tribunal, a existência de grande atraso para entrega de imóvel residencial é fato que extrapola os simples aborrecimentos da vida social, sendo aptos, portanto, para caracterização do dano moral, fato que justifica a indenização correspondente.

No que diz com o *quantum* indenizatório, valho-me do magistério de Humberto Theodoro Júnior:

“Impõe-se a rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registrada no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.” (Dano moral. 2. ed. Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 43).

No mesmo sentido, o ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, 4ª edição, Ed. Malheiros, 2003, págs. 108/109, disserta sobre os critérios para fixação de indenização, a saber:

“Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade.

(...).

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, e outras a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido circunstâncias mais que se fizerem presentes.”

Desse modo, no tocante ao valor dos danos morais, é ressaltado que o *quantum* não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, nem consistir valor irrisório a descaracterizar o caráter punitivo e preventivo da indenização almejada.

Logo, o valor fixado deve garantir, à parte lesada, uma reparação que lhe compense o sofrimento, bem como cause impacto suficiente para desestimular a reiteração do ato por aquele que realizou a conduta reprovável.

Dessa forma, analisa-se a condição econômica das partes, a repercussão do fato, bem como a conduta do agente para a fixação da indenização, com o propósito de evitar o enriquecimento indevido da parte autora, sem perder de vista que a quantia não pode se tornar inexpressiva.

E, considerando as peculiaridades do caso descrito nos autos, em que a autora não pode usufruir de forma plena de sua moradia, mas considerando igualmente a validade do prazo de tolerância de 180 dias, tem-se que o valor de R\$ 5.000,00 arbitrado pelo juízo de primeira instância mostra-se razoável, devendo, pois, ser mantido.

Honorários advocatícios

Insurge-se a autora, ainda, acerca do valor dos honorários advocatícios, fixados pelo juízo *a quo* em 15% do valor da condenação.

Acerca dos honorários prevê o Novo Código de Processo Civil:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º o, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.”

Atendidos os percentuais legais, a revisão do critério utilizado para fixação da verba honorária só deve ser realizada quando demonstrada a insuficiência ou exagero da quantia prevista na sentença.

Nesse contexto, considerando a natureza da causa, o trabalho desempenhado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço, bem como, o valor da condenação, ou seja, do proveito econômico obtido pela autora, tenho que percentual de 15% da condenação, arbitrados pelo juízo *a quo*, bem atendem aos critérios legais.

Logo, rejeitar o pedido de majoração dos honorários é medida de rigor.

Redistribuição dos ônus sucumbenciais

Corolário lógico do julgamento destes recursos, que reconhece a legitimidade da cláusula que estabelece prazo de tolerância de 180 dias para entrega do imóvel, o que determina a alteração do termo inicial da mora, com consequência na indenização pleiteada, e afasta a condenação dos lucros cessantes com a cláusula penal moratória, deve-se proceder a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Assim, nos termos do art. 86, *caput*, do CPC, condeno os litigantes ao pagamento proporcional das custas e honorários advocatícios, em 70% para as requeridas e 30% para a autora, ficando mantida o valor dos honorários arbitrado na sentença (15% sobre o valor atualizado da condenação).

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos por Goldfarb Incorporações e Construções S/A e outro e por Laura Camila Furtado Cordeiro, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva e de incompetência da Justiça Estadual e, no mérito, dou-lhes parcial provimento, para, reformando em parte a sentença: declarar a legalidade da cláusula contratual de tolerância de 180 dias para entrega do imóvel, fixando como termo inicial da mora das requeridas a data de 27 de agosto de 2013; condenar as requeridas ao pagamento de cláusula penal em favor da autora, em valor equivalente a 1% sobre o valor de mercado do imóvel, devida a partir do início da mora até a efetiva entrega do bem (08/08/2014), ficando afastada a aplicação da cláusula penal prevista pelo item “a” do dispositivo da sentença; alterar a condenação de restituição das taxas de evolução da obra, que será devida a partir de 27 de agosto de 2013. Mantenho a sentença no que mais dispõe.

Por consequência, à luz do que dispõe o art. 86, *caput*, do vigente CPC, redistribuo os ônus sucumbenciais, e condeno os litigantes ao pagamento proporcional das custas e honorários advocatícios, em 70% para as requeridas e 30% para a autora, estes mantidos em 15% do valor corrigido da condenação. Fica o pagamento de tais encargos pela autora, entretanto, sobrestado, na forma do art. 98, § 3º, do CPC, vez que esta litiga sob o pálio da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e, no mérito, deram parcial 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. Vilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo de Instrumento nº 1414248-15.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EMBARGOS À PENHORA – ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL É BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – GARANTIA DADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – PENHORABILIDADE – ALEGADA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – DISPENSA – FIADOR QUE, A ÉPOCA DA GARANTIA, ERA SOLTEIRO – NULIDADE DA PENHORA PELA CONVALIDAÇÃO DA FIANÇA SEM AUTORIZAÇÃO CONJUGAL – LEGITIMIDADE QUE CABE AO CÔNJUGE QUE SUPOSTAMENTE NÃO CONCEDEU A OUTORGA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O bem dado em garantia pelo fiador, em contrato de locação, conquanto seja seu único imóvel, pode ser penhorado pela dívida relativa à locação, consoante previsto no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação dada pela Lei nº 8.245/91, tendo em vista que essa hipótese não viola o direito à moradia.

Se a época da garantia prestada pelo fiador este era solteiro, descabe qualquer discussão quanto à necessidade da outorga uxória e, eventual alegação de nulidade da penhora pela convalidação da fiança sem a autorização do cônjuge deve ser arguida pelo cônjuge que cabia conceder a outorga, não tendo legitimidade para questioná-la a parte que subscreveu o contrato, conforme disposto no artigo 1.650, do CC.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Douglas Machado Acosta, nos autos de Cumprimento de Sentença de nº 0106809-26.2008.8.12.0001, em que contende com Sandra Regina Barauna Recalde e Elias Razuk Jorge Filho, interpõe agravo de instrumento com pedido liminar.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Insurge-se contra a decisão que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do bem de família pertencente ao agravante;

Ao contrário do que restou decidido, não há dúvidas de que o bem constribuído é de família e, portanto, impenhorável conforme regra do artigo 1º, da Lei nº 8.009/1990;

Ainda que o artigo 3º, VII, da referida lei, admita a penhora de imóvel de família em razão de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, é certo que, no caso em tela, a fiança foi concedida pelo agravante quando este era solteiro e não possuía qualquer bem imóvel em seu nome;

Conforme prova nos autos, o agravante contraiu núpcias somente no ano de 2007 e adquiriu o imóvel em questão apenas em 2014, ou seja, tais fatos ocorreram após a assinatura do contrato de locação em que o requerido figurou como fiador;

A fiança somente teria validade até o momento da entrega do bem – 08/06/2010;

Não prevalece a fiança prestada sem a outorga uxória, como também não pode ser permitida a penhora sobre o único imóvel do agravante que sequer foi individualizado no contrato de locação com fiança;

A fiança prestada pelo agravante para se convalidar e produzir o efeito previsto na Lei nº 8009/90, art. 3º, VII, deveria conter a outorga uxória, uma vez que tanto o imóvel quanto o casamento do mesmo se deu em data posterior a prestação de fiança; ausente a autorização da esposa do agravante quanto à fiança prestada, esta não possui qualquer eficácia;

A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública e pode ser alegada em qualquer fase processual; e,

Estão presentes os requisitos para a concessão da medida liminar para suspender a eficácia da decisão agravada, até julgamento do mérito deste agravo.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento da súplica a fim de reformar a decisão agravada e reconhecer a impenhorabilidade do imóvel objeto da Matrícula de nº 129.375 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Campo Grande, determinando-se o levantamento da constrição.

O recurso foi recebido em seu efeito devolutivo.

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou resposta, batendo-se pelo desprovimento da súplica recursal.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Douglas Machado Acosta, nos autos de Cumprimento de Sentença de nº 0106809-26.2008.8.12.0001, em que contende com Sandra Regina Barauna Recalde e Elias Razuk Jorge Filho, interpõe agravo de instrumento com pedido liminar.

Conforme relatado, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande que, no presente feito, rejeitou o pedido de impenhorabilidade do bem imóvel, mantendo-se a constrição sobre realizada sobre o lote 11 da quadra 1 do loteamento denominado Carandá Bosque II, Matrícula nº 129.375, neste município, bem como o bloqueio dos valores.

Neste recurso, o agravante busca a reforma da decisão objurgada, ao argumento de que o bem imóvel penhorado é bem de família, não servindo para garantia da execução. Ainda, alega que a fiança no contrato de locação foi prestada em momento que o agravante não era casado e não possuía nenhum imóvel em seu nome, o qual foi adquirido somente em 2014, por ele e sua esposa. Insiste que não há outorga uxória para convalidar a fiança, razão pela qual a constrição não pode recair sobre o bem de propriedade do casal.

Pois bem.

Conforme adiantado na decisão inicial deste recurso, tem-se que não há motivos para modificar a decisão combatida.

Como dito, observa-se não existir qualquer dúvida quanto ao fato de o bem imóvel penhorado, único bem de propriedade do agravante, ser utilizado como moradia da entidade familiar. Portanto, pela legislação, é bem de família.

A questão jurídica que persiste refere-se à possibilidade ou não de ocorrer constrição deste bem, haja vista que o agravante foi fiador em contrato de locação e, portanto, incidiria a exceção contida no inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990.

E, neste contexto, entende-se que a exceção tem aplicação ao caso em tela, de modo que a alegação de ser o imóvel bem de família não subsiste frente à fiança prestada pelo agravante, independentemente de o bem ter sido adquirido antes ou depois de prestada a garantia.

Eis a jurisprudência desta Corte:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 não alcança o prestador de fiança em contrato de locação.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1407506-08.2018.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 15/08/2018, p: 16/08/2018)

“EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – GARANTIA DADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – PENHORABILIDADE – FIADOR QUE CONVIVIA EM REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL – INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – DISPENSA – RECURSO IMPROVIDO. O bem dado em garantia pelo fiador, em contrato de locação, conquanto seja seu único imóvel, pode ser penhorado pela dívida relativa à locação, consoante previsto no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação dada pela Lei nº 8.245/91, tendo em vista que essa hipótese não viola o direito à moradia. É válida a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do companheiro, sendo inaplicável a incidência da Súmula nº 332/STJ. Recurso conhecido e improvido.” (TJMS. Apelação Cível nº 0812673-23.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j: 11/06/2019, p: 17/06/2019)

A questão está sedimentada na jurisprudência, tendo sido objeto de súmula pelo STJ, como segue:

“Súmula 549-STJ: É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.”

Igualmente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 407.688, declarou a inexistência de afronta ao direito de moradia em caso análogo ao presente, admitindo, por consequência, a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação. Veja-se:

“EMENTA – FIADOR – LOCAÇÃO – AÇÃO DE DESPEJO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO – PENHORA DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL – BEM DE FAMÍLIA – ADMISSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF – CONSTITUCIONALIDADE DO ART.3º, INC. VII, DA LEI Nº 8.009/90, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 8.245/91 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO – VOTOS VENCIDOS – A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.” (RE nº 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 6/10/06)

Ademais, a discussão quanto à ausência de outorga uxória não se revela necessária ao caso em tela, visto que o próprio recorrente afirma que, a época da prestação de garantia e formalização do contrato de locação, o mesmo era solteiro, o que se confirma pela certidão de casamento datada de 03/09/2007 (f. 44) e pela data do contrato de locação com prestação de fiança - 16/02/2007 (f. 11-14 do feito principal).

Outrossim, cumpre observar não ter o recorrente legitimidade para postular direito alheio em nome próprio, eis que a nulidade da fiança por ausência de outorga uxória (convalidação) não pode ser arguida pela parte que subscreveu o contrato, mas tão somente pelo cônjuge que cabia conceder a outorga, como expressamente determina o art. 1.650 do CC.

Por oportuno:

“Art. 1650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.”

Assim sendo, nos termos do dispositivo legal mencionado, a legitimidade para alegar eventual nulidade da fiança prestada sem a outorga uxória, no caso, é reconhecida à cônjuge do agravante, não a ele.

Neste contexto, deve ser mantida a decisão agravada.

Diante do exposto, conheço do presente recurso interposto por Douglas Machado Acosta e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a decisão 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. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação Cível nº 0800316-84.2017.8.12.0030 - Brasilândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – CARÊNCIA DE AÇÃO – AUSÊNCIA DE CERTEZA DO TÍTULO – TESE AFASTADA – JUROS REMUNERATÓRIOS – ABUSIVIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO – AGIOTAGEM – ILEGALIDADES NÃO COMPROVADAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O vencimento antecipado da dívida não altera o início da fluência do prazo prescricional, o qual deve observar o termo final indicado no contrato, que, no caso, é o dia do vencimento da última parcela (1º/01/18), não havendo que falar em prescrição da pretensão executiva, na medida em que ela foi exercida em 12/05/16, com o ajuizamento da ação.

A nota de crédito comercial se configura em título líquido, certo e exigível, em caso de inadimplência do devedor, não havendo como negar a força executiva ao título que dá embasamento à execução, porquanto presentes os requisitos legais (art. 798, I, CPC).

Os juros foram pactuados em 5,3% ao ano, ou seja, estão bem abaixo da taxa de 12% ao ano, então, correto o entendimento do sentenciante de mantê-los, pois não se verifica nenhuma abusividade.

Afasta-se a tese de prática de agiotagem por parte da instituição financeira, especialmente quando não comprovada minimamente a abusividade alegada.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Transportadora Turística Santa Rita LTDA EPP, nos autos de Embargos à Execução de nº 0800316-84.2017.8.12.0030 em que contende com Banco do Brasil S/A, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

Está prescrita a pretensão, impondo-se sua decretação conforme art. 487, II, do CPC;

Os juros remuneratórios contratados, no patamar de 33,23% ao ano são abusivos, pois a taxa média de mercado à época da celebração do ajuste era de 20,67%;

Em se tratando de empréstimo de capital entre pessoas físicas, é vedada a cobrança de juros superiores a 1% ao mês – dobro da taxa legal -, sob pena de ser declarada nula a avença;

Não se podendo precisar o real montante da dívida, não há como se constituir o título executivo, por ausência de liquidez do crédito, impondo-se a extinção da ação monitória;

O título é nulo de pleno direito, posto que é objeto de ato ilícito – agiotagem –, diante da incidência da taxa de juros aplicada;

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso nos termos arrazoados (f. 156-165).

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 173-176).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Transportadora Turística Santa Rita Ltda. - EPP, nos autos de Embargos à Execução de nº 0800316-84.2017.8.12.0030 em que contende com Banco do Brasil S/A, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012¹ e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Conforme relatado, insurge-se a apelante contra a sentença de f. 149-152, prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Brasília, que julgou improcedentes os embargos à execução, na forma do art. 487, I, do CPC.

Por oportuno, colaciono o teor da parte dispositiva da sentença atacada:

“Posto isso, e pelo mais que dos autos consta, julgo improcedentes os Embargos à Execução, na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Face ao princípio da causalidade, condeno o Embargante ao pagamento das custas e despesas processuais, e honorários sucumbenciais, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Havendo interposição de recurso de apelação, intime-se a parte recorrida para contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias, e, após, remetam-se os autos ao E. TJMS, independentemente de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1.010, § 3º, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito em julgado, traslade-se cópia da presente para os autos principais.

Oportunamente, arquivem-se, observadas as formalidades legais.

Publique-se. Intimem-se.”

Busca a recorrente a reforma da sentença, alegando, preliminarmente, estar prescrita a pretensão. No mérito, aduz que são abusivos os juros remuneratórios contratados e que não se podendo precisar o real montante da dívida, não há como se constituir o título executivo, por ausência de liquidez do crédito, sendo o caso de extinção da monitória. Sustenta, ainda, que o título é nulo de pleno direito, posto que é objeto de ato ilícito – agiotagem –, diante da incidência da taxa de juros aplicada.

Pois bem. É incontroverso nos autos que as partes firmaram a Nota de Crédito Comercial, em 23 de dezembro de 2014, para liberação do crédito de R\$ 122.000,00 destinado ao financiamento de um ônibus modelo VW 9-150 EOD 3.920 cilindradas, ano de fabricação/modelo 13/13, cor amarela, obrigando-se a

¹ Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...)

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

apelante a pagar ao apelado 30 prestações mensais e sucessivas, sendo a primeira até a vigésima nona no valor de R\$ 4.066,67 e a última no montante de R\$ 4.066,57, vencendo a primeira em 01/08/2015 e a última de 1º/01/18 (f. 38-46).

De início, a alegada prescrição deve ser afastada.

Isto porque é pacífico o entendimento do STJ “*no sentido de que o vencimento antecipado da dívida não altera o início da fluência do prazo prescricional, o qual deve observar o termo final indicado no contrato, que, no caso (mútuo imobiliário), é o dia do vencimento da última parcela.*” (AgInt no AgInt no AREsp 1051949/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 05/09/2017).

Na hipótese dos autos, a cédula de crédito executada previa o pagamento mediante 30 prestações mensais e sucessivas, vencendo a primeira em 01/08/2015 e a última de 1º/01/18 (f. 38-46), sendo que o inadimplemento de qualquer parcela acarretaria o vencimento antecipado das demais (f. 41 - “vencimento antecipado”).

Dessa forma, tendo a embargante/executada inadimplido com a prestação vencida em 1º/09/2015 (cf. planilha de f. 37 dos autos de execução em apenso), as prestações subsequentes passaram a ser exigíveis contratualmente, sem, contudo, que começasse a fluir o prazo prescricional, cujo termo inicial continuou sendo o dia do vencimento da última parcela, ou seja, 1º/01/18.

Sendo assim, não há que falar em prescrição da pretensão executiva, na medida em que ela foi exercida em 12/05/16, com o ajuizamento da ação.

Lado outro, não há que se falar em ausência de liquidez do título.

A nota de crédito comercial é título executivo conforme art. 5º da Lei nº 6.840/80 c/c art. 10, do Decreto-Lei 413/69). E aquele que aparelha a execução, tal qual desincumbiu-se o credor no presente feito (f. 37-38 dos autos em apenso), espelha obrigação líquida, certa e exigível, pois traz em seu bojo o valor mutuado, os encargos e sua forma de incidência e previu termo certo.

Assim, ao contrário do alegado no presente recurso, a nota de crédito comercial se configura em título líquido, certo e exigível, em caso de inadimplência do devedor, não havendo como negar a força executiva ao título que dá embasamento à execução, porquanto presentes os requisitos legais (art. 798, I, CPC).

Por oportuno, o seguinte julgado:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL – CERTEZA – LIQUIDEZ – EXIGIBILIDADE – RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR PRINCIPAL.

I – A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial (Precedente do STJ).

II – Verificando-se que a Cédula de Crédito Bancário veio acompanhada da planilha de cálculo exigida pela lei regente, e que foram cumpridos os requisitos legais, constantes do § 2º, I e II do art. 28 da Lei nº 10.931/04, está apta a execução.

III – A Cédula de Crédito Comercial configura-se em título líquido, certo e exigível e, em caso de inadimplência, a mora é ex-re, consoante se extrai dos arts. 10 e 11 do Decreto-Lei nº 413/69, aplicáveis à cédula sub judice por força do art. 5º da Lei nº 6.840/80.

IV – A Cédula de Crédito Comercial acompanhada de planilha de cálculo, constante da ação executória, é documento dotado de certeza, exigibilidade e liquidez, sendo, pois, apto a lastrear a execução, pois presentes os requisitos legais do art. 798, I, do CPC.

Agravo Conhecido e Desprovido.” (TJGO, Agravo de Instrumento 5170632-21.2018.8.09.0000, Rel. José Carlos de Oliveira, 2ª Câmara Cível, Julgado em 11/07/2018, DJe de 11/07/2018) (Destaquei)

Em relação às alegadas abusividades, importa esclarecer que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530-RS, acerca da limitação dos juros remuneratórios fixados acima taxa média de mercado não se aplica aos contratos de cédula de crédito comercial:

*“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO – INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO – JUROS REMUNERATÓRIOS – CONFIGURAÇÃO DA MORA – JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO – DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI nº 2.591-1. **Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial;** contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.” (g.n.).*

Assim, nos títulos de crédito rural, industrial ou comercial, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que, enquanto não estabelecida limitação pelo Conselho Monetário Nacional, incide a limitação de 12% ao ano, imposta pela Lei da Usura.

Com efeito, os contratos em epígrafe cuidam de créditos incentivados pelo Estado visando o desenvolvimento da atividade econômica, cujo regramento advém de legislação específica (Decreto-Lei nº 167/67 e Decreto-Lei nº 413/69), que derogou a Lei nº 4.595/64, por ser posterior a ela.

De fato, conforme consta nas referidas legislações, em não havendo autorização específica do Conselho Monetário Nacional, os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano para a espécie.

No caso, os juros foram pactuados em 5,3% ao ano (f. 38), ou seja, estão bem abaixo da taxa de 12% ao ano, então, correto o entendimento do sentenciante de mantê-los, pois não se verifica nenhuma abusividade.

Ademais não se vislumbra do referido contrato, a aplicação da taxa de juros efetiva de 33,23% a que se referem os apelantes, os quais não apresentaram qualquer planilha detalhada que especificasse o valor do débito que entendem devido ou que trouxesse o cálculo a fim de elucidar como chegaram a referido patamar percentual.

Outrossim, diferentemente do que alegam os recorrentes, a modalidade de ajuste celebrado não se refere a empréstimo de capital entre pessoas físicas, mas trata-se de empréstimo realizado com vistas a incentivar atividades de fomento que não se submetem à regra geral de liberação dos juros remuneratórios nos contratos firmados com instituições financeiras.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL – BANCÁRIO – AÇÃO REVISIONAL – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM ACERCA DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE PACTUAÇÃO EXPRESSA – SÚMULAS 5 E 7 DO STJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) PELA VARIAÇÃO DO PREÇO MÍNIMO DOS PRODUTOS AGRÍCOLAS – POSSIBILIDADE DESDE QUE PACTUADA – SÚMULAS 5 E 7 DO STJ – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 12% AO ANO, À MÍNGUA DE REGULAMENTAÇÃO POR PARTE DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MULTA MORATÓRIA – REDUÇÃO DE 10% PARA 2% – DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 21, CAPUT, DO CPC – SÚMULA 306/STJ. (...) 3. Conquanto na regência da Lei nº 4.595/64 não estejam os juros bancários limitados a 12% ao ano, as notas de crédito rural, comercial e

industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei nº 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69), que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Tendo em vista a omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura). Precedentes.” (AgRg nos EDcl no REsp 1010332/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/09/2012, DJe 01/10/2012)

Além disso, não há que falar em agiotagem por parte da instituição financeira, especialmente quando não comprovada minimamente a abusividade alegada.

Logo, de rigor a manutenção da sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 12% do valor da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

3ª Seção Cível**Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues****Ação Rescisória nº 1409198-08.2019.8.12.0000 - Sidrolândia**

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – PRETENSÃO DE RESCISÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 966, III, IV, V, VII E VIII DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DOLO OU COAÇÃO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA PARTE VENCIDA OU, AINDA, DE SIMULAÇÃO OU COLUSÃO ENTRE AS PARTES, A FIM DE FRAUDAR A LEI – OFENSA À COISA JULGADA – VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA – OBTENÇÃO PELO AUTOR, POSTERIORMENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO, DE PROVA NOVA CUJA EXISTÊNCIA IGNORAVA OU DE QUE NÃO PÔDE FAZER USO, CAPAZ, POR SI SÓ, DE LHE ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL – ERRO DE FATO VERIFICÁVEL DO EXAME DOS AUTOS – HIPÓTESES NÃO VERIFICADAS NO CASO EM TELA – EVIDENTE PRETENSÃO DE REEXAME DO CONTEÚDO PROBANTE E DA JUSTIÇA DA DECISÃO – IMPOSSIBILIDADE – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

Admite-se a rescisão do acórdão quando este resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, condutas estas que não restaram sequer especificadas pelo autor da presente demanda, o impõe a sua improcedência.

A configuração da ofensa à coisa julgada, que se enquadra na hipótese de cabimento da ação rescisória prevista no art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, ocorre quando o acórdão rescindendo ofende uma decisão transitada em julgado relativa à mesma relação jurídica, na qual coincidem partes, pedido e causa de pedir. No caso, os autores sequer apontam qual seria a decisão transitada em julgado atingida pelo acórdão rescindendo.

No caso de alegação de manifesta violação de dispositivo legal (inciso V do artigo 966 do CPC), a rescisão só é admissível quando violada a regra em sua literalidade, pressupondo que a interpretação conferida pela decisão rescindenda a determinado preceito normativo seja flagrantemente absurda e juridicamente insustentável.

Também não procede o pedido de rescisão do acórdão em relação ao inciso VII (obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável), porquanto nada há nos autos acerca de terem os autores obtido prova que antes não possuíam.

O erro de fato, a que se refere o art. 485, IX, do CPC, não consiste em erro de valoração ou de interpretação sobre a subsistência ou relevância de um fato. Ao contrário, consubstancia-se em falsa percepção dos sentidos, de tal sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente.

Pleito de reexame do conteúdo probante e análise da justiça da decisão, constituindo o feito rescisório verdadeiro sucedâneo recursal.

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, julgaram improcedente a ação, declarando extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de março de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Aderaldo Santos de Melo, Edson Gimenes, Nedina Machado da Silva, Isaque Barbosa de Souza, José Alfredo da Silva Nazaro, Manoel Ferreira Borges, Sebastião Sinomar Caetano Freitas, Sergio Pereira da Silva, Ilda Sousa Alves, Valdevino Ferreira Alves e Ruth Neves Pires ajuízam ação rescisória em face de Tânia Regina Alves de Souza, visando rescindir o acórdão proferido nos Autos da Ação de Reintegração de Posse de nº 0100546-69.2010.8.12.0045.

Os autores alegam, em síntese, que:

É necessária a concessão de medida de urgência para sobrestar o cumprimento da decisão que determinou a reintegração de posse em favor da requerida, porquanto obtida em processo judicial viciado e por meios fraudulentos e ilegais, pois sequer tinha a posse de uso, gozo e fruição do bem a ser reintegrado;

A requerida não está na posse do bem imóvel em questão, de modo que não será prejudicada pela medida liminar ora pleiteada, ao passo que os requerentes buscam salvaguardar eventuais prejuízos que possam suportar pelo cumprimento da ordem de reintegração de posse;

A presente ação tem como objetivo rescindir a sentença proferida na ação de reintegração de posse, visto que os posseiros não foram citados para responder à lide, sendo deferida a liminar em favor da parte autora sem a oitiva da parte contrária; os requeridos interpuseram agravo de instrumento, o qual não foi provido pela 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça;

Sem que fosse designada audiência, o juízo singular proferiu sentença de procedência do pedido inicial, a qual foi confirmada em segunda instância;

O processo é nulo, porque não ter anotação de responsabilidade técnica da área – ART, sendo que o mapa que consta nos autos não tem assinatura de um engenheiro, nem memorial descritivo;

Há nulidade também porque, após a constatação judicial, os possuidores foram identificados e deveriam ser pessoalmente citados, de modo que a continuidade da possessória sem forma e nem figura, restou nula de pleno direito;

Também restou nulo o processo possessório em razão da deficiência de defesa, de modo a prejudicar o devido processo legal e caracterizar cerceamento de defesa;

Por se tratar de processo coletivo, a intervenção do Ministério Público era medida imprescindível à validade do feito e, não tendo ocorrido, evidente a sua nulidade;

Não foi individualizada a área ocupada por cada possuidor em face do fato tempo de ocupação, pois o direito de prescrição intercorrente, considerando que a posse de fato para usucapir áreas de 10 a 20 hectares, é de apenas 5 (cinco) anos, denominada prescrição aquisitiva constitucional; e,

Têm direito de serem indenizados pelas benfeitorias realizadas no imóvel e, até que sejam pagas a devidas indenizações, têm o direito de retenção, sob pena de permitir o enriquecimento indevido da parte requerida.

Por fim, pugnam pelo deferimento da medida liminar para sobrestar o andamento do cumprimento de sentença e suspender a ordem de despejo e, após o devido processamento, pela procedência do pedido inicial a fim de rescindir a sentença de primeiro grau proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sidrolândia,

bem como o acórdão que a confirmou, nos Autos do Processo nº 0100546-69.2010.8.12.0045, nos termos do art. 966, III, IV, V, VII e VIII do Código de Processo Civil, declarando a nulidade da mesma, bem como o afastamento da reintegração de posse que instruiu a ação de execução.

Requereram a concessão da justiça gratuita.

Juntaram documentos – f. 80-274.

Na decisão de páginas 282-288, a gratuidade judiciária foi deferida aos autores, bem como indeferido o pedido liminar.

Citada, a requerida apresentou contestação, pela qual impugnou o pedido de justiça gratuita, bem como requereu a improcedência da ação rescisória.

Houve a impugnação à contestação.

No despacho saneador, rejeitou-se a impugnação à gratuidade da justiça, restando indeferida a prova testemunhal.

Encerrada a instrução do feito, a parte requerida apresentou suas alegações finais, ao passo que os autores não se manifestaram.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer, por entender desnecessária a sua atuação no presente feito.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Aderaldo Santos de Melo, Edson Gimenes, Nedina Machado da Silva, Isaque Barbosa de Souza, José Alfredo da Silva Nazaro, Manoel Ferreira Borges, Sebastião Sinomar Caetano Freitas, Sergio Pereira da Silva, Ilda Sousa Alves, Valdevino Ferreira Alves e Ruth Neves Pires ajuízam ação rescisória em face de Tânia Regina Alves de Souza, visando rescindir o acórdão proferido nos Autos da Ação de Reintegração de Posse de nº 0100546-69.2010.8.12.0045.

Conforme relatado, os autores pretendem a procedência desta ação, ao argumento de que o feito originário é nulo, eis que eivado de irregularidades, notadamente em relação à falta de anotação de ART, de citação dos posseiros, de individualização da área ocupada por eles a fim de garantir a prescrição aquisitiva constitucional, de participação do Ministério Público e ao cerceamento de defesa.

Ainda, insistem que possuem o direito de serem indenizados pelas benfeitorias realizadas no imóvel e, até que sejam pagas as devidas indenizações, têm o direito de retenção, sob pena de permitir o enriquecimento indevido da parte requerida.

Por fim, pugnam pela procedência do pedido inicial a fim de rescindir a sentença de primeiro grau proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sidrolândia, bem como o acórdão que a confirmou, nos Autos do Processo n. 0100546-69.2010.8.12.0045, nos termos do art. 966, III, IV, V, VII e VIII do Código de Processo Civil, declarando a nulidade da mesma, bem como o afastamento da reintegração de posse que instruiu a ação de execução.

Pois bem.

Como cediço, o suporte fundamental de todo ordenamento jurídico brasileiro encontra-se assentado no instituto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, sobre os quais, em face de seus propósitos ideológicos, repousa a ideia de segurança jurídica e paz social a todos os jurisdicionados, visto que põe fim, no plano jurídico, ao conflito de interesses submetido à apreciação do Estado.

No entanto, o legislador, atento à possibilidade da existência de contaminantes indesejáveis, criou, por cautela e por exceção, a possibilidade de ser perseguida a anulação da decisão que, muito embora transitada em julgado, tenha sido inoculada por determinado vício.

Forte neste propósito, foi criada a ação rescisória que – longe de ser recurso – é uma verdadeira ação autônoma de invalidação da decisão passada em julgado, em que o autor, para ter êxito, deve atender não só às exigências comuns pertinentes às ações em geral, mas também os seus pressupostos específicos de admissibilidade, sendo: a existência de decisão de mérito transitada em julgado e a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade elencados no art. 966, do CPC, conforme se infere abaixo:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.”

A pretensão em tela está calcada nos incisos III, IV, V, VII e VIII do referido artigo.

Contudo, diversamente do que pretendem os autores, pela leitura da petição inicial e dos documentos que a acompanham é possível concluir que eles buscam, na verdade, rediscutir a controvérsia já dirimida, o que torna inviável a pretensão deduzida, já que é indubitosa a intenção de se provocar um novo julgamento da questão já pacificada nos Autos de nº 0100546-69.2010.8.12.0045.

Somente em casos excepcionais existe a possibilidade de se rescindir decisão já acobertada pela coisa julgada material, mercê da necessidade de conservação das decisões judiciais para a manutenção da segurança jurídica e da paz social.

A ação rescisória, assim, constitui remédio extremo, com hipóteses taxativamente previstas na lei processual, não sendo possível seu manejo apenas com vistas ao reexame da prova ou à análise da justiça da decisão.

Citados incisos trazidos pelos autores estabelecem a possibilidade de revisão da decisão transitada em julgado quando:

“III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.”

De imediato, inexistente qualquer fundamento de fato e de direito na inicial que possa dar ensejo ao acolhimento da ação em relação aos incisos III, IV e VII.

Não consta, e não há alegação de nenhuma coação por parte da parte contrária.

No ensinamento de Orozimbo Nonato, a coação para viciar o ato jurídico, deve gerar um temor invencível. Como consta do seu livro *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico*, p. 126:

“Para viciar a manifestação da vontade preceitua o art. 98 do nosso Código Civil, a coação há de ser tal que incute no paciente fundado temor de dano. E neste pouco, mostram-se os autores em perfeito conceto, todos, à una, proclamam ser indispensável o requisito da gravidade, razão porém é se examine o critério para verificação da gravidade da violência e se dilucide quando se deve considerar grave coação.”

Nada disso existe nos autos. Também não consta de ter o vencedor da ação agido com outros vícios a contaminar o ato jurídico, seja o dolo ou mesmo a simulação.

Para configurar esta hipótese há que ocorrer o dolo, há que se demonstrar que houve a conduta ardisosa, consistente na circunstância de haver nexo causal entre aquele e a decisão.

A decisão resultante de simulação e colusão entre as partes a fim de fraudar a lei também é passível de ser rescindida. Na colusão o objetivo é obter situação jurídica proibida pela lei, e na simulação as partes não em interesse em se aproveitar dos resultados do processo mas apenas, de utilizá-lo como simulacro para prejudicar terceiros.

E tais condutas não restaram sequer especificadas pelo autor da presente demanda, que insiste, como já dito, na injustiça do acórdão que manteve a sentença que julgara procedente a ação de reintegração de posse em favor da requerida.

Ainda, não há se falar em violação à coisa julgada.

É pressuposto para a ocorrência da ofensa à coisa julgada a existência de duas decisões sobre a mesma relação jurídica, com tríplice identidade entre as ações, ou seja, suas partes, causa de pedir e pedido devem coincidir, conforme, aliás, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – OFENSA À COISA JULGADA – ART. 485, INCISO IV, DO CPC – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DE CONTAS VINCULADAS AO FGTS – LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE ORIGINÁRIA – DECADÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF – DECISÃO RESCINDENDA QUE CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO FIRMADA EM ACÓRDÃO ANTERIORMENTE TRANSITADO EM JULGADO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (...) A configuração da ofensa à coisa julgada, que se enquadra na hipótese de cabimento da ação rescisória prevista no art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, ocorre quando o acórdão rescindendo ofende uma decisão transitada em julgado relativa à mesma relação jurídica, na qual coincidem partes, pedido e causa de pedir.” (STJ, AR 3273/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 18/12/2009)

No caso, inexistia qualquer indicação pelos autores de qual decisão transitada em julgado sobre a mesma relação processual e identidade de partes teria sido ofendida pelo acórdão ora rescindendo. Assim, descabe a demanda em relação à suposta ofensa à coisa julgada.

Também não procede o pedido de rescisão do acórdão em relação ao inciso VII (obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável), porquanto nada há nos autos acerca de terem os autores obtido prova que antes não possuíam.

Igualmente, não prospera a tese inicial acerca da existência de erro de fato verificável do exame dos autos.

Com base na própria lei (§ 1º) há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

Segundo anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, o erro de fato se caracteriza da seguinte forma:

“Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade.” (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 817).

Para deixar ainda mais claro o tema, pode-se dizer que:

“o erro de fato que autoriza a ação rescisória é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato incontestado nos autos. Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento ou, inversamente, quando leva-se em consideração elemento bastante para o julgamento que não consta dos autos do processo.” (REsp 218.079/CE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 03/05/2007, DJ 28/05/2007 p. 342).

Desse modo, tem-se que para a excepcional rescisão da decisão judicial transitada em julgado pretendida pelos autores, com fulcro no art. 966, VIII, do CPC, não basta o mero erro de fato, sendo necessário que a decisão tenha tomado por premissa para o julgamento aquele erro, o qual não se trata de ponto controvertido.

No caso, é improcedente a alegação de erro de fato, pois na decisão rescindenda não foi levado em conta fato inexistente e tampouco foi desconsiderado algo que existe e é incontroverso.

Ainda, acerca da manifesta violação à norma jurídica (inciso V), os autores deixaram de especificadamente apontar quais seriam as normas violadas, limitando-se a afirmar que o feito seria nulo, por

estar eivado de irregularidades, notadamente em relação à falta de anotação de ART, de citação dos posseiros, de individualização da área ocupada por eles a fim de garantir a prescrição aquisitiva constitucional, de participação do Ministério Público e ao cerceamento de defesa.

Pois bem. Como já aditando na decisão inicial desta demanda, é evidente que a intenção dos autores limita-se em reexaminar a justiça da decisão, inexistindo qualquer razão para a rescisão do acórdão, mormente ser certo que a análise desta ação deve ser técnica e restringir-se à existência ou não de elementos autorizadores da rescisão.

Compulsando-se os autos da ação de reintegração de posse, observa-se que, após a concessão da medida liminar, os requeridos compareceram aos autos e notificaram a interposição de agravo de instrumento contra aquela decisão (f. 129-137), oportunidade em que juntaram as devidas procurações e requereram a concessão da justiça gratuita.

Além disso, houve a certificação pelo cartório de que todos os requeridos foram citados – f. 481, sendo declarada a revelia dos réus – f. 482, decisão contra a qual não houve insurgência dos requeridos. Portanto, não há como se falar em ausência de citação dos requeridos, tampouco na ausência de identificação dos possuidores, porquanto se evidencia dos autos que cada requerido foi individualmente identificado durante a tramitação da ação de reintegração de posse.

Ademais, analisando-se o acórdão proferido naquela ação, a discussão quanto à ausência de citação foi satisfatoriamente examinada.

A propósito, restou decidido:

“A sentença recorrida julgou procedente a ação, anotando que, além de restar comprovada a posse da autora, através dos documentos juntados às f. 10-65 dos autos, restou caracterizada a revelia dos requeridos, porquanto, embora citados, deixaram de contestar a inicial.

No presente apelo, alegam os recorrentes que possuem interesse recursal diante do prejuízo sofrido com o resultado de procedência da ação de reintegração de posse pela recorrida.

De fato, o interesse recursal dos apelantes é evidente, conforme decisão jurisprudencial já formada nesse sentido:

(...)

Por outro lado, nos casos de invasão coletiva de terras, restando evidenciada a impossibilidade de se identificar, individualmente, cada um dos ocupantes, é admitida a citação coletiva, sob pena de inviabilizar a própria prestação da tutela jurisdicional.

Discorrendo sobre o tema, leciona Fredie Didier Junior que:

‘Há casos em que se torna inviável o cumprimento estrito da exigência formal de qualificação integral dos litigantes. A demanda possessória relacionada a uma ocupação de terra é um bom exemplo. Dada a existência de um número indeterminado, mas determinável, de pessoas no pólo passivo, caracterizado está o chamado ‘litisconsórcio passivo multitudinário’. Justamente porque existe este número indeterminado de pessoas no pólo passivo, é tarefa difícil, senão impossível, exigir do demandante a perfeita identificação e qualificação de cada um dos réus, bem assim o conhecimento dos locais onde têm residência ou domicílio’.

Com isso, os Tribunais Superiores vêm admitindo que a sentença de reintegração de posse produza efeitos contra invasores de área em litígio, independentemente da efetiva citação de todos eles. É o que se denota dos seguintes julgados: (...)

Cediço, portanto, que, no caso de ocupação coletiva de terras, é possível que novos invasores venham a ocupar o local, caso em que seria necessária a constante propositura de ações e/ou as suas reiteraões, bem como exigiria sucessivas citações, o que tornaria inviável o processamento do feito.

Assim, é de se admitir que a sentença proferida na ação de reintegração, a qual reconheceu não somente a posse da autora como a revelia dos requeridos, ora recorrentes, produza efeitos para todos aqueles que estejam ocupando as terras descritas na inicial da demanda possessória, independentemente de terem sido citados ou não.

Por fim, demonstrada a situação de hipossuficiência dos recorrentes, em razão de estarem sendo assistidos pela Defensoria Pública, a assistência judiciária gratuita deve ser-lhes concedida.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença recorrida. Defiro os benefícios da assistência judiciária aos apelantes.”

Logo, evidente que a presente ação rescisória visa apenas o reexame de questões já decididas durante a tramitação da ação de reintegração de posse, o que é inviável, já que esta demanda não serve como substitutivo recursal.

Também não vejo motivos para acolher a alegada nulidade em razão da ausência de intervenção do Ministério Público, pois inexistente justificativa para que aquele órgão atuasse como fiscal da lei no caso em exame. Primeiro, porque não há interesse público no presente litígio; segundo, porque a matéria envolve direitos disponíveis; e, terceiro, as partes são todas maiores e capazes.

Nota-se que, inclusive, nesta ação, a Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer por entender desnecessária a sua atuação (f. 342-345), o que corrobora a fundamentação de não ter ocorrido qualquer nulidade pela não participação no processo originário – ação de reintegração de posse, ante a absoluta falta de interesse a justificar a participação do órgão ministerial.

Ainda, não procede o pedido de retenção do imóvel em razão das benfeitorias nele realizadas. Ao que se vê dos autos, os requerentes opuseram, durante o cumprimento de sentença, os embargos de retenção (f. 154-162), o qual foi indeferido, ante a preclusão da questão suscitada, já que tal pleito deveria ser feito no próprio processo de conhecimento, via contestação, não podendo ser exercido por meio de ação autônoma, conforme jurisprudência do STJ.

Transcrevo, por oportuno, os termos da decisão proferidos naqueles embargos de retenção:

“No presente caso, os embargantes, ora apelantes, alegam uma série de nulidades no referido julgado, bem como, realizaram benfeitorias com recursos próprios que devem ser indenizados.

Contudo, sem razão.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não se admite o ajuizamento de ação autônoma para retenção de benfeitorias em imóvel, cuja posse foi perdida por sentença judicial.

Segundo a Corte Superior, a pretensão para retenção de benfeitorias deveria ter sido formulada na contestação dos autos principais, ou seja, no processo de conhecimento movido pelo proprietário para reaver o imóvel, porém, os apelantes apresentaram contestação extemporaneamente, razão pela qual não foi conhecida pelo magistrado de origem.

Assim, a ausência de discussão do direito de retenção por benfeitorias no processo de cunho possessório, importa em não conhecimento em sede de embargos de retenção em razão da preclusão.

Nesse sentido:

(...)

Logo, tendo em vista que o entendimento do juízo a quo está em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a manutenção da decisão que indeferiu a petição inicial em razão da ausência de interesse-utilidade (preclusão) e, por consequência, extinguiu o feito nos termos do art. 330, III, do CPC.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.”

Assim, se o acórdão rescindendo não analisou o direito de retenção ora reivindicado pelos requerentes, evidente que tal fato de seu exclusivamente por não terem eles oportunamente alegado tal questão na contestação. Neste norte, não há se falar em violação à norma jurídica a possibilitar a desconstituição da coisa julgada e permitir novo julgamento da ação.

Outrossim, não se observa qualquer nulidade quanto à defesa dos requeridos no feito de origem, porquanto foram devidamente intimados dos atos processuais praticados, apresentaram suas manifestações, inclusive interpuseram apelação cível, na qual alegaram também a ausência de posse anterior da requerente, tese esta rejeitada pelo Tribunal.

Destarte, os princípios do contraditório e ampla defesa foram preservados.

Também é importante observar que, muito embora os autores tenham alegado a necessidade de individualização da área que cada possuidor ocupava, ante a possível ocorrência de prescrição aquisitiva conforme tempo e tamanho do imóvel, tal assertiva não é o bastante para o acolhimento do pedido inicial.

Primeiramente, a tese acerca da prescrição não foi abordada em primeira instância, sequer foi tratada como matéria de defesa pelos requeridos. Além disso, não há elementos nos autos para dar certeza que antes da propositura do processo primitivo os autores já adquiriram o direito à usucapião do imóvel em questão, especialmente porque a inicial relatada a invasão ao imóvel no mesmo ano da propositura da ação. Na verdade, a iniciativa de alegar usucapião apenas neste rescisória não configura a novidade exigida no invocado inciso VII para rescisão do acórdão em tela.

Por fim, as insurgências dos autores quanto à ausência de ART, assinatura de engenheiro no mapa e individualização da área a ser reintegrada não são questões aptas a ensejar a rescisão do acórdão, pois não traduzem grave defeito na prestação jurisdicional dentro das hipóteses legalmente previstas para se justificar a rescisão do que restou definitivamente julgado, fato que não se verifica na espécie.

Aliás, ao que se vê da pretensão dos autores é uma ação fundada em matéria típica de defesa que não foi alegada tempestiva e oportunamente. O pedido aqui formulado apresenta-se, em verdade, como sucedâneo de matéria que deveria ter sido apresentada anteriormente, o que não se harmoniza com a natureza e a vocação da ação rescisória, ao que se acrescenta que não cabe aqui fazer juízo de valor acerca do conteúdo do julgamento cuja rescisão é pleiteada.

Logo, o pedido inicial deve ser julgado improcedente.

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente esta ação rescisória, declarando extinto o processo com resolução de mérito.

Em face da sucumbência, condeno os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que, em atenção ao art. 85, § 8º, do CPC, fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), em prol do patrono da parte requerida, sobrestada a cobrança por serem os autores beneficiários da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a ação, declarando extinto o processo com resolução de mérito, 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. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 16 de março de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator designado Des. Nélío Stábile

Apelação Cível nº 0073071-76.2010.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO SEMOVENTE – COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO FORO DA FAZENDA PÚBLICA – ENSEJO A DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA – ACIDENTE CAUSADO POR CONTA DO SEMOVENTE – RESPONSABILIDADE DO APELADO NA CONSERVAÇÃO, AMPLIAÇÃO E ORIENTAÇÃO DA RODOVIA – OMISSÃO DO GUARDIÃO DO ANIMAL – 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 maioria, de acordo com o artigo 942, do CPC, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1ª vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Nélío Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Transportadora DJ Tomazelli LTDA. contra a sentença (f. 287-294) de improcedência de seus pedidos formulados na inicial.

A parte apelante alega, em suma, que há responsabilidade objetiva da ré em indenizá-la em decorrência da omissão estatal (f. 301-322), requerendo a reforma integral da sentença.

Contrarrazões às f. 333-338.

VOTO (17/12/2019)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por Transportadora DJ Tomazelli LTDA. contra a sentença (f. 287-294) de improcedência de seus pedidos formulados na inicial.

A parte apelante alega, em suma, que há responsabilidade objetiva da ré em indenizá-la em decorrência da omissão estatal (f. 301-322), requerendo a reforma integral da sentença.

Fundamentação

Da responsabilidade objetiva do Estado

Trata-se de ação proposta contra a DER/SP (Departamento de Estradas de Rodagens do Estado de São Paulo), ente da administração pública indireta, dotado de natureza jurídica de poder público, qual seja, autarquia, por acidente de trânsito envolvendo um animal bovino – que subitamente intentou atravessar a pista – e um caminhão, o que resultou em danos materiais à empresa proprietária do veículo automotor e a morte do semovente.

O DER/SP foi criado pelo Decreto nº 6.529 de 1934, tendo sido, posteriormente, imbuído de autonomia administrativa e financeira, com natureza jurídica de poder público, em 1946, por meio do Decreto-Lei nº 16.546.

“Art. 1º Fica criado o Departamento de Estradas de Rodagem, subordinado diretamente ao Secretário de Estado dos Negócios da Viação e Obras Públicas, em substituição à atual Diretoria de Estradas de Rodagem, criada pela Lei nº 2.187, de 30 de Dezembro de 1926.”¹

A responsabilidade da administração pública por atos praticados por seus agentes é objetiva, com base na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, Constituição Federal). Independe da modalidade do ato, seja ele por ação, omissivo ou comissivo pretérito.

O Supremo Tribunal Federal assentou a tese de que havendo um dever específico do Estado em agir, nada obstante o ato praticado tenha se dado na modalidade omissiva, a responsabilidade civil do ente público será objetiva. Pela relevância que se denota:

“EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO – ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inoconcorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário desprovido. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 592 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, também por unanimidade, o Tribunal fixou a seguinte tese: ‘Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da

¹ Decreto nº 6.529 de 1934.

Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento' (...). ” (STF - RE 841526/RS - Rio Grande do Sul, Relator: Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 30/03/2016, Data da Publicação: 01/08/2016, Tribunal Pleno) – Destaquei.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – JUIZ DE PAZ. REMUNERAÇÃO – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO – DANOS MATERIAIS – ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NÃO DEMONSTRADOS NA ORIGEM – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Mauricio Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juizes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido.” (STF. 2ª Turma. ARE 897890 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2015.) Destaquei.

Portanto, para configuração do dever de indenizar, basta a demonstração do dano, da conduta e do nexo de causalidade (que, na hipótese, deve corresponder a um dever legal de agir).

Por óbvio que há responsabilidade civil do dono do animal (art. 936 do CC), o qual inclusive possuía marca do proprietário (GF), mas em se tratando de hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, tal situação não afasta a legitimidade da apelada de figurar no polo passivo da demanda.

Sobre os elementos do dano indenizável Celso Antônio Bandeira de Mello² leciona que a ofensa ao particular deve ser a algo reconhecido e garantido pela ordem jurídica. Outrossim, o dano deve ser certo (a), especial (b) e anormal (c).

A danificação ao caminhão (propriedade da apelante) decorreu do acidente de trânsito envolvendo animal, ou seja, há dano material certo.

O prejuízo acarretado a apenas uma pessoa jurídica (autora) é específico.

Não se pode considerar que um acidente de trânsito ocasionado por um animal com livre acesso à rodovia, o qual acarreta grave risco de vida aos envolvidos, é normal – por mais que todas as pessoas estejam sujeitas –, máxime quando ocorrido nas circunstâncias presentes, nem há de se falar que é derivado do mero convívio social.

A conduta, por sua vez, residuiu no fato do Estado omitir-se no seu dever específico de impedir o livre trânsito de semoventes na pista de rolamento, situação geradora de riscos à vida dos indivíduos que vierem a transitar na rodovia.

Corroborando, o Decreto nº 16.546 de 1946 e subsequentes estabelecem a obrigação do DER/SP de manter as pistas em condições de trafegabilidade, encargo não só imposto pelo decreto que a imbuíu de natureza autárquica, mas também pela substituição do ente público centralizado na prestação de um serviço público, o qual deve ser garantido com segurança aos seus usuários. A propósito, o Código de Trânsito Brasileiro estabelece o seguinte:

“Art. 5º O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades.”

Art. 6º São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito:

I - estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito, e fiscalizar seu cumprimento;

II - fixar, mediante normas e procedimentos, a padronização de critérios técnicos, financeiros e administrativos para a execução das atividades de trânsito;

III - estabelecer a sistemática de fluxos permanentes de informações entre os seus diversos órgãos e entidades, a fim de facilitar o processo decisório e a integração do Sistema.

Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;

III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário;

IV - coletar dados e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;

V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de policiamento ostensivo de trânsito, as respectivas diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

(...)

X - implementar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;

XI - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CONTRAN;

(...).”

Assim, resta analisar o nexo de causalidade, o qual está presente no caso.

Em que pese a falta de sinalização, como sustentado pela apelante, não acarrete o dever do Estado em indenizar, vez que em momento nenhum ficou provado se tratar de local de fluxo considerável de animais a justificar a implantação da placa correspondente, a responsabilidade do ente autárquico é decorrente de sua falha na fiscalização das condições de segurança e trafegabilidade da rodovia em si.

Logo, o nexo causal reside na elevada probabilidade de que, não fosse a omissão do estado em manter a rodovia em condições seguras de trafegabilidade (por meio de uma fiscalização eficiente), o evento danoso não teria ocorrido.

Tal conjuntura ilide dúvida quanto ao nexo causal entre a conduta do estado e os danos sofridos pelos autores, especialmente porque a ré não demonstrou ter tomado as precauções necessárias à prevenção do sinistro, o que poderia ter feito, situação que inclusive seria capaz de afastar sua responsabilidade.

Da análise do boletim de ocorrência e do croqui (f. 23-29), elaborados pelas autoridades policiais competentes, é inferível que o veículo estava em boas condições, assim como o clima e a pista. Entretanto,

entre as defesas metálicas (as quais tem, dentre as funções, justamente o objetivo de restringir o acesso de animais de grande e médio porte à estrada), na pista de rolamento, estava um bovino, o qual ao subitamente tentar atravessar de um canteiro ao outro, ocasionou o acidente.

Nessa situação, o fato dos danos materiais terem ocorrido com culpa concorrente da vítima em vista de seu excesso de velocidade, não caracterizou o erro no julgamento, tampouco sendo possível acolher os argumentos da ré sobre ausência de responsabilidade. O presente fato terá implicação no patamar dos danos morais arbitrados, mas não há nos autos elementos que atestem a velocidade ter sido o motivo determinante e exclusivo para ocorrência do acidente.

Isso porque, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello³:

“(...) em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano.”

Dessa forma, por tudo que foi minuciosamente abordado, há a demonstração da falha no dever da entidade autárquica de fiscalização e a configuração do dever de indenizar, uma vez aplicada a Teoria do Risco Administrativo.

Dos danos materiais

Portanto, configurada a responsabilidade da ré pelo ressarcimento dos danos materiais sofridos pela apelante em seu veículo, o patamar adequado deve ser apurado. A autora pede R\$ 13.000,00 (treze mil reais), valor que fundamenta nos orçamentos de conserto do veículo juntados aos autos de processo (f. 33-35).

Como abordado, o boletim de ocorrência, elaborado às f. 23-25, indica um excesso de velocidade do motorista do caminhão de 15 km/h no momento do acidente, já que transitava a 95 km/h. Embora tal fato não tenha sido relevante bastante para afastar a responsabilidade da autarquia, já que inexistentes os indícios de que tenha sido o fator determinante para a ocorrência do sinistro, ele importa no quantum de indenização que a apelante faz jus a receber.

A velocidade em demasia consistiu no fato de que a norma vigente à época, estabelecida pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 61, fixava o limite para caminhões em rodovias 80 (oitenta) km/h. Dessa forma, é irrelevante o fato de inexistir placa indicativa de velocidade no local do acidente, vez que a velocidade limite permitida por lei foi ultrapassada.

Cumprе consignar que o fato de estarmos diante de responsabilidade objetiva, na qual não se discute culpa, não exclui a possibilidade de considerarmos a ocorrência de concorrência de culpa.

Sergio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de responsabilidade civil (11. ed. São Paulo: Atlas, 2014), argumenta que a existência de circunstâncias distintas que juntas concorrem para o resultado, por culpa de agentes variados, aspecto integrante da cadeia de causa e efeito (nexo causal), é, na verdade, concorrência de causas.

A relevância da concorrência de causas é variada, mas estabelecido que a presença do semovente na pista de rolamento foi a causa principal do acidente, basta avaliar o ressarcimento devido de acordo com os limites da conexão causal existente.

Quanto ao valor da indenização, compete ao magistrado, por falta de parâmetro legal e doutrinário possível a servir de norte para o arbitramento dos danos materiais ocasionados por concausa, a árdua missão de dosar a verba compensatória em situações como a versada nestes autos.

3 **Curso de direito administrativo**. 33. ed. Malheiros Editores, 2010. p. 1.052.

Nessa conjuntura, conforme os orçamentos de conserto do veículo (f. 33-35), a conduta omissiva do ente autárquico (que embora causadora de danos meramente patrimoniais, impôs elevado risco à vida do funcionário da autora, bem como a todos os indivíduos que tenham transitado na mesma rodovia naquele dia) e o excesso de velocidade do motorista do caminhão (de 15 km/h), fixo, posto que razoável e proporcional, o montante de compensação de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Da correção monetária e dos juros de mora

Por fim, quanto aos juros e correção monetária, a Lei 9.494/1997, art. 1º-F, modificada pela Lei 11.960/2009, passou a constar:

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

Em relação aos juros moratórios e correção monetária do valor da compensação por danos materiais, esses incidem a partir do evento danoso. A propósito:

“Sobre os juros moratórios:

Súmula 54 do STJ: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Art. 398 do CC: Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Sobre a correção monetária:

Súmula 43 do STJ - Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.”

O Supremo Tribunal Federal, em 20/09/2017 (com publicação em 20/11/2017), ao julgar o RE nº 870947/SE, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 810), assentou a tese da inconstitucionalidade da incidência da correção monetária nos moldes do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, declarando que o índice de poupança é incapaz de capturar a variação dos preços da economia, não efetivando a correta atualização monetária.

Logo, forçosa se faz a aplicação da correção monetária de acordo com o IPCA-E, respeitando-se a jurisprudência dos tribunais superiores.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento, a fim de julgar parcialmente procedentes os pedidos da inicial e condenar o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) à título de danos materiais, com aplicação da correção monetária e dos juros de mora desde o evento danoso, com base no IPCA-E e no índice de remuneração da caderneta de poupança, respectivamente.

Com fundamento no § 3º do art. 85 do CPC, fixo os honorários advocatícios devidos pela ré ao autor em 20% sobre o valor da condenação, já considerados o trabalho exercido pelos patronos da autora, a natureza e a importância da causa, bem como a fase processual, devendo também, a apelada, arcar com as custas processuais, haja vista a sucumbência mínima da autora (art. 86, § 1º, do CPC).

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Nélcio), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (21/01/2020)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão em julgamento e peço vênia ao eminente Desembargador Relator para discordar de seu entendimento e votar de forma divergente.

O Apelante requer o provimento deste recurso para o fim de reformar a sentença, que julgou improcedente seus pedidos formulados na inicial, visto que sustenta a responsabilidade objetiva da ré em indenizá-la em decorrência da omissão estatal, requerendo a reforma integral da sentença.

Com a vênia e respeito à decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tenho entendimento que a competência é absoluta do foro da Fazenda Pública no território do Estado de São Paulo, o que não só permite mas, também, dá ensejo a declinação da competência, assim como efetivamente foi feita pelo juízo de origem e este Tribunal. Mas, tendo já sido decidido pela Superior Instância a questão da incompetência, analiso o mérito.

Inferre-se dos autos que o acidente aconteceu por culpa do proprietário do semovente, pois o animal não poderia transitar livremente pela rodovia. Esse fato está devidamente comprovado nos autos do processo, particularmente pelo boletim de ocorrência. Outrossim, é sabido que são feitas orientações por parte das concessionárias aos proprietários de imóveis rurais que margeiam as rodovias sobre as precauções que eles devem ter para garantir a segurança dos usuários da via e de seus animais. De qualquer sorte, é responsabilidade mesmo, indeclinável, do respectivo proprietário guardar seus animais, manter as cercas em bom estado e situação que efetivamente contenha ditos animais. Sendo assim, o apelado não pode ser responsabilizado, pois não cabia a ele a guarda de animais criados em cativeiro e que deveriam ser mantidos por seus proprietários em seus imóveis rurais.

Ademais, a obrigação irrestrita do apelado é com a conservação, ampliação da rodovia e auxílio aos motoristas que a utilizam. O dever de fiscalização deve ser analisado com cautela e restrições, já que, mesmo possuindo responsabilidade objetiva, a empresa não tem como evitar todo e qualquer tipo de acidente, ainda mais que existem diversas nuances que envolvem a rodovia e o tráfego de veículos/pessoas.

Sobre esse ponto, segue importante julgado do TJ/MS em análise de caso similar:

“APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA.

(...)

PROCESSUAL CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE VEÍCULO EM ESTRADA MANTIDA PELOS CORRÉUS – RESPONSABILIDADE DOS CORRÉUS QUANDO O ACIDENTE DECORRE DE ATO COMISSIVO OU OMISSIVO, NÃO, CONTUDO, POR OMISSÃO GENÉRICA – LEGITIMIDADE PASSIVA DA AGESUL – INEXISTÊNCIA – TRAVESSIA REPENTINA DE ANIMAL SILVESTRE NA PISTA, DE MADRUGADA – FATO QUE NÃO PODERIA EVITAR – JUIZ QUE PRONUNCIA A ILEGITIMIDADE, MUITO EMBORA, EM CASO TAL, SERIA CASO DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO, EXAMINADA EM RELAÇÃO AO OUTRO CORRÉU (ESTADO) – CAPÍTULO DA SENTENÇA MANTIDO – RECURSO IMPRÓVIDO – A LEGITIMIDADE ATIVA OU PASSIVA SE AFERE IN STATUS ASSERTIONIS, OU SEJA, SEGUNDO OS FATOS DESCRITOS PELO AUTOR NA SUA INICIAL SÃO ASSIM APRECIADOS PELO MAGISTRADO, INDEPENDENTEMENTE DE SE AFERIR A PROCEDÊNCIA OU IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS ALI CONTIDOS, QUE SE RESERVA AO MÉRITO A AGESUL É A RESPONSÁVEL RODOVIÁRIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, SENDO DELA A COMPETÊNCIA DE MANTER, CONSERVAR E FISCALIZAR A RODOVIA ESTADUAL – TODAVIA, SE O AUTOR DESCREVE, NA CAUSA DE PEDIR, QUE O EVENTO LESIVO (ACIDENTE DE TRÂNSITO) SE DEU DE MADRUGADA EM RAZÃO DA TRAVESSIA REPENTINA DE UM ANIMAL SILVESTRE NA PISTA DE ROLAMENTO, AFIGURA-SE DESDE LOGO A FALTA DE PERTINÊNCIA SUBJETIVA DA

CORRÉ PARA A AÇÃO, EIS QUE DE PLANO SE AFIGURA A INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO, NEXO OU LIAME QUE PUDESSE FAZER RESSALTAR A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRADORA DA RODOVIA POR TAL FATO, TOTALMENTE PREVISÍVEL E QUE IMPÕE AO AUTOR CONDUTOR DO VEÍCULO UMA DIREÇÃO CAUTELOSA PARA EVITAR ACIDENTES DESSE PORTE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA MANTIDA – RECURSO DO AUTOR, NO PONTO, IMPROVIDO – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – COLISÃO COM ANIMAL SILVESTRE (CAPIVARA) EM RODOVIA ESTADUAL – RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA AGESUL AFASTADAS – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL, NECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DO DANO, DO FATO ADMINISTRATIVO E DO NEXO DE CAUSALIDADE, E, NO CASO DE ATO OMISSIVO, TAMBÉM É PRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO DE QUE A ADMINISTRAÇÃO ESTAVA OBRIGADA A IMPEDIR O PREJUÍZO CAUSADO A TERCEIROS – OCORRENDO EM RODOVIA CONSTRUÍDA PELO ESTADO E MANTIDA SOB A ADMINISTRAÇÃO DA AGESUL ACIDENTE FATAL, EM RAZÃO DA TRAVESSIA DE ANIMAL SILVESTRE NA PISTA DE ROLAMENTO, NÃO HÁ QUE SE ADMITIR A RESPONSABILIDADE DOS ENTES ESTATAIS – EM CASO TAL FALTA NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO NARRADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL ATRIBUÍDA AOS CORRÉUS, OS QUAIS NÃO PODEM IMPEDIR, QUALQUER QUE SEJAM AS MEDIDAS ADOTADAS, QUE ANIMAIS SILVESTRES ATRAVESSEM DE INOPINO A PISTA, COM POTENCIALIDADE PARA CAUSAR ACIDENTES, SOBRETUDO EM UM ESTADO, COMO O DE MATO GROSSO DO SUL, CONHECIDO POR SUA FAUNA RICA E DIVERSIFICADA, HABITAT NATURAL DESSES ANIMAIS – ACRESCE-SE O FATO DE QUE O ACIDENTE OCORREU DE MADRUGADA, QUANDO O RISCO AUMENTA CONSIDERAVELMENTE, RAZÃO MAIOR PARA QUE O AUTOR ESTIVESSE DIRIGINDO COM TODA CAUTELA, DE TAL SORTE QUE O RISCO É INERENTE AO TRÁFEGO NO LOCAL, IMPOSSÍVEL DE SER EVITADO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, TÃO SOMENTE PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DA AGESUL, MANTENDO-SE A R. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO OUTRO CORRÉUS E QUE, POR FORÇA DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO CONTIDO NO FEITO, SE ESTENDE TAMBÉM À CORRÉ ADMITIDA COMO PARTE LEGÍTIMA.”
(Relator Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Dourados; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 25/08/2015; Data De Registro: 31/08/2015)

No mesmo sentido, segue importante trecho da própria decisão do juízo *a quo*:

“Em se tratando de animal com guardião particular, este tem responsabilidade de natureza objetiva, na forma do art. 936 do Código Civil, de modo que responde pelos danos causados a terceiros, incluindo as hipóteses de acidentes de trânsito, provocados pelo bicho.

Tratando-se o requerido de pessoa jurídica de direito público, para sua responsabilização, ao menos, dever-se-ia comprovar que inexistia fiscalização adequada na rodovia, considerando a reserva do possível para o ente público.

Na época do acidente, a rodovia se encontrava em boas condições de tráfego e com sinalização adequada, bem como o requerido demonstrou haver posto de vigilância e de atendimento aos condutores da área, tanto que seus prepostos chegaram ao local do acidente em apenas cinco minutos, após a saída do posto, como comprova o documento de f. 202.

Portanto, tal documento e as condições da via, demonstram que o requerido não agiu de forma omissiva de sorte a contribuir para o acidente, considerando que não se pode exigir do Estado, por questões orçamentárias, que seja onipresente.”

Portanto, com a situação elucidada, concluo que não deve ser dado provimento ao presente recurso, visto que se trata de omissão do guardião do animal.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso interposto, para o fim de manter a decisão recorrida incólume.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, de acordo com o artigo 942, do CPC, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1ª vogal, vencido o 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. Nélcio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Nélío Stábile

Agravo de Instrumento nº 1409720-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – MASSA FALIDA DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – PATRIMÔNIO MILIONÁRIO DEMONSTRADO POR BALANCETE – NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DA ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA PARA ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS – DECISÃO QUE INDEFERIU OS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA 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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Nélío Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélío Stábile.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Cruzeiro do Sul S/A - Massa Falida em face de Andre Luis Lameu de Castro, irresignado com decisão proferida pelo juízo de direito da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos Autos de nº 0812163-05.2019.8.12.0001, que indeferiu o requerimento de assistência judiciária, bem como o diferimento do recolhimento das custas ao final do processo, determinando o recolhimento das custas no prazo de quinze dias, sob pena de cancelamento da distribuição.

Assevera que faz jus aos benefícios da assistência judiciária, tendo em vista que se encontra em Regime de Administração Especial Temporária, por determinação do Banco Central. Teve sua falência decretada, desde agosto de 2015, por juízo do Estado e Comarca de São Paulo e, por conta disso, não possui condições de suportar as despesas processuais, sendo certo que a determinação de recolhimento de custas implicará em negativa de acesso ao Poder Judiciário.

Aduz que a demanda de origem fora ajuizada por uma massa falida, por meio de seu administrador judicial, para o fim de cobrança de crédito com intuito de formar patrimônio suficiente para a satisfação dos débitos junto aos credores daquela, e que a retirada de ativos da massa, para pagamento de custas processuais, resultará em prejuízo aos interesses dos credores. Afirma que a jurisprudência admite a concessão dos benefícios requeridos à pessoa jurídica, mesmo quando se trata de entidade com fins lucrativos.

Requer a concessão de efeito suspensivo para o fim de determinar a suspensão do cumprimento da decisão agravada, até julgamento final deste recurso. No mérito, requer seja o recurso provido para o fim de lhe serem concedidos os benefícios da assistência judiciária. Alternativamente, requer seja acolhido o pedido de diferimento das custas processuais, para o término do processo.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido a f. 132-136.

O agravado não foi intimado para ofertar contrarrazões, por não ter sido encontrado seu endereço (f. 142-143). Todavia, anoto que tal fato não possui relevância para o julgamento deste recurso, haja vista que a parte também não foi sequer citada no feito de origem.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Estando presentes os requisitos processuais, conheço do presente agravo de instrumento. Analisando o contido neste agravo, concluo que o recurso deve ser desprovido.

Primeiro, porque, por análise do processado, e ao contrário do alegado na inicial recursal, vislumbro que a recorrente não trouxe a estes autos qualquer documento que comprove sua alegada hipossuficiência. Aliás, pelo contrário: tanto a documentação quanto as alegações demonstram que a massa falida possui condições de arcar com as custas processuais.

Com efeito. O balancete sintético, a f. 120 dos autos, indica que a massa falida possui ativo no importe de R\$5.206.949,00 (cinco milhões, duzentos e seis mil e novecentos e quarenta e nove reais), quantia que é mais do que suficiente para arcar com as despesas do processo. O fato de o passivo ser equivalente ao ativo não demonstra a hipossuficiência da parte, tendo em vista que os pagamentos, no processo de falência, são realizados de maneira ordenada e cadenciada, à conta dos respectivos créditos buscados pelo administrador judicial, na medida em que vão se aderindo ao patrimônio da massa.

Também não prospera a alegação da Agravante, de que o pagamento das custas traria prejuízo aos interesses dos credores, pela movimentação do ativo da massa. Isso porque o depósito das custas visa subsidiar o ajuizamento de feito que busca justamente angariar recursos, junto a devedor da massa, para que sejam pagos os débitos inscritos. Assim, o pagamento de custas processuais atende aos interesses da massa, e não lhe traz prejuízos, como afirmado.

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, que estabelece que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos*” é aplicável à hipótese dos autos. Ao mencionar a assistência jurídica integral logicamente que o Constituinte não quis referir-se apenas à prestação de serviços por advogados públicos ou por Defensorias Públicas aos hipossuficientes na forma da lei, mas também ao acesso do jurisdicionado à prestação jurisdicional, de forma gratuita, desde que comprove insuficiência de recursos, o que, como visto, não restou comprovado nos autos.

O artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que o juiz somente poderá indeferir o pedido de assistência judiciária se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, hipótese consubstanciada nos autos de origem. A jurisprudência dos Tribunais Superiores posiciona-se no sentido de que o alegado estado de hipossuficiência presume-se relativo, mormente se do contido nos autos se puder concluir pela ocorrência de situação inversa, ou se a parte, mesmo intimada, não comprovar o alegado, especialmente na hipótese dos autos, em que se trata de ente privado com finalidade lucrativa (ainda que em estado de falência, mas com patrimônio suficiente para arcar com as custas do feito). É o que se depreende da análise dos seguintes julgados do e. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – PESSOA JURÍDICA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta eg. Corte entende que é possível a concessão da gratuidade da justiça à pessoa jurídica somente quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, não havendo falar em presunção de miserabilidade.

2. O direito à gratuidade da justiça da pessoa jurídica em regime de liquidação extrajudicial ou de falência depende de demonstração de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, o que não ficou afigurado na espécie. Precedentes.

3. *Agravo interno a que se nega provimento.*” (STJ. AgInt no REsp nº 1.619.682/RO. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Publicação: 07.02.2017). (g.n.)

Em igual sentido também já se posicionou esta Colenda 3ª Câmara Cível, em recurso assemelhado, interposto pela mesma parte:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – PESSOA JURÍDICA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA – AUSÊNCIA DA ALEGADA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - O agravante, ainda que em processo de liquidação extrajudicial, não demonstrou fazer jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita, seja porque dos fatos narrados na inicial não se extrai a presunção de pobreza exigida pela lei, seja porque a decisão proferida em ação de falência não tem o condão de comprovar a hipossuficiência do banco agravante.

II - Acresça-se não ser crível que instituição financeira que é patrocinada por uma banca de advogados particulares, sediada em expressivo endereço profissional, inclusive no exterior, não tenha condições de arcar com as custas e demais despesas processuais, ainda mais quando se observa que, em processos outros em que teve indeferido os benefícios da justiça gratuita, vem recolhendo normalmente as custas processuais.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1400727-71.2017.8.12.0000. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 28.03.2017). (g.n.)

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento interposto por Banco Cruzeiro do Sul S/A - Massa Falida para o fim de negar-lhe provimento, e manter a decisão agravada 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. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile

Agravo de Instrumento nº 1412683-50.2018.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECISÃO QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA DEMANDA – AÇÃO DISTRIBUÍDA ORIGINALMENTE AJUIZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, COM DECLINAÇÃO PARA UM DOS JUÍZOS DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA – PEDIDO DE SOLUÇÃO QUANTO À ALEGADA SITUAÇÃO PRECÁRIA DAS UNEI'S DA CAPITAL, COM REQUERIMENTO DE INTERDIÇÃO DAS UNIDADES E SUSPENSÃO DE ATENDIMENTOS – A RECORRENTE REQUER, AINDA, MEDIDAS DE BLOQUEIOS DE BENS DO ERÁRIO PARA CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS REQUERIDAS NA AÇÃO ORIGINÁRIA – PEDIDOS QUE REFOGEM À COMPETÊNCIA DA VARA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE E RECAEM SOBRE ALGUM DOS JUÍZOS DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA E DE REGISTROS PÚBLICOS DA CAPITAL, PELO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – IRDR JULGADO POR ESTE TRIBUNAL COM MATÉRIA SEMELHANTE, EM QUE SE DECIDIU PELA COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de liminar e efeito suspensivo, em face do Estado de Mato Grosso do Sul, irresignada com a decisão proferida pelo juízo de direito da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande/MS, que declinou da competência para processamento e julgamento desta ação civil pública e determinou sua redistribuição para uma das Varas da Fazenda Pública desta capital.

Alega que ambos os juízos especializados com competência referente à infância e juventude de Campo Grande, o Juízo da Vara da Infância e da Adolescência de Campo Grande e o Juízo da Vara da Infância, Adolescência e Idoso de Campo Grande, declinaram de suas competências em favor de uma das Varas da Fazenda Pública desta capital, em confronto com o que determinam as normas pertinentes ao assunto e também com o entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante. Aduz que o feito deve ser processado e julgado perante a Vara da Infância, Adolescência e do Idoso ou perante a Vara da Infância e Adolescência, porquanto o objeto da ação trata de direito coletivo de interesse dos adolescentes, ou seja, norma de caráter especial que deve preponderar sobre a regra geral do interesse da Fazenda Pública, bem como porque a lide está fundada em interesses difusos afetos aos adolescentes.

Em decisão de f. 102-107, o recurso não fora conhecido.

Entretanto, este feito foi restaurado, em razão de decisão monocrática proferida nos autos de agravo interno em apenso (118-120), que acabou por conhecer do presente recurso.

Em manifestação de f. 126-127, o recorrido pugna pelo normal seguimento deste recurso.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Em análise do contido nos autos, concluo que o recurso não merece provimento.

Isso porque, como bem ponderado pelo juízo *a quo*, a competência da Vara da Infância e Adolescência se restringe aos processos de apuração de irregularidades em entidades de atendimento (artigos 191 a 193, do ECA), e a processos de apuração de infrações administrativas às normas de proteção à criança e ao adolescente (artigos 194 a 197, do ECA). Evidente que a matéria objeto da ação civil pública de origem, que pede a suspensão do atendimento prestado aos adolescentes nas UNEI's da Capital, com requerimento de bloqueio de bens e valores do Estado, refoge à mera competência dos Juízos da Infância e da Adolescência, e recaem sobre as Varas de Fazenda Pública e de Registros Públicos. Até porque o eventual atendimento às pretensões da Defensoria Pública na ação de origem demandará custos elevados ao erário, o que é matéria afeta às Varas Especializadas de Fazenda Pública, e não aos Juízos de Infância e Juventude.

Entendimento semelhante foi o aplicado no julgamento do IRDR nº 1600322-17.2018.87.12.0000/50000, em que se discutia a competência para julgamento de ações cujo objeto era a disponibilização, pelo Poder Público, em creches e escolas públicas. A celeuma se deu também entre as Varas de Infância e Juventude e de Fazenda Pública. Não há dúvidas que, nas ações tratadas no âmbito do referido incidente, também haviam interesses difusos de crianças e adolescentes, posto que a matéria tratada se referia a vagas e matrículas em estabelecimentos de ensino, que deveriam ser disponibilizadas pelo Estado. No IRDR em questão, restou decidido que a competência recai sobre os Juízos das Varas de Fazenda Pública, em razão da especialização de tais juízos em relação à matéria lá debatida. O mesmo ocorre no caso em julgamento, pelos motivos já alinhavados. Pela aludida semelhança de matérias e situações julgadas no IRDR referenciado, convém a transcrição a ementa do julgado:

“EMENTA – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS EM CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – DISCUSSÃO A RESPEITO DA COMPETÊNCIA DA VARA DE INFÂNCIA, ADOLESCÊNCIA E IDOSO OU DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA E DE REGISTROS PÚBLICOS PARA JULGAMENTO DAS CAUSAS RELATIVAS A MATRÍCULA DE MENORES EM CRECHES OU ESCOLAS – TESE JURÍDICA – FIXADA – CONFLITO PROCEDENTE.”

Assim, é o caso de manutenção da Decisão recorrida, do que decorre o desprovimento deste agravo.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento interposto por Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul 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. Nélío Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélío Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Agravo de Instrumento nº 1406225-80.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES ARGUIDAS EM CONTRAMINUTA – ILEGITIMIDADE ATIVA E NÃO CABIMENTO DA AÇÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PREJUDICIAL DE PERDA DO OBJETO – AFASTADA – DOCUMENTOS REDIGIDOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA – AUSÊNCIA DE VERSÃO TRADUZIDA – DESENTRANHAMENTO – MÉRITO – EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUSPENSÃO DETERMINADA POR 180 DIAS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA DE URGÊNCIA PLEITEADA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Se a alegação de ilegitimidade ativa e não cabimento de ação civil pública não foram objeto da decisão agravada, não é possível a sua análise nesta sede recursal, sob pena de supressão de instância.

Ausentes as provas de que foram cumpridas todas medidas pretendidas pela parte, não há falar-se em esvaziamento do objeto da causa.

Nos termos do art. 192, do CPC, o documento redigido em língua estrangeira deve ser acompanhado de versão traduzida para a língua portuguesa.

Sobrevindo decreto de recuperação judicial, haverá suspensão das ações e execuções ajuizadas contra a empresa devedora-recuperanda, pelo prazo de 180 dias, a teor do § 4º, do art. 6º, da Lei nº 11.101/2005.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, com o parecer, conheceram em parte do recurso, rejeitaram as preliminares e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Associação Estadual de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECC interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida em 10.05.2019, pelo Juiz José Henrique Neiva de Carvalho e Silva, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande que, na ação civil pública ajuizada pela agravante em desfavor de Oceanair Linhas Aéreas S/A – Avianca, AVB Holding S/A, Avianca Holdings S/A, SPSYN Participações LTDA, Synergy Group Corporation e Aerovias Del Continente Americano S.A. Avianca, indeferiu os pedidos de tutela provisória de urgência pleiteados na inicial.

Em razões recursais (f. 1-22), narra que não é novidade a situação econômica deletéria do Grupo Avianca, em especial após o início do processo de recuperação judicial em 14.12.2018, cujo cenário delicado se agravou com a devolução de algumas aeronaves em 22.04.2019, o que gerou o cancelamento de inúmeros voos.

Aduz que, não obstante a previsão dos artigos 20 e 21 da Resolução nº 400/ANAC, as agravadas não têm providenciado a reacomodação dos passageiros que tiveram voos cancelados.

Enfatiza que:

“(...) medidas como determinar que os agravados em recuperação judicial informem todos os consumidores, bem como preste esclarecimento das providências que estão sendo tomadas para realocar, reembolsar ou conferir meio de transporte alternativo aos passageiros que tiveram seus voos cancelados não possuem, nem indiretamente, conteúdo patrimonial. Portanto, não existe qualquer óbice em sua concessão.”

Aponta que:

“(...) quanto a conclusão de que os consumidores deverão requerer suas respectivas habilitações de crédito junto ao juízo da recuperação judicial, com a devida vênia, também não merece prosperar. Embora seja tecnicamente compreensível, a referida conclusão vai completamente contra o espírito do Código de Defesa do Consumidor.”

Requer:

“a) O recebimento deste agravo de instrumento, e a intimação do agravado para que, no prazo legal, caso queira, apresente contraminuta;

b) Nos termos do art. 1.019, I/CPC, o deferimento da antecipação de tutela do agravo de instrumento a fim de determinar que os primeiro e segundo agravados:

b.1) No prazo de 24 horas informem todos os consumidores que tiveram voos cancelados do cancelamento, informando também, na oportunidade, as três opções previstas no art. 21 da Resolução nº 400/ANAC, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

b.2) No prazo de 03 dias forneça a lista de todos os voos cancelados, bem como, informe nos autos as providências que estão sendo tomadas para realizar o reembolso, as realocações ou concessão de alternativas de transporte para os passageiros que tiveram o seu voo cancelado, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

c) O conhecimento e o provimento do presente recurso a fim de que seja reformada a decisão interlocutória do juízo a quo para:

d) Determinar que o primeiro, segundo e quarto Agravados, solidariamente:

d.1) Realoquem, todos os passageiros que porventura tiveram ou que ainda tiverem seus voos cancelados e que tenham solicitado ou vierem a solicitar a realocação em outro voo, com a antecedência mínima de 36 horas do horário voo inicialmente programado, com exceção daqueles consumidores cujos voos inicialmente programados fossem ocorrer em período menor, caso em que devem ser realocados imediatamente, fixando astreinte para cada um dos casos em que não houver a realocação;

d.2) No prazo de 24 horas informem todos os consumidores que tiveram voos cancelados do cancelamento, informando também, na oportunidade, as três opções previstas no art. 21 da Resolução nº 400/ANAC, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

d.3) No prazo de 03 dias forneça a lista de todos os voos cancelados, bem como, informe nos autos as providências que estão sendo tomadas para realizar o reembolso, as realocações ou concessão de alternativas de transporte para os passageiros que tiveram o seu voo cancelado, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

e) Que no caso do primeiro, segundo e quarto Agravados não cumprirem com o pedido do item d.1, que, por força do art. 28, § 2º/CDC, sejam o terceiro, quinto e sexto Agravados obrigados a realocar todos os passageiros que solicitaram ou vierem a solicitar a realocação em outro voo, com a antecedência mínima de 36 horas do horário voo inicialmente

programado, com exceção daqueles consumidores cujos voos inicialmente programados fossem ocorrer em período menor, caso em que devem ser realocados imediatamente, fixando astreinte para cada um dos casos em que não houver a realocação;

f) Que seja deferida medida cautelar de indisponibilidade de bens (via BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e demais sistemas) do terceiro, quarto, quinto e sexto Agravados no valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), equivalente a aproximadamente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por voo cancelado, a fim de garantir o ressarcimento dos consumidores lesados;

g) Que na hipótese de não entender cabível as medidas pleiteadas nos itens anteriores, o que não se espera, que, nos termos do art. 536/CPC, o Juízo determine medidas alternativas a fim de garantir que os consumidores que tiveram seus voos cancelados tenham garantido seu direito de realocação garantido com antecedência razoável;

(...).”

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido (f. 348-355).

A agravada Aerovias Del Continente Americano S/A Avianca apresentou contraminuta (f. 371-381), pugnando o desprovimento do recurso.

Avianca Holdings S/A apresentou contraminuta (f. 385-415), arguindo preliminares de perda do objeto, ilegitimidade ativa da ADECC e não cabimento de ação civil pública. No mérito, pugnou o desprovimento do agravo de instrumento.

Intimadas, as demais agravadas (Oceanair Linhas Aéreas S/A – Avianca, AVB Holding S/A, SPSYN Participações LTDA, Synergy Group Corporation) não apresentaram contraminuta (f. 620).

A agravante Associação Estadual de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECC manifestou-se à f. 640-649, pugnando o desentranhamento dos documentos juntados em língua estrangeira, desacompanhados de tradução juramentada. Pugnou, ainda, a rejeição das preliminares arguidas na contraminuta apresentada pela agravada Avianca Holdings S/A.

Em parecer (f. 691-705), o representante da Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da preliminar de ilegitimidade ativa, sob pena de supressão de instância; rejeição da preliminar de perda do objeto, arguida pela agravada Avianca Holdings S/A. Por fim, manifestou-se pelo acolhimento do pedido de desentranhamento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Associação Estadual de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECC, em face da decisão proferida em 10.05.2019, pelo Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande que, na ação civil pública ajuizada pela agravante em desfavor de Oceanair Linhas Aéreas S/A – Avianca, AVB Holding S/A, Avianca Holdings S/A, SPSYN Participações LTDA, Synergy Group Corporation e Aerovias Del Continente Americano S.A. Avianca, indeferiu os pedidos de tutela provisória de urgência pleiteados na inicial.

Confira-se (f. 329-331):

“Trata-se de ação civil pública c/c pedido de tutela de urgência em que a parte autora ADECC – Associação Estadual de Defesa da Cidadania e do Consumidor em defesa dos cidadãos e consumidores, move em desfavor da Oceanair Linhas Aéreas S/A em recuperação judicial, AVB Holding S/A em recuperação judicial, entre outras empresas, na qual pretende,

em suma, que sejam realocados todos os passageiros que porventura tiveram ou que ainda tiverem seus voos cancelados pela empresa requerida Oceanair Linhas Aéreas S/A (Avianca) e que tenham solicitado ou vierem a solicitar a realocação em outro voo, bem como demais pedidos.

Afirma, que no caso em tela, estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência.

Não houve até o presente momento manifestação das partes requeridas.

É o relatório. Decido.

Para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional é necessária a presença dos seguintes requisitos: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do Código de Processo Civil).

A probabilidade do direito consiste na fundamentação nos autos em provas robustas que demonstrem a alta possibilidade de procedência do pedido.

O periculum in mora se constitui no perigo da demora da prestação jurisdicional pois, caso a integridade do objeto do processo não seja assegurada de imediato, a marcha dos atos processuais e o decurso do tempo poderão causar graves prejuízos ao pleiteante.

Há, ainda, a necessidade de se considerar a reversibilidade jurídica do provimento (art. 300, § 3º do CPC), a qual se consubstancia na possibilidade de, em sendo julgado improcedente o pedido do autor, ser revertida a tutela de urgência concedida, ressaltando responder a parte pelo prejuízo que a sua efetivação causar à parte adversa (art. 302 do CPC).

No caso em análise, possui pedido de tutela antecipada destinada à promover a realocação de todos os passageiros que porventura tiveram ou que ainda tiverem seus voos cancelados e que tenham solicitado ou vierem a solicitar a realocação em outro voo, bem como demais pedidos.

Com efeito, não entendo que estejam presentes os requisitos para concessão da tutela antecipada, quais sejam, o perigo na demora da prestação jurisdicional bem como a probabilidade do direito.

Isso porque, com relação a probabilidade do direito, cumpre destacar que a empresa requerida Oceanair Linhas Aéreas S.A bem como a AVB Holding S.A encontram-se em recuperação judicial, sendo que o período de suspensão de 180 dias, de acordo com o art. 6º, § 4º da lei 11.101/05, encontra-se em vigor até o presente momento, sendo que eventuais ações judiciais e execuções ficaram suspensas até o decurso do referido prazo, inclusive impedindo que hajam atos constritivos e invasivos ao patrimônio da referida empresa.

Já no que tange o risco ou perigo de dano ao resultado útil do processo, caso os consumidores assim queiram, a fim de não terem seus direitos frustrados, deverão requerer suas respectivas habilitações de créditos junto ao juízo da recuperação judicial.

Por fim, salienta-se que o fato das empresas elencadas pela parte requerente como co-responsáveis pelo adimplemento da medida de urgência não se fazem presentes junto ao juízo da recuperação judicial como possíveis responsáveis solidariamente, sendo que tal situação depende de dilação probatória, fato este não cabível em sede de cognição sumária própria das tutelas provisórias de urgência.

Ante o exposto, de momento, indefiro os pedidos em sede de antecipação de tutela, letras 'B', 'C', a medida cautelar de indisponibilidade de bens de letra 'D', bem como o pedido de letra 'E'.

Citem-se as partes requeridas para que ofereçam resposta por escrito no prazo legal, a qual poderá ser instruída com documentos e justificações que entenderem cabíveis.

Após, faça-se nova conclusão.

Cumpra-se.

Int.”

Em razões recursais (f. 1-22), narra que não é novidade a “situação econômica deletéria” do Grupo Avianca, em especial após o início do processo de recuperação judicial em 14.12.2018, cujo cenário delicado se agravou com a devolução de algumas aeronaves em 22.04.2019, o que gerou o cancelamento de inúmeros voos.

Aduz que, não obstante a previsão dos artigos 20 e 21 da Resolução nº 400/ANAC, as agravadas não têm providenciado a reacomodação dos passageiros que tiveram voos cancelados.

Enfatiza que:

“ (...) medidas como determinar que os agravados em recuperação judicial informem todos os consumidores, bem como preste esclarecimento das providências que estão sendo tomadas para realocar, reembolsar ou conferir meio de transporte alternativo aos passageiros que tiveram seus voos cancelados não possuem, nem indiretamente, conteúdo patrimonial. Portanto, não existe qualquer óbice em sua concessão.”

Aponta que:

“ (...) quanto a conclusão de que os consumidores deverão requerer suas respectivas habilitações de crédito junto ao juízo da recuperação judicial, com a devida vênia, também não merece prosperar. Embora seja tecnicamente compreensível, a referida conclusão vai completamente contra o espírito do Código de Defesa do Consumidor.”

Requer:

“a) O recebimento deste Agravo de Instrumento, e a intimação do Agravado para que, no prazo legal, caso queira, apresente Contraminuta;

b) Nos termos do art. 1.019, I/CPC, o deferimento da antecipação de tutela do Agravo de Instrumento a fim de determinar que os primeiro e segundo Agravados:

b.1) No prazo de 24 horas informem todos os consumidores que tiveram voos cancelados do cancelamento, informando também, na oportunidade, as três opções previstas no art. 21 da Resolução nº 400/ANAC, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

b.2) No prazo de 03 dias forneça a lista de todos os voos cancelados, bem como, informe nos autos as providências que estão sendo tomadas para realizar o reembolso, as realocações ou concessão de alternativas de transporte para os passageiros que tiveram o seu voo cancelado, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

c) O conhecimento e o provimento do presente recurso a fim de que seja reformada a decisão interlocutória do juízo a quo para:

d) Determinar que o primeiro, segundo e quarto Agravados, solidariamente:

d.1) Realoquem, todos os passageiros que porventura tiveram ou que ainda tiverem seus voos cancelados e que tenham solicitado ou vierem a solicitar a realocação em outro voo, com a antecedência mínima de 36 horas do horário voo inicialmente programado, com exceção daqueles consumidores cujos voos inicialmente programados fossem ocorrer em período menor; caso em que devem ser realocados imediatamente, fixando astreinte para cada um dos casos em que não houver a realocação;

d.2) No prazo de 24 horas informem todos os consumidores que tiveram voos cancelados do cancelamento, informando também, na oportunidade, as três opções previstas no art. 21 da Resolução nº 400/ANAC, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

d.3) No prazo de 03 dias forneça a lista de todos os voos cancelados, bem como, informe nos autos as providências que estão sendo tomadas para realizar o reembolso, as realocações ou concessão de alternativas de transporte para os passageiros que tiveram o seu voo cancelado, fixando astreinte diária para caso de descumprimento;

e) Que no caso do primeiro, segundo e quarto Agravados não cumprirem com o pedido do item d.1, que, por força do art. 28, § 2º/CDC, sejam o terceiro, quinto e sexto Agravados obrigados a realocar todos os passageiros que solicitaram ou vierem a solicitar a realocação em outro voo, com a antecedência mínima de 36 horas do horário voo inicialmente programado, com exceção daqueles consumidores cujos voos inicialmente programados fossem ocorrer em período menor, caso em que devem ser realocados imediatamente, fixando astreinte para cada um dos casos em que não houver a realocação;

f) Que seja deferida medida cautelar de indisponibilidade de bens (via BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e demais sistemas) do terceiro, quarto, quinto e sexto Agravados no valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), equivalente a aproximadamente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por voo cancelado, a fim de garantir o ressarcimento dos consumidores lesados;

g) Que na hipótese de não entender cabível as medidas pleiteadas nos itens anteriores, o que não se espera, que, nos termos do art. 536/CPC, o Juízo determine medidas alternativas a fim de garantir que os consumidores que tiveram seus voos cancelados tenham garantido seu direito de realocação garantido com antecedência razoável;

(...).”

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido (f. 348-355).

A agravada Aerovias Del Continente Americano S/A Avianca apresentou contraminuta (f. 371-381), pugnando o desprovimento do recurso.

Avianca Holdings S/A apresentou contraminuta (f. 385-415), arguindo preliminares de perda do objeto, ilegitimidade ativa da ADECC e não cabimento de ação civil pública. No mérito, pugnou o desprovimento do agravo de instrumento.

Intimadas, as demais agravadas (Oceanair Linhas Aéreas S/A – Avianca, AVB Holding S/A, SPSYN Participações LTDA, Synergy Group Corporation) não apresentaram contraminuta (f. 620).

A agravante Associação Estadual de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECC manifestou-se à f. 640-649, pugnando o desentranhamento dos documentos juntados em língua estrangeira, desacompanhados de tradução juramentada. Pugnou, ainda, a rejeição das preliminares arguidas na contraminuta apresentada pela agravada Avianca Holdings S/A.

Em parecer (f. 691-705), o representante da Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da preliminar de ilegitimidade ativa, sob pena de supressão de instância; rejeição da preliminar de perda do objeto, arguida pela agravada Avianca Holdings S/A. Por fim, manifestou-se pelo acolhimento do pedido de desentranhamento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Pois bem.

Por ordem de prejudicialidade, início pela análise das preliminares arguidas na contraminuta apresentada por Avianca Holdings S/A.

Da ilegitimidade ativa da ADECC e do não cabimento de ACP.

A agravada Avianca Holdings S/A sustenta que a agravante é parte ilegítima para responder ajuizar a demanda, em razão da ausência de representação de seus associados e por ausência dos requisitos que

autorizam a substituição processual, bem como alega o não cabimento da ação civil pública para tutelar direitos pleiteados pela ADECC.

Entretanto, não é possível, nesta sede recursal, conhecer de tais alegações, porque referidas matérias não foram objeto da decisão agravada.

Assim, o seu conhecimento implicará em supressão de instância, o que é vedado no ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO CONHECIDA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – MÉRITO – FORNECIMENTO DE ITENS E MEDICAMENTOS – NECESSIDADE COMPROVADA POR MÉDICO ESPECIALISTA – PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA – ARTIGO 300 DO CPC – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO 1- Não deve ser conhecido o recurso quanto à preliminar de ilegitimidade passiva. Ao Tribunal não é dado conhecer de questões, em sede de agravo de instrumento, sem que antes tenha havido pleito em primeiro grau e, conseqüentemente, pronunciamento pelo juízo singelo, sob pena de supressão de instância com julgamento per saltum, ato vedado pelo nosso sistema processual. 2- A saúde é direito consagrado no art. 196 da Constituição da República, o qual decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e está entre as obrigações mínimas a serem prestadas pelo Estado. 3- Preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC/2015, imprescindível a concessão da tutela de urgência almejada.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 2000433-96.2019.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 28/08/2019, p: 29/08/2019)

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – MÉRITO – FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS – POSSIBILIDADE – DIREITO À SAÚDE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Se a alegação de ilegitimidade passiva não foi objeto da decisão agravada, não é possível a sua análise nesta sede recursal, sob pena de supressão de instância. A saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados Membros e Municípios), o qual deverá garantir aos indivíduos a efetiva prestação de serviços mínimos para uma vida digna, não podendo valer-se da cláusula da reserva do possível para se abster de dar o efetivo cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Embora não sejam medicamentos, as fraldas descartáveis são itens de higiene que se destinam à manutenção da saúde do autor; de modo que, demonstrada a impossibilidade deste de arcar com seus custos, é possível que seja determinado o seu fornecimento pelos entes públicos.” (TJMS. Agravo de Instrumento nº 2000398-39.2019.8.12.0000, Camapuã, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/07/2019, p: 29/07/2019)

Do desentranhamento de documentos em língua estrangeira.

Nos termos do art. 192, do CPC, o documento redigido em língua estrangeira deve ser acompanhado de versão traduzida para a língua portuguesa.

Confira-se:

“Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.

Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado.” (g.n.)

Desse modo, os documentos apresentados à f. 467-468, 469-496 e 528-584, redigidos em língua estrangeira, devem ser desentranhados dos presentes autos.

Da perda do objeto.

Argui a recorrida Avianca Holdings S/A a perda do objeto pelo fato de que a pretensão da autora-agravante consistente em determinação de ordens práticas (informação dos voos cancelados aos consumidores, informação das providências adotadas, fornecimento de lista dos voos cancelados, realocação dos passageiros, dentre outras medidas), já foi realizada.

Na hipótese, constata-se que, de fato, em maio de 2019, a ANAC suspendeu as operações da Avianca Brasil “até que a empresa comprove capacidade operacional para manter as operações com segurança”. Além disso, a própria ANAC informou que oficiou a empresa para “adequar seu sistema de vendas de passagem, prestar informações aos passageiros e cumprir a Resolução nº 400/2016”, objetivando que “o passageiro deve ter os seus direitos respeitados.”

Confira-se informação emitida pela Assessoria de Comunicação da ANAC (f. 523-524):

“ANAC suspende operações da Avianca Brasil

Decisão busca garantir a segurança dos passageiros

Publicado: 24/05/2019 12h55, última modificação: 24/05/2019 18h27

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) suspendeu cautelarmente todas as operações da Avianca Brasil. Com a medida, estão suspensos todos os voos até que a empresa comprove capacidade operacional para manter as operações com segurança. A decisão foi tomada com base em informações prestadas pela empresa à área responsável por segurança operacional da Agência e considerou todo o histórico que vinha sendo acompanhado desde o início do processo de recuperação judicial.

A Avianca informou à ANAC que também decidiu suspender suas operações. Além disso, a empresa foi oficiada para adequar seu sistema de vendas de passagem, prestar informações aos passageiros e cumprir a Resolução nº 400/2016.

Aos passageiros com voos para os próximos dias, a ANAC recomenda que entrem em contato com a empresa e não se desloquem para o aeroporto até que novas informações sejam divulgadas. A Avianca segue obrigada a cumprir integralmente a Resolução nº 400/2016 da ANAC, com a oferta de opções como reembolso e acomodação.

Em caso de cancelamento ou de alteração do voo causado pela Avianca, o passageiro deve ter os seus direitos respeitados, que estão disponíveis para consulta no portal da ANAC na internet (<https://www.anac.gov.br/assuntos/passageiros>) ou da página Passageiro Digital (<https://www.anac.gov.br/passageirodigital>), especialmente desenvolvida para dispositivos móveis.

Caso o passageiro se sinta prejudicado ou tenha seus direitos desrespeitados, deve procurar a empresa aérea contratada para reivindicar seus direitos como consumidor. Se as tentativas de solução do problema pela empresa não apresentarem resultado, o usuário poderá registrar sua reclamação por meio da plataforma www.consumidor.gov.br. Por esta ferramenta, o consumidor pode se comunicar diretamente com as empresas, que têm a obrigação de receber, analisar e responder as reclamações em até 10 dias.

Não tendo a sua reclamação resolvida pela empresa aérea na plataforma [consumidor.gov.br](http://www.consumidor.gov.br), o passageiro poderá recorrer aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDIC), que inclui os canais presenciais de atendimento do Procon e o Juizado Especial Civil, a fim de buscar uma solução para o seu problema individual e requerer a reparação de danos porventura causados pelo transportador. A ANAC monitora, em âmbito coletivo, o atendimento prestado pelas empresas aéreas aos passageiros por meio dessa plataforma, colhendo subsídios para as ações de fiscalização e de regulação do setor. A plataforma também é monitorada por órgãos do SNDIC, entre outros.

Assessoria de Comunicação da ANAC

À f. 527, consta notícia datada de 03.06.2019, de que “cerca de 40 mil passageiros foram transferidos para voos de outras companhias. A maioria entre abril e maio.”

À f. 590-619, consta a relação de cancelamento de voos do período de 24.05.2019 a 27.05.2019 e as seguintes orientações aos passageiros:

“Orientações aos passageiros:

- Caso seu voo não esteja na lista, fique tranquilo. Nenhuma ação é necessária e seu voo será mantido conforme o programado. Para evitar transtornos, solicitamos que chegue ao aeroporto de partida com 4 horas de antecedência, para que o embarque seja organizado com a maior tranquilidade possível.

- Caso seu voo esteja na lista e você tenha comprado sua passagem pelo site, aplicativo, call center ou lojas da Avianca Brasil, você pode solicitar seu reembolso em: www.avianca.com.br/reembolso.

(<https://www.avianca.com.br/reembolso>) No formulário, selecione o motivo ‘Cancelamento de voo gerado pela Avianca’.

- Caso seu voo esteja na lista e você tenha comprado sua passagem por meio de uma agência ou site de viagem, você deverá entrar em contato diretamente com essas empresas; A Avianca Brasil reforça que está tomando todas as medidas necessárias para manter a normalidade de suas operações.

Além dessas informações, foram apresentadas outras, das quais destaco a seguinte (f. 618):

‘Ainda não fui procurado por vocês. Quando vocês irão entrar em contato?’

Fique tranquilo, pois entraremos em contato com todos os passageiros impactados.

Os passageiros serão contatados em ordem cronológica. Ou seja, aqueles que tiverem voos marcados para datas mais próximas serão contatados antes. Temos um time dedicado trabalhando incansavelmente para garantir sua viagem e minimizar ao máximo o impacto em sua programação.’”

A agravada também apresentou o boletim de monitoramento do consumidor.gov.br – Transporte Aéreo (f. 924-943), relativo ao 2º trimestre de 2019, esclarecendo fatos relevantes (f. 926):

“Indicadores

Fatos relevantes

A empresa aérea brasileira Avianca Oceanair entrou em recuperação judicial em dezembro de 2018. Como consequência de sua situação financeira, especialmente a partir de abril de 2019, houve a diminuição da frota de aeronaves disponíveis para operação e a readequação da malha aérea da empresa. Conforme as aeronaves foram gradualmente retiradas de operação, voos e passageiros foram progressivamente impactados.

Posteriormente, em maio de 2019, a ANAC suspendeu cautelarmente as operações da Avianca Oceanair, até que a empresa comprovasse capacidade para garantir a segurança dos seus voos. Quase um mês depois, em junho de 2019, a Agência suspendeu cautelarmente a própria concessão para exploração de serviço de transporte aéreo público regular de passageiro e carga outorgada à empresa aérea.

Todo esse quadro desencadeou um aumento expressivo no número de reclamações registradas na plataforma Consumidor.gov.br. Precisamente, de abril a junho de 2019, foram registradas 6.592 reclamações contra a Avianca Oceanair, até o seu desligamento da plataforma, em 19 de junho de 2019. Isso representa 42,84% de todos os registros contra empresas aéreas no período. Além disso, dada a similaridade de denominações, vários consumidores registraram reclamações contra a empresa aérea estrangeira Avianca Aerovias em problemas na verdade relacionados à Avianca brasileira.

Portanto, na análise dos dados apresentados neste boletim, deve-se levar em consideração a situação pela qual passou a empresa aérea brasileira Avianca Oceanair durante o segundo trimestre de 2019. Devem ser considerados especialmente os impactos nos índices conjuntos de empresas brasileira, estrangeira e no resultado geral do setor: reclamações por grupo de 100 mil passageiros pagos transportados; índice de solução; índice de satisfação; tempo médio de resposta; reclamações não respondidas no prazo; temas e subtemas mais reclamados.”

Em que pese a informação de que a partir de abril/2019 houve a readequação da malha aérea da empresa em recuperação judicial, vê-se que a partir de junho/2019, suas atividades foram encerradas, ante a suspensão cautelar da concessão de serviço de transporte aéreo público pela ANAC.

Além disso, consta que a Avianca é a líder nas “reclamações não respondidas no prazo”, considerando o teor do art. 39¹ da Resolução da ANAC nº 400/2016 (f. 936).

Analizados tais documentos, *a priori*, não é possível considerar que a agravada cumpriu todas as medidas de ordem pleiteadas em sede de tutela de urgência, as quais estão amparadas na Resolução nº 400/2016 da ANAC.

O fato de ter transcorrido mais de seis meses da interposição do presente recurso, não significa que se esvaíu a pretensão da autora-agravante. Até porque, informa a agravada (f. 920) que tinha voos previstos até o final de 2019, mas não esclarece, tampouco comprova que todas essas passagens vendidas foram reembolsadas aos respectivos consumidores.

Logo, afasto a preliminar de perda do objeto.

Do mérito.

Como visto, na decisão de f. 348-355, indeferi o pedido de antecipação dos efeitos da tutela nos seguintes termos:

“(…)

*Dos dispositivos citados extrai-se que a **antecipação de tutela a pretensão recursal**, depende da verificação dos requisitos probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

*Na hipótese, prima facie, **ausente a probabilidade de provimento do recurso**.*

Com efeito, verifica-se que as empresas Oceanair Linhas Aéreas S/A e AVB Holding S/A estão em recuperação judicial e, no período de suspensão de 180 (cento e oitenta) dias (atualmente em vigor), as ações judiciais e de execução ficam suspensas, a teor do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, tal como decidido pelo magistrado a quo.

Confira-se:

‘Art. 6º.

1 Art. 39. O transportador deverá responder, no prazo de 10 (dez) dias, as manifestações de usuários encaminhadas pelo sistema eletrônico de atendimento adotado pela ANAC.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.'

Assim, inviável o pedido de indisponibilidade de bens.

Além disso, necessário destacar que é possível que os consumidores, caso queiram, pugnem suas habilitações de créditos junto ao juízo de recuperação judicial.

No mais, verifica-se que as demais empresas agravadas (Avianca Holdings S/A, SPSYN Participações LTDA, Synergy Group Corporation e Aerovias Del Continente Americano S.A. Avianca) não estão em recuperação judicial, tampouco há demonstração ou decisão judicial no sentido de que são solidariamente responsáveis pelos atos praticados pelas empresas Oceanair Linhas Aéreas S/A e AVB Holding S/A, estas sim, em recuperação.

Por fim, o deferimento do pleito, tal como formulado, agravaria ainda mais o atual estado financeiro das agravadas que, como é notório, passa por dificuldades de grande monta.

Em razão disso, mantenho o entendimento do magistrado a quo quanto ao indeferimento do pedido de tutela de urgência." (g.n.)

Considerando-se que não houve qualquer fato novo a alterar a convicção deste julgador, quanto ao direito da recorrente, mantenho o entendimento sustentado às f. 348-355, por considerar que não estão preenchidos os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência pleiteada.

Nesse sentido, eis a manifestação do representante da Procuradoria Geral de Justiça:

"Diante do processamento da recuperação judicial e, não obstante esteja esgotado o prazo previsto no art. 6º, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que 'o destino do patrimônio da sociedade empresária não pode ser afetado por decisões prolatadas por juízo diverso do que é competente para a recuperação, sob pena de prejudicar seu funcionamento, em violação ao princípio da continuidade da empresa.'" (AgRg no CC nº 125.893/DF, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 15/3/2013).

"(...)

Assim, compete ao juízo da recuperação judicial resolver questões referentes ao patrimônio da empresa, inclusive medidas de constrição do patrimônio, sendo vedada aos demais juízos a prática de qualquer ato que comprometa o patrimônio da empresa em recuperação³.

Nessa senda, considerando que o deferimento dos pedidos consistentes na realocação, reembolso e disponibilização de transporte alternativo aos passageiros que tiveram seus voos cancelados agravariam o estado financeiro da empresa recuperanda, revelando-se de difícil conciliação com o escopo maior de implementação do plano de recuperação da empresa, não merecem acolhimento.

Ademais, observa-se que a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) está fiscalizando o cumprimento das obrigações estabelecidas pela Resolução nº 400/20164, sendo certo que caso o consumidor não tenha os seus direitos respeitados, poderá requerer sua habilitação de créditos junto ao juízo da recuperação judicial, inexistindo, por conseguinte, o risco ou perigo de dano ao resultado útil do processo.

(...)

Com efeito, no direito do consumidor, a solidariedade passiva entre os fornecedores

é a regra geral estabelecida no art. 7º, parágrafo único do CDC: ‘Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo’.

Já o art. 28, § 2º do CDC5, que trata do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na referida legislação, dispõe que a responsabilidade das empresas pertencentes de um grupo econômico será subsidiária.

Ocorre que a caracterização de um grupo econômico e eventual responsabilidade solidária e subsidiária das empresas que não se encontram em recuperação judicial, relativamente aos contratos de transporte com a Oceanair Linhas Aéreas S/A – Avianca, demanda instrução probatória, conforme bem fundamentou o juízo a quo:

(...).”

Logo, não comporta reforma a sentença recorrida.

Dispositivo

Diante do exposto, com o parecer, conheço em parte do recurso, afasto as preliminares arguidas e, na parte conhecida, nego provimento ao agravo de instrumento interposto por Associação Estadual de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECC.

Determino, por fim, o desentranhamento dos documentos de f. 467-468, 469-496 e 528-584.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, conheceram em parte do recurso, rejeitaram as preliminares e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0811871-51.2018.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA QUE TEM POR OBJETO CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA DECORRENTE DO PLANO DE ASFALTAMENTO COMUNITÁRIO DE DOURADOS – NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DO TRIBUTO POR MEIO DE LEI ESPECÍFICA – NÃO OCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

De acordo com o princípio da reserva legal, a instituição e cobrança de tributos deve ser feita por meio de lei específica.

No que se refere à contribuição de melhoria, para a sua instituição é necessária a edição de lei específica prevendo, dentre outros: o memorial descritivo do projeto; orçamento do custo da obra; determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição; delimitação da zona beneficiada; determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas (art. 82, do CTN).

Não tendo a contribuição de melhoria sido instituída por meio de lei específica, conclui-se pela ilegalidade da cobrança e, por conseguinte, da CDA que instruiu a ação de execução fiscal.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Município de Dourados interpôs apelação cível em face da sentença (f. 204-213) proferida em 19.07.2019 por Emerson Ricardo Fernandes, Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que acolheu os embargos à execução fiscal opostos por José Vanderlei dos Santos e declarou a nulidade da CDA nº 14336/2017.

Em razões recursais (f. 218-226), afirma que observou os requisitos constitucionais e legais para a cobrança da contribuição de melhoria, pois o tributo foi instituído por lei, restando ao Decreto Municipal a estipulação de seus requisitos.

Ressalta que foram publicados editais especificando a obra e contendo o memorial descritivo do projeto, o orçamento do custo da obra, a delimitação da zona beneficiada e a determinação da parcela a ser financiada pela contribuição.

Expõe que o valor do tributo é proporcional ao custo da obra.

Requer:

“ (...) o recebimento da presente apelação para, no mérito, ser julgada provida para fins de reformar a sentença anteriormente proferida, considerando constitucional, legal e regular a instituição e cobrança da contribuição de melhoria e consequente execução fiscal, determinando seu normal prosseguimento.”

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 229-234), pugnando pelo desprovisionamento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC².

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Município de Dourados, objetivando a reforma da sentença proferida em 19.07.2019 pelo Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que acolheu os embargos à execução fiscal opostos por José Vanderlei dos Santos e declarou a nulidade da CDA nº 14336/2017.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 204-213:

“Diante do exposto, resolvo o mérito da lide nos termos do art. 487, I, do CPC, e julgo procedente o pedido formulado por José Vanderlei dos Santos nestes autos de Embargos à Execução Fiscal opostos contra o Município de Dourados, reconhecendo a ilegalidade na instituição de Contribuição de Melhoria pelo embargado sem a edição de Lei específica para tanto. Via de consequência, declaro nula a CDA de nº 14336/2017 expedida pelo Município de Dourados e que embasa a Execução Fiscal em apenso, de nº 0804138-34.2018.8.12.0002.

Transitada em julgado, determino o traslado de cópia desta sentença para os autos em comento.

Condeno o embargado ao pagamento honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) do valor dado à causa, atualizados pelo índice IPCA-E, desde a data da propositura da ação, e juros moratórios mensais com base no índice oficial da remuneração da caderneta de poupança (art. 1º-F, da Lei 9.494/97), incidentes a partir da data do trânsito em julgado, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar o embargado ao pagamento das custas processuais por ser pessoa jurídica de direito público (artigo 24, da Lei Estadual nº 3.779/2009).

Por fim, o benefício da justiça gratuita deve ser mantida ao embargante, já que o Município de Dourados não se desincumbiu do ônus de provar que o referido não faz jus ao benefício.

Desnecessário o reexame necessário, pois presente a exceção prevista no artigo 496, § 3º, III, do CPC.

P.R.I. Oportunamente, archive-se os autos.”

Em razões recursais (f. 218-226), afirma que observou os requisitos constitucionais e legais para a cobrança da contribuição de melhoria, pois o tributo foi instituído por lei, restando ao Decreto Municipal a estipulação de seus requisitos.

² Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

Ressalta que foram publicados editais especificando a obra e contendo o memorial descritivo do projeto, o orçamento do custo da obra, a delimitação da zona beneficiada e a determinação da parcela a ser financiada pela contribuição.

Expõe que o valor do tributo é proporcional ao custo da obra.

Requer:

“ (...) o recebimento da presente apelação para, no mérito, ser julgada provida para fins de reformar a sentença anteriormente proferida, considerando constitucional, legal e regular a instituição e cobrança da contribuição de melhoria e consequente execução fiscal, determinando seu normal prosseguimento.”

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 229-234), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC³.

Breve relato da demanda

O Município de Dourados ajuizou ação de execução fiscal em face de José Vanderlei dos Santos, visando o recebimento do crédito representado pela CDA nº 14336/2017 (f. 3), referente a contribuição de melhoria no valor de R\$ 4.536,00 (quatro mil quinhentos e trinta e seis reais).

Informou que o valor atualizado do débito é R\$ 7.676,27 (sete mil seiscentos e setenta e seis reais e vinte e sete centavos).

A Ação foi autuada sob o nº 0804138-34.2018.8.12.0002.

Em 10.12.2018, houve a penhora do imóvel objeto da Matrícula nº 27.324, da Comarca de Dourados, que foi avaliado em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) (f. 31 – 0804138-34.2018.8.12.0002).

O executado opôs embargos à execução fiscal, ao argumento de que foi surpreendido com a cobrança.

Sustentou a ilegalidade da cobrança da contribuição de melhoria, pois não observou os requisitos para a cobrança do tributo.

Alegou que, a pretexto de execução de asfalto comunitário, o Poder Público visa compelir alguns proprietários ao pagamento de contribuição de melhoria *“enquanto, inexplicavelmente um bairro que foi totalmente beneficiado está fora da abrangência da contribuição de melhoria, em visível parcialidade no trato da coisa pública.”*

Argumentou que a cobrança do tributo é feita com base no valor da valorização do imóvel, e não com o valor da obra.

Expôs que não anuiu com a obra de pavimentação asfáltica.

Pleiteou:

“(…)

d) o julgamento procedente do presente pedido, para declarar extinta a execução, face nada dever ao embargado, conforme narrado e

e) a condenação desta, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, estes, em favor da Defensoria Pública deste Estado, a serem depositados nos

3 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

termos do artigo 7º, da Lei Complementar Estadual 111/2005, em favor do Fundo Especial para Aperfeiçoamento das Atividades da Defensoria Pública, em caso de recurso.”

Em impugnação (f. 109-122), o Município de Dourados sustentou a legalidade da cobrança, ao argumento de que *“houve a publicação de editais com todas as especificações necessárias da obra, tais como memorial descritivo do projeto, orçamento do custo da obra, delimitação da zona beneficiada e determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição.”*

Afirma que para a execução do projeto de financiamento comunitário, era necessária a adesão de pelo menos 70% (setenta por cento) dos moradores das ruas onde seria executada a obra, sendo que a parte cabível aos não aderentes foi custeada pelo ente público, sendo cobrada, posteriormente, por meio da contribuição de melhoria.

Pugnou pela revogação da justiça gratuita e pelo julgamento de improcedência dos pedidos.

O embargante apresentou réplica à f. 194-198.

Por fim, sobreveio a sentença objeto do recurso.

Mérito

Em matéria tributária, vige o princípio da reserva legal, previsto tanto no inciso I, do art. 5º, quanto, agora de forma específica, no inciso II, do art. 150, da Constituição Federal.

Veja-se:

“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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Ricardo Alexandre⁴ esclarece que:

“A palavra ‘exigir’, constante do transcrito art. 150, I, da CF, possui o sentido de cobrar o tributo. Como a cobrança depende, por óbvio, da prévia instituição da exação, o dispositivo acaba por impor que o tributo só pode ser criado por lei, seja ordinária, casos em que pode haver a utilização de Medida Provisória, ou complementar (somente no caso de Empréstimos Compulsórios, do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF, e dos Impostos ou Contribuições Residuais – conforme os arts. 148; 153, VII; 154, I e 195, § 4º, todos da CF).”

A contribuição de melhoria é tributo previsto na Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

4 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 82-83.

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”

A respeito do tributo, discorre Alexandre:

“(...) tais contribuições são tributos vinculados, uma vez que sua cobrança depende de uma específica atuação estatal, qual seja a realização de uma obra pública que tenha como consequência um incremento do valor de imóveis pertencentes aos potenciais contribuintes. (...)

O fato gerador da contribuição de melhoria não é a realização da obra, mas sim sua consequência, a valorização imobiliária.”

O Código Tributário Nacional estabelece os requisitos para a instituição da contribuição de melhoria:

“Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

I - publicação prévia dos seguintes elementos:

a) memorial descritivo do projeto;

b) orçamento do custo da obra;

c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;

d) delimitação da zona beneficiada;

e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

II - fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;

III - regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.” (g.n.)

Como se vê, para a cobrança da contribuição de melhoria, é necessária a edição de lei específica prevendo: o memorial descritivo do projeto; orçamento do custo da obra; determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição; delimitação da zona beneficiada; determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas.

Na hipótese, o tributo cobrado decorre, segundo o Município de Dourados, do Plano de Asfaltamento Comunitário, que foi instituído pela Lei Municipal nº 3.470/2011 que, de fato, menciona a cobrança de contribuição de melhoria.

Confira-se:

“Art. 1º Fica instituído no âmbito do Município de Dourados o Plano de Asfaltamento Comunitário, destinado a execução de pavimentação asfáltica, guias e sarjetas e galerias de águas pluviais, observadas as disposições seguintes.

Parágrafo único. Para fins desta lei define-se como Plano de Asfaltamento Comunitário o sistema de obra custeada pelo Poder Público e pelo proprietário ou possuidor a qualquer título do imóvel beneficiado pela melhoria.

Art. 7º Antes do início da execução da obra e a contratação da empresa executora, os interessados proprietários ou possuidores a qualquer título dos imóveis alcançados pela benfeitoria serão convocados por edital para tomares conhecimento e examinarem o memorial descritivo, o projeto, o orçamento definitivo e detalhamento do custo da obra, o prazo de execução dos serviços, o plano de rateio entre os aderentes, os valores correspondentes a cada um deles e as formas previstas para pagamento.

§ 1º Após a publicação do edital e sua regular divulgação, os interessados serão contatados pessoalmente pela empresa executora para aderirem ao Plano de Asfaltamento Comunitário e firmarem os contratos de adesão com a própria empresa.

§ 2º Fica facultado aos interessados, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, a apresentação de impugnação de qualquer dos elementos do edital, cabendo-lhe o ônus da prova, sendo que a impugnação não suspenderá o início ou prosseguimento da execução da obra.

Art. 8º (...)

§ 2º Município de Dourados efetuará o lançamento de tributo na modalidade de contribuição de melhoria aos proprietários ou possuidores beneficiados não aderentes, na forma e condições estabelecidas em decreto.

Art. 10. O valor atribuído a cada proprietário de imóvel beneficiado, que aderir ao Plano de Asfaltamento Comunitário, será pago diretamente à empresa executora.

§ 1º A empresa autorizada e os aderentes terão plena liberdade no ajuste da forma de pagamento das dívidas, sendo absolutamente vedado à empresa cobrar o valor devido antes do início da obra.

§ 2º O Município não se responsabilizará pelas dívidas dos inadimplentes, nem pelos prejuízos que venham eventualmente a ser causados em decorrência da execução dos contratos particulares celebrados entre as empresas autorizadas e os respectivos interessados.” (g.n.)

Entretanto, embora a Lei Municipal nº 3.470/2011 mencione a cobrança do tributo, não obedeceu aos requisitos do Código Tributário Nacional, no que se refere à descrição da obra.

Ainda que o Decreto Municipal nº 346/2011 substituisse a necessária lei específica para a instituição da contribuição de melhoria, o ato normativo não previu o memorial descritivo do projeto, o orçamento do custo da obra, a determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição, a delimitação da zona beneficiada e tampouco a determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas nela contidas.

Tais elementos foram divulgados por meio do Edital nº 004/2013/SEPLAN (f. 142), que não é o meio adequado para a instituição da contribuição de melhoria.

Assim, havendo violação ao princípio da reserva legal, não há falar na reforma da sentença que reconheceu a nulidade da certidão de dívida ativa.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Dourados, mas nego-lhe provimento.

Majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, com fulcro no § 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. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação Cível nº 0829845-07.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO ANTERIOR À LEI Nº 13.786/2018 – NÃO INCIDÊNCIA – IPTU, TAXAS E TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O IMÓVEL – ÔNUS DO COMPRADOR – TAXA DE FRUIÇÃO – TERRENO NÃO EDIFICADO – DESCABIMENTO – COMISSÃO DE CORRETAGEM – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A Lei nº 13.786/2018 não incide à hipótese dos autos se o contrato de compra e venda objeto da demanda é anterior à sua vigência.

É devido, pelo consumidor, o IPTU, as taxas e tributos incidentes sobre o imóvel em relação ao período de vigência do contrato, por se tratarem de obrigação *propter rem*.

Embora a taxa de fruição seja legítima, não é possível a sua cobrança quando se trata de imóvel não edificado, por não ter o consumidor auferido proveito econômico em razão de sua posse.

Conforme entendimento sedimentado em recurso repetitivo, é válida a cobrança da comissão de corretagem, desde que o consumidor seja previamente informado do preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Conforme tese fixada em recurso repetitivo, “*Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão*” (REsp nº 1.740.911/DF). Entretanto, considerando que a rescisão do contrato ocorreu anteriormente ao ajuizamento da demanda, o termo inicial dos juros de mora deve ser a data da rescisão ocorrida administrativamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de março de 2020

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Hedge BPF Urbanização Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 136-146) proferida em 27.11.2019 por Marcel Henry Batista de Arruda, Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo

Grande que, na ação de restituição de valores proposta por Regiane Maria Scuire em face da recorrente, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 164-182), afirma que é necessária a retenção dos valores pagos a título de IPTU, taxas e tributos do período em que a requerente ficou na posse do imóvel, conforme cláusula sexta do contrato de compra e venda.

Expõe que faz jus à taxa de fruição também pelo período em que a requerente ficou na posse do imóvel.

Sustenta que faz jus à restituição do valor despendido a título de comissão de corretagem.

Alega que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o valor a ser restituído à requerente é a data do trânsito em julgado da sentença que decretou a rescisão do contrato.

Ressalta a necessidade de observância da Lei nº 13.786/2018.

Requer:

“Seja conhecido e provido o presente apelo, para o fim de reformar parcialmente a r. sentença a quo para:

a) Imediata aplicação da regra do artigo 32-A da Lei 13.786/18, regulando a rescisão nas regras ali previstas.

b) Determinar a retenção da taxa de fruição, a partir da data do recebimento do imóvel (assinatura do contrato), até a data de sua efetiva entrega a requerida (reintegração do posse); Caso não, que seja aplicada a fruição a partir da data da primeira parcela em débito com a empresa, ou seja, abril de 2018, conforme extratos de pagamentos apresentados;

c) A devolução das parcelas nos termos da Lei 13.786/18 artigo 32-A, parágrafo 1º, II.

d) Admitir a retenção de IPTU do período em que a apelada permaneceu no imóvel, sendo os anos de 2017 e 2018, visto que permaneceram em aberto.

e) Admitir a retenção pela apelante dos valores destinados ao pagamento da comissão do corretor imobiliário (5% do valor do contrato), conforme entendimento do STJ;

f) requer a fixação dos juros somente a partir do trânsito em julgado da sentença, conforme entendimento do STJ.”

A apelada apresentou contrarrazões à f. 187-195.

Não suscitou preliminares e, no mérito, pugnou pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que não é possível a cobrança, pela empresa, de comissão de corretagem e do IPTU, porque as parcelas devem ser pagas pela vendedora, em razão da teoria do risco empresarial.

Afirma que, não tendo feito edificação no imóvel, não é possível a cobrança da taxa de fruição.

Ressalta que o contrato é anterior à Lei nº 13.786/2018, de modo que não há falar na sua incidência.

Requer:

“1) Seja improvido o recurso de apelação interposto pela apelante às f. 164-182;

2) A majoração dos honorários fixados anteriormente (f. 145), com fulcro no artigo 85, § 11 do CPC/15, em favor da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul e depositados, nos termos do artigo 7º da Lei Complementar Estadual nº 111/2005, em favor do fundo especial para o aperfeiçoamento e desenvolvimento das atividades da Defensoria Pública FUNADEP, CNPJ nº 05.505.050/0001-44, Banco do Brasil 001, agência 2576-3, conta corrente nº 116.778-2.

3) *A intimação pessoal, com vista dos autos, a um(a) dos(as) dignos(as) Defensores(as) Públicos(as) de Segunda Instância, para acompanhar o feito e nele se manifestar em defesa dos interesses dos apelados.*”

Não houve oposição ao julgamento virtual.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Hedge BPF Urbanização Ltda, objetivando a reforma da sentença (f. 136-146) proferida em 27.11.2019 pelo juiz de direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de restituição de valores proposta por Regiane Maria Scuire em face da recorrente, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 136-146, mantida em embargos de declaração:

“Isto posto, julgo procedentes em parte os pedidos iniciais, e, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015, resolvo o mérito da lide, para:

a) declarar a abusividade dos parágrafos sexto ao décimo segundo da cláusula terceira; dos parágrafos sexto, em parte, e sétimo da cláusula oitava e a cláusula décima sétima;

b) condenar a requerida a restituir os valores pagos pela requerente na vigência do contrato, de uma só vez – eis que a cláusula que estabelece a devolução na forma parcelada é flagrantemente abusiva –, inclusive as arras, descontados, apenas, como cláusula penal compensatória, 10% (dez por cento) do total recebido.

No caso houve sucumbência recíproca, mas a autora decaiu em menor proporção.

Assim, condeno ambos os litigantes ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, diante da pouca duração e baixa complexidade da causa. A autora arcará com 10% da verba sucumbencial e a requerida com os 90% restantes.

No entanto, fica suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial da requerente, por ser beneficiária da justiça gratuita (f. 27-28).

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Isto posto, rejeito os embargos de declaração ora interpostos, por não verificar a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.022, do Novo Código de Processo Civil.

Não apurada nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material, resulta evidente o abuso do direito de recorrer e a intenção meramente protelatória dos embargos de declaração, razão pela qual, na forma do art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, condeno o recorrente a pagar ao recorrido multa no percentual de 2% do valor atualizado da causa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se com as cautelas de lei.”

Em razões recursais (f. 164-182), afirma que é necessária a retenção dos valores pagos a título de IPTU, taxas e tributos do período em que a requerente ficou na posse do imóvel, conforme cláusula sexta do contrato de compra e venda.

Expõe que faz jus à taxa de fruição também pelo período em que a requerente ficou na posse do imóvel.

Sustenta que faz jus à restituição do valor despendido a título de comissão de corretagem.

Alega que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o valor a ser restituído à requerente é a data do trânsito em julgado da sentença que decretou a rescisão do contrato.

Ressalta a necessidade de observância da Lei nº 13.786/2018.

Requer:

“Seja conhecido e provido o presente apelo, para o fim de reformar parcialmente a r. sentença a quo para:

a) Imediata aplicação da regra do artigo 32-A da Lei 13.786/18, regulando a rescisão nas regras ali previstas.

b) Determinar a retenção da taxa de fruição, a partir da data do recebimento do imóvel (assinatura do contrato), até a data de sua efetiva entrega a requerida (reintegração da posse); Caso não, que seja aplicada a fruição a partir da data da primeira parcela em débito com a empresa, ou seja, abril de 2018, conforme extratos de pagamentos apresentados;

c) A devolução das parcelas nos termos da Lei 13.786/18 artigo 32-A, parágrafo 1º, II.

d) Admitir a retenção de IPTU do período em que a Apelada permaneceu no imóvel, sendo os anos de 2017 e 2018, visto que permaneceram em aberto.

e) Admitir a retenção pela apelante dos valores destinados ao pagamento da comissão do corretor imobiliário (5% do valor do contrato), conforme entendimento do STJ;

f) requer a fixação dos juros somente a partir do trânsito em julgado da sentença, conforme entendimento do STJ.”

A apelada apresentou contrarrazões à f. 187-195.

Não suscitou preliminares e, no mérito, pugnou pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que não é possível a cobrança, pela empresa, de comissão de corretagem e do IPTU, porque as parcelas devem ser pagas pela vendedora, em razão da teoria do risco empresarial.

Afirma que, não tendo feito edificação no imóvel, não é possível a cobrança da taxa de fruição.

Ressalta que o contrato é anterior à Lei nº 13.786/2018, de modo que não há falar na sua incidência.

Requer:

“1) Seja improvido o recurso de apelação interposto pela apelante às f. 164-182;

2) A majoração dos honorários fixados anteriormente (f.145), com fulcro no artigo 85, § 11 do CPC/15, em favor da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul e depositados, nos termos do artigo 7º da Lei Complementar Estadual nº 111/2005, em favor do fundo especial para o aperfeiçoamento e desenvolvimento das atividades da Defensoria Pública FUNADEP, CNPJ nº 05.505.050/0001-44, Banco do Brasil 001, agência 2576-3, conta corrente nº 116.778-2.

3) A intimação pessoal, com vista dos autos, a um(a) dos(as) dignos(as) Defensores(as) Públicos(as) de Segunda Instância, para acompanhar o feito e nele se manifestar em defesa dos interesses dos apelados.”

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Breve relato da demanda

Regiane Maria Scuirá ajuizou ação de restituição de valores em face de Hedge BPF Urbanização Ltda, ao argumento de que adquiriu da requerida o Lote Urbano nº 29, da quadra 14, do loteamento denominado Morada Imperial, pelo preço de R\$ 97.358,20 (noventa e sete mil trezentos e cinquenta e oito reais e vinte centavos), a ser pago em 209 parcelas de R\$ 459,80 (quatrocentos e cinquenta e nove reais e oitenta centavos).

Informou que pagou o valor de R\$ 22.683,06 (vinte e dois mil seiscentos e oitenta e três reais e seis centavos), mas, em razão de dificuldades financeiras, rescindiu o contrato junto à requerida.

Alegou que faz jus à restituição da integralidade do valor pago.

Sustentou a nulidade da cláusula que prevê a restituição de apenas 90% (noventa por cento) das parcelas pagas.

Pleiteou:

“(…)

c) o julgamento procedente do pedido para o fim de condenar a requerida a restituir o valor de R\$ 22.683,06 (vinte e dois mil, seiscentos e oitenta e três reais e seis centavos), acrescido de juros de mora à razão de 1% ao mês, bem como atualizado monetariamente pelo IGPM, desde o respectivo desembolso, declarando-se a nulidade da cláusula terceira, parágrafo sexto e oitavo, bem como da cláusula oitava, parágrafo sexto;

d) a condenação da requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública Estadual.”

Em contestação (f. 60-82), a requerida alegou que, do valor a ser restituído à requerente deve ser descontada a cláusula penal prevista no contrato, assim como a taxa de fruição, as arras, as tarifas pagas pela requerida para a expedição dos documentos necessários para a baixa da anotação da promessa de compra e venda, os tributos incidentes sobre o imóvel e a comissão de corretagem.

Requeru:

“(…) Seja julgada totalmente improcedente a presente ação, posto que, resta cristalinamente demonstrada a legalidade das cláusulas contidas no contrato firmado entre as partes, motivo pelo qual a presente ação deve ser julgada improcedente, condenando a autora ao pagamento de tudo aquilo que resta previsto no contrato, em especial, das cláusulas penais, arras, taxa de fruição, multa de rescisão, honorários advocatícios, IPTUs e demais despesas administrativas, incluindo aquelas referentes aos tributos recolhidos (todas previstas na cláusula oitava, parágrafo sexto) e comissão de corretor/taxa de corretagem.”

Impugnação à contestação à f. 113-126.

Por fim, sobreveio a sentença objeto do recurso.

Da não incidência da Lei nº 13.786/2018 à hipótese dos autos

A Constituição Federal determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (inciso XXXVI, do art. 5º, da CF).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por sua vez, estabelece que:

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

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

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

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

Na hipótese, não há falar em aplicação dos termos da Lei nº 13.786/2018, pois o contrato objeto da demanda foi firmado em 19.03.2015 (f. 83-97), enquanto a Lei nº 13.786/2018 entrou em vigor apenas em 28.12.2018.

Veja-se¹:

“Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de dezembro de 2019, 197º da Independência e 130º da República.

Michel Temer

Torquato Jardim

Eduardo Refinetti Guardia

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28.12.2018.”

Assim, a norma não poderá retroagir para disciplinar o contrato objeto da demanda.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – APLICAÇÃO DO CDC – NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 13.786/18 AOS CONTRATOS FIRMADOS EM DATA ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA – RESCISÃO CONTRATUAL – RETENÇÃO DO ARRAS – INDEVIDA – TAXA DE FRUIÇÃO – CABIMENTO – RETENÇÃO DOS VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE IPTU – POSSIBILIDADE, RESSALVADO O DIREITO DE REEMBOLSO À AUTORA POR QUANTIA EVENTUALMENTE PAGA – RESTITUIÇÃO PARCELA – INCABÍVEL – DEVOLUÇÃO DE FORMA IMEDIATA DOS VALORES DEVIDOS AO COMPRADOR – RESP nº 1.300.418 – TEMA 577 – JUROS DE MORA – RESP Nº 1.740.911 – REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – TEMA 1002 – INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO – SENTENÇA MODIFICADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de compra e venda de imóvel. A Lei nº 13.786/18 não incide nos contratos firmados em data anterior à sua vigência. Conforme entendimento jurisprudencial, o promitente-comprador, por motivo de dificuldade financeira, pode ajuizar ação de rescisão contratual e, objetivando, também reaver o reembolso dos valores vertidos. As arras confirmatórias, isto é, o sinal pago pela requerente a fim de assegurar o negócio jurídico, devem ser normalmente restituídas à promitente compradora no caso de distrato. Decretada a resolução do contrato de promessa de compra e venda de terreno por culpa inescusável dos promitente-compradores, legitimados estão os promitentes-vendedores a receber indenização por perdas e danos, inclusive pelos valores que poderiam ter obtido com a locação ou outra exploração econômica do bem, no período em que o imóvel esteve na posse dos promitentes-compradores. Admite-se a retenção dos valores devidos a título de IPTU, ressalvado o direito de reembolso à autora de quantia eventualmente paga, sob pena de impor-lhe duplo pagamento de tributos. Nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor;

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.Htm. Acesso em 09.03.2020.

ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (REsp nº 1.300.418). ‘Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão.’ (REsp nº 1.740.911).” (TJMS. Apelação Cível nº 0839360-03.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 29/01/2020, p: 02/02/2020)

Portanto, não há que se falar na incidência da novel legislação à hipótese dos autos.

Do IPTU, taxas e tributos

O Código Civil prevê que:

“Art. 1.345. O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.”

O IPTU se trata de tributo *propter rem*, que é devido em razão da posse exercida sobre o bem.

A questão já foi objeto de recurso repetitivo, em que se concluiu pela responsabilidade tributária do possuidor direto pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel. Veja-se:

“PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ARTIGO 543-C, DO CPC – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ITR – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR) – DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS – TAXA SELIC – APLICAÇÃO – LEI 9.065/95.

1. A incidência tributária do imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR (de competência da União), sob o ângulo do aspecto material da regra matriz, é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município (artigos 29, do CTN, e 1º, da Lei 9.393/96).

2. O proprietário do imóvel rural, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, à luz dos artigos 31, do CTN, e 4º, da Lei 9.393/96, são os contribuintes do ITR.

*3. O artigo 5º, da Lei 9.393/96, por seu turno, preceitua que: ‘Art. 5º É responsável pelo crédito tributário o sucessor, a qualquer título, nos termos dos arts. 128 a 133 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional).’ 4. Os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU) decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato impositivo encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações *propter rem*, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel.*

5. Consequentemente, a obrigação tributária, quanto ao IPTU e ao ITR, acompanha o imóvel em todas as suas mutações subjetivas, ainda que se refira a fatos impositivos anteriores à alteração da titularidade do imóvel, exegese que encontra reforço na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão prevista nos artigos 130 e 131, I, do CTN, verbis: ‘Art. 130. 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, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;

(Vide Decreto Lei nº 28, de 1966) (...)’ 6. O promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel, bem como seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis), consoante entendimento exarado pela Primeira Seção do STJ, quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.110.551/SP e 1.111.202/SP (submetidos ao rito do artigo 543-C, do CPC), são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10.06.2009, DJe 18.06.2009).

7. É que, nas hipóteses em que verificada a ‘contemporaneidade’ do exercício da posse direta e da propriedade (e não a efetiva sucessão do direito real de propriedade, tendo em vista a inexistência de registro do compromisso de compra e venda no cartório competente), o imposto sobre o patrimônio poderá ser exigido de qualquer um dos sujeitos passivos ‘coexistentes’, exegese aplicável à espécie, por força do princípio de hermenêutica ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.

8. In casu, a instância ordinária assentou que: (i) (...) os fatos geradores ocorreram entre 1994 e 1996. Entretanto, o embargante firmou compromisso de compra e venda em 1997, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores.

O embargante, ademais, apenas juntou aos autos compromisso de compra e venda, tal contrato não transfere a propriedade. Não foi comprovada a efetiva transferência de propriedade e, o que é mais importante, o registro da transferência no Cartório de Registro de Imóveis, o que garantiria a publicidade do contrato erga omnes.

Portanto, correta a cobrança realizada pela embargada. (sentença) (ii) ‘Com base em afirmada venda do imóvel em novembro/97, deseja a parte apelante afastar sua legitimidade passiva executória quanto ao crédito tributário descrito, atinente aos anos 1994 a 1996, sendo que não logrou demonstrar a parte recorrente levou a registro, no Cartório imobiliário pertinente, dito compromisso de venda e compra.

Como o consagra o art. 29, CTN, tem por hipótese o ITR o domínio imobiliário, que se adquire mediante registro junto à Serventia do local da coisa: como se extrai da instrução colhida junto ao feito, não demonstra a parte apelante tenha se dado a transmissão dominial, elementar a que provada restasse a perda da propriedade sobre o bem tributado.

Sendo ônus do originário embargante provar o quanto afirma, aliás já por meio da preambular, nos termos do § 2º do art. 16, LEF, bem assim em face da natureza de ação de conhecimento desconstitutiva da via dos embargos, não logrou afastar a parte apelante a presunção de certeza e de liquidez do título em causa.

Cobrando a União ITR relativo a anos-base nos quais proprietário do bem o ora recorrente, denota a parte recorrida deu preciso atendimento ao dogma da legalidade dos atos administrativos e ao da estrita legalidade tributária.’ (acórdão recorrido) 9. Conseqüentemente, não se vislumbra a carência da ação executiva ajuizada em face do promitente vendedor, para cobrança de débitos tributários atinentes ao ITR, máxime à luz da assertiva de que inexistente, nos autos, a comprovação da translação do domínio ao promitente comprador através do registro no cartório competente.

10. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005).

11. Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios.

13. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular.” (REsp 1073846/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Não fosse isto, o contrato prevê que o pagamento do IPTU, taxas e tributos são de responsabilidade do adquirente.

Veja-se (f. 86):

“Cláusula sexta – Dos tributos: A partir da assinatura do presente instrumento, o comprador terá responsabilidade pelo pagamento, no prazo estabelecido pelos órgãos competentes, de todos os tributos, tais como IPTU, ITBI, taxas de melhorias, demais encargos incidentes sobre o imóvel, mesmo que lançados em nome do vendedor.

Parágrafo Primeiro: No caso de despesas lançadas em nome do vendedor, e este pagá-las diretamente para a Prefeitura Municipal de Campo Grande-MS ou para qualquer órgão competente, se assim o vendedor preferir, o vendedor poderá cobrar do comprador o reembolso destas despesas, inclusive incluindo na cobrança as despesas administrativas de 10% (dez por cento) do valor cobrado. O reembolso dessas despesas deverá ser pago pelo comprador, em 72 (setenta e duas) horas da data em que o vendedor vier a satisfazê-las, e após notificação.

Parágrafo segundo: O vendedor, poderá opcionalmente cobrar do comprador o IPTU antecipadamente, para depois repassar para a Prefeitura Municipal de Campo Grande-MS, se for de conveniência administrativa e operacional do mesmo.

Parágrafo terceiro: No caso do pagamento pelo vendedor de impostos como o IPTU, onde a Prefeitura concede um desconto de pontualidade para o pagamento antecipado, o vendedor poderá cobrar do comprador, o valor sem o desconto, desde que seja para recebimento nos mesmos prazos e parcelamentos determinados pela Prefeitura para pagamento sem desconto, somados taxas administrativas de 5% (cinco por cento) do valor cobrado.

Parágrafo quarto. Caso o comprador efetue o pagamento do IPTU diretamente na Prefeitura Municipal de Campo Grande-MS, este deverá remeter ao vendedor, em até 24 (vinte e quatro) horas após o pagamento, os recibos e comprovantes deste pagamento, seja ele à vista ou parcelado, para que o vendedor possa dar baixa no sistema de cobrança.

Parágrafo quinto. Caso o comprador não envie o comprovante e/ou recibo de pagamento, o vendedor estará se sujeitando, por sua própria vontade, a manter o IPTU como aberto nos sistemas do vendedor, podendo ser cobrado, receber correspondências de cobrança, e até mesmo ser negativado nos órgãos de proteção ao crédito, uma vez o vendedor possuir sistema automatizado de troca de arquivos com bancas e sistemas de proteção ao crédito.

Parágrafo sexto: Na hipótese da ocorrência do previsto no parágrafo quinto desta cláusula, o comprador isenta desde já o vendedor, de qualquer responsabilidade, pois sem a adequada informação por parte do comprador, não é possível o sistema afetar o processamento apropriado.”

O parágrafo sexto, alínea F, da cláusula oitava do contrato prevê, também, que na hipótese de rescisão contratual, os valores pagos a título de IPTU não serão reembolsados.

Confira-se (f. 87):

“Parágrafo sexto: Em atendimento ao disposto no item ‘v’ do art. 25 da Lei 6.766/79, obriga-se o vendedor, no caso da rescisão por culpa do comprador, seja ela por inadimplência ou pela quebra de qualquer cláusula deste contrato, ao devolver ao comprador, 90% (noventa

por cento) das parcelas descritas na cláusula segunda deste contrato, que tiverem sido devidamente pagas, descontando-se os valores:

A. Da arras;

B. Da taxa de fruição;

C. Das tarifas previstas neste contrato;

D. Dos honorários advocatícios de 20% (vinte por cento), quando for o caso;

E. Das multas previstas em situações específicas deste contrato;

F. IPTUs;

G. Das despesas do vendedor:

G.1. Despesas comerciais, de marketing, de supervisão de vendas e com honorários de corretor de imóveis acordadas entre as partes em 6,00% (seis por cento);

G.2. Imposto de renda previsto em lei no valor 1,20% (um vírgula vinte por cento);

G.3. PIS previsto em lei no valor de 0,65% (zero vírgula sessenta e cinco);

G.4. CSLL previsto em lei no valor de 1,08% (um vírgula zero oito por cento);

G.5. COFINS previsto em lei no valor de 3,00% (três por cento); e

G.6. Despesas administrativas e bancárias diversas acordadas entre as partes em 10% (dez por cento) do valor das parcelas pagas.”

Assim, a requerida poderá descontar, dos valores a serem restituídos da requerente, os débitos de IPTU, taxas e tributos que foram comprovadamente pagos pela requerida no período de vigência do contrato.

Nesse sentido:

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – CONTRATO DE ADESÃO – RECURSO DAS RÊS CONHECIDO APENAS EM PARTE – CLÁUSULA DE IRREVOGABILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA – POSSIBILIDADE DE RESCISÃO – CLÁUSULA PENAL – RETENÇÃO DE 20% DO VALOR QUITADO – POSSIBILIDADE-DEVOLUÇÃO DOS VALORES EM PARCELA ÚNICA – COBRANÇA DOS VALORES REFERENTES A IPTU E DEMAIS TAXAS CONDOMINIAIS – POSSIBILIDADE – RECURSO DAS RÊS PARCIALMENTE CONHECIDO; NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO – RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO. (...) V – Tratando o objeto contratual de um terreno, o imóvel passa para a posse do(a) promitente comprador(a) já no ato da assinatura do contrato, como no caso em destaque, podendo ele(a), portanto, desde então, exercer os direitos de usar, gozar e dispor da coisa nos limites do contrato, diferentemente dos casos de compra de unidade imobiliária, em que o seu exercício se dá apenas após a entrega das chaves, razão pela qual mostra-se lícita a cobrança do respectivo IPTU e demais taxas condominiais.” (TJMS. Apelação Cível nº 0807962-38.2017.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 29/08/2019, p: 02/09/2019). (g.n.)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – INADIMPLÊNCIA – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE DE TERRENO SEM EDIFICAÇÃO – DESCABIMENTO – ARRAS – RESCISÃO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR – RETENÇÃO DEVIDA – ARTIGOS 417 E 418 DO CÓDIGO CIVIL – IPTU – RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR A PARTIR DA DATA DA ASSINATURA DO CONTRATO ATÉ A RESCISÃO

CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO INDEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Rescindido o contrato, as partes retornam-se ao status quo ante e sendo o IPTU um tributo propter rem, não há falar em restituição de valores, pois o imóvel passa a pertencer ao patrimônio do autor no momento da assinatura do contrato, nos casos de compra e venda de terreno.” (TJMS. Apelação Cível nº 0839357-48.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 17/07/2019, p: 19/07/2019)

Da taxa de fruição

Na hipótese, considerando que a rescisão contratual não ocorreu por culpa da requerida, é necessário observar-se as cláusulas contratuais atinentes à rescisão.

No contrato de f. 83-98, há a previsão expressa de que, na hipótese de rescisão do contrato, é devida taxa de fruição de 0,5% (meio por cento) do valor do contrato.

Confira-se (f. 87-88):

“ (...) parágrafo nono: Em caso de rescisão contratual por culpa do comprador, este deverá entregar o imóvel compromissado desocupado impreterivelmente num prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento da notificação da inadimplência ou da publicação do edital, sob pena de pagamento de multa diária, a título de indenização pré-fixada, pelo uso e fruição diária e indevida do imóvel objeto deste instrumento, no valor equivalente a 0,05% a.d.c. (zero vírgula zero cinco por cento ao dia corrido), do valor deste contrato, penalidade esta legitimada pelos ARTs. 389, 390, 392, 402 e 412 da Lei 10.406/02.”

Entretanto, na hipótese dos autos, é indevida a taxa de fruição.

O Código de Proteção e de Defesa do Consumidor possibilita a invalidação de cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, inciso IV², do CDC), aplicando interpretação mais favorável ao consumidor, parte mais fraca na relação jurídica de consumo (art. 47³ do CDC), sem contar que ressalta o princípio da supremacia da ordem pública, para determinar a intervenção do juiz nas relações de consumo, quando elas apresentarem desequilíbrio, a teor do que preceitua o artigo 1º do mencionado código, confira-se:

“Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas disposições transitórias.”

Se inexistir justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, é facultado ao consumidor recorrer ao Estado Juiz para ver declarada a nulidade de cláusula contratual, sem, contudo resultar na invalidade do contrato.

Nesse sentido, preceitua os §§ 2º e 4º, do art. 51, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor. Confira-se:

“Art. 51. (...)

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

³ “Art. 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

Art. 51. (...)

§ 4º - É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

Por outro lado, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor elenca entre outros, o rol de cláusulas abusivas. Confira-se:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.”

Embora o contrato preveja o pagamento da taxa de fruição na hipótese de rescisão do contrato, é certo que, em se tratando de imóvel não edificado, não é cabível a taxa de fruição, pois o consumidor não auferiu proveito econômico sobre o imóvel não construído.

Confira-se o entendimento neste Tribunal de Justiça:

“Recurso interposto por São Bento Incorporadora Ltda.

EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. CLÁUSULA PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM TAXA DE RETENÇÃO. TAXA DE FRUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM RELAÇÃO A TERRENO NÃO CONSTRUÍDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não é possível a cumulação da cláusula penal com a taxa de retenção, mormente se não comprovado que a empresa comercializadora dos imóveis teve despesas que justifiquem a sua cobrança. Embora a taxa de fruição seja legítima, não é possível a sua cobrança quando se trata de imóvel não edificado, por não ter o consumidor auferido proveito econômico em razão de sua posse. EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Havendo sucumbência recíproca, os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos entre as partes.” (TJMS. Apelação Cível nº 0800721-89.2018.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 28/11/2019, p: 05/12/2019)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – INADIMPLÊNCIA – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE DE TERRENO SEM EDIFICAÇÃO – DESCABIMENTO – ARRAS – RESCISÃO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR – RETENÇÃO DEVIDA – ARTIGOS 417 E 418 DO CÓDIGO CIVIL – IPTU – RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR A PARTIR DA DATA DA ASSINATURA DO CONTRATO ATÉ A RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO INDEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Em se tratando de lote não edificado e inexistindo proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há que se falar em cobrança da taxa de fruição. (...)” (TJMS. Apelação Cível nº 0839357-48.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 17/07/2019, p: 19/07/2019). (g.n.)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA DE TERRENO – TAXA DE FRUIÇÃO – INDEVIDA – LOTE SEM EDIFICAÇÃO – SUPOSTA OMISSÃO – REDISCUSSÃO – RECURSO IMPROVIDO. Em se tratando de imóvel sem edificação (terreno), incabível o pagamento de percentual a título de taxa de fruição, assim, o acórdão recorrido não padece de qualquer vício, isso porque os Embargos de Declaração não se prestam para rediscussão de matérias já devidamente enfrentadas e decididas pelo julgado.” (TJMS. Embargos de Declaração Cível nº 0812398-06.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 11/09/2019, p: 17/09/2019). (g.n.)

“AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE DE TERRENO – RECURSO DO CONSUMIDOR – NÃO É DEVIDA A TAXA DE FRUIÇÃO DE IMÓVEL EM QUE NÃO HÁ PROVEITO ECONÔMICO POTENCIAL IMEDIATO, MORMENTE QUANDO JÁ HÁ PREVISÃO DE OUTRA PENALIDADE POR INADIMPLENTO DA AVENÇA – RECURSO PROVIDO NO PONTO – NÃO HÁ SE FALAR EM RETENÇÃO DE BENFEITORIAS OU DE MANUTENÇÃO DO INADIMPLENTE NA POSSE DO BEM ATÉ O PERCEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE QUANDO NÃO PROVADA A BOA-FÉ DA POSSE – QUESTÃO QUE DEVERIA TER SIDO OBJETO DE RECONVENÇÃO NÃO PROPOSTA, OU DE EVENTUAL AÇÃO PRÓPRIA, EM QUE HAJA PRODUÇÃO DE PROVAS PELO POSSEIRO – DESPROVIMENTO DO RECURSO NO PONTO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE DE TERRENO – RECURSO DA EMPRESA – QUESTÃO RELATIVA À ALTERAÇÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO – PREJUDICADA POR TER SIDO PROVIDO O RECURSO DA PARTE ADVERSA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – NÃO SÃO DEVIDOS,

POIS O CPC PREVÊ A CONDENAÇÃO DA PARTE EM TAL VERBA – ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE ADESÃO – SENTENÇA MANTIDA NO PONTO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJMS. Apelação Cível nº 0046051-76.2011.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Nélcio Stábile, j: 27/08/2019, p: 28/08/2019)

Considerando que a requerente não construiu no imóvel objeto do contrato, não há falar no pagamento de taxa de fruição.

Da comissão de corretagem

Este relator vinha entendendo pela ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem.

Confira-se:

*“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – CPC/73. Considerando que a sentença e a interposição do recurso deram-se na vigência do CPC/1973, aplica-se o regramento anterior aos atos processuais praticados na sua vigência, à luz do princípio de que o tempo rege o ato. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR API SPE 39 PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIO LTDA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – MÉRITO – LEGALIDADE DA COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM – NÃO RECONHECIDA. – RECURSO DESPROVIDO. É de 10 (dez) anos o prazo prescricional da pretensão de rescisão contratual c.c. restituição da valores, por se tratar de ação pessoal. **Trata-se de prática abusiva a cobrança de qualquer importância a título de comissão de corretagem nos contratos de venda e compra de imóveis novos e/ou na planta quando o consumidor se dirige diretamente ao stand de vendas da incorporadora ou construtora.** RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR ALFREDO MARQUES DOS REIS – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – LEGALIDADE DA COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM – NÃO RECONHECIDA – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não comprovada a má-fé quando da cobrança dos valores a título de comissão de corretagem, a devolução dar-se de forma simples.” (Rel.: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, j: 31/05/16, p: 06/06/16). (g.n.)*

Ocorre que firmou-se tese, em recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, de que é válida a cláusula de transferência, ao consumidor, da responsabilidade pelo pagamento da taxa de corretagem, desde que previamente informado.

Confira-se:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS – CORRETAGEM – CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR – VALIDADE – PREÇO TOTAL – DEVER DE INFORMAÇÃO – SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI) – ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. II - Caso concreto: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço

de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese.1.2. III - Recurso especial parcialmente provido.” (STJ. REsp nº 1.599.511/SP, Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j: 24/08/16, p: 06/09/16). (g.n.)

Portanto, a cobrança da comissão de corretagem é possível, desde que: (i) prevista no contrato; e (ii) o valor da comissão seja destacado do valor do imóvel.

A possibilidade de desconto da comissão de corretagem dos valores a serem restituídos ao consumidor é prevista na Lei nº 13.876/2018, nos seguintes termos:

“Art. 32-A. Em caso de resolução contratual por fato imputado ao adquirente, respeitado o disposto no § 2º deste artigo, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens:

(...)

*II - o montante devido por **cláusula penal** e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;*

V - a comissão de corretagem, desde que integrada ao preço do lote.” (g.n.)

O contrato objeto da demanda prevê que a responsabilidade pelo pagamento de comissão de corretagem é da vendedora, ressalvando que, havendo a rescisão contratual, a despesa será cobrada do comprador.

Veja-se (f. 87):

“Parágrafo sexto: Em atendimento ao disposto no item ‘v’ do art. 25 da Lei 6.766/79, obriga-se o vendedor, no caso da rescisão por culpa do comprador, seja ela por inadimplência ou pela quebra de qualquer cláusula deste contrato, ao devolver ao comprador, 90% (noventa por cento) das parcelas descritas na cláusula segunda deste contrato, que tiverem sido devidamente pagas, descontando-se os valores:

A. Da arras;

B. Da taxa de fruição;

C. Das tarifas previstas neste contrato;

D. Dos honorários advocatícios de 20% (vinte por cento), quando for o caso;

E. Das multas previstas em situações específicas deste contrato;

F. IPTUs;

G. Das despesas do vendedor:

G.1. Despesas comerciais, de marketing, de supervisão de vendas e com honorários de corretor de imóveis acordadas entre as partes em 6,00% (seis por cento).”

Sendo assim, do valor a ser restituído à requerente, deve ser subtraída, também, a comissão de corretagem, que corresponde a 6% (seis por cento) do valor do contrato.

Do termo inicial dos juros de mora

O termo inicial dos juros de mora incidente sobre os valores a serem restituídos em razão da rescisão do contrato de compra e venda é, conforme tese fixada em recurso repetitivo julgado no Superior Tribunal de Justiça, o trânsito em julgado da sentença.

Veja-se a ementa do acórdão:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – ACÓRDÃO RECORRIDO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE IRDR – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA – RESOLUÇÃO IMOTIVADA PELO PROMITENTE COMPRADOR – DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS – CLÁUSULA CONTRATUAL – PEDIDO DE ALTERAÇÃO – SENTENÇA CONSTITUTIVA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Para os fins dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC, fixa-se a seguinte tese: - Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão.

2. Recurso especial provido.” (REsp 1740911/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14/08/2019, DJe 22/08/2019)

Na hipótese, entretanto, a questão não se amolda à tese fixada em recurso repetitivo, pois, conforme exposto pela requerida em contestação, a rescisão do contrato ocorreu em 04.07.2018, conforme informado pela própria apelante na contestação de f. 60-82.

Veja-se:

“A autora foi notificada em duas oportunidades para pagar as parcelas que estavam em atraso. A primeira, em 14/02/2018, onde quitou os débitos, e a segunda, em 04/07/2018, onde permaneceu inerte, dando ensejo a rescisão automática do contrato, conforme informado na notificação.

Portanto, o contrato encontra-se rescindido por culpa da compradora, que deixou de cumprir as cláusulas pactuadas, conforme previsto na cláusula oitava do contrato celebrado entre as partes.”

Tanto é assim que a ação visa apenas à restituição de valores à autora, e não a rescisão do contrato.

Dispositivo

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Hedge BPF Urbanização Ltda para:

Determinar que, do valor a ser restituído à requerente, sejam descontados os valores comprovadamente pagos pela requerida a título de comissão de corretagem, de IPTU, taxas e tributos;

Determinar que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o valor a ser restituído à requerente Regiane Maria Scuire é a data da rescisão do contrato, ocorrida em 04.07.2018.

Em razão da necessidade de atuação na esfera recursal, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, restando a exigibilidade da verba suspensa em relação à requerente, que é beneficiária da justiça gratuita.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de março de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

(Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo em substituição legal)

Agravo Interno Cível nº 1410057-24.2019.8.12.0000/50000 - Aquidauana

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO – AMEAÇA DE INVASÃO DE PROPRIEDADE RURAL – QUESTIONAMENTO SOBRE OS INTERESSES DE INDÍGENAS NA PROPRIEDADE RURAL – MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE REMETEU OS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL – SÚMULA 150, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Discute-se no presente recurso eventual incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar Interdito Proibitório envolvendo aparente disputa sobre direitos indígenas, com a consequente necessidade, ou não, de sua remessa para a Justiça Federal.

“São bens da União: (...) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal), o que, por certo, atrai a competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso I, da Constituição Federal), ao passo que também é de competência da Justiça Federal a disputa sobre direitos indígenas (artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal) (...).” (STJ; CC 93.000/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 08/10/2008, DJe 14/11/2008).

Na espécie, emerge da exordial que a agravante é proprietária da área rural, sendo que parte desta área foi objeto de procedimento administrativo da FUNAI para ampliação de reserva indígena. Assim, a par da discussão de o procedimento abranger a totalidade ou não da área rural, é fato que há o questionamento sobre os interesses de indígenas na propriedade, o que atrai a competência de Justiça Federal, a quem compete “decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.” (Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça).

Agravo interno 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 maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 23 de outubro de 2019.

Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Trata-se de agravo interno interposto pela Vinepa Agropecuária Ltda contra a decisão monocrática de f. 396-402, a qual negou provimento de plano ao Agravo de Instrumento nº 1410057-24.2019.8.12.0000, interposto pela ora recorrente contra José da Silva e outros, em face da decisão prolatada nos Autos nº 0801800-44.2019.8.12.0005, a qual determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (f. 49-50).

Agravo Interno: interposto pela *Vinepa Agropecuária Ltda* sustentando que:

“(...) a) houve equívoco de interpretação do juízo singular com relação ao fundamento da demanda de modo que não há alegação de que houve indevida ampliação da anterior demarcação realizada na aldeia indígena, mas sim de que uma propriedade particular – que não é objeto sequer de estudos para fins de demarcação – está sendo invadida e danificada por várias pessoas, incluindo indígenas (f. 7); b) não sendo caso de ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’ ou de ‘disputa sobre direitos indígenas’, a questão torna-se iminentemente privada, tratando-se de uma invasão de área particular por um grupo de pessoas, entre elas alguns indígenas, não significando isto que, então, a questão seria de ‘direito indígena’ (f. 9); c) o processo existente da FUNAI beneficiou os índios Terena, ampliando aldeia já existente e os índios que se encontram em meio ao grupo de invasores não são Terena mas Kinikinaua, não sendo residentes do local e estando ali porque expulsos por outros indígenas da reserva Kadiwéu, localizada em Porto Murtinho, MS, tudo conforme notícias veiculadas na imprensa (f. 9), ou seja, tais índios são invasores e não reivindicantes de seus ‘direitos indígenas’ (f. 9).”

Requer, ao final, seja recebido e processado o presente recurso, com o exercício do direito de retratação para reformar a decisão recorrida, reconhecendo a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o interdito proibitório proposto pela parte agravante.

Caso contrário, que seja levado o feito em mesa para julgamento pela Câmara, dando-lhe provimento para reformar a decisão recorrida, reconhecendo a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o interdito proibitório proposto pela agravante.

Contrarrazões: inexistentes, vez que a parte ré sequer fora citada (f. 94-117).

VOTO (EM 23/10/2019)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Discute-se no presente recurso eventual incompetência da justiça estadual para processar e julgar interdito proibitório envolvendo aparente disputa sobre direitos indígenas, com a consequente necessidade, ou não, de sua remessa para a justiça federal.

Na decisão que motivou a propositura do agravo de instrumento, o juiz singular ponderou que:

“(...) tanto os relatos contidos na inicial quanto os documentos a ela acostados, em especial os de f. 70-75, 76-77 e 96-108, deixam evidente que, na verdade, o requerente pretende se precaver contra suposta ameaça de nova invasão da área da Fazenda Água Branca pela comunidade indígena kinikinaua, em decorrência de disputa de terras que, segundo afirmam os requerentes, teriam se estendido ilegalmente sobre a Fazenda Água Branca por força de processo demarcatório que estaria ampliando a área da reserva indígena em questão (...) Contudo, a competência para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, como ocorre na espécie, pertence aos juízes federais, conforme preconiza o art. 109, XI, da Constituição Federal (f. 195, autos na origem).”

Como cediço:

“(...) são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (artigo 231, da Constituição Federal)

Assim, atento ao dispositivo legal supramencionado, aliado ao artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal, é forçoso concluir ser da competência dos juízes federais processar e julgar questões relacionadas a disputa sobre direitos indígenas.

Na espécie, as provas até então carreadas aos autos apontam para a existência de uma longa e conhecida disputa por terras indígenas.

Emerge da exordial do interdito proibitório que a agravante é proprietária da área rural denominada “Fazenda Água Branca”, Matriculada sob o nº 17.760, no registro imobiliário de Aquidauana/MS, com aproximadamente 2.133,13ha de área total, sendo que parte dela – 400,42ha - fora objeto de procedimento administrativo da FUNAI (08620.000289/1985-55), para ampliação de reserva indígena.

Ora, independente de a discussão abranger a totalidade ou não da “Fazenda Água Branca”, ou qual a etnia favorecida (Terena, Kinikinaua, ou outra qualquer), fato é que há o questionamento sobre os interesses de indígenas na propriedade “Fazenda Água Branca”, a qual, ao que parece, ainda não foi objeto de demarcação física a cargo da FUNAI.

Na hipótese, entendo que deve ser mantida a decisão recorrida, pois a definição do juízo competente em casos deste jaez se dá em razão dos indícios coletados até então (vide CC 156.502/RR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 28/02/2018), o que, aparentemente, revela a competência da Justiça Federal, pois as provas apresentadas aos autos, sobretudo as notícias veiculadas na imprensa local, dão conta de que houve invasão na propriedade em questão por indígenas (f. 114-121), não se podendo precisar, com certeza, sequer a etnia envolvida nos fatos (se Terenas ou *Kinikinauas*).

Lembrando que:

“(...) são bens da União: (...) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal), o que, por certo, atrai a competência da justiça federal (artigo 109, inciso I, da Constituição Federal), ao passo que também é de competência da justiça federal, consoante dito alhures, a disputa sobre direitos indígenas (artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal) (...)” (STJ; CC 93.000/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 08/10/2008, DJe 14/11/2008).

Com efeitos, em casos como o presente, deve ser observado o conteúdo da Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê que “*compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas*”, não havendo que se falar que “*caso se trate de questão envolvendo direitos indígenas, em momento oportuno poderá ser declinada a competência para o conhecimento da questão*” (f. 9). Ao contrário, caso não se evidencie tratar de interesses indígenas, é que a justiça federal poderá, oportunamente, encaminhar os autos à justiça estadual.

Assim, não há razão para a reforma da decisão monocrática agravada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pela Vinepa Agropecuária Ltda mas nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º vogal)

Trata-se de agravo interno interposto pela Vinepa Agropecuária Ltda contra a decisão monocrática de f. 396-402, a qual negou provimento de plano ao Agravo de Instrumento nº 1410057-24.2019.8.12.0000, interposto pela ora recorrente contra José da Silva e outros, em face da decisão prolatada nos Autos nº 0801800-44.2019.8.12.0005, a qual determinou a remessa dos autos à justiça federal (f. 49-50).

Inferre-se dos autos que a agravante ajuizou interdito proibitório em face dos agravados com o fito de proibi-los de invadir o imóvel Fazenda Água Branca, objeto da Matrícula nº 17.760 do CRI de Aquidauana.

Aduziu que a fazenda foi alvo de atos de vandalismo que causaram prejuízos ao requerente no dia 1.8.2019 e que os responsáveis são pessoas que se encontram aglomeradas e acampadas próximo do local, havendo índios entre elas.

Alegou que o ato de ocupação foi praticado por diversas pessoas, e que no dia de sua ocorrência, 01.08.2019, comunicou sua ocorrência à polícia civil e militar e estas empreenderam medidas para desocupação da área.

Afirmou, entretanto, que há rumores de que novos atos de vandalismo, havendo perigo tanto para os animais apascentados na propriedade, quanto para os funcionários que ali trabalham e mora. Ressaltou, que o imóvel possui grande extensão (2.133,13ha) e que uma parte equivalente a 400,42ha estaria afetada ao Processo Administrativo nº 8620.000289/1985-55, no bojo do qual a FUNAI estudaria a ampliação da reserva indígena já existente no local, salientando que não se trata de matéria cuja competência pertença à justiça federal porque a área que se pretende proteger com essa medida é a excedente aos 400,42ha delimitados pelo processo administrativo acima referido e que, inclusive, já estariam ocupados por indígenas.

O douto magistrado entendeu que a demanda tem por desiderato tratar de questão referente a direitos indígenas, razão pela reconheceu sua incompetência absoluta e determinou a remessa do feito para a justiça federal.

Contra essa decisão o recorrente interpôs agravo de instrumento, tendo o eminente relator negado provimento ao recurso por meio de decisão monocrática.

No presente agravo interno o recorrente insurge-se contra a decisão monocrática e alega, em suma, que a demanda não trata de questão afeta a terras tradicionalmente ocupadas por índios, não tendo sido sequer incluída pela FUNAI para estudos visando sua demarcação.

Salienta que a área invadida é parte de uma maior, esta sim com discussão sobre direito indígena, mas que tal fato não acarreta a conclusão de que sobre ela recai discussão que envolve tais direitos.

Tenho que o recurso merece provimento.

Deveras, resta assente nos autos que a questão discutida no Interdito Proibitório refere-se à área específica da fazenda, onde não há qualquer discussão a respeito de interesses indígenas, de sorte que o simples fato de ela fazer parte de uma área maior não acarreta a conclusão de que o feito deve ser julgada pelo justiça federal.

Isto porque, o critério de fixação de competência estabelecido no artigo 109 da Constituição da República é expresso ao estabelecer que cabe aos juízes federais o julgamento das causas em que a há disputa de direitos indígenas.

Confira-se:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)

XI - a disputa sobre direitos indígenas.”

Em uma interpretação teleológica da previsão legal conclui-se que somente a discussão pelo viés coletivista dos direitos envolvidos é passível de ensejar a atribuição de competência da Justiça Federal.

Neste desiderato, a eventual participação de índio individualmente considerado, ou, ainda, a discussão sobre terras em que não há específico conflito atinente à população indígena, não atrai a competência da justiça federal.

Tal interpretação pode ser extraída também da jurisprudência do Superior Tribunal, que, em caso específico de disputa de terras indígenas, apontou os critérios específicos para atribuição da jurisdição federal.

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INQUÉRITO POLICIAL – JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL – LESÃO CORPORAL GRAVE SOFRIDA POR

INDÍGENA EM VIRTUDE DE DISPUTA POR TERRAS INDÍGENAS COM PRODUTORES RURAIS INVASORES – INTERESSE COLETIVO DA COMUNIDADE INDÍGENA – NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 140 DA SÚMULA DESTA CORTE – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Ao estabelecer a competência da Justiça Federal para julgar os crimes relacionados à disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI, da CF), a Carta Magna colocou sob a jurisdição federal o julgamento de toda e qualquer controvérsia relacionada a direitos dos índios, assim como a direitos dos povos indígenas, neles inclusos os descritos no art. 231, quais sejam, aqueles sobre a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 2.

Como decorrência, não se aplica o Enunciado nº 140 da Súmula do STJ quando o crime envolvendo direitos indígenas implicar em ofensa a interesses coletivos da comunidade indígena.

3. Situação em que, ao abordar produtores rurais que trabalhavam terra pertencente à comunidade Aira Sol, solicitando a paralisação das atividades, indígenas Tuxaua foram agredidos com socos e chutes, causando em um deles diversos hematomas e escoriações pelo corpo, uma fratura na mão direita que causou incapacidade para suas ocupações habituais por mais de 30 dias.

4. Se a motivação dos delitos investigados gira em torno de disputa por terras indígenas, esta Corte tem reconhecido a existência de interesse de toda a comunidade indígena, a justificar o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, XI, CF/88).

Precedentes: CC 144.894/MT, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 24/02/2016, DJe 03/03/2016; CC 129.704/PA, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 31/03/2014; CC 99.406/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 20/10/2010; HC 124.827/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 28/09/2009; CC 93.000/MS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 08/10/2008, DJe 14/11/2008; HC 65.898/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 14/05/2007, p. 343.

5. É irrelevante para a definição do âmbito dos direitos violados, se particular ou coletivo, o grau de parentesco entre dois dos agressores e a vítima se a desavença entre eles não estava ligada a seu convívio familiar.

6. A possibilidade de surgimento de evidências, ao longo das investigações, que evidenciem que o verdadeiro motivo da agressão não seria a disputa pela ocupação de terras indígenas demonstra não ser possível firmar peremptoriamente a competência definitiva para julgamento do presente inquérito policial. Isso não obstante, deve-se ter em conta que a definição do Juízo competente em tais hipóteses se dá em razão dos indícios coletados até então, o que revela a competência da Justiça Federal.

7. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 4ª vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima, o suscitante.” (CC 156.502/RR, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 28/02/2018)

Assim, tenho que a hipótese versada não se enquadra na descrição feita no dispositivo acima transcrito, vez que não se trata de disputa de direitos indígenas, e também não há interesse da união do feito, não sendo possível também a subsunção ao inciso I do mesmo artigo.

Diante do exposto, divirjo do eminente relator e dou provimento ao recurso de Vinepa Agropecuária Ltda para o fim de reformar a decisão que determinou a remessa do feito para a justiça federal, determinando que permaneça no duto juízo de origem, ali tendo prosseguimento regular a ação em curso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de outubro de 2019.

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Apelação Cível nº 0803107-47.2016.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E EXTRAPATRIMONIAIS – INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO – FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL – A PARTIR DA MAIORIDADE CIVIL, QUANDO CESSADO O PÁTRIO PODER – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – ART. 177, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – OCORRÊNCIA.

Discute-se no presente recurso a ocorrência, ou não, de prescrição da pretensão e o dever de indenizar em razão de abandono afetivo.

No que concerne à ação de reparação por abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, não há se falar em imprescritibilidade, tanto que firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional somente começa a correr a partir da maioridade do interessado.

Na espécie, o prazo prescricional é o vintenário, estabelecido no artigo 177, do Código Civil/1916. Assim, como a ação foi ajuizada somente em 14/04/2016, configurada a prescrição da pretensão, que se deu em 18/03/2007.

Apelação cível conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª 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, 31 de janeiro de 2020

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 07/01/2020.

Trata-se de apelação cível interposta por Cirila Gonçalves contra sentença proferida nos Autos nº 0803107-47.2016.8.12.0002 pelo juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS.

Ação de indenização por danos morais e extrapatrimoniais proposta por Cirila Gonçalves contra o Gregorio Antonio Areco, sustentando, em suma, que é filha do réu e este a abandonou material e psicologicamente, pois não a ajudou com os estudos e sustento, inclusive a impediu de manter contato com suas irmãs.

Assevera que até os 15 anos de idade residiu com a avó e a tia paterna, posteriormente foi morar com sua genitora e durante este período teve que trabalhar como secretária do lar, sendo que em 2013 fez exame de DNA a confirmar a filiação paterna.

Requeru, assim, a condenação do réu ao pagamento de R\$ 200.000,00 por dano moral e R\$ 200.000,00 por dano emocional (f. 01-05).

Sentença: julgou improcedentes os pedidos postulados na inicial em razão da prescrição vintenária.

Sucumbência atribuída à autora, com honorários de sucumbência fixados em dez por cento (10%) do valor da causa, ficando a exigibilidade suspensa nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/15 (f. 161-167).

Apelação interposta pela autora Cirila Gonçalves, sustentando, em síntese, a não ocorrência da prescrição, pois “*O prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão*” (f. 172) e o dever de indenizar.

Contrarrazões: em síntese, refuta as razões da recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 178-184).

Julgamento virtual: não foi manifestada oposição por qualquer das partes acerca da possibilidade de julgamento do presente recurso no plenário virtual (f. 188).

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a ocorrência, ou não, de prescrição da pretensão e o dever de indenizar em razão de abandono afetivo.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 22/10/2019 (f. 168), tendo a respectiva intimação ocorrido em 24/10/2019 (f. 170), enquanto que o presente recurso foi interposto em 13/11/2019 (f. 171-175).

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 (apelante beneficiário da gratuidade judiciária – f. 16).

Da prescrição

A apelante aduz que:

“(...) O prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão, comprovado através do exame de DNA. Diante dessa feição subjetiva da actio nata que não se pode dizer qual o termo a quo para o início do prazo. Os danos são continuados, não cessam, não saem da memória do ofendido, mesmo em se tratando de pessoa com idade avançada.” (f. 172).

A sentença, ao reconhecer a prescrição, valeu-se do seguinte fundamento, *verbis*:

“(...) ”

A prescrição será analisada com base nas disposições do Código Civil de 1916.

É sabido que não corre o prazo prescricional entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, nos termos do artigo 168, inciso II, do Código Civil de 1916, in verbis: ‘Art. 168. Não corre a prescrição: (...) II. Entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder.’

Em regra, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é a data em que a autora atingiu a maioridade civil, ou seja, em que completou 21 anos de idade e cessados os deveres inerentes ao poder familiar (maioridade civil no CC/1916, que o novo Código reduziu para 18 anos), independentemente do abandono persistir após este período ou da continuação do fato que causou o dano. Ademais, a pretensão de reparação por danos morais decorrente de abandono afetivo não é imprescritível, tampouco se compara à responsabilidade civil por tortura.

No caso em tela, a autora pretende que o termo inicial da prescrição seja a data do trânsito em julgado da sentença que reconheceu a paternidade e não a partir da maioridade civil, conforme petição de f. 158-60, contudo, desde sua infância sabia que seu pai era Gregorio Antonio Areco, inclusive menciona tal fato na inicial e afirma que conviveu por um tempo com a avó e tia paternas

(...)

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que o prazo prescricional tem início da data em que atingida a maioridade do reclamante, isto é, da extinção do poder familiar, quando o agente já tinha ciência desde a infância de quem era seu pai, mesmo que o reconhecimento da filiação seja em momento posterior

(...)

Neste diapasão, Cirila Gonçalves completou 21 anos de idade em 18.3.1987 (f. 6), assim, este será o termo inicial da prescrição. Da mencionada data até a propositura da presente ação indenizatória em 14.4.2016 (f. 1) transcorreram 29 anos e 26 dias, isto é, tempo superior a 20 anos. Portanto, a prescrição ocorreu e a extinção do feito é medida que se impõe.” (f. 163-166).

De fato, no que concerne à ação de reparação por abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, não há se falar em imprescritibilidade, como pretende a apelante, tanto que firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional somente começa a correr a partir da maioridade do interessado, *verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – RECURSO ESPECIAL – APRECIAÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – INVIABILIDADE – COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS – DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO – PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA – FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU.

1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional.

2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão.

3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito.

4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o 'pátrio poder'. Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais.

5. *Recurso especial não provido.*” (REsp 1298576/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 06/09/2012)

Logo, o prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir a partir do momento em que o interessado atinge a maioridade, quando se extingue o pátrio poder.

Na espécie, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, o termo inicial é quando a autora completou vinte e um (21) anos de idade (artigo 9º), ou seja, em 18/03/1987 (f. 6).

Por sua vez, o prazo prescricional é o vintenário, estabelecido no artigo 177, do Código Civil/1916, *verbis*:

“Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, a reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas.”

Assim, como a ação foi ajuizada somente em 14/04/2016, configurada a prescrição da pretensão, que se deu em 18/03/2007.

Nesse viés, importante mencionar que o pedido de reparação civil por dano moral e emocional, em razão do abandono afetivo, não se confunde com o direito de personalidade, com direitos fundamentais ou com qualquer garantia constitucional, constituindo mera pretensão indenizatória, de caráter estritamente econômico, estando, portanto, sujeita ao lapso prescricional.

Portanto, considerando que houve superação do prazo vintenário aplicável à espécie, já que a ação foi proposta após, evidente a ocorrência da prescrição.

Em razão da ocorrência da prescrição, resta prejudicada a análise do pedido de indenização, cujo exame decorreria necessariamente do reconhecimento da não ocorrência da prescrição.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Cirila Gonçalves mas nego-lhe provimento.

Nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (*dupla conforme*), bem como, o trabalho adicional realizado (v.g., f. 178-184), majoro os honorários de sucumbência para treze por cento (13%) sobre o valor da causa, *ex vi* o disposto no § 2º do referido dispositivo legal, cuja exigibilidade ficará suspensa por ser a autora-recorrente beneficiária da gratuidade da justiça.

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. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Cível

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

Apelação Cível nº 0800945-98.2015.8.12.0007 - Cassilândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – *PRELIMINAR* – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – COMPRA E VENDA DE BENS IMÓVEIS – DETERMINAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PROPOSTAS CONTRA O ANTERIOR PROPRIETÁRIO-ALIENANTE – PRÉVIO CONHECIMENTO DO AUTOR-ADQUIRENTE ACERCA DA PROPOSITURA DE TAIS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS – CERTIDÃO POSITIVA CÍVEL EMITIDA AO TEMPO DA LAVRATURA DAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE COMPRA E VENDA E JUNTADA AOS AUTOS PELO PRÓPRIO AUTOR – IMPROCEDÊNCIA.

Discute-se no presente recurso, a) em preliminar, eventual ocorrência de cerceamento de defesa, e, no mérito, b) a existência de constrição judicial indevida sobre imóveis que teria adquirido de boa-fé, antes da sua decretação de indisponibilidade em Ação de Improbidade Administrativa.

No novel regime processual, o controle acerca de eventuais diligências inúteis ou meramente protelatórias continua sendo possível ao juiz, *ex vi* do disposto no art. 370, parágrafo único, do CPC/15.

Assim, não há se falar em cerceamento de defesa se o juiz, atento à prova documental extraída dos autos, conclui, de forma indene de dúvidas, que o autor tinha conhecimento da propositura de ações civis pública de improbidade administrativa já propostas contra o devedor anterior proprietário-alienante ao tempo da lavratura das escrituras públicas de compra e venda, tornando despicienda e inútil a prova testemunhal requerida. Além disso, a juntada intempestiva de rol de testemunhas, faz incidir a preclusão sobre a produção de tal prova, já que se tem, na espécie, litígio relativo à direitos disponíveis.

Segundo o art. 674, do CPC/15, “(...) *quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.*”

Na espécie, embora, de fato, quando da lavratura da escritura pública de compra e venda (09/05/2004), não houvesse, ainda, qualquer registro da indisponibilidade/sequestro na matrícula dos imóveis (as primeiras constrições só foram averbadas em 11/06/2014, Matrícula nº 7.784; em 04/06/2014, Matrícula nº 7.785; em 04/06/2014, Matrícula nº 10.732), das provas colacionadas é possível verificar que, quando foram lavrados aqueles negócios jurídicos, a autora já tinha conhecimento da propositura de diversas ações civis públicas contra o proprietário-alienante Carlos Augusto da Silva, inclusive das Ações de Improbidade de nº 0800361-65.2014.8.12.0007 e de nº 0800408-39.2014.8.12.0007, que deram ensejo às primeiras restrições nas matrículas dos imóveis em questão (f. 63, f. 69 e f. 74).

Tais informações constam de certidão positiva cível, datada de 09/04/2014 – expedida, antes, portanto, da lavratura das escrituras públicas de compra e venda –, que foi juntada em anexo quando da lavratura da escrituras públicas de compra e venda e que foram trazidas aos autos pela própria autora, fato que, claramente, denota o pleno conhecimento do risco que esta assumiu ao adquirir os imóveis em tais condições, não se podendo, portanto, afirmar ser terceira de boa-fé.

Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2020

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 07/02/2019

Trata-se de apelação interposta por MN Assessoria em Projetos e Obras de Infraestrutura Ltda contra sentença proferida nos Autos nº 0800945-98.2015.8.12.0007 pelo juiz da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia-MS.

Ação: embargos de terceiro opostos por MN Assessoria em Projetos e Obras de Infraestrutura Ltda contra o Ministério Público Estadual, sustentando, em suma, que, em 09/05/2014, adquiriu de Carlos Augusto da Silva e de Maiza Aparecida Gomes, por meios de duas escrituras públicas, um imóvel rural composto de cinco (5) glebas de terra (parte da Fazenda Egina III), descritas nas Matrículas de nº 7.784 10.733, 10.732, 2.179 e 7.785 (CRI de Cassilândia-MS), pelo preço de R\$ 3.500.000,00, ocasião em que lhe foram apresentadas certidões de eventuais ônus sobre os imóveis, bem como de eventuais ações cíveis em trâmite.

Contudo, relata que, das cinco matrículas, só conseguiu efetuar o registro/transferência de propriedade de duas delas (de nº 2.179 e de nº 10.733), pois, com relação aos imóveis relativos às Matrículas nº 7.784, de nº 7.785 e de nº 10.732, foi lançada, após a aquisição pela embargante, averbação de indisponibilidade, em razão da propositura, pelo embargado, da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 0800394-55.2014.8.12.0007 contra o antigo proprietário Carlos Augusto da Silva, que é ex-prefeito do Município de Cassilândia-MS.

Explica que adquiriu, de boa-fé, os imóveis em questão, antes mesmo da averbação de indisponibilidade, razão pela qual pretenda sejam baixadas as contrições lançadas sobre tais bens, bem como que lhe seja assegurada a posse sobre as glebas adquiridas.

Requeru, assim, em sede liminar, o deferimento de tutela provisória para “*manter a embargante na posse do bem imóvel*” e para que “*proceda com o cancelamento do(s) registro(s) de indisponibilidade/sequestro nas matrículas das glebas citadas, assegurando o exercício dos direitos de propriedade em sua plenitude, sem restrições*”, e, no mérito, a confirmação de eventual decisão liminar favorável, para que seja determinado “*o cancelamento do registro de indisponibilidade/sequestro que recai sobre os imóveis de propriedade desta embargante (f. 01-13).*”

Sentença: julgou improcedente o pedido inicial e, por conseguinte, determinou a revogação da decisão liminar, que deferira, *initio litis*, a manutenção da autora da “*na posse dos imóveis de Matrículas nº 7.784, 10.732 e 7.785 do CRI local*” (f. 99). Sucumbência atribuída ao embargante, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, sem fixação de honorários de sucumbência, por ser o Ministério Público a parte adversa (f. 203-207).

Apelação: interposta pela autora MN Assessoria em Projetos e Obras de Infraestrutura Ltda, sustentando, a) em preliminar, a ocorrência de cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide, mesmo frente

ao requerimento de produção de prova testemunhal, e, no mérito, b) que é terceiro de boa-fé e que não há indícios de fraude ou simulação por parte do embargante, tendo em vista que adquiriu os imóveis de Carlos Augusto da Silva antes mesmo da constrição judicial determinada os bens em questão (f. 214-231).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 238-257).

Parecer do Ministério Público: da lavra da eminente Procuradora de Justiça Ariadne de Fátima Cantú da Silva, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 265-271).

Julgamento virtual: não houve oposição (f. 279).

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: em preliminar, eventual ocorrência de cerceamento de defesa, e, no mérito, a existência de constrição judicial indevida sobre imóveis que teria adquirido de boa-fé, antes da sua decretação de indisponibilidade em ação de improbidade administrativa.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 01/06/2017 (f. 208), tendo a respectiva intimação ocorrido em 07/06/2017 (f. 213), enquanto que o presente recurso foi interposto em 30/06/2017 (f. 214-231).

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. 232-234).

Preliminar: cerceamento de defesa (nulidade de sentença)

Sustenta o apelante, em suma, que a sentença incorreu em ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, e do contraditório, cerceando-lhe a defesa de seus direitos, na medida em que impediu o recorrente de produzir as provas que entendia necessárias para o deslinde da ação.

A sentença, ao julgar antecipadamente a lide, afirmou que:

“(...) não obstante tenha o embargante postulado dilação probatória, incumbe o julgamento antecipado da lide (art. 355, I do CPC), já que determinou-se o depósito de rol de testemunhas em até 15 dias (f. 165), tendo a parte embargante deixado de fazê-lo no prazo legal, postulando dilação após decurso do prazo (f. 171), razão pela qual fora indeferido o pleito (f. 190), razão pela qual o depósito de rol de testemunhas de f. 192-195, encontra-se eivado pela preclusão.” (f. 204).

A respeito do cerceamento de defesa, tenho afirmado que, mesmo que respeitada a livre convicção do juízo *a quo*, não se pode descurar que, em eventual recurso, pode ser adotado entendimento diverso, e, nesse caso, o processo precisa estar suficientemente instruído, para que seja possível a análise do pedido da parte autora em sua inteireza – mesmo que em sentido diverso daquele trilhado pela sentença –, sob pena de se forçar, ou a adoção do entendimento da sentença, ou o julgamento em sentido diverso à luz de um conjunto probatório insuficiente.

Isso não significa que o juiz de primeiro grau seja obrigado a produzir toda e qualquer prova requerida pelas partes, mesmo porque não se quer um processo ineficiente e contraproducente, mas também é verdade que o juiz tem o dever de bem instruir o processo, sendo previsto, desde a vigência do CPC/73, que ao juiz cabe, de ofício ou a requerimento das partes, “*determinar as provas necessárias à instrução do processo*”, apenas indeferindo, se for o caso, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130).

No CPC/15, este dever imposto ao juiz – que, em verdade, já vem previsto no sistema desde a vigência da CF/88, ante a garantia do devido processo legal, máxime em razão de sua vertente substancial – foi robustecido pelo disposto no art. 369, no sentido de que “*as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*”.

O controle acerca de eventuais diligências inúteis ou meramente protelatórias continua sendo possível ao juiz, *ex vi* do disposto no art. 370, parágrafo único, do CPC/15, mas resta ainda mais evidente o dever de se permitir ampla margem à dilação probatória, a fim de que as partes possam produzir as provas que guardem relação de pertinência com suas teses, mesmo que, com estas, no plano abstrato e/ou concreto, discorde o juiz.

O processo atingirá o seu verdadeiro escopo quando permitir que, independentemente da posição que se adote no julgamento da causa, as partes possam, efetiva e integralmente, se assim o desejarem, devolver às instâncias superiores as questões discutidas – isso porque, na esteira da própria exposição de motivos do CPC/15, o processo deve ter o “*maior rendimento possível*”.

E somente haverá o adequado rendimento em grau recursal se permitida a produção de provas acerca dos fatos que subsidiam as teses do autor e do réu, de modo a assim se tornar possível eventual julgamento em sentido diverso, em sede recursal.

A propósito, assim prevê o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “*os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.*”

Na espécie, não há se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, se o Juiz, atento à prova documental extraída dos autos, conclui, de forma indene de dúvidas, que o autor tinha conhecimento da propositura de ações civis públicas de improbidade administrativa já propostas contra o devedor anterior proprietário-alienante ao tempo da lavratura das escrituras públicas de compra e venda, tornando despicienda e inútil a prova testemunhal requerida.

Além disso, como bem observou a sentença, a juntada intempestiva de rol de testemunhas, faz incidir a preclusão sobre a produção de tal prova, já que se tem, na espécie, litígio relativo à direitos disponíveis.

Assim, sem maiores delongas, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Legitimidade da contrição judicial determinada na Ação Civil Pública nº 0800394-55.2014.8.12.0007

Sustenta o apelante, em suma, que no ato da lavratura das escrituras públicas de compra e venda, não havia qualquer decisão de indisponibilidade ou citação do vendedor, bem como qualquer averbação de ônus nas matrículas, de modo que a aquisição se deu mediante justo título, e de plena boa-fé de sua parte.

A sentença, ao julgar improcedente o pedido inicial, consignou que:

“(...) O embargante tinha ciência de diversas ações em trâmite contra os vendedores dos imóveis, que poderiam levar à constrição de bens, pois ao adquirir as glebas lhe foi apresentada certidão de ações cíveis em trâmites contra Carlos Augusto da Silva (f. 52-53), de onde se extrai que, ao adquirir os imóveis, tinha conhecimento de que estavam pendentes de julgamento diversas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa em face do alienante, bem como execuções.

Portanto, havendo prova de que o embargante tinha conhecimento de que eventualmente haveriam restrições sobre os imóveis rurais, há indícios de que a finalidade das vendas, seria eximir os vendedores de suas responsabilidades em relação às ações em trâmite.

Ainda, o embargante poderia aferir consulta junto ao sítio do TJMS na internet, já que os processos são digitais, e constatar o pedido de indisponibilidade dos bens.

Destarte, a improcedência dos embargos é medida que se impõe.” (f. 205-206)

Segundo o art. 674, do CPC/15,

“(…) quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.”

Como se vê, a posse legítima também pode ser tutelada por ação de embargos de terceiro, assim como o próprio domínio, a par do registro imobiliário.

A propósito, prevê a Súmula nº 84/STJ – a qual pode ser aplicada por analogia na espécie –, que “*é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.*” (Corte Especial, DJ 02/07/1993).

Na hipótese, o autor, embora não tenha obtido êxito no registro da propriedade no assento imobiliário da Fazenda Egina III (gleba descritas nas Matrículas de nº 7.784, 7.885 e 10.732, CRI de Cassilândia-MS), se diz possuidor e detentor do domínio de tais imóveis, afirmando tê-los adquirido, de boa-fé, antes mesmo da emissão da ordem judicial de indisponibilidade e do próprio registro de tais restrições na matrícula dos imóveis.

A hipótese dos autos se assemelha àquela, objeto do Enunciado nº 375 da Súmula/STJ, segundo o qual, “*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*” (Corte Especial, julgado em 18/03/2009, DJe 30/03/2009).

Guardadas as distinções de ordem fática, no caso dos autos, embora, de fato, quando da lavratura da escritura pública de compra e venda (09/05/2004 – f. 35 e f. 43), não houvesse, ainda, qualquer registro da indisponibilidade/sequestro na matrícula dos imóveis (as primeiras restrições só foram averbadas em 11/06/2014 – f. 63, Matrícula nº 7.784; em 04/06/2014 – f. 65, Matrícula nº 7.785; em 04/06/2014 – f. 74, Matrícula nº 10.732), das provas colacionadas é possível verificar que, quando foram lavrados aqueles negócios jurídicos, a autora já tinha conhecimento da propositura de diversas ações civis públicas contra o proprietário-alienante Carlos Augusto da Silva, inclusive das Ações de Improbidade de nº 0800361-65.2014.8.12.0007 e de nº 0800408-39.2014.8.12.0007, que deram ensejo às primeiras restrições nas matrículas dos imóveis em questão (f. 63, f. 69 e f. 74).

Tais informações constam de certidão positiva cível, datada de 09/04/2014 (f. 53) – expedida, antes, portanto, da lavratura das escrituras públicas de compra e venda –, que foi juntada em anexo quando da lavratura da escrituras públicas de compra e venda e que foram trazidas aos autos pela própria autora (f. 52-53), fato que, claramente, denota o pleno conhecimento do risco que esta assumiu ao adquirir os imóveis em tais condições, não se podendo, portanto, afirmar ser terceira de boa-fé.

Como bem observou a sentença, de posse de tais informações, a autora poderia “*aferir consulta junto ao sítio do TJMS na internet, já que os processos são digitais, e constatar o pedido de indisponibilidade dos bens*”, contudo, optou por adquirir os bens em condições de pleno risco de evicção.

Acerca do dever de cautela do adquirente, explica Nelson Nery Júnior que, “*se o adquirente não apresenta certidões negativas de distribuições cíveis e criminais, demonstrado haver-se acautelado para a celebração do negócio, a prova da fraude de execução fica praticamente demonstrada.*” (Código de processo

civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 850); quanto mais se diga se o adquirente, mesmo se deparando com certidão positiva, ainda assim insiste no negócio.

Há, portanto, na presente hipótese, prova clara da má-fé do terceiro-adquirente, a permitir que sejam mantidas as ordens de indisponibilidade que recaem sobre os bens adquiridos, acompanhando-os mesmo diante de eventual alienação, ante a natureza *propter rem* que lhes é inerente, e também ante a ineficácia da alienação frente ao autor das ações civil públicas, *ex vi* do disposto no § 1º, do art. 792, do CPC/15 (aplicado à hipótese por analogia).

Cabe salientar, por fim, que em outras ações de embargos de terceiro propostas pela autora-apelante, para baixa de outras constrições (sequestro/indisponibilidade) determinadas em ações civis públicas semelhantes (que, por sinal, também constam da certidão positiva de f. 52), o pedido de baixa de tais restrições foram todos julgados improcedentes, conforme se vê das ementas a seguir:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR AFASTADA - AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RURAL COM CONSTRIÇÃO JUDICIAL – CONHECIMENTO PRÉVIO DO COMPRADOR ACERCA DAS AÇÕES EM TRÂMITE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1 - Não há óbice a que o magistrado, certo da desnecessidade de instrução dos autos decorrente da discussão resumir-se a análise da prova documental acostada aos autos, julgar antecipadamente a lide.

2 - Tratando-se de pessoa jurídica e de aquisição de imóvel no valor de R\$ 3.500.000,00, não é crível admitir que conscientemente não assumiu o risco no negócio quando teve conhecimento anterior das diversas demandas ajuizadas em face do vendedor; não podendo alegar boa-fé quando do ato da averbação da compra no registro do imóvel, deparar-se com a constrição judicial determinada.

3 - Recurso desprovido.” (Apelação Cível nº 0800943-31.2015.8.12.0007, Cassilândia, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJe 08/02/2017)

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO, ADMITIDA PELO JULGADOR – PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DE CONDENADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONHECIMENTO – REGISTRO DE INDISPONIBILIDADE NA MATRÍCULA MANTIDO – IMPROVIDO.

Cabe ao juiz sentenciante a valoração acerca da suficiência ou não do conjunto probatório para fins de aplicação do julgamento antecipado da lide, situação assemelhada com a destes autos e sobre a qual não merece reparos. Juntados documentos pelo recorrido, relacionados à própria recorrente, quais sejam, seu registro na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul e, dos quais, tem ela total conhecimento sobre o teor dos mesmos, inexistente qualquer prejuízo que importe na nulidade de sentença proferida em julgamento antecipado da lide, se não proporcionado à ela a respectiva manifestação.

Embora a recorrente alegue que não basta o seu conhecimento de ações em curso contra o alienante para que fique caracterizada a sua má-fé com a compra dos bens, é justamente sua ciência das demandas contra o vendedor que poderiam ocasionar a constrição de seus bens que impede sua pretensão de ser mantida na posse do bem, com cancelamento do registro de indisponibilidade/sequestro nas matrículas citadas.” (Apelação Cível nº 0800944-16.2015.8.12.0007, Cassilândia, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, DJe 13/07/2016)

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO, ADMITIDA PELO JULGADOR – PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS

DE PROPRIEDADE DE CONDENADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONHECIMENTO – REGISTRO DE INDISPONIBILIDADE NA MATRÍCULA MANTIDO – NÃO PROVIDO.

Cabe ao Juiz sentenciante a valoração acerca da suficiência ou não do conjunto probatório para fins de aplicação do julgamento antecipado da lide, situação assemelhada com a destes autos e sobre a qual não merece reparos. Juntados documentos pelo recorrido, relacionados à própria recorrente, quais sejam, seu registro na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul e, dos quais, tem ela total conhecimento sobre o teor dos mesmos, inexistente qualquer prejuízo que importe na nulidade de sentença proferida em julgamento antecipado da lide, se não proporcionado à ela a respectiva manifestação.

Embora a recorrente alegue que não basta o seu conhecimento de ações em curso contra o alienante para que fique caracterizada a sua má-fé com a compra dos bens, é justamente sua ciência das demandas contra o vendedor que poderiam ocasionar a constrição de seus bens que impede sua pretensão de ser mantida na posse do bem, com cancelamento do registro de indisponibilidade/sequestro nas matrículas citadas.” (Apelação Cível nº 0800946-83.2015.8.12.0007, Cassilândia, 2ª Câmara Cível, Re. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, DJe 09/11/2017)

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – PROVA DE MÁ-FÉ DA ADQUIRENTE – COM O PARECER, PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o magistrado de primeiro grau entendeu que os fatos relevantes para o deslinde da causa já estavam suficientemente elucidados, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pelo julgamento antecipado da lide e nem de se cogitar, por via de consequência, em nulidade da sentença.

Não configura, também, cerceamento de defesa a não intimação da parte para manifestar sobre documento que não teve nenhuma influência no julgamento da causa e de seu pleno conhecimento. Preliminar rejeitada. Resta demonstrada a má-fé do terceiro adquirente que tem pleno conhecimento das diversas ações de improbidade administrativa ajuizadas contra o alienante, capazes de levá-lo a insolvência.” (Apelação Cível nº 0800948-53.2015.8.12.0007, Cassilândia, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, DJ e 14/07/2016)

Assim, não há razão para que a sentença seja reformada.

Diante do exposto, com o parecer, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, conheço o recurso interposto por MN Assessoria em Projetos e Obras de Infraestrutura Ltda, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

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. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

Agravo de Instrumento nº 1411248-07.2019.8.12.0000 - Chapadão do Sul

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO – REQUISITOS PREENCHIDOS – COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL POR MAIS DE DOIS ANOS – CRÉDITO ANTERIOR AO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS – DECORRENTE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – SUJEITO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ARTIGO 49, § 3º DA LEI Nº 11.101/05 – DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA – CONTRATO DE FINANCIAMENTO – REGISTRO EM CARTÓRIO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se faz necessário o registro como empresário pelo prazo de dois anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, sob pena de negativa de vigência ao art. 48 da Lei nº 11.101/2005, que exige o exercício da atividade há mais de dois anos. A inscrição não se confunde com o exercício regular das atividades, de forma que não cabe ao Poder Judiciário incluir requisitos onde o legislador não colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Segundo entendimento do STJ e o disposto no Enunciado 96 da Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, comprovado o exercício da atividade pelo prazo mínimo exigido pelo art. 48 da Lei nº 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos que decorram de atividades empresariais, inclusive os anteriores à data da inscrição no registro público de empresas mercantis.

Este Tribunal de Justiça declarou constitucional o art. 49, §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 em incidente de arguição de inconstitucionalidade, de observância obrigatória, segundo regra contida no art. 927, V, do CPC.

É certo que o registro do contrato de financiamento no cartório de títulos e documentos se faz necessário para dar publicidade e produzir efeitos em relação a terceiros, porém é prescindível para fins de constituição da garantia fiduciária, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator agregar ao seu voto a análise de questão de inconstitucionalidade destacada pelo 1º vogal, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S.A. em face da decisão interlocutória que às f. 2293 da ação de recuperação judicial, que deferiu o processamento da recuperação judicial de Felipe Loeff, Giselda Vanita Loeff, Juliane Loeff, Luiz Evandro Loeff e Tiana Loeff Zandonad.

Banco do Brasil S.A. suscita no agravo de instrumento de f. 01-25, em apertada síntese: provido o recurso para reformas a decisão recorrida que deferiu a recuperação judicial, por inexistência de enquadramento nos requisitos legais e, também, a não submissão das dívidas contraídas de forma anterior ao formal e necessário registro da empresa; alternativamente, afastar a inserção isolada das dívidas contraídas pelas pessoas físicas, inclusive, dissolvendo o litisconsórcio ou determinando haver mais de um plano de recuperação, segundo a real situação de cada qual e realizando a adequada composição de documentos e arrecadação patrimonial para o bojo do procedimento judicial; sucessivamente, cassar a declaração de inconstitucionalidade do art. 49, §§ 3º e 4º da Lei 11.101/2005, consequentemente exarando que os créditos neles arrolados não estão sujeitos à recuperação judicial, ainda que não comprovado o registro dos instrumentos de contrato perante o cartório de títulos.

A parte recorrida, devidamente intimada (f. 173), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 174-184).

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ, manifestou às f. 188-191, pela ausência de interesse a justificar a emissão de parecer.

VOTO (03/12/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S.A. em face da decisão interlocutória que às f. 2293 da ação de recuperação judicial, que deferiu o processamento da recuperação judicial de Felipe Loeff, Giselda Vanita Loeff, Juliane Loeff, Luiz Evandro Loeff e Tiana Loeff Zandonad.

Banco do Brasil S.A. suscita no agravo de instrumento de f. 01-25, em apertada síntese: provido o recurso para reformas a decisão recorrida que deferiu a recuperação judicial, por inexistência de enquadramento nos requisitos legais e, também, a não submissão das dívidas contraídas de forma anterior ao formal e necessário registro da empresa; alternativamente, afastar a inserção isolada das dívidas contraídas pelas pessoas físicas, inclusive, dissolvendo o litisconsórcio ou determinando haver mais de um plano de recuperação, segundo a real situação de cada qual e realizando a adequada composição de documentos e arrecadação patrimonial para o bojo do procedimento judicial; sucessivamente, cassar a declaração de inconstitucionalidade do art. 49, §§ 3º e 4º da Lei 11.101/2005, consequentemente exarando que os créditos neles arrolados não estão sujeitos à recuperação judicial, ainda que não comprovado o registro dos instrumentos de contrato perante o cartório de títulos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A questão posta à apreciação consiste, neste momento, na concessão ou não na manutenção ou não da decisão recorrida que deferiu a recuperação judicial (os demais pedidos não afetos à legitimidade para o pedido de recuperação deverão ser apreciados pelo magistrado singular, a fim de que não haja supressão de instância), sendo que o fundamento legal para tanto, encontra-se no 300 do CPC, que assim dispõe:

“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.”

O risco de dano grave exigido no parágrafo único do art. 995 do CPC consiste em figura análoga ao instituto do perigo na demora (*periculum in mora*), que atrela-se na preservação do direito posto à apreciação, a fim de se evitar que ele pereça ou, que não pereça, mas, que possa advir dano grave ou de difícil reparação.

Em outros termos: serve para frutuosidade da tutela jurisdicional, ao final. Parte da permissão: se não conceder no dia de hoje não precisa mais concedê-lo, *a posteriori*.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado.”
(Curso de direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros. p. 103).

Pois bem, em se tratando de recuperação judicial significa que há dificuldade econômica do recuperando, quanto à sua solvabilidade, de forma que serão sobrestadas as ações judiciais por 180 dias, a fim de que possa “tomar fôlego” para recuperar a sua solvência.

Igualdade esta, que vem como objetivo da recuperação judicial, que pode ser extraído do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.101, ao prever que deve preservar os ‘interesses dos credores’. Veja-se o texto legal:

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Veja-se pelo STJ:

“(...) o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a orientação segundo a qual ‘a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial tem como um de seus efeitos exatamente a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor que, dessa forma, pode desfrutar de maior tranquilidade para a elaboração de seu plano de recuperação, alcançando o fôlego necessário para atingir o objetivo de reorganização da empresa.’ (ICE in AgInt no CC 163.700/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019).

“Há absoluta convergência, entre doutrina e jurisprudência, que, em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizado pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação (art. 49, § 3º, da LRF).” (CC 153.473/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 26/06/2018).

“(...) 3. De acordo com orientação do Superior Tribunal de Justiça, o art. 47 da Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (REsp 1207117/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

Neste ponto, parece como decisão justa e efetiva como exige o art. 4º e art. 6º do CPC, que seja deferida a recuperação (princípio da manutenção da empresa), vez que voltada ao interesse social, mormente, em se tratando de produtor rural, que é atividade que tem o condão de interferir na economia local, bem como, na produção de bens afeto à alimentação.

E neste caso, a probabilidade do art. 300 do CPC assume um colorido especial, consistente no prévio conhecimento pelos credores da provável insolvabilidade das recorrentes, o que geraria, pelo que ordinariamente acontece do art. 375¹ do CPC, na adoção de medidas de urgência para garantia de seus créditos, o que impediria a razão de ser da recuperação, no sentido de dar fôlego para que todos os credores possam receber os seus créditos. Neste caso, o dano seria inverso, vez que um credor poderia se antecipar na satisfação de seu crédito prioritário, em detrimento dos demais credores, sem direito de preferência.

1 “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

Finalizo em anotando, quanto ao requisito do perigo de dano irreparável do art. 300 do CPC, que este relator não descarta da preocupação de que a recuperação judicial ao produtor rural, possa servir de gatilho a pessoas físicas para se transvestirem como produtores rurais, visando novação ou postergação de suas obrigações. Nestes pedidos, salvo em se tratando de fato notório, como apontado este caso pelo magistrado desta ação, deve o magistrado de valer do *caput* do art. 370² do CPC para produzir prova de ofício em não medindo esforços para abrir procedimento preliminar de ampla dilação probatória, para apuração da atividade do recuperando como produtor rural.

Portanto, presente o perigo de dano irreparável.

A probabilidade de provimento do recurso exigido no parágrafo único do art. 995 do CPC consiste em figura análoga ao instituto da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e consiste na projeção a momento futuro de quando da decisão de mérito, ou seja, no resultado de julgamento que está por vir. Se a projeção indicar o provimento do recurso, então, presente se faz o requisito legal.

Soma-se que esta projeção do sucesso meritório se faz num juízo rarefeito e provisório, de forma que não se está fixando em definitivo o resultado final que está por vir, mas sim, em mero juízo probabilidade, aparência de que tem razão o recorrente, neste momento.

Por Joel Dias Figueira Júnior:

“(...) o que interessa mesmo é que até o momento específico da prolação do decisum de acolhimento da tutela, a prova produzida apresente-se suficientemente forte para que o magistrado forme um juízo de quase-certeza ou quase-verdade, tendo-se em conta os efeitos diretos e reflexos que advirão em termos práticos da concessão da medida satisfativa, nada obstante interinal (...).” (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181. v. 4. t. I).

Na lição de Eduardo Arruda Alvim:

“(...) é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir em juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.” (Antecipação da tutela. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2008. p. 72).

Neste ponto, o agravante alega que os agravados não tinham inscrição no cadastro rural pelo prazo de dois anos, contudo, esta tese afronta texto expressão de lei, mais precisamente, o art. 48 da Lei 11.101/2005, ao dispor que: *“Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos.”*

Ora, inscrição é uma coisa e o exercício regular de suas atividades é outra coisa, de forma que, numa cognição sumária afeta à tutela provisória de urgência, não cabe ao Judiciário por requisitos onde o legislador não o colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88 e art. 2º da CE.

E mais, requisitos para o pedido de recuperação judicial é preceito restritivo de direito (preservação da empresa e de empregos e de produção rural) e, portanto, com incidência de que preceitos restritivos de direito devam ter interpretação restrita, de forma a não ser requisito para o pedido de recuperação, que o registro tenha sido feito dois anos anteriores ao pedido de recuperação. Se assim não for, voltaremos ao tempo do *“governo de homens e, não mais, de lei”*, o que anda em rota de colisão com o regime democrático adotado pela Constituição Cidadã.

Veja-se:

“A evolução realizou-se no sentido de sobrepor a vontade coletiva à de um só. A da maioria acha-se resumida no texto; a de um só homem estaria expressa na sentença.” (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Forense. p. 64).

2 “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Diga-se ainda, que apesar de não ser o caso posto, pois os agravados estão previamente registrados como pessoa jurídica, há entendimento sendo maturado perante o STJ³, no sentido de que, sequer exigir o registro do produtor rural, bastando, a comprovação do exercício de atividade, nos termos da interpretação literal do art. 48 da LRL. Em outros termos, não cabe ao Judiciário fomentar a prova legal, ou seja, como se rainha da prova de exercício de atividade fosse, unicamente, o registro. Ora, há outros documentos, assim como ocorre com os registros fiscais e registros nos órgãos de fiscalização, onde comprovam efetivamente a cadeia produtiva, com maior grau de veracidade do que o mero registro.

Veja-se:

“(…) A inscrição no registro público de empresas mercantis não é condição imprescindível para a concessão do benefício da recuperação judicial a produtores rurais. Isso porque, apesar de a Lei 11.101/2005, em seu artigo 48, impor que o devedor, para se beneficiar da recuperação judicial, demonstre o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, o empresário rural, de acordo com o artigo 971 do CC, não está obrigado a inscrever-se no registro público de empresas mercantis. Além disso, sabe-se que a qualidade jurídica de empresário não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional, consoante o enunciado 198 da III Jornada de Direito Civil. Assim, como a inscrição do empresário rural no Registro de empresas não é obrigatória, o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência do registro.” (ECE in REsp 1193115/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 07/10/2013).

Portanto, atividade de produtor rural se comprova por seu conteúdo e, não, pelo seu rótulo e, por via de consequência, ainda que o STJ venha a exigir prévio registro, não há dúvidas que ele reconhece uma situação preexistente (exercício de atividade), portanto, o registro tem caráter declaratório (*ex tunc*) e, não, constitutivo (*ex nunc* – desde então), para fins de recuperação judicial. Inclusive, o próprio CPC impõe o efeito retroativo da sentença declaratória como o reconhecimento do “modo de ser”, ou seja, reconhece hoje o que já existe preteritamente, como se vê do art. 19, I:

“Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica⁴.”

Por fim, vale nota o entendimento do magistrado recorrido sobre o tema (f. 2294 - item 10 ao item 13):

“Assim, dado ao caráter facultativo da inscrição do produtor rural no registro público de empresas mercantis, a não inscrição da empresa não a torna irregular, e o artigo 48 exige o exercício regular da atividade empresarial por dois anos, e não o registro da empresa perante os órgãos mercantis por pelo menos dois anos que, no caso do empresário rural, tem natureza meramente declaratória, e a prova do exercício da atividade de produtor rural, exigido pelo art. 48, da LRL não se faz, necessariamente, pelo registro na Junta Comercial, podendo ser admitida por outros meios, como no caso dos autos.

Ademais, como consignou a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Resp 1.193.115/MT, a lei de falências exclui expressamente do seu âmbito de incidência, apenas as empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras, de consórcios,

3 “(...) 1. A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não se tenha inscrito no registro público de empresas mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido (art. 971 do Código Civil c/c arts. 48, *caput*, e 51, V, da Lei nº 11.101/2005). 2. Embora de grande relevância para o país, esta Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque. 3. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos. 4. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ) (ProAfr no REsp 1684994/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)”.

4 “Na hipótese de julgamento de uma declaratória, afirma-se a tese de que “os efeitos da sentença declaratória retroagem à data da aquisição do direito declarado” (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Processo de conhecimento. 13. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 598. v. 2).

seguradoras e outas a elas equiparadas. Destarte, sua aplicabilidade incide sobre todas as demais pessoas físicas e jurídicas que ostentam a qualidade de empresário, como no caso.

Em relação ao tema, tramita no STJ o caso dos produtores rurais José Pupin e Vera Lúcia Camargo Pupin, cujo recurso especial está pendente de julgamento, onde consta parecer do doutrinador e professor Fabio Ulhoa Coelho, consoante Petição 00152841/2016, segundo o qual, o produtor rural pessoa física inscrito na junta comercial poucos dias antes de requerer a recuperação judicial, mas que comprova, por meio de outros documentos, especialmente documentos fiscais, o exercício da atividade há mais de dois anos, tem direito à recuperação judicial, salientando que ele tem direito, mesmo tendo formalizado o registro exclusivamente para preencher o requisito da empresarialidade e, ainda, que uma vez que a LRF não estabelece prazo mínimo de registro na junta comercial, qualquer que tenha sido a época da inscrição, desde que anterior ao pedido, atenderá a tal requisito.

Como é notório no caso, os requerentes exercem suas atividades regularmente, há mais de dois anos, bem mais, senão uma vida, não tendo tramitado, nesta comarca (competente para tanto), qualquer outro pedido de falência ou de recuperação judicial dos demandados. Não há notícia, ainda, de que lhes tenha sido concedida, há menos de oito anos, recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Lei 11.101/2005.”

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento, para manter a decisão interlocutória recorrida, em seu exato termo (legitimidade do produtor rural para pedir recuperação judicial).

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 10/12/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso.

VOTO (10/12/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, tendo em vista as peculiaridades da matéria.

Trata-se de recurso agravo de instrumento interposto em face da decisão que deferiu pedido de recuperação judicial a produtores rurais, na qual o julgador singelo considerou preenchidos os requisitos para a recuperação judicial, destacando a desnecessidade de registro do empresário por dois anos, pois reconheceu que basta a comprovação, por qualquer forma, do exercício da atividade por esse período. Declarou a inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, e, ainda que assim não fosse, consignou que os créditos bancários decorrentes de contratos como os mencionados no referido artigo, caso não tenham sido registrados no cartório de registro de títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, devem se submeter à recuperação.

Inconformado, recorre o credor/agravante pugnando pela reforma da decisão agravada em razão do não preenchimento dos requisitos legais, tendo em vista a inscrição dos agravados, como empresários, a menos de dois anos. Subsidiariamente, defende que seu crédito seja excluído da recuperação judicial, já que constituído e vencido antes do registro dos agravados. Assevera que deve ser afastada a declaração de inconstitucionalidade do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, eis que declarada a constitucionalidade por este Tribunal, com observância obrigatória. Por fim, aduz que não se faz necessário o registro do contrato no cartório para afastar o crédito da recuperação judicial.

O eminente relator conheceu e negou provimento ao presente agravo de instrumento, sob o fundamento de que não se faz necessário o registro como empresário pelo prazo de dois anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, sob pena de negativa de vigência ao art. 48 da Lei nº 11.101/2005, que exige o exercício da atividade há mais de dois anos. Com isso, destacou que a inscrição não se confunde com o exercício regular das atividades, de forma que não cabe ao Poder Judiciário incluir requisitos onde o legislador não colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

É de se notar que, embora conste do dispositivo que o ilustre relator conheceu integral e negou provimento ao presente recurso, consignou que a questão posta à apreciação consiste apenas na decisão que deferiu a recuperação judicial, sendo que demais temas que não estes serão apreciados pelo julgador singelo, a fim de que não haja supressão de instância.

Pois bem.

Inicialmente, verifico que, diante do posicionamento do ilustre relator, que entendeu em não analisar todas as questões postas no presente agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância, seria o caso, então, com todo respeito, de conhecer parcialmente do presente recurso.

Todavia, da análise do que enfrentado na decisão agravada e dos argumentos recursais, especialmente o que devolve para análise desta Corte, verifico que este recurso deve ser conhecido integralmente, vez que o julgador singelo decidiu todas as matérias objeto da insurgência da agravante, o que permite sua análise por este juízo *ad quem* sem haver supressão de instância.

Assim, ainda que o ilustre relator não tenha analisado todas as questões recursais, passo a fazê-lo nesta oportunidade, em observância ao princípio da celeridade.

Quanto ao tema analisado pelo ilustre relator, acompanho seu entendimento, tendo em vista que realmente restaram preenchidos os requisitos para a recuperação judicial dos produtores rurais agravados quanto à condição de empresários para fins da ação proposta.

Com efeito, além dos dispositivos legais citados pelo ilustre relator, nos quais não há exigência de registro como empresário há mais de dois anos para o pedido de recuperação judicial, mas apenas do exercício regular das atividades há mais de dois anos, o que, a meu juízo é diferente, tenho que o deferimento da recuperação judicial aos produtores rurais vai mais além.

Isso porque imperiosa a análise da questão com visão macro, ou seja, levando em consideração a importância do agronegócio para a economia nacional e a necessidade de proteção legal em detrimento dos países concorrentes. É sabido que com o passar do tempo, sobreveio não só o aperfeiçoamento do homem, mas também o avanço tecnológico, que vem garantindo ao homem do campo segurança para a produção agrícola e pastoril.

Entretanto, mesmo com toda tecnologia disponível, a qual possibilita o máximo de produtividade por hectare, ainda não foi possível eliminar certos fatores responsáveis pelas crises no âmbito rural, tais como mudanças climáticas (aquecimento global), hábitos de consumo, alterações na política comercial, emprego de subsídios por países concorrentes, mudanças econômicas, etc.

É certo que referidos fatores levaram vários países produtores e concorrentes do Brasil a aperfeiçoarem suas leis internas, principalmente no tocante à falência e reerguimento do produtor rural, seja pessoa física e jurídica, a fim de proporcionar maior segurança jurídica ao setor agrícola e, conseqüentemente, à economia interna.

Portanto, a matéria posta em debate ganha grande relevância por envolver o setor agropecuário nacional, bem como a necessária proteção a ser-lhe dispensada, a fim de promover melhores condições de concorrência com outros países, tais como: Estados Unidos, França, Alemanha e Canadá, países estes que adotam políticas protetivas ao referido setor, com a oferta de pesados subsídios, visando promover feroz concorrência em face dos demais países produtores.

Nesse cenário, deve-se registrar que, diante de todas essas questões, mormente as condições climáticas e suas mudanças (aquecimento global), o Brasil a muito tempo tem sofrido com tal fenômeno, que castiga as mais variadas culturas de plantio e, por conseguinte, o homem do campo e em uma maior escala, a economia do país.

Ainda nesse prisma, importante notar que a recuperação judicial de forma desburocratizada, em observância aos ditames dos artigos 970 e 971, ambos do Código Civil, os quais trazem previsão de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário quanto à inscrição e seus efeitos, é o que persegue obstinadamente o produtor rural e o agronegócio de forma geral nos tempos atuais, a fim de evitar o colapso do setor, o que seria desastroso para o país.

E foi com essa visão que o Superior Tribunal de Justiça tomou emblemática decisão sobre a recuperação judicial de produtor rural, ao julgar recentemente recurso relacionado à ação de recuperação judicial ajuizada por José Pupin e sua esposa Vera Pupin (Resp 1800031/MT), ainda não publicado, no qual a Quarta Turma fixou o entendimento de que:

“(...) a) o produtor rural que exerce atividade empresária é sujeito de direito da recuperação judicial; b) é condição para o requerimento da recuperação judicial pelo produtor rural a inscrição no registro público de empresas mercantis da respectiva sede, observadas as formalidades do artigo 968 e parágrafos do Código Civil; c) a aprovação do requerimento de recuperação judicial pelo produtor rural está condicionada à comprovação de exercício da atividade rural há mais de dois anos, por quaisquer formas admitidas em lei e, d) comprovado o exercício da atividade pelo prazo mínimo exigido pelo art. 48 da Lei nº 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos, que decorram de atividades empresariais.”

Ademais, se analisada de forma objetiva a recuperação judicial, qualquer outro entendimento afastaria por completo as chances de soerguimento do empresário rural individual. Isso porque não se pode deixar de observar o efeito patrimonial dessa categoria empresarial, posto tratar-se de patrimônio único, empresário e empresa. Se tal distinção fosse possível, não haveria sequer patrimônio a se submeter à recuperação, uma vez que, em regra, as dívidas anteriores ao registro não integram o pedido, comprometendo por completo a viabilidade do plano.

Outra não foi a conclusão a que se chegou na Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 07/06/2019, com aprovação dos seguintes enunciados sobre o tema:

“ENUNCIADO 96 – A recuperação judicial do empresário rural, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive os anteriores à data da inscrição no registro público de empresas mercantis.

ENUNCIADO 97 – O produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, não precisa estar inscrito há mais de dois anos no registro público de empresas mercantis, bastando a demonstração de exercício de atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido.”

Portanto, por todos os fundamentos expostos, levando em consideração ter restado comprovado o exercício da atividade rural por mais de dois anos, independentemente do registro dos agravados como empresários há dois meses do ajuizamento da ação, deve ser mantida a decisão que deferiu a recuperação judicial aos produtores rurais/agravados.

Defende a agravante, subsidiariamente, que seu crédito deve ser excluído da Recuperação Judicial, já que constituído e vencido antes do registro dos agravados como empresários.

Novamente sem razão, porquanto, como visto, segundo entendimento do STJ (caso José Pupin) e disposto no Enunciado 96 da Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, comprovado o exercício da atividade pelo prazo mínimo exigido pelo art. 48 da Lei nº 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos que decorram de atividades empresariais, inclusive os anteriores à data da inscrição no registro público de empresas mercantis.

Consequência lógica, deve ser afastado também o pedido subsidiário da agravante (tema não analisado pelo ilustre relator).

Por outro lado, assiste razão à agravante quanto ao pedido de afastamento da declaração de inconstitucionalidade do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005 (tema não analisado pelo relator).

É que este Tribunal de Justiça já teve oportunidade de analisar a matéria, tendo declarado constitucional o art. 49, §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005. Confira:

*“EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 49, §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 SUSCITADO PELOS MEMBROS DA 4ª CÂMARA CÍVEL DESSA CORTE – DECISÃO DO MAGISTRADO DA VARA DE FALÊNCIAS, RECUPERAÇÕES, INSOLVÊNCIAS E CARTAS PRECATÓRIAS CÍVEIS DA CAPITAL QUE SUBMETEU AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OS CRÉDITOS BANCÁRIOS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES RELACIONADAS AOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO E CESSÃO FIDUCIÁRIA NO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA PREVISTO NO ARTIGO 47 DEVE SER INTERPRETADO COM CAUTELA A FIM DE NÃO COLIDIR COM OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA NORMA EM HARMONIA COMO UM TODO SISTEMA FINANCEIRO E ECONÔMICO – PRECEDENTES DO STJ PARA NÃO BANALIZAR A LEI DE FORMA QUE TODOS OS CRÉDITOS SEJAM SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PREVISÃO EXPRESSA DA EXCEÇÃO QUE DEVE SER OBSERVADA A LEGISLAÇÃO RESPECTIVA – **DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/2005 NO CASO CONCRETO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM IMPROCEDENTE.** 1- Na Lei de Falências e de Recuperação de Empresas há vários dispositivos amparados para atendimento ao princípio da preservação da empresa. Exemplos: artigos 6º, caput; 50; 58, §§ 1º e 2º; 59; 60, § único; 64, caput, 67; 95. No entanto, é preciso destacar a impossibilidade de manter uma empresa em crise financeira a qualquer custo, pois a criação de ofertas de créditos mais privilegiados com a redução dos encargos financeiros com garantias é também propiciar a segurança e a confiabilidade do mercado econômico como um todo, a fim de que as operações de crédito tenham redução dos riscos. Daí que deve prevalecer a conclusão lógica de que se houver menor risco há menor taxa de juros. 2 - Há de se ater a segurança jurídica e a previsibilidade dos efeitos que trazam clareza ao mercado financeiro de forma que não prevaleçam maiores consequências socioeconômicas na interpretação da norma. 3 - O posicionamento doutrinário adotado por Fabio Ulhoa Coelho dá uma interpretação sistemática dos créditos privilegiados: ‘(...) A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito. (...)’. 4 - Os contratos de créditos com direitos reais em garantias como a alienação fiduciária e a cessão fiduciária de direitos creditórios possuem juros mais atrativos, por isso é comum que as empresas procurem estes tipos de créditos quando necessitam para dar continuidade ao seu desenvolvimento econômico. 5 - O dispositivo trazido no § 3º do art. 49 da Lei nº 11101/2005 traduz que o credor é proprietário do bem segundo a lei, eis que há uma transferência da propriedade resolúvel daquele bem (móvel ou imóvel), e se a obrigação não for cumprida pelo devedor tal propriedade se opera, vindo a expor que os créditos dessa natureza (alienação fiduciária) não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. 6 - Precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.412.529/SP: (...) ‘1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.’ 7- **Reconhecimento para declarar a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 para manter os dispositivos expressos prevalecendo a intenção do legislador quando excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis e de arrendar mercantil, bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio em razão que assim entendeu com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico para fomentar a oferta de créditos pelas instituições financeiras com taxas de juros reduzidas menores que os praticados no mercado financeiro atendendo o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no***

interesse da justiça social, inexistindo conflito e ofensa aos princípios emanados no art. 170 da Constituição Federal.” (TJMS. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 1411707-14.2016.8.12.0000, Campo Grande, Órgão Especial, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 04/10/2018, p: 08/10/2018). Frisei.

Nesse norte, incide na espécie a regra contida no art. 927, V, do CPC, que prevê a observância pelos Juízes e Tribunais da orientação do Plenário ou do Órgão Especial aos quais estiver vinculado. Veja:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Portanto, o presente agravo deve ser conhecido e parcialmente provido para afastar a inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/1005.

Finalmente, também assiste razão à agravante quanto à desnecessidade de registro do contrato em cartório para não submissão do crédito à recuperação judicial (tema não analisado pelo relator).

Concernente à essa matéria, consigno que alterei meu posicionamento, passando a entender que é desnecessário o registro do contrato para os créditos serem excluídos dos efeitos da recuperação judicial, pois é certo que o registro do contrato de financiamento no Cartório de Títulos e Documentos se faz necessário para dar publicidade e produzir efeitos em relação a terceiros, porém é prescindível para fins de constituição da garantia fiduciária, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO FALIMENTAR – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR-CEDENTE – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.” (AgInt no AREsp 1123084/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/11/2018, DJe 16/11/2018)

E ainda,

“DIREITO FALIMENTAR – RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR-CEDENTE – REGISTRO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – DESNECESSIDADE. 1 - Impugnação de crédito apresentada em 20/8/2013. Recurso especial interposto em 2/2/2015 e atribuído à Relatora em 25/8/2016. 2 - O propósito recursal é definir se os créditos cedidos fiduciariamente ao recorrente necessitam de prévio registro no Cartório de Títulos e Documentos competente para serem excluídos dos efeitos da recuperação judicial da devedora-cedente. 3 - A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos não estão submetidas aos efeitos da recuperação judicial (inteligência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05). Precedentes. 4 - Ao sistema especial que engloba o instituto da alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos - hipótese dos autos - não se aplica a norma do art. 1.361, § 1º, do CC, pois esta incide somente sobre propriedade fiduciária de coisa móvel infungível. 5 - A sujeição da propriedade fiduciária, conforme sua natureza, à respectiva disciplina legal é determinação expressa do

próprio Código Civil, segundo o qual ‘as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária’ (vale dizer, quando não se tratar de negócio fiduciário envolvendo bem móvel infungível) ‘submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial’ (art. 1.368-A). 6 - À espécie, portanto, incide a disciplina normativa especial da Lei 4.728/65, que não exige o registro em cartório como elemento constitutivo da propriedade ou titularidade fiduciária. 7 - De fato, tratando-se de titularidade derivada de cessão fiduciária, a condição de proprietário é alcançada desde a contratação da garantia. Nessas hipóteses, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pelo arts. 66-B da Lei do Mercado de Capitais e 18 da Lei 9.514/97, opera-se a transferência plena da titularidade dos créditos para o cessionário, haja vista a própria natureza do objeto da garantia, fato que o torna o verdadeiro proprietário dos bens, em substituição ao credor da relação jurídica originária. 8 - Essas circunstâncias são suficientes para exclusão dos créditos em questão dos efeitos da recuperação judicial do devedor-cedente, pois o art. 49, § 3º, da LFRE exige, apenas e tão somente, que o respectivo credor figure como titular da posição de proprietário fiduciário, condição que, como visto, independe do registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos. 9 - Os créditos cedidos em garantia, na medida em que deixam de integrar o patrimônio do cedente, não podem ser alcançados por eventuais pretensões de outros de seus credores, sujeitos cujas esferas jurídicas não sofrerão, como corolário - em razão da ausência de justa expectativa sobre aqueles créditos -, repercussão negativa decorrente de sua exclusão dos efeitos da recuperação judicial do devedor. 10 - Não havendo quebra de confiança ou frustração de legítima expectativa dos demais credores da recuperanda, não há que se cogitar de violação ao princípio da boa-fé. 11 - Recurso especial provido.” (REsp 1592647/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017)

Os Tribunais Pátrios comungam do mesmo entendimento, consoante julgados que trago à colação:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – CRÉDITO NÃO SUBMETIDO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – REGISTRO EM CARTÓRIO – DESNECESSIDADE – JURISPRUDÊNCIA DO STJ – RECURSO PROVIDO. Os créditos provenientes das garantias dadas em alienação fiduciária são créditos extraconcursais, devendo ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial, conforme disposto no artigo 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, independentemente haver ou não, o registro dos documentos de alienação fiduciária no domicílio do devedor, segundo jurisprudência consolidada do colendo Superior Tribunal de Justiça.” (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0324.17.011113-6/001, Relator Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 12/02/2019, publicação da súmula em 22/02/2019)

E mais,

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – **CRÉDITOS ORIGINÁRIOS DE CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDAS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA – REGISTRO DO CONTRATO EM CARTÓRIO – PRESCINDIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ADOTADO POR ESTA 2ª CÂMARA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL** – Necessidade de individualização do objeto da transferência – (CC, art. 1.362, IV) – Requisito ausente – Garantias que não foram regularmente constituídas – Decisão reformada para obstar os descontos por parte das instituições financeiras, com determinação de restituição dos valores eventualmente descontados Designação de assembleia geral de credores – Óbice inexistente – Recurso parcialmente provido.” (TJSP. Agravo de Instrumento 2208658-05.2017.8.26.0000; Relator Mauricio Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 22/05/2018) destaquei*

Nesses termos, merece reparos a decisão agravada para o fim de afastar a exigência de registro do contrato de financiamento no Cartório de Títulos e Documentos para fins de constituição da garantia fiduciária e conseqüente não submissão aos efeitos da recuperação judicial.

Portanto, o presente agravo deve ser conhecido e parcialmente provido para afastar a inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, bem como a necessidade de registro do contrato em cartório.

Ante o exposto, divirjo parcialmente do ilustre relator apenas para conhecer e dar parcial provimento ao presente agravo de instrumento no sentido de reformar a decisão agravada para afastar a inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, bem como a necessidade de registro do contrato de financiamento em cartório, restando mantida nos demais termos e efeitos.

É como voto

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º vogal)

Hei por bem divergir do voto do relator e do primeiro vogal.

No caso a discussão se resume em saber se o produtor rural pode requerer a recuperação judicial, ainda que seu registro na Junta Comercial seja inferior a 02 (dois) anos.

Com efeito, nos termos do art. 971 do Código Civil, o produtor rural é equiparado ao empresário e poderá requerer a recuperação desde que esteja registrado na Junta Comercial. *In verbis*:

“Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no registro público de empresas mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

Já o art. 48, § 2º, da Lei nº 11.101/05 (LRF) estabelece que para requerer a recuperação judicial o devedor deve estar exercendo suas atividades há mais de 02 (dois) anos. Veja-se:

“Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.”

No caso em destaque, urge que se cumpra a legislação vigente, nada mais.

Sim, o produtor rural é empresário, na medida em que exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (art. 966, CC).

Seu registro na Junta Comercial é facultativo (art. 971, CC).

Agora, deferir recuperação judicial a quem não demonstra minimamente o exercício dessa atividade econômica há mais de dois anos é burlar a legislação vigente (art. 48 da Lei 11.101/2015).

Os autores efetuaram o registro na Junta Comercial entre 11/06/2019, e a recuperação foi requerida em 01/08/2019, ou seja, antes do interregno de dois anos previsto no art. 48, § 2º, da Lei nº 11.101/05, não cumprindo, desta forma, o requisito legal previsto da LRF.

O registro perante a Junta Comercial pelo produtor rural há menos de 02 (dois) anos não autoriza que o mesmo possa requerer a recuperação judicial como empresário individual, bem como ter os mesmos benefícios, já que os requisitos previstos no artigo 48 da Lei nº 11.101/05 são obrigatórios.

Nesse sentido julgado do STJ:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL – COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS – NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL – DOCUMENTO SUBSTANCIAL – INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL – INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO – POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO.

1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural.

2.- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação.” (STJ - REsp 1193115/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 20/08/2013, DJe 07/10/2013).

Transcrevo excerto do voto do Min. Sidnei Beneti no julgamento do REsp 1193115/MT:

“(…)

5.- É que impossível nulificar, ao arrimo somente no princípio genérico da preservação da empresa (Lei 11.101/2005, art. 47), objeto de unânime e entusiasmada concordância, a exigência expressa e literal, feita pela lei de Recuperações e Falências, de comprovação, com a inicial, de que o requerente ‘exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos’ (Lei 11.101/2005, art. 48, caput), ou seja, a comprovação da condição de comerciante.

Essa comprovação documental é essencial, para o caso específico da recuperação judicial, à caracterização legal do estado de comerciante. É certo que o exercício da atividade empresarial pode realizar-se sem a inscrição do empresário na Junta Comercial (Enunciado 198 da III ‘Jornada de Direito Civil’, do CEJ – Centro de Estudos da Justiça Federal), o que é pacífico à luz de centenária doutrina do Direito Comercial (exposta já pelos clássicos, cf. Alfredo Rocco, Cesare Vivante, Waldemar Ferreira, João Eunápio Borges, Rubens Requião, Franzen de Lima e outros). Mas da generalidade dessa qualificação como empresário não se extrai a qualificação especial para o pleito de recuperação judicial, ante a expressa disposição legal constante da Lei de Recuperações.

O próprio Enunciado 198 da III Jornada, suprarreferido, aliás, prudentemente, limita a abrangência geral, ressaltando que ‘o empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial’, ressaltando, contudo, que ‘salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição legal’.

6.- É condição necessária à abertura do acesso à via jurídica da recuperação judicial, instituto privativo do devedor, a comprovação de que este exerce regularmente suas atividades há mais de dois anos. Não se trata de instituto franqueado a todo e qualquer devedor em situação de desequilíbrio financeiro.

Manoel Justino Bezerra Filho, com a clareza e a maestria de sempre, bem ressalta a necessidade de juntada de certidão da Junta Comercial, para o processamento do pedido de recuperação judicial, assinalando, quanto à exigência legal de exercício (Lei 11.101/2005, art. 48): a prova de tal exigência é de extrema simplicidade, bastando juntar certidão da

Junta Comercial, comprovando a regularidade da empresa. Caso não esteja regularmente registrada na Junta Comercial, não poderá pleitear a recuperação, e, se pleiteá-la, o juiz deve conceder o prazo do art. 284 do CPC para ser sanada a irregularidade em dez dias, sob pena de indeferimento da inicial. (Lei de Recuperação de Empresas e Falência. S. Paulo, Revista dos Tribunais, 7. ed., 2011. p. 134).

(...).

9.- Não se está, no caso presente, enfrentando jurisdicionalmente a aplicabilidade, ou não, da Lei de Recuperação Judicial ao produtor rural, via de reestruturação econômico-financeira que, antes do Cód. Civil de 2002 e da Lei de Recuperação Judicial e Falências, era interdita ao rural. (REsp 24.172/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr, lembrado pelo voto da e. Relatora).

No caso apenas se reafirma exigência de inscrição na Junta Comercial – não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso – para o acesso à recuperação judicial.”

É certo que a finalidade do instituto da recuperação judicial é a manutenção das empresas em atividade, desde que estas preencham os requisitos legais. No entanto, a importância do instituto não pode ser usada como forma de flexibilizar o cumprimento dos requisitos previstos expressamente na legislação, pois se assim ocorrer, poderá ser impulsionado o cometimento reiterado de fraudes, com a constituição de empresa às vésperas da apresentação do pedido de recuperação judicial, surpreendendo demasiadamente os credores.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para indeferir o processamento do pedido de recuperação judicial realizado pelos produtores rurais agravados e reconhecer a ausência de interesse dos devedores, declarando o processo extinto sem resolução de mérito. Condene os agravados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), com correção monetária a contar da publicação do acórdão e juros de mora a contar do trânsito em julgado (§ 16, art. 85, CPC).

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S.A. em face da decisão interlocutória que às f. 2293 da ação de recuperação judicial, que deferiu o processamento da recuperação judicial de Felipe Loeff, Giselda Vanita Loeff, Juliane Loeff, Luiz Evandro Loeff e Tiana Loeff Zandonad.

Banco do Brasil S.A. suscita no agravo de instrumento de f. 01-25, em apertada síntese: provido o recurso para reformas a decisão recorrida que deferiu a recuperação judicial, por inexistência de enquadramento nos requisitos legais e, também, a não submissão das dívidas contraídas de forma anterior ao formal e necessário registro da empresa; alternativamente, afastar a inserção isolada das dívidas contraídas pelas pessoas físicas, inclusive, dissolvendo o litisconsórcio ou determinando haver mais de um plano de recuperação, segundo a real situação de cada qual e realizando a adequada composição de documentos e arrecadação patrimonial para o bojo do procedimento judicial; sucessivamente, cassar a declaração de inconstitucionalidade do art. 49, §§ 3º e 4º da Lei 11.101/2005, consequentemente exarando que os créditos neles arrolados não estão sujeitos à recuperação judicial, ainda que não comprovado o registro dos instrumentos de contrato perante o cartório de títulos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

A questão posta à apreciação consiste, neste momento, na concessão ou não na manutenção ou não da decisão recorrida que deferiu a recuperação judicial (os demais pedidos não afetos à legitimidade para o pedido de recuperação deverão ser apreciados pelo magistrado singular, a fim de que não haja supressão de instância), sendo que o fundamento legal para tanto, encontra-se no 300 do CPC do CPC, que assim dispõe:

“(...) 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.”

O risco de dano grave exigido no parágrafo único do art. 995 do CPC consiste em figura análoga ao instituto do perigo na demora (*periculum in mora*), que atrela-se na preservação do direito posto à apreciação, a fim de se evitar que ele pereça ou, que não pereça, mas, que possa advir dano grave ou de difícil reparação.

Em outros termos: serve para frutuosidade da tutela jurisdicional, ao final. Parte da permissão: se não conceder no dia de hoje não precisa mais concedê-lo, *a posteriori*.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo:

“(...) irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado.” (Curso de direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros. p. 103).

Pois bem, em se tratando de recuperação judicial significa que há dificuldade econômica do recuperando, quanto à sua solvabilidade, de forma que serão sobrestadas as ações judiciais por 180 dias, a fim de que possa “tomar fôlego” para recuperar a sua solvência.

Igualdade esta, que vem como objetivo da recuperação judicial, que pode ser extraído do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.101, ao prever que deve preservar os ‘interesses dos credores’. Veja-se o texto legal:

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Veja-se pelo STJ:

“(...) o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a orientação segundo a qual ‘a decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial tem como um de seus efeitos exatamente a suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor que, dessa forma, pode desfrutar de maior tranquilidade para a elaboração de seu plano de recuperação, alcançando o fôlego necessário para atingir o objetivo de reorganização da empresa.’ (ICE in AgInt no CC 163.700/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019).

“Há absoluta convergência, entre doutrina e jurisprudência, que, em conformidade com o princípio da preservação da empresa, o juízo de valor acerca da essencialidade ou não de algum bem ao funcionamento da sociedade cumpre ser realizado pelo Juízo da recuperação judicial, que tem acesso a todas as informações sobre a real situação do patrimônio da recuperanda, o que tem o condão, inclusive, de impedir a retirada de bens essenciais, ainda que garantidos por alienação fiduciária, da posse da sociedade em recuperação (art. 49, § 3º, da LRF).” (CC 153.473/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 26/06/2018)

“(...) 3. De acordo com orientação do Superior Tribunal de Justiça, o art. 47 da Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (REsp 1207117/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

Neste ponto, parece como decisão justa e efetiva como exige o art. 4º e art. 6º do CPC, que seja deferida a recuperação (princípio da manutenção da ‘empresa’), vez que voltada ao interesse social, mormente, em se tratando de produtor rural, que é atividade que tem o condão de interferir na economia local, bem como, na produção de bens afeto à alimentação.

E neste caso, a probabilidade do art. 300 do CPC assume um colorido especial, consistente no prévio conhecimento pelos credores da provável insolvabilidade das recorrentes, o que geraria, pelo que ordinariamente

acontece do art. 375⁵ do CPC, na adoção de medidas de urgência para garantia de seus créditos, o que impediria a razão de ser da recuperação, no sentido de dar fôlego para que todos os credores possam receber os seus créditos. Neste caso, o dano seria inverso, vez que um credor poderia se antecipar na satisfação de seu crédito prioritário, em detrimento dos demais credores, sem direito de preferência.

Finalizo em anotando, quanto ao requisito do perigo de dano irreparável do art. 300 do CPC, que este relator não descarta da preocupação de que a recuperação judicial ao produtor rural, possa servir de gatilho a pessoas físicas para se transvestirem como produtores rurais, visando novação ou postergação de suas obrigações. Nestes pedidos, salvo em se tratando de fato notório, como apontado este caso pelo magistrado desta ação, deve o magistrado valer do *caput* do art. 370⁶ do CPC para produzir prova de ofício em não medindo esforços para abrir procedimento preliminar de ampla dilação probatória, para apuração da atividade do recuperando como produtor rural.

Portanto, presente o perigo de dano irreparável.

A probabilidade de provimento do recurso exigido no parágrafo único do art. 995 do CPC consiste em figura análoga ao instituto da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e consiste na projeção a momento futuro de quando da decisão de mérito, ou seja, no resultado de julgamento que está por vir. Se a projeção indicar o provimento do recurso, então, presente se faz o requisito legal.

Soma-se que esta projeção do sucesso meritório se faz num juízo rarefeito e provisório, de forma que não se está fixando em definitivo o resultado final que está por vir, mas sim, em mero juízo probabilidade, aparência de que tem razão o recorrente, neste momento.

Por Joel Dias Figueira Júnior:

“(...) o que interessa mesmo é que até o momento específico da prolação do decisor de acolhimento da tutela, a prova produzida apresente-se suficientemente forte para que o magistrado forme um juízo de quase-certeza ou quase-verdade, tendo-se em conta os efeitos diretos e reflexos que advirão em termos práticos da concessão da medida satisfativa, nada obstante interinal.” (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181. v. 4, t. I).

Na lição de Eduardo Arruda Alvim:

“(...) é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir em juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.” (Antecipação da tutela. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2008. p. 72).

Neste ponto, o agravante alega que os agravados não tinham inscrição no cadastro rural pelo prazo de dois anos, contudo, esta tese afronta texto expresso de lei, mais precisamente, o art. 48 da Lei 11.101/2005, ao dispor que: *“Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos.”*

Ora, inscrição é uma coisa e o exercício regular de suas atividades é outra coisa, de forma que, numa cognição sumária afeta à tutela provisória de urgência, não cabe ao Judiciário por requisitos onde o legislador não o colocou, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88 e art. 2º da CE.

E mais, requisitos para o pedido de recuperação judicial é preceito restritivo de direito (preservação da empresa e de empregos e de produção rural) e, portanto, com incidência de que preceitos restritivos de direito devam ter interpretação restrita, de forma a não ser requisito para o pedido de recuperação, que o registro tenha sido feito dois anos anteriores ao pedido de recuperação. Se assim não for, voltaremos ao tempo do *“governo de homens e, não mais, de lei”*, o que anda em rota de colisão com o regime democrático adotado pela Constituição Cidadã.

5 “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

6 “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

Veja-se:

“A evolução realizou-se no sentido de sobrepor a vontade coletiva à de um só. A da maioria acha-se resumida no texto; a de um só homem estaria expressa na sentença.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Forense. p. 64).

Diga-se ainda, que apesar de não ser o caso posto, pois os agravados estão previamente registrados como pessoa jurídica, há entendimento sendo maturado perante o STJ⁷, no sentido de que, sequer exigir o registro do produtor rural, bastando, a comprovação do exercício de atividade, nos termos da interpretação literal do art. 48 da LRL. Em outros termos, não cabe ao Judiciário fomentar a prova legal, ou seja, como se rainha da prova de exercício de atividade fosse, unicamente, o registro. Ora, há outros documentos, assim como ocorre com os registros fiscais e registros nos órgãos de fiscalização, onde comprovam efetivamente a cadeia produtiva, com maior grau de veracidade do que o mero registro.

Veja-se:

“(…) A inscrição no registro público de empresas mercantis não é condição imprescindível para a concessão do benefício da recuperação judicial a produtores rurais. Isso porque, apesar de a Lei 11.101/2005, em seu artigo 48, impor que o devedor, para se beneficiar da recuperação judicial, demonstre o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, o empresário rural, de acordo com o artigo 971 do CC, não está obrigado a inscrever-se no registro público de empresas mercantis. Além disso, sabe-se que a qualidade jurídica de empresário não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional, consoante o enunciado 198 da III Jornada de Direito Civil. Assim, como a inscrição do empresário rural no Registro de empresas não é obrigatória, o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência do registro.” (ECE in REsp 1193115/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 07/10/2013)

Portanto, atividade de produtor rural se comprova por seu conteúdo e, não, pelo seu rótulo e, por via de consequência, ainda que o STJ venha a exigir prévio registro, não há dúvidas que ele reconhece uma situação preexistente (exercício de atividade), portanto, o registro tem caráter declaratório (*ex tunc*) e, não, constitutivo (*ex nunc* – desde então), para fins de recuperação judicial. Inclusive, o próprio CPC impõe o efeito retroativo da sentença declaratória como o reconhecimento do “modo de ser”, ou seja, reconhece hoje o que já existe preteritamente, como se vê do art. 19, I:

“Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica⁸.”

Por fim, vale nota o entendimento do magistrado recorrido sobre o tema (f. 2294 - item 10 ao item 13):

“(…) Assim, dado ao caráter facultativo da inscrição do produtor rural no registro público de empresas mercantis, a não inscrição da empresa não a torna irregular; e o artigo 48 exige o exercício regular da atividade empresarial por dois anos, e não o registro da empresa perante os órgãos mercantis por pelo menos dois anos que, no caso do empresário rural, tem natureza meramente declaratória, e a prova do exercício da atividade de produtor rural,

7 “(...) 1. A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não se tenha inscrito no registro público de empresas mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido (art. 971 do Código Civil c/c arts. 48, *caput*, e 51, V, da Lei nº 11.101/2005). 2. Embora de grande relevância para o país, esta Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque. 3. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos. 4. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ) (ProAfr no REsp 1684994/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)”.

8 “Na hipótese de julgamento de uma declaratória, afirma-se a tese de que “os efeitos da sentença declaratória retroagem à data da aquisição do direito declarado” (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Processo de conhecimento. 13. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 598. v. 2).

exigido pelo art. 48, da LRJ não se faz, necessariamente, pelo registro na Junta Comercial, podendo ser admitida por outros meios, como no caso dos autos.

Ademais, como consignou a Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Resp 1.193.115/MT, a lei de falências exclui expressamente do seu âmbito de incidência, apenas as empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras, de consórcios, seguradoras e outras a elas equiparadas. Destarte, sua aplicabilidade incide sobre todas as demais pessoas físicas e jurídicas que ostentam a qualidade de empresário, como no caso.

Em relação ao tema, tramita no STJ o caso dos produtores rurais José Pupin e Vera Lúcia Camargo Pupin, cujo recurso especial está pendente de julgamento, onde consta parecer do doutrinador e professor Fabio Ulhoa Coelho, consoante Petição 00152841/2016, segundo o qual, o produtor rural pessoa física inscrito na junta comercial poucos dias antes de requerer a recuperação judicial, mas que comprova, por meio de outros documentos, especialmente documentos fiscais, o exercício da atividade há mais de dois anos, tem direito à recuperação judicial, salientando que ele tem direito, mesmo tendo formalizado o registro exclusivamente para preencher o requisito da empresarialidade e, ainda, que uma vez que a LRF não estabelece prazo mínimo de registro na junta comercial, qualquer que tenha sido a época da inscrição, desde que anterior ao pedido, atenderá a tal requisito.

Como é notório no caso, os requerentes exercem suas atividades regularmente, há mais de dois anos, bem mais, senão uma vida, não tendo tramitado, nesta comarca (competente para tanto), qualquer outro pedido de falência ou de recuperação judicial dos demandados. Não há notícia, ainda, de que lhes tenha sido concedida, há menos de oito anos, recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Lei 11.101/2005.”

Por fim, agrego este voto a análise da questão de inconstitucionalidade destacada pelo 1º vogal, mais precisamente, que este Tribunal de Justiça declarou constitucional o art. 49, §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 em incidente de arguição de inconstitucionalidade (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 1411707-14.2016.8.12.0000), de observância obrigatória, segundo regra contida no art. 927, V, do CPC.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento, para manter a decisão interlocutória recorrida, em seu exato termo (legitimidade do produtor rural para pedir recuperação judicial).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator agregar ao seu voto a análise de questão de inconstitucionalidade destacada pelo 1º vogal, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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, 10 de dezembro de 2019.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível nº 0000057-13.2011.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO – INDEFERIMENTO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI A 8.429/92 PREFEITOS – TEMA 576 DO STF – VERIFICAÇÃO DO DOLO DO AGENTE EM DELIBERAR A RECUSA A PUBLICIDADE A DOCUMENTOS PÚBLICOS – COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA APURAR IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS ENVOLVENDO PREFEITOS – DELEGAÇÃO DO PGJ – PREJUÍZO AO ERÁRIO – IRRELEVÂNCIA – DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O reconhecimento da repercussão geral sobre determinado tema, pelo STF, autoriza o sobrestamento do recurso extraordinário, na forma do art. 1.030, III, do NCPC, decisão que compete ao Vice-Presidente desta Corte. A suspensão do processo, ademais, somente pode ser deferida nas hipóteses excepcionais elencadas no art. 313, do NCPC, às quais não se amolda a hipótese dos autos.

Em conformidade com o tema 576, da repercussão geral do STF, “*O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-Lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias.*”

Se o recorrente admite expressamente fato alegado na inicial, no sentido de que se recusou a fornecer documentos solicitados pelo *Parquet*, sob a justificativa de incompetência funcional, tem-se por suficientemente evidenciado o dolo genérico, apto a justificar o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa, tipificada no art. 11, IV, da lei 8.429/92.

O art. 30, X, da Lei Complementar Estadual 72/94, declarado constitucional pelo STF (ADI 1916), atribui ao Procurador-Geral de Justiça competência para “*promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativas, quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por Prefeito*”. Contudo, o desempenho dessa atribuição revelou-se impossível, motivo pelo qual referida autoridade delegou tal competência ao órgão do Ministério Público de primeiro grau, através da Portaria nº 772/2010, daí a legitimidade funcional deste último.

A condenação imposta escora-se no disposto no art. 11, IV, da Lei 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, sendo dispensável a demonstração ou mesmo a existência de prejuízo ao erário.

Constatado que a sanção imposta ao requerido deixou de observar os vetores da proporcionalidade e da razoabilidade, necessária a adequação da dosimetria da pena aplicável.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos: Por unanimidade e contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Trata-se de recurso de apelação interposto por F. M. A. H. S. em face da sentença proferida nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa movida pelo *Parquet* Estadual contra si e outros. Sustenta não ser aplicável a lei de improbidade administrativa a prefeitos, cargo que ocupava por ocasião da ocorrência dos fatos objeto da lide, na medida em que, tratando-se de agente político, seria aplicável o Decreto-Lei 201/67. Assenta que esta discussão é objeto de repercussão geral já reconhecida pelo STF, mas ainda não julgada, o que importaria a necessidade de suspensão da ação até a decisão do tema pela Suprema Corte. No mérito, assevera inexistência de dolo ou má-fé nos atos praticados, já que respondeu às requisições ministeriais, apenas deixando de enviar os documentos nelas solicitados, porquanto o Promotor de Justiça não detinha competência funcional para instaurar quaisquer procedimentos contra si. Afirma ainda que tais atos não acarretaram quaisquer prejuízos ao erário. Prossegue, aduzindo que a dosimetria da pena aplicada – suspensão de seus direitos políticos por 3 anos - violou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Requer o conhecimento e provimento do apelo para o fim de reformar a sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial e, sucessivamente, diminuída a penalidade aplicada (f. 575-594).

Contrarrazões do Ministério Público Estadual e parecer da PGJ pelo conhecimento e não provimento recursal (f. 600-610 e 626-635).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Compulsando os autos verifica-se que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública contra F. M. A. H. S. e outros, atribuindo-lhes a prática de atos de improbidade administrativa, consistente em recusa reiterada em atender requisições ministeriais. Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes apenas em relação ao primeiro requerido, impondo-lhe a sanção de suspensão de direitos políticos pelo prazo de 3 anos.

Insurgiu-se o requerido, F. M. A. H. S., alegando:

“(...) 1) necessidade de suspensão do processo, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral da questão alusiva à inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa a prefeitos pelo STF; 2) a inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa a prefeitos; 3) inexistência de dolo ou má-fé nos atos praticados; 4) que o Promotor de Justiça não detinha competência funcional para instaurar quaisquer procedimentos contra Prefeitos; 5) ausência de prejuízos ao erário; 6) que a pena aplicada – suspensão de seus direitos políticos por 3 anos - violou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.”

No que concerne ao pedido de suspensão do processo (1), entendo que não assiste razão ao apelante. Com efeito, o reconhecimento da repercussão geral sobre determinado tema, pelo Supremo Tribunal Federal, autoriza o sobrestamento do recurso extraordinário, na forma do art. 1.030, III, do NCPC, decisão que compete ao Vice-Presidente desta Corte.

A suspensão do processo, como requerida, somente pode ser deferida nas hipóteses excepcionais elencadas no art. 313, do NCPC, o que registro, não se faz presente, até porque sequer indicada.

Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal analisou o mérito da questão em julgamento realizado em setembro de 2019, editando o tema 576, com o seguinte enunciado:

“O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-Lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias.”

Indefiro, portanto, o pedido de suspensão do processo.

Quanto à questão de fundo, entendo que a sentença merece apenas parcial reparo, em que pese a insurgência contundente.

Registre-se, inicialmente, que a jurisprudência é sólida no sentido da aplicação integral das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 aos prefeitos (2), não havendo qualquer incompatibilidade com as infrações previstas pelo Decreto-Lei 201/67. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EX-PREFEITO – NULIDADE DA CITAÇÃO – SÚMULA 7/STJ – INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF – APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 – COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967 – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO GENÉRICO – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE – CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. (...) 3. Não há antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992. O primeiro impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. 4. O julgamento das autoridades - que não detêm foro constitucional por prerrogativa de função, quanto aos crimes de responsabilidade -, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância. 5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de estar configurado ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, independentemente da ocorrência de dano ou lesão ao erário público. 6. Não caracterização do ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei 8.429/1992, exige-se o dolo lato sensu ou genérico.” (REsp 1106159/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 24/06/2010)

Esse entendimento foi reafirmado pelo STF, quando da edição do Tema 576 da repercussão geral, transcrito alhures.

Prosseguindo, alega o recorrente inexistência de dolo ou má-fé nos atos praticados (3). Contudo, ele mesmo defende, em diversas passagens, que o Promotor de Justiça da Comarca de Aquidauana não detinha competência funcional para instaurar procedimentos contra prefeito, motivo pelo qual não teria atendido as requisições. Reconhece, em outros momentos, que os ofícios teriam sido atendidos, ao menos em parte.

Há toda uma narrativa veiculada na contestação a propósito do tema. Inicialmente, o recorrente admite expressamente fato alegado na inicial, no sentido de que se recusou a fornecer documentos solicitados pelo *Parquet*, sob a justificativa de incompetência funcional. veja:

“(...) E mais: o Parquet ainda se equivocou ao afirmar que os demandados, quando não mais atenderam aos seus pedidos, tomaram uma decisão inusitada, embora tenha acertado quando afirmou que a decisão foi prática. É exatamente isso: o demandado tomou uma decisão prática, escorado numa outra exarada nada mais nada menos do que pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. (...) Com efeito, todos os documentos e esclarecimentos solicitados por meio dos inquéritos civis públicos instaurados direta ou indiretamente para apurar responsabilidade do prefeito municipal de Aquidauana, pela Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social da Comarca de Aquidauana, foram prontamente atendidos pelo executivo municipal, sem exceção, até a data do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADIn nº 1916, publicada no DJU de 26 de outubro de 2001, que se deu em 14 de abril de 2010, cuja decisão anotou pela competência exclusiva do Procurador-Geral de Justiça para promover o inquérito civil e a ação civil pública, contra as autoridades relacionadas no artigo 30, inciso X, da Lei Orgânica do Ministério Público de MS.” (f. 469)

Confessado este fato (recusa na entrega de documentos requisitados pelo Ministério Público), entendo suficientemente evidenciado o dolo na conduta. A justificativa apresentada para tanto (incompetência funcional do órgão do Ministério Público da Comarca de origem) revela-se manifestamente infundada, como se verá adiante.

Prosseguindo, alega o recorrente que (4) o Promotor de Justiça não detinha competência funcional para instaurar quaisquer procedimentos contra prefeitos, tendo em mente o disposto no art. 30, X, da Lei Complementar Estadual 72/94, declarado constitucional pelo STF (ADI 1916).

Referido dispositivo atribui competência ao Procurador-Geral de Justiça para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativas, quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por prefeito, o que se amolda à hipótese dos autos, posto que o recorrente ocupara esse cargo à época dos fatos.

O desempenho dessa atribuição, contudo, revelou-se impossível por diversas e óbvias razões de ordem prática, motivo pelo qual o Procurador-Geral de Justiça delegou tal competência ao órgão do Ministério Público de primeiro grau, através da Portaria nº 772/2010.

A jurisprudência desta Corte reconhece a possibilidade de delegação da competência pelo Procurador-Geral de Justiça, veja:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA POR ‘DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO’ DO PROMOTOR DE JUSTIÇA – AFASTADA – MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 1916/MS JULGADA PELO STF – POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. I) Possui legitimidade ativa o Promotor de Justiça responsável pelo ajuizamento da ação de improbidade contra prefeito em razão da eficácia vinculante da medida cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.916/MS, depois julgada improcedente pelo STF, posto que a suspensão do suporte normativo, que instituiu a atribuição do Procurador-Geral de Justiça para o caso, a expressão ‘e ação civil pública’ do art. 30, X, da Lei Orgânica estadual do Ministério Público, LC nº 72/94, estava com sua eficácia suspensa na época da presente propositura. II) Reafirmada a legitimização ativa para a propositura da ação de improbidade pelo órgão de primeira instância do Parquet também em virtude da delegação de atribuição do Procurador-Geral de Justiça para a propositura de ações civis públicas em face de agentes detentores de foro por prerrogativa de função, com suporte na Constituição Federal (art. 129, III), na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 29, IX), na Lei Orgânica do Ministério Público do estado de Mato Grosso do Sul (art. 30, XIII) e na Resolução nº 006/2007-PGJ de 12 de agosto de 2007.” (TJMS. Apelação Cível nº 0009075-72.2008.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Dorival Renato Pavan, j: 12/05/2015, p: 14/05/2015)

No mesmo sentido,

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, PASSIVA E INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A AGENTES POLÍTICOS AFASTADAS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE – CONDOTA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRÁTICA DE NEPOTISMO CONFIGURADA – SERVIDORES COMISSIONADOS QUE POSSUEM VÍNCULO DE PARENTESCO COM O VICE-PREFEITO – MANUTENÇÃO DOS CARGOS NA GESTÃO PÚBLICA DO PREFEITO E VICE-PREFEITO – SANÇÃO APLICADA DE MULTA CIVIL EM DEZ VEZES O VALOR DAS REMUNERAÇÕES DO PREFEITO E DO VICE-PREFEITO – ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI Nº 8.429/92 – GRADUAÇÃO DA PENA DE ACORDO COM A EXTENSÃO DO DANO – FIXAÇÃO DA SANÇÃO SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – MAGISTRADO QUE EXPLICITOU OS MOTIVOS RELEVANTES NO DISPOSITIVO DA PENA – APLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSOS IMPROVIDOS.” (TJMS. Apelação Cível nº 0000675-22.2007.8.12.0029, Naviraí, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Atapoã da Costa Feliz, j: 01/10/2013, p: 04/12/2013)

Deve ser rejeitada, portanto, a tese de incompetência funcional do órgão do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição seja para a requisição de documentos, seja para o ajuizamento da ação civil pública.

Superadas essas questões, sustenta o recorrente a (5) ausência de prejuízos ao erário. A condenação imposta, entretanto, escora-se no disposto no art. 11, IV, da lei 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, sendo dispensável a demonstração ou mesmo a existência de prejuízo ao erário.

A propósito do tema:

“ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE – RECONHECIMENTO DO ELEMENTO ANÍMICO NA CONDUTA DOS DEMANDADOS – DESNECESSIDADE DE REEXAME FATOS OU PROVAS – QUADRO FÁTICO INCONTROVERSAMENTE DELINEADO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM – REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS CERTOS – PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO NAS CONDUTAS DOS DEMANDADOS – REITERAÇÃO NA COMPRA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE – EMPRESA FORNECEDORA PERTENCENTE À SECRETÁRIA MUNICIPAL DE FAZENDA CUJO GENITOR OCUPAVA O CARGO DE PREFEITO – CONDUTA VEDADA PELO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.666/93 – OFENSA A DIVERSOS PRINCÍPIOS REITORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE DESCRITO NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92 – RECURSO ESPECIAL DO PARQUET PROVIDO. (...) 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), é necessária a presença do dolo genérico, não se exigindo dolo específico nem prova de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.066.824/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/9/2013; REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 4. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido.” (REsp 1536573/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019)

Dito tudo isto, entendo que, devidamente comprovada a prática de atos de improbidade administrativa, a manutenção da condenação do recorrente é medida de justiça.

Inobstante, tenho que cabe razão ao recorrente quanto ao excesso das sanções aplicadas (6).

Esclareço.

Uma vez caracterizado o ato de improbidade administrativa, as sanções a serem arbitradas estão previstas no art. 12 da lei 8.429/92:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

Importa destacar que a imposição das sanções referidas não é automática, devendo o julgador adotar aquelas compatíveis com a conduta do agente. Em conformidade com o parágrafo único, transcrito, a fixação

das sanções deve ser individualizada e proporcional à gravidade do ato, extensão do dano e o proveito econômico auferido pelo agente.

Comentando essa regra de gradação das penalidades no caso concreto, a Professora Maria Sylvia Di Pietro assinala que:

“A expressão extensão do dano causado tem que ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade.” (Direito administrativo. 27. ed. Atlas, 2014. p. 922/923).

Também nesse sentido, a lição de Arnaldo Rizzardo:

“A Lei nº 8.429 regula a espécie e a gradação das sanções, devendo sempre dominar o princípio da proporcionalidade. Estabelece-se o máximo ou o mínimo em função da gravidade do ato, das repercussões negativas ou prejudiciais aos entes públicos, do maior ou menor benefício ilícito, e inclusive da intensidade do dolo.” (Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. p. 555).

Pois bem, no caso em apreço o juízo da causa aplicou ao requerido a pena da suspensão de seus direitos políticos pelo prazo 3 anos, sanção esta que entendo incompatível com o princípio da razoabilidade, posto não guardar estrita proporcionalidade com os atos por ele praticados e a repercussão por eles gerada.

Isto porque, o não atendimento integral às requisições feitas pelo *Parquet* não se deu de modo absolutamente injustificado, na medida em que escorado em posicionamento da Procuradoria Jurídica do Município (de que o Promotor de Justiça não detinha competência funcional para instaurar quaisquer procedimentos contra Prefeitos) - o qual, a despeito de equivocada, evidencia menor grau de reprovabilidade na conduta adotada.

Outrossim, importante lembrar que, como bem salientou o juízo *a quo*, o volume de requisições formuladas pelo *Parquet* era realmente elevado (f. 566), sendo que, do extenso rol de condutas listadas na inicial, ao final verificou-se o não atendimento de apenas dois ofícios oriundos do Inquérito Civil nº 15/10 (188/10 e 253/10) e do item “A” do Ofício nº 499/10, alusivo ao Inquérito Civil nº 34/10.

Tanto é que, como também consta da sentença objurgada (f. 568), o não atendimento a tais requisições acabou por não impedir o ajuizamento das respectivas ações civis públicas. Assim, sopesados esses elementos, entendo que a sanção de suspensão dos direitos políticos se revela desproporcional ao caso *sub judice*, situação que justifica a modificação da dosimetria da pena aplicada.

Inobstante, em atenção ao princípio da proporcionalidade, face aos atos de improbidade praticados por F. M. A. H. S., substituo a sanção aplicada pelo pagamento de multa civil no valor equivalente a um mês de sua última remuneração percebida à época dos fatos (art. 12, III, da lei 8.429/92).

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença e substituir a sanção de suspensão dos direitos políticos por multa civil, que fixo em uma vez o valor da última remuneração mensal percebida pelo apelante à época dos fatos, devidamente corrigida na forma da lei, ratificando os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível nº 0900356-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – FRAUDE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FISIOTERAPIA – COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO PRESTADOS – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – DANO AO ERÁRIO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – SANÇÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa quando o conjunto fático-probatório encartado aos autos evidencia a desnecessidade da produção da prova pericial preterida.

A cobrança por sessões de fisioterapia não prestadas, por ocasião da execução de contrato mantido com a Administração Municipal, mediante a inserção de assinaturas falsas na lista de presença da ficha de atendimento de pacientes, a fim de obter pagamento indevido, implica em enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.

A aplicação do princípio da insignificância não tem aplicação no caso dos autos, além do que, no transcurso de 1 (um) mês foram sucessivas as infrações perpetradas.

Não há como se afastar a penalidade aplicada, na medida em que restou comprovada a prática dos atos ilícitos objeto da ação em apreço, sendo proporcionalmente arbitradas.

Recurso conhecido e não 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 e com o parecer, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Natali Fisio Clínica de Fisioterapia e Estética LTDA – ME - e Ana Paula de Araújo Teixeira apelam (f. 672-687) da sentença (f. 654-665) proferida nos autos da ação civil pública que lhes move o Ministério Público Estadual. A inicial atribui às requeridas a prática de improbidade administrativa, consistente em fraudar a emissão de laudos e autorizações de encaminhamento pela Unidade Básica de Saúde Caiçara, causando dano ao erário de R\$ 711,60. Os pedidos foram parcialmente acolhidos pelo juízo da causa, com a imposição de sanções previstas no art. 12, da Lei 8.429/92. Arguem preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, na medida em que foi requerida e indeferida a produção de prova pericial em documentos, tendente à comprovação da ausência de ato lesivo. No mérito, sustentam que restou comprovado nos autos a ausência de

dolo ou culpa, havendo desídia do setor de encaminhamento de pacientes da Secretaria Municipal de Saúde no preenchimento de guias de encaminhamento. Que não houve perícia grafotécnica que comprovasse a suposta fraude nos documentos (fichas de atendimento). Ponderam que a auditoria administrativa foi direcionada para incriminá-las. Mais ainda, que o valor dos prejuízos seria ínfimo (R\$ 711,60). Argumentam, por fim, ser exagerada a condenação fixada. Requerem o provimento do recurso para o fim de anular a sentença e, sucessivamente, julgar improcedente o pleito inicial.

Resposta pugnando pelo desprovimento do apelo (f. 697-703). No mesmo sentido, o parecer ministerial (f. 714-721)

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Natali Fisio Clínica de Fisioterapia e Estética LTDA – ME e Ana Paula de Araújo Teixeira. Segundo consta da inicial, as requeridas teriam recebido indevidamente valores do Município de Campo Grande quando da execução de contrato que mantinham, fazendo inserir informações falsas em documentos informando a execução de serviços de fisioterapia que não ocorreram, fato que ensejou prejuízo ao erário.

O juízo da causa acolheu em parte o pleito inicial, condenando as requeridas a:

“(...) a) restituir integralmente os valores pagos indevidamente pelo município em favor de Natali Fisio Clínica de Fisioterapia e Estética Ltda ME, com acréscimo de juros legais e correção monetária, que deverão incidir desde o desembolso pelo Poder Público;

b) proibição contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos.

Inconformadas, sustentam as requeridas 1) a nulidade da sentença por cerceamento de defesa; 2) a improcedência do pleito inicial, ante a ausência de comprovação do dolo ou culpa; 3) ausência de prova das alegadas fraudes, havendo apenas desídia da Administração; 4) que seria ínfimo o valor dos prejuízos; e 5) que seriam exageradas as sanções impostas.”

Preliminar de nulidade da sentença

Sustentam as recorrentes que a sentença seria nula, porquanto a instrução processual teria sido encerrada sem a produção da prova pericial requerida, implicando em cerceamento ao direito de defesa.

Sem razão.

Segundo consta dos autos, foram atribuídas às recorrentes a prática de atos de improbidade administrativa na execução do Contrato Administrativo nº 140/2015 que firmaram com o Município de Campo Grande. Narra o autor que houve simulação da execução de serviços de fisioterapia, com a inclusão de informações falsas nas fichas de frequências de pacientes que jamais compareceram ao atendimento e pelos quais receberam pagamento. Entendeu o juízo *a quo* que restaram comprovados os fatos, bem como o prejuízo ao erário em R\$ 711,00.

Inicialmente o juízo da causa deferiu o pedido de a produção da prova grafotécnica requerida pelas recorrentes (f. 556), na medida em que alegaram que esta se faria necessária para comprovar a inocência quanto aos fatos alegados, bem como para apurar inconsistências, rasuras e outros erros de preenchimento que elas afirmaram não terem realizado nas fichas de atendimento.

Tal prova pericial, contudo, ficou restrita à ficha de atendimento da paciente Jakeline Maria Mesquita de Souza. Pretendiam as recorrentes demonstrar que a assinatura aposta no documento – de comparecimento às sessões de fisioterapia (f. 615-616) – era verdadeira.

Ocorre que, realizada audiência de instrução e julgamento, a paciente Jakeline Maria Mesquita de Souza foi ouvida como testemunha, e confirmou a falsidade da assinatura, fato este que já havia sido corroborado por prova documental carreada aos autos, na medida em que a caligrafia de seu documento de identificação oficial é absolutamente diversa daquela, além do que, a grafia de seu nome também havia sido aposta de forma diversa, constando como “Jaqueline” (f. 4-6).

Diante disto, o juízo de piso entendeu que a produção de tal prova revelava-se irrelevante ao deslinde do feito. Vale destacar que cabe ao juízo da causa indeferir as provas que considerar desnecessárias ao julgamento da causa, o que, em absoluto, se caracteriza cerceamento de defesa, como, aliás, está positivado na lei adjetiva de regência:

“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

E, no caso dos autos, sobressai evidente a desnecessidade da prova pericial em apreço, porquanto a prova documental e testemunhal produzidas se revelaram suficientes a comprovar a falsificação grosseira da assinatura da Sra. Jakeline em sua ficha de atendimento às sessões de fisioterapia, fato este ocorrido e verificado em relação aos demais 11 pacientes.

Diante de tais elementos, diante da desnecessidade de produção da prova preterida, tendo em mente o conjunto probatório dos autos, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa.

Mérito

Insurgem-se as apelantes alegando: “2) a inexistência de culpa ou dolo nos atos praticados, 3) a ausência de dano ao erário, dado o valor ínfimo em debate e 4) a desproporcionalidade da pena aplicada.”

A alegada ausência de culpa ou dolo nos atos praticados (2) escora-se no fundamento de que teriam demonstrado a desídia do setor de encaminhamento de pacientes da Secretaria Municipal de Saúde na sua rotina de trabalho, especialmente no preenchimento de guias de encaminhamento e outras falhas rotineiras, mediante o depoimento das testemunhas Francisco, Iara e da médica Jaqueline.

O arrazoado não se sustenta, na medida em que não há correlação alguma entre tais fatos, especialmente quanto à falsidade de assinaturas na ficha de frequência de comparecimento dos pacientes às sessões de fisioterapia.

Esta era a dinâmica burocrática, como bem destacou o juízo de piso (f. 659):

“(...) o Contrato Administrativo nº 140/2015 firmado entre o Município de Campo Grande/MS e a empresa requerida Natali Fisio Clínica de Fisioterapia e Estética Ltda – ME, representada por sua sócia administradora e também requerida nesta ação, Ana Paula de Araújo Teixeira, foi juntado às f. 72-84. Seu objeto consta da cláusula primeira, redigida da seguinte maneira: ‘Constitui objeto deste contrato a execução de serviços privados a serem realizados de forma complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, aos usuários que deles necessitam na quantidade estimada anual de 23.344 procedimentos de fisioterapia.’ Este contrato previa a forma como a clínica contratada deveria apresentar as contas para receber o pagamento pelos serviços prestados. Consta da cláusula quinta: ‘5 – Da apresentação das contas e do pagamento: Pagará mensalmente à contratada pelos serviços efetivamente prestados, conforme o valor apresentado na tabela estabelecida no item 1.1.1 deste Contrato. 5.1 – A contratada apresentará mensalmente ao contratante, até o 2º (segundo) dia útil do mês subsequente à prestação dos serviços, o Boletim de Produção Ambulatorial – BPA, e os documentos estabelecidos pela contratante referentes aos serviços efetivamente prestados. Após a validação do BPA, realizado pelo contratante, à contratada receberá, até o 15º (décimo quinto) dia útil após o resultado do processamento;’

Vale ressaltar que os fatos em si não foram negados, mas escusas de toda sorte foram erigidas, tendo as recorrentes inclusive asseverado que o procedimento adotado pela Clínica Natali Físio era pegar o laudo do paciente, solicitar a carteirinha do SUS e seu documento de identificação, mas em dias de intensa demanda esse controle pode ter falhado, resultando no atendimento de pessoa diversa daquela descrita na guia.

A dinâmica dos fatos foi didaticamente elencada pelo juízo de primeiro grau, a partir dos elementos de convicção constantes dos autos:

“(...) Apurou-se, ainda, que a requerida Ana Paula de Araújo Teixeira atuou da seguinte maneira: dirigiu-se à Unidade Básica de Saúde Caiçara com uma lista de pacientes e convenceu uma das funcionárias desta unidade a emitir novos laudos de encaminhamento de pacientes para a sua clínica de fisioterapia. Para persuadir a funcionária da unidade de saúde, a requerida alegou que os pacientes haviam extraviado seus laudos de encaminhamento. Ainda, a requerida Ana Paula pediu à funcionária que levasse os laudos de encaminhamento à médica daquela unidade, para que esta assinasse e carimbasse os laudos, alegando que as pessoas constantes daqueles documentos já eram pacientes antigos. De posse dos laudos de encaminhamento, a requerida, então, emitiu os demais documentos necessários para a comprovação e pagamento das sessões de fisioterapia, dentre eles o ‘Controle de Frequência Individual’ (f. 108, 113, 118, 123, 128, 133, 138, 143, 148, 153, 158, 162) em que foram apostas assinaturas que não partiram do punho das pessoas nominadas naqueles documentos.” (f. 660-661)

Foi mediante esta conduta artilosa que as recorrentes cobraram por serviços de fisioterapia a pacientes sem a correspondente prestação de serviço, como destacou em juízo a testemunha Fernanda de Almeida Marques Guimarães, servidora pública municipal lotada na auditoria de serviços da SESA, que constatou a divergência nas folhas de frequência dos pacientes (depoimento audiovisual).

Diante de tais elementos, é possível verificar claramente a conduta ímproba das apelantes nos atos elencados nos arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei nº 8.429/92, visto que, durante a execução do Contrato Administrativo nº 140/2015, houve enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da Administração Pública.

Prosseguindo, vale assentar que também não merece acolhida o argumento de ausência de dano ao erário, dado o valor ínfimo em debate (3).

O dano ao erário existiu, tanto que as recorrentes promoveram a devolução do valor correspondente aos atendimentos não prestados (f. 528) - após ter sido apurado por meio da auditoria da SESA.

Noutro giro, vale asseverar que o alegado valor ínfimo do desfalque aos cofres públicos também não afasta a ilicitude da conduta ímproba perpetrada, mormente ao se ter em mente que se referia a apenas 01 mês de atendimentos (fevereiro de 2016), sendo certo que o “equivoco” apurado referiu-se a assinaturas de comparecimento a sessões de fisioterapia não realizadas por 12 pacientes, totalizando 120 sessões, ou seja, a hipótese versada nos autos trata de sucessivas infrações perpetradas no transcurso de apenas 1 mês.

Não bastasse isso, de bom alvitre salientar que, no que tange à aplicação do princípio da insignificância (instituto de utilização corriqueira na esfera do Direito Penal, que impede a aplicação da norma sancionadora diante de fatos típicos juridicamente inexpressivos) não tem aplicação no caso dos autos. Isto porque o interesse público é indisponível e as sanções administrativas não trazem a gravidade das sanções penais, conforme se extrai da orientação sedimentada no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PRINCÍPIO – INSIGNIFICÂNCIA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O chefe de gabinete da prefeitura aproveitou-se da força de três servidores municipais, bem como de veículo pertencente à municipalidade, para transportar móveis de seu uso particular. Ele, ao admitir os fatos que lhe são imputados (são incontroversos e confessados), pediu exoneração do cargo e ressarcir aos cofres públicos a importância de quase nove reais referente ao combustível utilizado no deslocamento. Então, o MP, em ação civil pública, buscou imputar ao réu as condutas dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992. Por sua vez, o juízo singular reconheceu a configuração da improbidade administrativa e lhe cominou

multa de mil e quinhentos reais, porém afastou a pretendida suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público. No recurso, o réu buscava afastar a multa imposta, mas o TJ, considerando o valor e o ressarcimento imediato do dano, bem como o pedido de exoneração acabou por julgar improcedente a ação civil pública. Para isso, aplicou à hipótese o princípio da insignificância em analogia com o Direito Penal: apesar de típica, a conduta não atingiria, de modo relevante, o bem jurídico protegido. Diante disso, vê-se que o bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser, objetivamente, considerada: ela não comporta relativização a ponto de permitir 'só um pouco' de ofensa. Daí não se aplicar o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como improbas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade. Constatou-se que, em nosso sistema jurídico, vige o princípio da indisponibilidade do interesse público, a que o Poder Judiciário também está jungido. Mesmo no âmbito do Direito Penal, o princípio da insignificância é aplicado com parcimônia, visto que o dano produzido não é avaliado apenas sob a ótica patrimonial, mas, sobretudo, pela social. Anote-se haver precedente deste Superior Tribunal quanto ao fato de o crime de responsabilidade praticado por prefeito não comportar a aplicação do princípio da insignificância ao fundamento de que, por sua condição, exige-se dele um comportamento adequado, do ponto de vista ético e moral. Se é assim no campo penal, com maior razão o será no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, de caráter civil. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso especial do MP, afastando a aplicação do referido princípio. Precedente citado: REsp 769.317-AL, DJ 27/3/2006.” (REsp 892.818-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11/11/2008 (Informativo nº 0376 Período: 10 a 14 de novembro de 2008).

Finalmente, devidamente comprovados os atos ímprobos perpetrados, por corolário, não há como se afastar a aplicação da penalidade imposta às recorrentes (4). Prosseguindo, também não se pode considerar desproporcionais as sanções impostas (restituição de valores e proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 10 anos).

Na hipótese veiculada nos autos, embora a repercussão econômica do ato praticado foi de pequena monta (R\$ 711,00), os atos praticados foram graves, consistindo em condutas tipificadas, em tese, no código penal (falsidade de documento público – art. 297, do Código Penal), a merecer maior reprimenda.

Nessas circunstâncias, a restituição dos valores desviados, além da suspensão do direito de contratar com o Poder Público revelam-se suficientes para a reprimenda à conduta do agente ímprobo, objeto destes autos. Em hipótese bastante similar, mas consideravelmente mais grave, envolvendo funcionário fantasma, que percebeu remuneração por 18 meses, sem nenhuma contraprestação à Administração Pública, esta Corte fixou, além da pena de restituição de valores e multa, a proibição de contratar com o Poder Público, veja:

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO APELO DA PRIMEIRA REQUERIDA – ACOLHIDA – INOVAÇÃO RECURSAL – ATOS DE IMPROBIDADE CONFIGURADOS – ASSESSOR PARLAMENTAR REMUNERADO SEM TRABALHAR – DOSIMETRIA (ART. 12, DA LEI 8.429/92) CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA PARA DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS COMO PROVENTOS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PERDA DO CARGO PÚBLICO POR PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO POR 10 ANOS – MAJORAÇÃO DA SANÇÃO IMPOSTA AO SEGUNDO REQUERIDO (EDSON) – PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO POR 10 ANOS – MANUTENÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – APELO DA PRIMEIRA REQUERIDA CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO – APELO DO REQUERIDO CONHECIDO E DESPROVIDO – APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONHECIDO E DESPROVIDO. (...). De todo o conjunto probatório é inafastável concluir que o requerido, embora tenha sido nomeado para o cargo de assessor parlamentar por vereadora do município, além de não permanecer no prédio da Câmara Municipal durante o horário de expediente para laborar como assessor parlamentar em serviços internos, também não logrou êxito em comprovar os alegados

serviços externos. Tal fato teve ciência e conivência da vereadora requerida, a qual restou condenada solidariamente. Os fatos narrados na inicial e sobejamente demonstrados nos autos denotam não apenas infringência ao dever de probidade dos apelantes, mas também e sobretudo violação aos princípios da legalidade, da moralidade, impessoalidade e eficiência, de forma que incorreram nas práticas descritas nos artigos 9º, 10 e 11, da lei de improbidade. Em conformidade com a orientação doutrinária e jurisprudencial, reconhecida a improbidade administrativa a imposição das sanções previstas no art. 12 da lei 8.429/92 não é automática, devendo o julgador adotar aquelas compatíveis com a conduta do agente e proporcionais à gravidade do ato, extensão do dano e o proveito econômico auferido. Devem ser modificadas as penas impostas ao primeiro requerido, para substituir a pena de perda do cargo pela pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios por 10 anos, conforme precedente similar analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1019555/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009). A mesma sanção deve ser imposta também ao segundo requerido (Edson), pois não se admite a imposição exclusiva da pena de ressarcimento do dano ao erário na hipótese de improbidade administrativa, sob pena confusão com a sanção por ilícito civil, esvaziando sua gravidade, conforme precedente citado. Sem majoração de honorários advocatícios, porque sequer fixados em primeiro grau diante da espécie de ação.” (Apelação Cível nº 0800465-49.2013.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 09/05/2017, p: 11/05/2017)

Dessarte, entendo que as sanções impostas pelo juízo da causa revelam-se compatíveis com a repercussão dos atos praticados pelo agente ímprobo.

Ante o exposto, contrariando o parecer, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, ratificando os termos da sentença invecivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1412998-44.2019.8.12.0000 - Bonito

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – CAPÍTULO REFERENTE À PENHORA EM REFORÇO DE BEM DE FAMÍLIA NÃO CONHECIDO – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – FRAUDE À EXECUÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE IMÓVEL POR DIREITO DE AÇÕES – POSSIBILIDADE – RELATIVIZAÇÃO DA ORDEM DE GRADAÇÃO LEGAL PREVISTA NA LEI 6.830/80.

Não há interesse recursal quando o provimento do recurso não puder modificar para melhor a situação daquele que o interpôs.

A fraude à execução fiscal é disciplinada pelo art. 185 do CTN e dispõe ser fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a fazenda pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Os requisitos para a configuração da fraude à execução fiscal trazem uma presunção absoluta da fraude, de forma que basta a inscrição de débito em dívida ativa, incabível a análise de boa-fé na conduta do terceiro adquirente do bem. Para que se afaste a presunção é necessário que o devedor reserve bens que assegurem o pagamento da dívida não adimplida.

É possível a relativização da gradação legal prevista no art. 11 da Lei 6.830/80. De forma que cabe ao julgador analisar as circunstâncias para que seja observada a regra contida no art. 620 do CPC, a qual dispõe que a execução deve prosseguir da forma menos onerosa possível ao devedor. Assim, a substituição da penhora de bem imóvel objeto de negociação de compra e venda pode ser substituída por direitos decorrentes de ação julgada procedente, cujo saldo é suficiente para adimplir a dívida com o ente público.

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, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Deidre Pereira Bueno interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em demanda de execução fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a qual reconheceu a ocorrência de fraude à execução com a consequente declaração de ineficácia do negócio jurídico de alienação do imóvel matriculado sob o nº 67.974 do CRI da comarca de Presidente Prudente.

A agravante sustenta a inexistência de fraude e a validade do negócio jurídico, razão pela qual não seria devida a penhora do imóvel alienado. Informa que teria vendido o imóvel matriculado sob o nº 67.974 do CRI

de Presidente Prudente no ano de 2015 para legalização do imóvel de matrícula 50.092, o qual seria utilizado para a sua moradia. Alega ser incabível a penhora em reforço de imóvel bem de família. Afirma que ajuizou uma demanda indenizatória por erro médico contra a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, a qual estaria em fase de cumprimento de sentença, que foi julgada procedente com a consequente condenação da parte ré ao pagamento de R\$ 100.00,00 (cem mil reais), valor suficiente para atender a presente execução.

Contraminuta às f. 33-/337.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Deidre Pereira Bueno interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em demanda de execução fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a qual reconheceu a ocorrência de fraude à execução com a consequente declaração de ineficácia do negócio jurídico de alienação do imóvel matriculado sob o nº 67.974 do CRI da comarca de Presidente Prudente.

A agravante sustenta a inexistência de fraude e a validade do negócio jurídico, razão pela qual não seria devida a penhora do imóvel alienado. Informa que teria vendido o imóvel matriculado sob o nº 67.974 do CRI de Presidente Prudente no ano de 2015 para legalização do imóvel de matrícula 50.092, o qual seria utilizado para a sua moradia. Alega ser incabível a penhora em reforço de imóvel bem de família. Afirma que ajuizou uma demanda indenizatória por erro médico contra a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, a qual estaria em fase de cumprimento de sentença, que foi julgada procedente com a consequente condenação da parte ré ao pagamento de R\$ 100.00,00 (cem mil reais), valor suficiente para atender a presente execução.

Fundamentação

Inicialmente, não conheço do recurso em relação a alegação de que seria incabível a penhora em reforço do imóvel bem de família, registrado na Matrícula nº 50.092, porquanto não houve, na decisão agravada, decisão de penhora sobre o bem.

Quanto ao imóvel matriculado sob o nº 67.974 do CRI de Presidente Prudente, a agravante sustenta a inexistência de fraude e a validade do negócio jurídico. A fraude à execução fiscal é disciplinada pelo art. 185 do CTN e dispõe ser presumida *“fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a fazenda pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.”*

Assim, conforme o texto legal, os requisitos para a configuração da fraude à execução fiscal trazem uma presunção absoluta da fraude, de forma que basta a inscrição de débito em dívida ativa. Para que se afaste a presunção é necessário que o devedor reserve bens que assegurem o pagamento da dívida não adimplida.

Pontua-se que na fraude à execução fiscal, não se analisa a boa-fé na conduta do terceiro que adquire o patrimônio do devedor fiscal, de forma que é inaplicável a súmula 375 do STJ. Isso porque a finalidade do art. 185 do CTN é proteger o interesse público contra atos de dilapidação do patrimônio por parte do devedor, uma vez que o recolhimento de tributos é o meio de satisfação das necessidades coletivas.

Neste sentido, verifico dos autos que o ajuizamento de execução fiscal contra agravante ocorreu em 27/12/2002 (f. 02 dos autos principais) e a inscrição em dívida ativa se deu em 28/11/2002, conforme CDA acostada às f. 03-04 dos autos principais. A citação da executada ocorreu em março de 2003, enquanto a alienação do bem registrado sob a Matrícula nº 67.974 do CRI de Presidente Prudente foi em 03/07/2015. Desta forma configurada a fraude à execução fiscal.

A agravante pede a substituição da penhora do imóvel pelo crédito proveniente de demanda indenizatória por erro médico ajuizada contra a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul que foi julgada procedente com a consequente condenação da parte ré ao pagamento de R\$ 100.00,00 (cem mil reais), valor suficiente para atender a presente execução. A demanda estaria em fase de cumprimento de sentença, com Ofício RPV expedido e aguardando pagamento.

O agravado manifestou-se contra a substituição sob o argumento de que os direitos de ações são os últimos na ordem de classificação dos bens penhoráveis trazidos pelo art. 11 da lei de execuções fiscais.

Ocorre que a gradação legal prevista no art. 11 da Lei 6.830/80 não deve ser entendida como regra absoluta. Cabe ao julgador analisar as circunstâncias para que seja observada a regra contida no art. 620 do CPC, a qual dispõe que a execução deve prosseguir da forma menos onerosa possível ao devedor.

Neste sentido, é certo que a desconstituição de um negócio jurídico aperfeiçoado traria maiores complicações à parte devedora. Ainda, eventual leilão judicial poderia não ser bem sucedido com a ausência de compradores interessados ou arremate do bem em valor insuficiente para saldar a dívida. Assim, não há porque se criar ainda mais um ônus ao devedor que apresenta alternativa viável para adimplir a dívida.

Assim, deve ser substituída a penhora do imóvel, pelos direitos de ação decorrentes dos Autos nº 0012535-37.2007.403.6000, em curso na 4ª Vara Federal de Campo Grande.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e parte e dou parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para o fim de determinar a substituição da penhora do imóvel matriculado sob o nº 67.974 do CRI de Presidente Prudente pelos direitos de ação decorrentes dos Autos nº 0012535-37.2007.403.6000, em curso na 4ª Vara Federal de Campo Grande.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento, 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. Nélcio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1401240-34.2020.8.12.0000 - Nova Andradina

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – REQUERIMENTO DE ADOÇÃO DE MEDIDA COERCITIVA ATÍPICA PELO CREDOR – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E EFETIVIDADE.

As medidas coercitivas atípicas não possuem caráter punitivo. Elas devem visar a atingir o patrimônio do devedor (princípio da responsabilidade patrimonial) e não o próprio devedor, mediante restrição de seus direitos.

Inexiste utilidade prática na apreensão da carteira nacional de habilitação do devedor. O meio buscado é desproporcional e ineficaz para satisfação do débito.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª 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, 9 de março de 2020

Des. Vilson Bertelli

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Banco do Brasil S.A. interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida no cumprimento de sentença, apresentado contra Rodrigo dos Santos Oliveira - Eireli ME e outro. Foi indeferido o requerimento de aplicação de medida coercitiva, consistente na suspensão da carteira nacional de habilitação da parte executada.

Afirmou, por não terem sido encontrados bens para quitar o débito, deve ser determinada medida coercitiva atípica, a fim de compelir o devedor a cumprir sua obrigação.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 429-430).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Fundamentação

Com fundamento no art. 139, IV, do Código de Processo Civil, é possível a aplicação de medidas coercitivas atípicas na execução, a fim de compelir o devedor à satisfação do débito.

Para tanto, deve estar demonstrada a imprescindibilidade do meio adotado, proporcional e razoável, para obtenção do cumprimento da ordem judicial. Trata-se de medida instrumental para proteção da responsabilidade patrimonial.

Na hipótese, a medida aplicada possui caráter punitivo e não coercitivo. E não há no ordenamento jurídico a previsão de medidas punitivas atípicas, mas apenas de medidas coercitivas de tal natureza.

Ainda, as providências devem visar atingir o patrimônio do devedor (princípio da responsabilidade patrimonial) e não o próprio devedor, mediante restrição de seus direitos. Neste contexto, não há qualquer utilidade prática na suspensão da carteira nacional de habilitação do devedor, pois não atingem seus bens, tampouco servem de instrumento para tanto.

Neste sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PEDIDO PARA ADOÇÃO DE ‘MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO’, CONSISTENTES NA APREENSÃO DO PASSAPORTE E DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - CNH -, BEM COMO NO BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO DA AGRAVADA – MEDIDAS RESTRITIVAS DA LIBERDADE DE IR E VIR E DE DIREITOS INCOMPATÍVEIS COM A PRETENDIDA COBRANÇA DE CRÉDITO – MODOS DE COERÇÃO NÃO PREVISTOS NA LEI PARA A REALIZAÇÃO DE CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO – PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO LIMITADOR – INAPLICABILIDADE DO ART – 139, INC. IV, DO CPC/15 AO CASO CONCRETO – AS ‘MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS OU SUB-ROGATÓRIAS’ DE QUE TRATA O DISPOSITIVO CITADO TEM POR FINALIDADE ‘ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS’, O QUE NÃO SE CONFUNDE COM A COBRANÇA DE DÍVIDA – PRECEDENTES – DECISÃO MANTIDA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO – UNÂNIME.” (Agravado de Instrumento nº 70074440421, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 23/08/2017).

“EMENTA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – MONITÓRIA – FASE DE EXECUÇÃO – DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DA CREDORA DE SUSPENSÃO DE CNH, APREENSÃO DE PASSAPORTES E BLOQUEIO DOS CARTÕES EXISTENTES EM NOME DOS SÓCIOS DA EMPRESA RÉ – MEDIDAS COERCITIVAS QUE ULTRAPASSAM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – AGRAVO PREJUDICADO EM PARTE E NÃO PROVIDO.” (TJSP. 2107033-25.2017.8.26.0000. Publicação 14/09/2017. Julgamento 13 de Setembro de 2017. Relator Silvia Rocha)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – REQUERIMENTO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS – SUSPENSÃO DA LICENÇA PARA DIRIGIR E APREENSÃO DO PASSAPORTE – AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO – OFENSA À DIGNIDADE DO EXECUTADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Ainda que infrutíferas as tentativas de localização de bens do executado passíveis de penhora, não é razoável e nem efetiva a adoção das excepcionais medidas coercitivas, na forma do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e apreensão do passaporte do executado, haja vista que tais providências extrapolariam o objetivo do processo de expropriação direcionado à satisfação do crédito exequendo, além de traduzirem ingerência em direitos e garantias individuais, tais como a dignidade e a liberdade de locomoção do agravado, em preterição aos arts. 5º da Constituição Federal e 805 do Código de Processo Civil. 2. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (TJDFT - 0715301-81.2017.8.07.0000. Publicado no DJE: 28/02/2018. Relatora: Sandra Reves)

Importante destacar, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão no sentido de que a adoção de meios executivos atípicos é cabível, de maneira subsidiária, quando presentes indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável e tenha a intenção de ocultá-lo. A decisão, neste caso, deve conter fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

Na presente execução não foram encontrados bens em nome dos devedores. E não há qualquer evidencia de que eles estejam ocultando patrimônio.

Dessa forma, não se justifica a pretensão da parte recorrente, pois o pedido de suspensão da CNH do executado, se acolhido, serviria mais como um meio de punição pela sua insuficiência patrimonial do que propriamente coerção de alguém sem bens, desvirtuando a finalidade objetiva da norma, que apenas buscou criar mecanismos para evitar condutas furtivas dos que detém possibilidade de pagar, mas ocultam seu patrimônio. Neste sentido foi a conclusão do STJ em caso semelhante ao ora analisado (Recurso Especial de nº 1.788.950/MT, Relatora Min. Nancy Andrighi, acórdão de 23 de abril de 2019).

Portanto, a decisão deve ser mantida.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

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. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélcio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 9 de março de 2020.

2ª Câmara Cível

Relator Des. Vilson Bertelli

Apelação Cível nº 0815462-24.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – ANULATÓRIA DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL – OBSERVÂNCIA DAS NORMAS PREVISTAS NA LEI Nº 9514/97 – AUSÊNCIA DE INTERESSADOS NOS LEILÕES – BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA FIDUCIÁRIA DE FORMA VOLUNTÁRIA.

Frustrado o segundo leilão do imóvel dado em garantia por ausência de interessados, a dívida é extinta e o credor fiduciário se exonera da obrigação de entregar a importância que sobejar ao valor da dívida em eventual alienação, em conformidade com o artigo 27, § 2º-B, da Lei nº 9.514/97.

O oferecimento voluntário da residência familiar em garantia de alienação fiduciária em contrato de mútuo e a posterior alegação de inalienabilidade do bem configura comportamento contraditório do devedor, motivo pelo qual viola o princípio da boa-fé objetiva.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de março de 2020.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Adriana Sartori dos Anjos Ocampo, Magno Ocampo, Hectore Ocampo e Darci Brito Lemes Ocampo interpõem recurso de apelação (f. 448-469) contra sentença de improcedência do pedido (f. 415-423), proferida nos autos de processo de anulação, ajuizada em desfavor do Banco Pan S/A, Luciana Gomes Rodrigues Queiroz e Luiz Eleutério de Queiroz.

Consideram nula a venda do imóvel dado em garantia no contrato de mútuo, sob argumento de ser vil o preço arrecadado no leilão extrajudicial (R\$ 296.000,00 – duzentos e noventa e seis mil reais). Disseram que o imóvel foi avaliado em R\$ 712.000,00 (setecentos e doze mil reais) na data da assinatura do contrato de mútuo e atualmente está avaliado em R\$ 923.534,40 (novecentos e vinte e três mil, quinhentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos).

Não concordam com o fundamento usado na sentença para afastar a alegação de bem de família. Afirmam que a indicação do bem em alienação fiduciária não implica renúncia aos benefícios da Lei nº 8.009/90, mesmo quando os garantidores da dívida são proprietários de outro imóvel residencial.

Contrarrazões às f. 476-490.

VOTO (EM 10/03/2020)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por Adriana Sartori dos Anjos Ocampo, Magno Ocampo, Hectore Ocampo e Darci Brito Lemes Ocampo contra sentença de improcedência do pedido (f. 415-423), proferida nos autos de processo de anulação, ajuizada em desfavor do Banco Pan S/A, Luciana Gomes Rodrigues Queiroz e Luiz Eleutério de Queiroz.

Fundamentação

Conforme fatos narrados, os autores celebraram contrato de financiamento com constituição de alienação fiduciária com o banco réu, no valor de R\$ 204.801,36 (duzentos e quatro mil, oitocentos e um reais e trinta e seis centavos), para ser pago em 240 (duzentos e quarenta) parcelas mensais e consecutivas, a primeira no dia 11 de setembro de 2014 e a última com vencimento previsto para o dia 11 de agosto de 2014. Deram em garantia o imóvel localizado à Rua 14 de Julho, nº 459, em Campo Grande, avaliado em R\$ 712.000,00 (setecentos e doze mil).

Os autores admitem que deixaram de pagar 5 (cinco) parcelas desse contrato (nº 26, 27, 28, 29 e 30), no valor total de R\$ 27.859,48 (vinte e sete mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e quarenta e oito centavos).

De acordo com o artigo 26 da Lei nº 9.514/1997, há consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia de alienação fiduciária em favor do credor fiduciário quando vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e o devedor fiduciante é previamente constituído de sua mora.

Os devedores foram previamente constituídos em mora e houve consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia em favor do credor fiduciário, tanto é que não há insurgência contra essas fases do processo administrativo na demanda.

Após consolidação da propriedade, o credor fiduciário tentou vender o imóvel dado em garantia por meio de leilão extrajudicial em duas oportunidades e nesses leilões os lances não podem ser inferiores, respectivamente, ao valor do imóvel e ao valor da dívida, nos termos do artigo 27, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.514/97.¹

E mesmo tendo direito de preferência de adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, de acordo com o artigo 27, § 2º-B, da Lei nº 9.514/97, os autores (devedores fiduciantes) não ofertaram lances nos dois leilões realizados.

Tendo em vista a ausência de interessados nos dois leilões realizados, houve a extinção da obrigação assumida no contrato de financiamento com constituição de alienação fiduciária e exoneração da obrigação do credor fiduciário de entregar a importância que sobejar ao valor da dívida, em conformidade com o artigo 27, § 2º-B, da Lei nº 9.514/97.²

Por isso o banco réu, por ser efetivo proprietário, estava autorizado a vender o imóvel dado em garantia por qualquer valor, independentemente da anuência dos devedores fiduciantes, pois a alienação ocorreu depois de esgotadas todas etapas previstas na Lei nº 9.514/97. Ou seja, o valor da venda do imóvel não interfere na validade dessa negociação. Nesse sentido:

1 Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

2 § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

“RECURSO ESPECIAL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – IMÓVEL – LEILÕES – FRUSTRAÇÃO – PRETENSOS ARREMATANTES – NÃO COMPARECIMENTO – LANCES – INEXISTÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.ºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 é aplicável às hipóteses em que os dois leilões realizados para a alienação do imóvel objeto da alienação fiduciária são frustrados, não havendo nenhum lance advindo de pretensos arrematantes.

3. Vencida e não paga a dívida, o devedor fiduciante deve ser constituído em mora, conferindo-lhe o direito de purgá-la, sob pena de a propriedade ser consolidada em nome do credor fiduciário com o intuito de satisfazer a obrigação. Precedente.

4. Inexistindo a purga da mora, o credor fiduciário terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado do registro de averbação da consolidação da propriedade na matrícula do respectivo imóvel, para promover o leilão público com o objetivo de alienar o referido bem.

5. O § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 abrange a situação em que não houver, no segundo leilão, interessados na aquisição do imóvel, fracassando a alienação do bem, sem a apresentação de nenhum lance.

6. Na hipótese, frustrado o segundo leilão do imóvel, a dívida é compulsoriamente extinta e as partes contratantes são exoneradas das suas obrigações, ficando o imóvel com o credor fiduciário.

7. Recurso especial provido.” (REsp 1654112/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018)

Do mesmo modo, não existe justificativa jurídica para declarar a nulidade da arrematação por se tratar de bem de família.

A alegação de inalienabilidade do imóvel, ao fundamento de ser bem de família, não impede o credor fiduciário de vendê-lo. Isso porque o oferecimento voluntário de bem de família em garantia de alienação fiduciária em contrato de mútuo e a posterior alegação de impenhorabilidade desse bem configura comportamento contraditório, violador do princípio da boa-fé objetiva.

Por isso, nessa situação, o bem de família não recebe a proteção legal prevista na Lei nº 8.009/1990, razão pelo qual pode ser leiloado livremente após consolidação da propriedade em favor da credora fiduciária. A atual orientação jurisprudencial encontra-se nesse sentido:

“DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA – POSSIBILIDADE – CONDUTA QUE FERE A ÉTICA E A BOA-FÉ.

1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família.

2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família.

4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais.

5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnano pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório).

6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais.

7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário.

8. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97.

9. Recurso especial conhecido e não provido.” (REsp 1560562/SC, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 04/04/2019)

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação. 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.

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (1º vogal)

Peço vênica ao eminente desembargador relator para discordar de seu entendimento e votar de forma divergente.

A apelante requer o provimento deste recurso, para o fim de reformar sentença que julgou extinto o feito quanto ao pedido de nulidade procedimental em virtude do instituto do bem de família, sem resolução do mérito e, ainda, improcedentes os demais pedidos formulados na ação determinando a extinção do feito, com resolução do mérito. Para isso, sustenta que inexistente nulidade pela baixa avaliação no valor do imóvel, e, por consequência, o baixo valor do bem adquirido em leilão extrajudicial.

Aduz, também, que o instituto do bem de família é uma regra protetiva de ordem pública, uma vez instituído, não pode ser objeto de renúncia para que fosse oferecido esse bem em garantia, tampouco, a instituição financeira poderia ter vendido em leilão extrajudicial esse imóvel ilegalmente adquirido, viciado pela nulidade do supracitado instituto.

Sobre o tema, possuo o entendimento que, mesmo não havendo licitantes no 2º leilão (Hasta), o Banco não pode se apropriar do imóvel pelo valor da dívida, devendo restituir aos devedores o valor que sobejar após descontados o débito, acréscimos e despesas. De qualquer modo, o bem era gravado e não poderia ser o gravame extinto para o fim de alienação fiduciária; em verdade, essa se torna ilícita e não pode prevalecer.

Conveniente anotar que, embora a regra seja processual, ela tem natureza de direito material, já que permite o apossamento (indevido) de valores pelo credor fiduciário, em evidente enriquecimento ilícito. Tratando-se de direito material, a alteração legislativa não pode prevalecer no intermédio do contrato de alienação fiduciária, durante sua vigência. Em outras palavras, uma vez estabelecido o contrato, segundo as regras legais da época, lei posterior não poderia afetar, alterar ou elidir o contrato celebrado, nem alterar as obrigações e direitos da parte, sob pena de configurar inominável ilegalidade e afronta aos mais mezinhos princípios de direito.

Anoto que não se trata de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal (que evidentemente é inconstitucional), mas sim de sua inaplicabilidade ao contrato objeto dos presentes autos, em razão da anterioridade deste.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e voto por dar-lhe provimento para desconstituir a alienação fiduciária em razão de ter sido indevidamente retirado o gravame instituído em favor de pessoa, à época, de menor idade e, de consequência, anulada a hasta pública.

Alternativamente, em não havendo acolhimento deste voto nesses parâmetros, voto pelo provimento do recurso para declarar a inaplicabilidade do artigo 27, parágrafo quinto, da Lei nº 9.514/97, de tal forma que o credor fiduciante restitua o valor da diferença entre o valor do imóvel e o valor do remanescente da dívida, aí incluídos os acréscimos e atualizações legais, ambas verbas corrigidas monetariamente, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Julizar), após o relator negar provimento e o 1º vogal dar provimento ao recurso.

VOTO (EM 17/03/2020)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (2º vogal)

Está em julgamento a apelação cível interposta por Adriana Sartori dos Anjos Ocampo, Magno Ocampo, Hectore Ocampo e Darci Brito Lemes Ocampo contra sentença que, na ação anulatória movida em face do Banco Pan S.A., Luciana Gomes Rodrigues Queiroz e Luiz Eleutério de Queiroz, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

O relator, Des. Vilson Bertelli, ao analisar e valorar todas as provas produzidas nos autos, negou provimento ao recurso por entender que o oferecimento voluntário de bem de família em garantia de alienação fiduciária em contrato de mútuo e a posterior alegação de impenhorabilidade desse bem configura comportamento contraditório, violador do princípio da boa-fé objetiva e, consequentemente não recebe a proteção legal prevista na Lei nº 8.009/1990, razão pelo qual pode ser leiloado livremente após consolidação da propriedade em favor da credora fiduciária.

O 1º vogal, Des. Nélcio Stábile, deu provimento ao recurso para reformar a sentença a fim de desconstituir a alienação fiduciária e anular a hasta pública e, alternativamente, caso não acolhido o seu voto nesses termos, deu provimento para declarar a inaplicabilidade do artigo 27, § 5º, da Lei 9.514/97, de tal forma que o credor fiduciante restitua o valor da diferença entre o valor do imóvel e o remanescente da dívida, incluídos os acréscimos e atualizações legais, o que será apurado em liquidação de sentença.

Pedi vista para melhor analisar os autos e estou convencido que devo acompanhar o i. relator.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste eg. Tribunal são no sentido de que o oferecimento voluntário de bem de família em garantia de alienação fiduciária em contrato de mútuo e a posterior alegação de impenhorabilidade desse bem configura comportamento contraditório, violador do princípio da boa-fé objetiva.

Revela-se incontroverso que os recorrentes celebraram contrato de financiamento com constituição de alienação fiduciária com o recorrido no valor de R\$ 204.801,36 (duzentos e quatro mil, oitocentos e um reais e trinta e seis centavos), porém deixaram de pagar 5 (cinco) parcelas desse contrato (nº 26, 27, 28, 29 e 30), no valor total de R\$ 27.859,48 (vinte e sete mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e quarenta e oito centavos).

Segundo o artigo 26 da Lei nº 9.514/1997, a propriedade do imóvel dado em garantia de alienação fiduciária em favor do credor fiduciário é consolidada quando vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e o devedor fiduciante é previamente constituído de sua mora, o que, efetivamente ocorreu, mormente porque não consta insurgência a respeito.

A respeito, constou no voto do relator “(...) Os devedores foram previamente constituídos em mora e houve consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia em favor do credor fiduciário, tanto é que não há insurgência contra essas fases do processo administrativo na demanda.”

A propósito:

“AGRAVO INTERNO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA.

1. É presumido o benefício gerado à entidade familiar nas hipóteses em que a dívida for contraída por empresa cujos únicos sócios são marido e mulher; ou quando se tratar de firma individual. Precedentes.

2. A alienação fiduciária implica a transmissão condicional da propriedade do devedor (fiduciante) para o credor (fiduciário). Vencida e não paga a dívida, consolidar-se-á a propriedade do bem em nome do fiduciário.

3. ‘Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais’ (REsp 1559348/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 5/8/2019).

4. Ausente a violação manifesta de norma jurídica, por parte do acórdão rescindendo, não merece reparo o julgado estadual que julgou improcedente a ação rescisória.

5. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp 1823055/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 18/02/2020)

“RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973 – NÃO OCORRÊNCIA – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – TRANSMISSÃO CONDICIONAL DA PROPRIEDADE – BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA – VALIDADE DA GARANTIA – VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.

1. Não há falar em omissão ou contradição do acórdão recorrido se as questões pertinentes ao litígio foram solucionadas, ainda que sob entendimento diverso do perfilhado pela parte.

2. O incidente de uniformização de jurisprudência não se confunde com a irresignação recursal, ostentando caráter preventivo. Daí por que o seu processamento depende da análise de conveniência e oportunidade do relator e deve ser requerido antes do julgamento do apelo nobre.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei nº 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.

4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.

5. A propriedade fiduciária consiste na transmissão condicional daquele direito, convencionada entre o alienante (fiduciante), que transmite a propriedade, e o adquirente (fiduciário), que dará ao bem a destinação específica, quando implementada na condição ou para o fim de determinado termo.

6. Vencida e não paga, no todo em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, consequência ulterior; prevista, inclusive, na legislação de regência.

7. Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais.

8. Recurso especial não provido.” (REsp 1559348/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/06/2019, DJe 05/08/2019)

Este Tribunal também já se posicionou no mesmo sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ATO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – INTIMAÇÃO POR EDITAL DE UMA DAS PROPRIETÁRIAS – AUSÊNCIA DE VÍCIO – DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO – ARTIGO 26, §§ 3º E 4º, DA LEI Nº 9.514/1997 VIGENTE AO TEMPO DA PRÁTICA DO ATO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR SOBRE A DESIGNAÇÃO DA HASTA PÚBLICA – CIÊNCIA INEQUÍVOCA CONFESSADA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – AFASTADA – AVALIAÇÃO POR PREÇO VIL – INOCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Se a Lei nº 9.514/1997, com a redação em vigor ao tempo da intimação (2015), não exigia o esgotamento das tentativas de localização do devedor para que fosse realizada a intimação via edital, inexistente a nulidade alegada pelos autores, mormente se o oficial do Cartório de Registro atestou a impossibilidade de encontrar um dos devedores para a realização da intimação pessoal para purgação da mora. II. A despeito de ser necessária a intimação dos proprietários sobre a data da realização do leilão extrajudicial, se eles mesmos confirmam que tiveram ciência inequívoca da sua ocorrência por meio de informação obtida na internet, não há prejuízo ao exercício do direito de purgação da mora que autorize a declaração de nulidade. III. Por força do brocardo pas de nullité sans grief, não se decreta a nulidade, embora constatado o vício no ato processual, se não houver prejuízo. IV. Sendo o imóvel dado em garantia fiduciária pelo proprietário, afasta-se a proteção da impenhorabilidade do bem de família, em aplicação analógica da regra do artigo 3.º, inciso V, da Lei nº 8.009/1990. V. Inexiste preço vil se a avaliação do imóvel feita pelo credor é apenas 10% inferior à avaliação apresentada pelos devedores.” (TJMS. Apelação Cível nº 0834843-86.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 27/02/2020, p: 28/02/2020)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL – CONTRATO DE CAPITAL DE GIRO – POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL – RITO DO ART. 26 DA LEI 9.514/97 – OBSERVADO – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – APLICAÇÃO DA REGRAS DO EXCEÇÃO DO INCISO V DO ART. 3º DA LEI Nº 8.009/90. RECURSO DESPROVIDO. Afasta-se a proteção da impenhorabilidade do bem de família do imóvel dado em garantia fiduciária pelo proprietário, aplicando-se, por analogia o inciso V do art. 3º da Lei nº 8.009/90. O entendimento assente na jurisprudência é pela licitude da contratação de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos de empréstimo alheios ao sistema de financiamento imobiliário, como ocorre no contrato de empréstimo para capital de giro, na forma do art. 22 da Lei 9.514/97 e do art. 51 da Lei 10.931/2004.” (TJMS. Apelação Cível nº 0805463-54.2012.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/09/2018, p: 28/09/2018)

Conclusão

Assim, voto por se acompanhar o i. relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o art. 942 do CPC, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélcio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível nº 0007377-27.2005.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – REMESSA NECESSÁRIA – CONHECIMENTO DE OFÍCIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – COMPROVAÇÃO – DEFERIMENTO – ILEGITIMIDADE ATIVA E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – PRELIMINARES REJEITADAS – PRESCRIÇÃO – INTERRUÇÃO – AJUIZAMENTO DA AÇÃO E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PREJUDICIAIS AFASTADAS – LICITAÇÃO – VÁRIOS GANHADORES – COMBINAÇÃO ENTRE AS PARTES – FAVORECIMENTO DO GENITOR DO PREFEITO À ÉPOCA – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Deve ser concedida a gratuidade da justiça, quando as provas constantes dos autos corroboram a assertiva de que o requerente não possui condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo próprio e de sua família.

Cumpra esclarecer que a concessão do benefício da gratuidade da justiça tem efeito *ex tunc*, ou seja, não alcançando as verbas de sucumbência fixadas na sentença.

O recurso de ofício ou necessário é providência imposta por lei no sentido de reexame de decisões judiciais, pelos órgãos jurisdicionais superiores quando proferidas nos casos previstos nos incisos do art. 496 do Código de Processo Civil/2015: “*está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença.*”¹

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar inquérito civil público e propor ação civil pública correspondente em defesa do patrimônio público, nos termos dos arts. 8º, § 1º, da Lei Federal nº 7.347/85, e 17 da Lei Federal nº 8.429/92, bem como da Súmula nº 329 do Superior Tribunal de Justiça.

A prescrição das sanções previstas na ação de improbidade administrativa efetiva-se quando decorre prazo superior a 05 (cinco) anos entre o ajuizamento da demanda e o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 23, inciso I, da Lei de nº 8.429/1992). Apurado que não transcorreu o prazo quinquenal entre o encerramento do mandato do chefe de poder executivo municipal e a propositura da ação, não há falar em prescrição.

Do mesmo modo, não há previsão legal que respalde a tese de incidência da prescrição intercorrente nas ações que versam sobre improbidade administrativa, sendo irrelevante o transcurso de mais de dez anos entre a citação e a prolação de sentença.

Deve ser mantida a sentença recorrida, quando restar comprovado que os concorrentes combinaram os preços para a apresentação, o que culminou com a adjudicação conjunta do objeto da licitação, favorecendo a todos.

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

1 “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.” (Súmula do STF, nº 423)

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por José Maria Martines Freixes, De Conti & Conti Ltda e Cláudio Luiz de Conti, R. M. F., Inácio Pereira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda, em face da sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou “*parcialmente procedentes os pedidos para condenar:*”

“a) José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, De Conti & Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda-ME pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento dos danos causados pelo superfaturamento apontado pelo Ministério Público (f. 344-367);

b) José Maria Martines Freixes, Cláudio Luiz de Conti e Inácio Pereira Ramos, pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanção de suspensão dos direitos políticos por 5 anos, além de ficarem obrigados, solidariamente, pelo ressarcimento dos danos causados com o superfaturamento mencionado; e

c) César Ferreira Romero e R. M. F. pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de suspensão dos direitos políticos por 5 anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 anos, além de ficarem obrigados solidariamente ao ressarcimento dos danos causados ao erário municipal com o superfaturamento dos preços dos itens apontados às folhas 344-367.

Como o valor superfaturado já foi atualizado pelo IGPM-FGV e acrescido de juros de 1% ao mês até setembro de 2002 - R\$ 160.604,58 - determino que este valor seja corrigido pelo mesmo índice, IGPM-FGV, e acrescido de juros de 1% ao mês, a partir de setembro de 2002 até a data do efetivo ressarcimento.

Quanto aos requeridos José Hélio Câmara Lopes, Antônio Carlos da Costa Marques, Luiz do Espírito Santo Júnior e Estela Regina Canhete, julgo improcedentes os pedidos.

Condeno os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais.”

Alegam José Maria Martines Freixes e José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda, inexistindo nos autos a prova do superfaturamento e/ou prática do sobrepreço, e ausente o efetivo prejuízo ao erário municipal, eis que os preços praticados pelas empresas José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda, De Conti e Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda ME, tendo sido, aliás, bem menores que os preços então ofertados pela sociedade empresária Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, e tendo sido os preços praticados pelos requeridos em relação aos bens e serviços fornecidos, bem mais vantajosos para o Município de Aquidauana, não houve a suposta lesão e prejuízos ao erário, não havendo razão plausível à:

“(...) condenação dos requeridos a indenizar o erário na importância de R\$ 160.604,58, com atualização pelo índice do IGPM-FGV e juros de 1% ao mês, a partir de setembro de

2002, e muito menos pelas sanções da suspensão dos direitos políticos do apelantes e demais requeridos por 5 anos, e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica a qual seja sócios majoritários, pelo prazo de 5 anos.”

Aduzem que a empresa Bigolin, vencedora da Tomada de Preços nº 002/96, segundo a proposta fornecida pela empresa vencedora Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda foi da ordem de R\$ 327.805,20, enquanto que na segunda licitação, as três empresas que atenderam ao edital da Tomada de preços nº 001/97, em seu conjunto, as propostas de preços fornecidos pelos réus De Conti & Conti Ltda, Ramos & Nogueira Ltda-Me e José Maria Martines Freixes Cia Ltda, foram da ordem de R\$ 324.897,92, tendo havido, assim, uma vantagem para o erário municipal, quanto à melhor obtenção de preço, de uma diferença de R\$ 2.907,28.

Afirmam que os peritos pediram as empresas “*El Cid Materiais de Construção, Comercial Paulista e Madeireira Monjolinho*” que colaborassem, fornecendo, cada uma, no seu ramo de atividade, uma relação de preços supostamente praticados no período de “*julho de 1997*”, sem que tenha havido uma real constatação por emissão comprovada de notas fiscais dessas empresas.

Asseveram que não se pode perder de vista, que os preços praticados pelos requeridos eram compatíveis para a época da tomada de preço, e menores do que aqueles fornecidos pela empresa Bigolin, vencedora da primeira licitação.

Esclarecem que ao Ministério Público a necessária legitimidade de vir a juízo, tardiamente, sem mandato e procuração da empresa Bigolin Ferragem e Materiais de Construção Ltda, para pleitear a declaração de nulidade do ato revocatório que teria sido ilegal, posto que tal irresignação cabia tão somente a citada empresa, que não teve a iniciativa de vir a juízo, na época própria e buscar a restauração da licitação (Tomada de Preço nº 002/96), para qual fora então vencedora.

Requerem o acatamento das preliminares de ilegitimidade ativa e de descabimento da ação ajuizada, para que a presente ação civil pública seja extinta sem o julgamento de mérito, nos termos do que dispõe o art. 485, *caput*, e incisos IV e VI do Código de Processo Civil, uma vez que verifica-se no caso aqui *sub judice*, a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como, verifica-se também a ausência de legitimidade ou de interesse processual, no caso do Ministério Público para a questão, já que a iniciativa para buscar tal direito, como dito, cabia então à empresa Bigolin, bem como, ante a ausência de interesse de agir do Ministério Público no presente caso.

Quanto ao mérito, os apelantes pedem uma nova decisão para que seja reformada a sentença, afastando-se a condenação indenizatória no valor de R\$ 160.604,58, atualizada até setembro de 2002, e nova atualização pelo índice do IGPM-FGV e acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir dessa data, a qual foram condenados solidariamente com os demais requeridos, ante a ausência do suposto superfaturamento, idem de prejuízo ao erário municipal, bem como, para que seja reconhecida a nulidade e imprestabilidade do laudo pericial vindo com a inicial, pelas razões da impugnação havida na contestação e idem no presente recurso, por ter sido a sua elaboração feita por encomenda e por determinação do Ministério Público, e ausente, na sua formação e participação das partes requeridas (quatro primeiros réus), reconhecendo-se ter havido a infração do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

Pedem também a reforma da sentença, para afastar a condenação, contida na letra a, da parte dispositiva, ou seja, na parte em que condenou “*a) José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, de Conti & Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda-ME, pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput, inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de proibição de contratar o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam vícios majoritários, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento dos danos causados pelo superfaturamento, apontado pelo Ministério Público (f. 344-367)*”, afastando-se tais penalidades que não se justificam ante a ausência do suposto sobrepreço e/ou superfaturamento, uma vez que os preços praticados pelos apelantes e demais participantes da Tomada de

Preços 001/97, foram bem mais benéficos e vantajosos ao erário municipal, (com uma redução da ordem de R\$ 2.907,28), em comparação com os preços estão ofertados pela sociedade empresária Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, vencedora da Tomada de Preços 001/96, que fora anulada pelo requerido R. M. F., ao exercício do cargo de prefeito municipal no início do ano de 1997.

De Conti & Conti Ltda e Cláudio Luiz de Conti alegam, inicialmente, a necessidade de deferimento da gratuidade da justiça.

Aduzem que a sentença recorrida limitou-se a deduzir, sem qualquer embasamento em qualquer prova dos autos, que a conduta dos ora apelantes seria ímproba, em ponderação estritamente subjetiva e desamparada de qualquer elemento objetivo constante do processo, algo que vem sendo vedado por esse e. TJ/MS.

Afirmam que, não havendo (nem na sentença, nem nos autos) fundamento válido e suficiente para a caracterização do dolo, da culpa grave ou da má-fé, merece ser reconhecida a inexistência de improbidade na conduta dos recorrentes.

Dispõem que a sentença apelada não dosou de forma proporcional e razoável a pena de ressarcimento aos ora apelantes, limitando-se a condenar todos os requeridos ao ressarcimento solidário de todo o suposto dano, ainda que o objeto da licitação tenha sido fracionado entre três licitantes – cada um sendo individualmente responsável pelo fornecimento da sua parcela dos produtos e tendo recebido o pagamento individualmente correspondente à sua exclusiva parcela (tal como reconheceu a própria sentença, no último parágrafo da f. 1.070).

Requerem De Conti & Conti Ltda e Cláudio Luiz de Conti que seja dado provimento ao recurso, “*para o fim de julgar improcedentes todos os pedidos de condenação, aos ora apelantes, formulados na inicial, pelo autor Ministério Público Estadual.*”

R. M. F. alega a prejudicial de ocorrência da prescrição, considerando a data da propositura da ação, e a citação f. 101, mais de cinco anos após o fim do mandato do requerido R. M. F., a pretensão e as sanções previstas pela Lei 8.429/92, estão totalmente fulminadas pelo instituto da prescrição.

Aduz a ocorrência da prescrição intercorrente, haja vista o decurso do prazo desde a distribuição da ação em 19/12/2000 à data atual 25/06/2018, sem que houvesse o julgamento da lide, em suma por inércia do titular da ação limitando-se a movimentação mecânica do processo, posto que passados dezoito anos sem o resultado útil do processo.

No mérito, afirma que, em inexistindo provas nos autos, acerca do cometimento da improbidade administrativa, prova documental, por si só, não comprova a sugestionada fraude e intenção de burla do processo licitatório, havendo de outro lado prova testemunhal que afasta a tese da inicial, há que impor a improcedência da demanda, cabe neste caso o brocardo jurídico: “*Alegar sem provas é o mesmo que nada alegar*”. Ademais, o fato isolado da alegação de parentesco não implica em ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, se não houver provar de danos efetivos ao erário público.

Assevera que não se tem prova nos autos sobre a tese aventada na inicial, no sentido de que teria havido acerto entre as empresas para fins de fraudar o processo seletivo. Denota-se que o fato de as propostas apresentarem formatação bastante similar, por si só, não comprova a negociata aventada. Sobre isso, inclusive, há testemunhos dando conta de que, por se tratarem de empresas pequenas do interior, muitas vezes é um contabilista que prepara as propostas, nos termos indicados pelas empresas, evidentemente, o que, em tese, justificaria a similitude entre as formatações das propostas apresentadas. E, ainda que assim não fosse, tal fato, per si, não seria suficiente para que se concluísse sobre eventual conluio.

Sustenta que inúmeras provas testemunhais corroboram a tese defensiva, apontam para a inexistência de fraude. Igualmente informa que os materiais, além de serem praticados abaixo dos valores apresentados na primeira licitação, os mesmos foram devidamente utilizados ao fim a que se destinaram, em especial na construção das 100 (cem) casas populares pelo Município de Aquidauana-MS.

Dispõe que, no caso da Segunda Licitação 001/97, objeto da presente demanda judicial, afora o parentesco entre o agente político responsável pela homologação e o sócio-proprietário de uma das empresas vencedora, laço sempre reconhecido por ambos, não se pode afirmar da existência de manipulação dos valores das propostas vez que ao analisar a diferença de preço de um item para outro e da semelhança de formatação dos documentos, encontramos preços praticados menor do que a apresentada na primeira licitação revogada, menos ainda de que, em se admitindo a ocorrência da aduzida manipulação, o ex-prefeito, ora requerido tenham dela de qualquer forma participado ou colaborado.

Esclarece que a Licitação 001/97, previu sem exclusão de qualquer outra, a participação e inclusão das empresas locais, com apresentação de orçamentos e cálculo dos materiais utilizados para construção das casas populares mais vantajosas, “construção de casas populares” - com menor custo aos cofres públicos, além de outras alterações destinadas a promover maior eficiência na prestação do serviço.

Requer R. M. F.:

“a) Preliminarmente a decretação da prescrição aventada pela defesa.

b) No mérito, do que se vem de expender o recorrente pugna pelo conhecimento deste recurso de apelação e, no mérito, seja dado provimento para fins de reforma da sentença, com a absolvição do recorrente, mormente por tratar-se de acusação iniciada pela oposição partidária desprovida de qualquer prova que fundamente o exposto na exordial, não subsistindo qualquer direito, que a uma fulminada pela prescrição.

c) A total improcedência da ação, face a inexistência de práticas de atos de improbidade e ausência de má fé, culpa, dolo, dano ao erário, enriquecimento ou locupletamento ilícito por parte do recorrente, anulando-se a condenação imposta pelo r. juiz a quo.

d) Quanto ao mérito, o apelante pede uma nova decisão para que seja reformada a sentença, afastando-se a condenação indenizatória no valor de R\$ 160.604,58, atualizada até setembro de 2002, e nova atualização pelo índice do IGPMFGV e acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir dessa data, a qual foram condenados solidariamente com os demais requeridos, ante a ausência do suposto superfaturamento, idem de prejuízo ao erário municipal, bem como, para que seja reconhecida a nulidade e imprestabilidade do laudo pericial vindo com a inicial, pelas razões da impugnação havida na contestação e idem no presente recurso, por ter sido a sua elaboração feita por encomenda e por determinação do Ministério Público, e ausente, na sua formação a participação do requerido, ora recorrente, reconhecendo-se ter havido a infração do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).”

Inácio Pereira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda pedem, inicialmente, a concessão da gratuidade da justiça, tendo em vista que o apelante Inácio Pereira Ramos, atualmente, encontra-se com 76 anos e 5 meses de idade, e já se encontra aposentado (Número do Benefício: 1370972390), percebendo tão somente um benefício correspondente a um salário mínimo (R\$ 954,00), e, por sua vez, a 2ª apelante: Ramos e Nogueira Ltda, já é extinta, não possuindo existência de fato e/ou de direito, fato e situação que lhes impossibilitam, presentemente, arcarem com o pagamento das custas, despesas e honorários.

Alegam que, inexistindo nos autos a prova do superfaturamento e/ou prática do sobrepreço, e ausente o efetivo prejuízo ao erário municipal, eis que os preços praticados pelas empresas: Ramos & Nogueira Ltda ME, José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda, e por De Conti e Conti Ltda, e tendo sido, aliás, bem menores que os preços então ofertados pela sociedade empresária Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, bem mais vantajosos para o Município de Aquidauana, não houve a suposta lesão e prejuízos ao erário.

Afirmam que a única fonte de preços que poderia ser considerada e comparada para o exame de preços entre os três réus, fornecedores da segunda licitação, seriam os preços da proposta da empresa Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, vencedora da primeira licitação, cuja proposta foi da ordem de R\$ 327.805,20 em 29.11.1996, e não poderiam os citados srs. peritos, lavrarem o laudo pericial, sob encomenda do Ministério Público, de forma tendenciosa e sem o princípio do contraditório, na sua elaboração, sem a

necessária participação e conhecimento dos réus fornecedores da segunda licitação, circunstância que torna o laudo nulo o laudo em questão, e que não poderia o julgador *a quo* nele se embasar para o decreto de procedência da indenização pecuniária no valor de R\$ 160.604,58, sob o pretexto de ter havido sobrepreço ou superfaturamento.

Asseveram que os preços praticados pelos requeridos eram compatíveis para a época da tomada de preços, e menores do que aqueles fornecidos pela empresa Bigolin, vencedora da primeira licitação.

Requerem Inácio Pereira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda:

“(...) o acatamento das preliminares de ilegitimidade ativa e de descabimento da ação ajuizada, para que a presente ação civil pública seja extinta sem o julgamento de mérito, nos termos do que dispõe o art. 485, caput, e incisos IV e VI do Código de Processo Civil, uma vez que verifica-se no caso aqui sub judice, a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como, verifica-se também a ausência de legitimidade ou de interesse processual, no caso, do Ministério Público para a questão, já que a iniciativa para buscar tal direito, como dito, cabia então à empresa Bigolin, bem como, ante a ausência do interesse de agir do Ministério Público no presente caso.

b) Quanto ao mérito, os apelantes pedem uma nova decisão para que seja reformada a sentença, afastando-se a condenação indenizatória no valor de R\$ 160.604,58, atualizada até setembro de 2002, e nova atualização pelo índice do IGPMFGV e acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir dessa data, a qual foram condenados solidariamente com os demais requeridos, ante a ausência do suposto superfaturamento, idem de prejuízo ao erário municipal, bem como, para que seja reconhecida a nulidade e imprestabilidade do laudo pericial vindo com a inicial, pelas razões da impugnação havida na contestação e idem no presente recurso, por ter sido a sua elaboração feita por encomenda e por determinação do Ministério Público, e ausente, na sua formação a participação das partes requeridas (quatro primeiros réus), reconhecendo-se ter havido a infração do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

c) Pedem também a reforma da sentença, para afastar a condenação, contida na letra a, da parte dispositiva, ou seja, na parte em que condenou: ‘a) José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, De Conti & Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda-ME pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento dos danos causados pelo superfaturamento apontado pelo Ministério Público (f. 344-367)’, afastando-se tais penalidades que não se justificam aos aqui recorrentes, ante a ausência do suposto sobrepreço e/ou superfaturamento, uma vez que os preços praticados pelos apelantes e demais participantes da Tomada de Preços 001/97, foram bem mais benéficos e vantajosos ao erário municipal, (com uma redução da ordem de R\$ 2.907,28), em comparação com os preços então ofertados pela sociedade empresária Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, vencedora da Tomada de Preços 001/96, que fora anulada pelo requerido R. M. F., no exercício do cargo de prefeito municipal no início do ano de 1997;”

O Município de Aquidauana/MS manifestou nos autos, aduzindo que não interporá recurso contra o *decisum*.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer seja negado provimento aos recursos.

Foi determinado que o réu R. M. F. apresentasse a guia de preparo, sob pena de o recurso ser considerado não preparado, tendo cumprido a determinação à f. 1.242-1.244.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento:

“(...) dos recursos de apelação interpostos por José Maria Martines Freixes e José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda (Casa dos Bons Serviços), De Conti & Conti Ltda e Cláudio Luiz De Conti, R. M. F., e Ramos & Nogueira Ltda e Inácio Pereira Ramos, para que a sentença permaneça inalterada por seus próprios fundamentos.”

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Em primeiro lugar, defiro os benefícios da gratuidade da justiça a Cláudio Luiz de Conti, a De Conti & Conti Ltda e a Ramos & Nogueira Ltda-ME, tendo em vista que, em consulta ao sistema *Infojud*, verifica-se que os réus não possuem renda, já que não consta declaração de imposto de renda, possuindo, portanto, os requisitos autorizadores para a concessão da benesse.

Do mesmo modo, defiro, também, a gratuidade da justiça a Inácio Pereira Ramos, uma vez que os rendimentos tributáveis do réu, por mês, é de R\$ 2.359,67, restando, devidamente, comprovado que não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo da sua subsistência e de sua família.

Cumpre esclarecer que a concessão do benefício da gratuidade da justiça tem efeito *ex tunc*, ou seja, não alcançando as verbas de sucumbência fixadas na sentença.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ALIMENTOS – EXTINÇÃO PELA QUITAÇÃO – CONDENAÇÃO NAS CUSTAS PROCESSUAIS – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – DEFERIMENTO – EFEITOS RETROATIVOS – DESCABIMENTO. O benefício da gratuidade pode ser pleiteado em qualquer fase do processo, inclusive, mediante simples petição, consoante previsto no art. 99 e § 1º do CPC. Contudo, seus efeitos não são retroativos, vale dizer, não atingem atos processuais anteriores. Logo, não há como dispensar a agravante/executada do pagamento das custas a que foi condenada, em razão da extinção da execução pela quitação do débito alimentar, já que o benefício somente foi pleiteado posteriormente. Decisão agravada mantida. Negaram provimento. Unânime.” (Agravado de Instrumento Nº 70078202918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/09/2018).

“PROCESSO CIVIL – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – CONCESSÃO – EFEITOS RETROATIVOS – INOCORRÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO – 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA – REDUÇÃO – INVIABILIDADE. 1. Considerando o pleito formulado pelo apelante na petição de interposição do recurso e a declaração de hipossuficiência colacionada pelo às f. 225, não apreciados pelo juízo a quo, de rigor a concessão da gratuidade da justiça pleiteada. 2. Conforme relatado, o apelante insurge-se somente quanto à sua condenação nas verbas de sucumbência, limitando-se a aduzir que, devido à sua condição financeira, não possui meios de arcar com o ônus sucumbenciais, pleiteando os benefícios da assistência judiciária gratuita. 3. A concessão da gratuidade da justiça, ocorrida nesta oportunidade, não tem o condão de produzir efeitos retroativos, tal como pretendido. Precedentes do C. STJ. 4. A teor do § 2º do artigo 98 do CPC ‘a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência’, preceituando o § 3º do aludido dispositivo ainda que ‘vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.’ 5. Na espécie, considerando que somente foi concedida a gratuidade da justiça ao embargante/apelante nesta oportunidade, inviável falar-se em suspensão da exigibilidade das verbas de sucumbência, tal como previsto no § 3º do artigo 98 do CPC, na

medida em que, conforme alhures demonstrado, a concessão do benefício não possui efeitos retroativos. 6. Não comporta provimento o pleito objetivando a minoração do valor arbitrado a título de honorários de advocatícios - 10% sobre o valor da causa -, na medida em que o mesmo restou fixado no percentual mínimo, ex vi das disposições do § 2º do artigo 85 do CPC, não havendo, portanto, que se falar em redução do montante arbitrado. 7. Apelação improvida.” (TRF-3 - AP: 00091722420174039999 MS, Relator: Desembargadora Federal Marli Ferreira, Data de Julgamento: 04/10/2017, Quarta Turma, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 Data:30/10/2017)

Trata-se de apelações cíveis interpostas por José Maria Martines Freixes, De Conti & Conti Ltda e Cláudio Luiz de Conti, R. M. F., Inácio Pereira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda, em face da sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou “*parcialmente procedentes os pedidos para condenar:*”

“a) José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, De Conti & Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda-ME pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento dos danos causados pelo superfaturamento apontado pelo Ministério Público (f. 344-367);

b) José Maria Martines Freixes, Cláudio Luiz de Conti e Inácio Pereira Ramos, pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanção de suspensão dos direitos políticos por 5 anos, além de ficarem obrigados, solidariamente, pelo ressarcimento dos danos causados com o superfaturamento mencionado; e

c) César Ferreira Romero e R. M. F. pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de suspensão dos direitos políticos por 5 anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 anos, além de ficarem obrigado solidariamente ao ressarcimento dos danos causados ao erário municipal com o superfaturamento dos preços dos itens apontados às folhas 344-367.

Como o valor superfaturado já foi atualizado pelo IGPM-FGV e acrescido de juros de 1% ao mês até setembro de 2002 - R\$ 160.604,58 - determino que este valor seja corrigido pelo mesmo índice, IGPM-FGV, e acrescido de juros de 1% ao mês, a partir de setembro de 2002 até a data do efetivo ressarcimento.

Quanto aos requeridos José Hélio Câmara Lopes, Antônio Carlos da Costa Marques, Luiz do Espírito Santo Júnior e Estela Regina Canhete, julgo improcedentes os pedidos.

Condeno os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais.”

Requerem José Maria Martines Freixes e José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda:

“(…) o acatamento das preliminares de ilegitimidade ativa e de descabimento da ação ajuizada, para que a presente ação civil pública seja extinta sem o julgamento de mérito, nos termos do que dispõe o art. 485, caput, e incisos IV e VI do Código de Processo Civil, uma vez que verifica-se no caso aqui sub judice, a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como, verifica-se também a ausência de legitimidade ou de interesse processual, no caso do Ministério Público para a questão, já que a iniciativa para buscar tal direito, como dito, cabia então à empresa Bigolin, bem como, ante a ausência de interesse de agir do Ministério Público no presente caso.

b) Quanto ao mérito, os apelantes pedem uma nova decisão para que seja reformada a sentença, afastando-se a condenação indenizatória no valor de R\$ 160.604,58, atualizada até setembro de 2002, e nova atualização pelo índice do IGPM-FGV e acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir dessa data, a qual foram condenados solidariamente com os demais requeridos, ante a ausência do suposto superfaturamento, idem de prejuízo ao erário municipal, bem como, para que seja reconhecida a nulidade e imprestabilidade do laudo pericial vindo com a inicial, pelas razões da impugnação havida na contestação e idem no presente recurso, por ter sido a sua elaboração feita por encomenda e por determinação do Ministério Público, e ausente, na sua formação e participação das partes requeridas (quatro primeiros réus), reconhecendo-se ter havido a infração do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

c) Pedem também a reforma da sentença, para afastar a condenação, contida na letra A, da parte dispositiva, ou seja, na parte em que condenou 'a) José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, de Conti & Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda-ME, pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput, inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de proibição de contratar o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam vícios majoritários, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento dos danos causados pelo superfaturamento, apontado pelo Ministério Público (f. 344-367)', afastando-se tais penalidades que não se justificam ante a ausência do suposto sobrepreço e/ou superfaturamento, uma vez que os preços praticados pelos apelantes e demais participantes da Tomada de Preços 001/97, foram bem mais benéficos e vantajosos ao erário municipal, (com uma redução da ordem de R\$ 2.907,28), em comparação com os preços estão ofertados pela sociedade empresária Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, vencedora da Tomada de Preços 001/96, que fora anulada pelo requerido R. M. F., ao exercício do cargo de Prefeito Municipal No início do ano de 1997."

Requerem De Conti & Conti Ltda e Cláudio Luiz de Conti que seja dado provimento ao recurso, "para o fim de julgar improcedentes todos os pedidos de condenação, aos ora apelantes, formulados na inicial, pelo autor Ministério Público Estadual."

R. M. F. alega a prejudicial de ocorrência da prescrição, considerando a data da propositura da ação, e a citação f. 101, mais de cinco anos após o fim do mandato do requerido R. M. F., a pretensão e as sanções previstas pela Lei 8.429/92, estão totalmente fulminadas pelo instituto da prescrição.

Aduz a ocorrência da prescrição intercorrente, haja vista o decurso do prazo desde a distribuição da ação em 19/12/2000 à data atual 25/06/2018, sem que houvesse o julgamento da lide, em suma por inércia do titular da ação limitando-se a movimentação mecânica do processo, posto que passados dezoito anos sem o resultado útil do processo.

Requer R. M. F.:

"a) Preliminarmente a decretação da prescrição aventada pela defesa.

b) No mérito, do que se vem de expender o recorrente pugna pelo conhecimento deste recurso de apelação e, no mérito, seja dado provimento para fins de reforma da sentença, com a absolvição do recorrente, mormente por tratar-se de acusação iniciada pela oposição partidária desprovida de qualquer prova que fundamente o exposto na exordial, não subsistindo qualquer direito, que a uma fulminada pela prescrição.

c) A total improcedência da ação, face a inexistência de práticas de atos de improbidade e ausência de má fé, culpa, dolo, dano ao erário, enriquecimento ou locupletamento ilícito por parte do recorrente, anulando-se a condenação imposta pelo r. juiz a quo.

d) Quanto ao mérito, o apelante pede uma nova decisão para que seja reformada a sentença, afastando-se a condenação indenizatória no valor de R\$ 160.604,58, atualizada até

setembro de 2002, e nova atualização pelo índice do IGPMFGV e acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir dessa data, a qual foram condenados solidariamente com os demais requeridos, ante a ausência do suposto superfaturamento, idem de prejuízo ao erário municipal, bem como, para que seja reconhecida a nulidade e imprestabilidade do laudo pericial vindo com a inicial, pelas razões da impugnação havida na contestação e idem no presente recurso, por ter sido a sua elaboração feita por encomenda e por determinação do Ministério Público, e ausente, na sua formação a participação do requerido, ora recorrente, reconhecendo-se ter havido a infração do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).”

Requerem Inácio Pereira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda:

“(...) o acatamento das preliminares de ilegitimidade ativa e de descabimento da ação ajuizada, para que a presente ação civil pública seja extinta sem o julgamento de mérito, nos termos do que dispõe o art. 485, caput, e incisos IV e VI do Código de Processo Civil, uma vez que verifica-se no caso aqui sub judice, a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como, verifica-se também a ausência de legitimidade ou de interesse processual, no caso, do Ministério Público para a questão, já que a iniciativa para buscar tal direito, como dito, cabia então à empresa Bigolin, bem como, ante a ausência do interesse de agir do Ministério Público no presente caso.

b) Quanto ao mérito, os apelantes pedem uma nova decisão para que seja reformada a sentença, afastando-se a condenação indenizatória no valor de R\$ 160.604,58, atualizada até setembro de 2002, e nova atualização pelo índice do IGPMFGV e acréscimos de juros de 1% ao mês, a partir dessa data, a qual foram condenados solidariamente com os demais requeridos, ante a ausência do suposto superfaturamento, idem de prejuízo ao erário municipal, bem como, para que seja reconhecida a nulidade e imprestabilidade do laudo pericial vindo com a inicial, pelas razões da impugnação havida na contestação e idem no presente recurso, por ter sido a sua elaboração feita por encomenda e por determinação do Ministério Público, e ausente, na sua formação a participação das partes requeridas (quatro primeiros réus), reconhecendo-se ter havido a infração do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LV).

c) Pedem também a reforma da sentença, para afastar a condenação, contida na letra a, da parte dispositiva, ou seja, na parte em que condenou: ‘a) José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, De Conti & Conti Ltda e Ramos & Nogueira Ltda-ME pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, caput e incisos I, V, VIII e XII e no art. 11, caput e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa às sanções de 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento dos danos causados pelo superfaturamento apontado pelo Ministério Público (f. 344-367)’, afastando-se tais penalidades que não se justificam aos aqui recorrentes, ante a ausência do suposto sobrepreço e/ou superfaturamento, uma vez que os preços praticados pelos apelantes e demais participantes da Tomada de Preços 001/97, foram bem mais benéficos e vantajosos ao erário municipal, (com uma redução da ordem de R\$ 2.907,28), em comparação com os preços então ofertados pela sociedade empresária Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda, vencedora da Tomada de Preços 001/96, que fora anulada pelo requerido R. M. F., no exercício do cargo de prefeito municipal no início do ano de 1997;”

Do conhecimento, de ofício, da remessa necessária.

Inicialmente, vale destacar que embora o julgador singular não tenha ordenado a remessa dos autos a esta Corte, a espécie exige o reexame necessário, uma vez que o art. 496, § 3º do Código de Processo Civil/2015 dispensou o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o direito controvertido, for de valor certo e não excedente a 1.000 (mil) salários mínimos, o que exclui do alcance do dispositivo as condenações genéricas, uma vez que são incertas em relação ao valor.

Com efeito, a dispensa do reexame necessário pressupõe sentença condenatória que expresse valor certo inferior a mil salários mínimos, ou que o direito controvertido tenha valor econômico de igual patamar.

Insta salientar que o recurso de ofício ou necessário é providência imposta por lei no sentido de reexame de decisões judiciais, pelos órgãos jurisdicionais superiores quando proferidas nos casos previstos nos incisos do art. 496 do Código de Processo Civil/2015: *“está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença.”*²

Este é o entendimento dos Tribunais, conforme julgado abaixo transcrito:

“RECURSO ESPECIAL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – SENTENÇA ILÍQUIDA – CABIMENTO. 1. É obrigatório o reexame da sentença ilíquida proferida contra a União, os Estado, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público (Código de Processo Civil, artigo 475, parágrafo 2º). 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.” (Resp. Nº 1101727/PR, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 03/12/2009)

Pertinente o ensinamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *in verbis*:³

“Exatamente porque não contém natureza recursal, o reexame necessário não está sujeito a preparo, nem admite a apresentação de contrarrazões pelo particular ou pela parte vencedora. De igual modo, não havendo interposição de apelação, e sendo remetidos ao tribunal os autos em função do reexame necessário, é incabível o recurso adesivo, justamente porque não há recurso principal ao qual se possa aderir.”

Consigne-se que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que *“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.”* (Súmula 490 do STJ).

Por essas razões, conheço de ofício da remessa necessária

Torna-se necessário analisar e decidir as preliminares e as prejudiciais suscitadas.

O Ministério Público Estadual ingressou com a ação civil pública por improbidade administrativa em face de R. M. F., José Maria Martines Freixes, Cláudio Luiz de Conti, Inácio Pereira Ramos, José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, Cláudio Luiz de Conti, empresa De Conti & Conti Ltda, Ramos & Nogueira Ltda-ME, César Ferreira Romero, Antonio Carlos da Costa Marques, Luiz do Espírito Santo Júnior, Estela Regina Canhete, José Hélio Câmara Lopes, objetivando a procedência dos pedidos,

“(…) declarar a nulidade da licitação Tomada de Preços nº 001/97, objetivando unicamente viabilizar provimento condenatório, ou seja, independentemente da restituição das partes do estado anterior, diante da irreversibilidade do ato já consumado; ou, 2) entendendo ser impossível a declaração de nulidade em face da consumação integral do ato, que sejam declaradas as ilegalidades cometidas pelos réus, devendo, num ou noutro caso, ser os mesmos condenados nas penas previstas no art. 12 da referida lei, cada qual de conformidade com o exposto no corpo desta peça exordial. Com relação sete primeiros réus, devem ainda ser condenados a ressarcir os prejuízos experimentados pelo Município de Aquidauana em decorrência do superfaturamento dos produtos, no valor antes anunciado, com juros e correção monetária;”

Requerem José Maria Martines Freixes, José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda, Inácio Pereira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda,

“(…) o acatamento das preliminares de ilegitimidade ativa e de descabimento da ação ajuizada, para que a presente ação civil pública seja extinta sem o julgamento de mérito, nos termos do que dispõe o art. 485, caput, e incisos IV e VI do Código de Processo Civil, uma

2 “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.” (Súmula do STF, n. 423)

3 **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Podium. p. 485, v. 3.

vez que verifica-se no caso aqui sub judice, a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como, verifica-se também a ausência de legitimidade ou de interesse processual, no caso, do Ministério Público para a questão, já que a iniciativa para buscar tal direito, como dito, cabia então à empresa Bigolin, bem como, ante a ausência do interesse de agir do Ministério Público no presente caso.”

No que diz respeito à ilegitimidade ativa, dispõe a Súmula nº 329 do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.”

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar inquérito civil público e propor ação civil pública correspondente em defesa do patrimônio público, nos termos dos arts. 8º, § 1º, da Lei Federal nº 7.347/85, e 17 da Lei Federal nº 8.429/92, bem como da Súmula nº 329 do Superior Tribunal de Justiça.

No caso em apreço, o representante do *Parquet* ingressou com a ação civil pública a fim de comprovar irregularidades ocorridas em processo licitatório, que culminou em danos aos cofres públicos.

Do mesmo modo, se faz presente o interesse processual, porquanto o Ministério Público ingressou com a ação civil pública objetivando responsabilizar os réus na reparação dos danos ao erário decorrente de fraude no processo licitatório, restando, pois, configurado o interesse de agir do autor na defesa do patrimônio público.

Logo, rejeito as preliminares de ilegitimidade ativa e falta de interesse processual.

Sustenta R. M. F. receber a citação tão somente em 17/02/2006, quando já havia transcorrido o prazo prescricional, embora a presente ação tenha sido proposta nos últimos dias do mês de dezembro de 2005 (19/12/2005).

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a pretensão condenatória, nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, tem curso da prescrição interrompida com o ajuizamento da ação dentro do prazo de 5 (cinco) anos após o término do exercício do mandato (art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992).

Confira-se o julgado abaixo:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – INEXISTÊNCIA DE ÓBICES AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL – TEMPESTIVIDADE – ART. 538 DO CPC/73 – MATÉRIA PRESQUESTIONADA – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – DESNECESSIDADE – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – PRESCRIÇÃO – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE TERIAM SIDO PRATICADOS POR PARTICULAR, EM CONLUÍO COM EX-PREFEITO – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – ART. 23, I, DA LEI 8.429/92 – AJUIZAMENTO DA AÇÃO – INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...). III. Não há óbices ao conhecimento do presente Recurso Especial. Os dispositivos de lei federal, tidos por violados, foram devidamente prequestionados, e a análise da alegada prescrição não demanda o reexame de matéria fática, pois as datas e fatos relevantes ao deslinde da controvérsia - data de encerramento do mandato do ex-prefeito e a data do ajuizamento da ação - foram expressamente mencionados, no acórdão recorrido, não havendo discussão sobre sua existência ou o momento em que teriam ocorrido. IV. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, ‘nos termos do artigo 23, I e II, da Lei 8429/92, aos particulares, réus na ação de improbidade administrativa, aplica-se a mesma sistemática atribuída aos agentes públicos para fins de fixação do termo inicial da prescrição’ (STJ, AgRg no Resp 1.541.598/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/11/2015). Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no Resp 1.510.589/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/06/2015; Resp 1.433.552/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 05/12/2014; Resp 1.405.346/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/08/2014; AgRg no Resp 1.159.035/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 29/11/2013; Edcl no AgRg no Resp 1.066.838/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda

Turma, DJe de 26/04/2011. V. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'o prazo quinquenal de prescrição, na ação de improbidade administrativa, interrompe-se com a propositura da ação, independentemente da data da citação, que, mesmo efetivada em data posterior, retroage à data do ajuizamento da ação (arts. 219, § 1º e 263 - CPC), ressalvada a hipótese (não ocorrente) de prescrição intercorrente' (STJ, Resp 1.374.355/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 28/10/2015). Com efeito, 'a pretensão condenatória do Ministério Público foi manifestada com o ajuizamento da ação de improbidade, no prazo de 5 anos previsto no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992. Não há, pois, como concluir pela ocorrência da prescrição da pretensão condenatória. É que, na melhor interpretação do art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, tem-se que a pretensão condenatória, nas ações civis públicas por ato de improbidade, tem o curso da prescrição interrompido com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Assim, à luz do princípio da especialidade (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro - DL nº 4.657/1942) e em observância ao que dispõe o art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, o tempo transcorrido até a citação do réu, nas ações de improbidade, que já é amplo em razão do próprio procedimento estabelecido para o trâmite da ação, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição, uma vez que o ajuizamento da ação de improbidade, à luz do princípio da actio nata, já tem o condão de interrompê-la' (STJ, Resp 1.374.355/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 28/10/2015). STJ, Resp 1.528.444/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 29/06/2015. Nesse mesmo sentido: STJ, Resp 812.162/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25/06/2009; Resp 730.264/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24/03/2009. VI. No caso, o corréu encerrou o seu mandato de Prefeito de Triunfo/RS em setembro de 2005 e a Ação Civil Pública foi ajuizada em 10/08/2010, motivo pelo qual deve ser afastada a prescrição, reconhecida pelo Tribunal de origem. VII. Agravo interno improvido." (STJ. AgInt no Resp 1385139 / RS. Rel. Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. Data do Julgamento: 09/05/2017).

A prescrição das sanções previstas na ação de improbidade administrativa efetiva-se quando decorre prazo superior a 05 (cinco) anos entre o ajuizamento da demanda e o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 23, inciso I, da Lei de nº. 8.429/1992). Apurado que não transcorreu o prazo quinquenal entre o encerramento do mandato do Chefe de Poder Executivo Municipal e a propositura da ação, não há falar em prescrição.

Do mesmo modo, não há previsão legal que respalde a tese de incidência da prescrição intercorrente nas ações que versam sobre improbidade administrativa, sendo irrelevante o transcurso de mais de dez anos entre a citação e a prolação de sentença.

Assim, afasto as prejudiciais de prescrição e prescrição intercorrente.

No mérito, analiso, concomitantemente, a remessa necessária e os recursos dos réus.

Estabelece o art. 9º da Lei nº 8.429/1992:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...).

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;”

Pelo que se pode observar das provas, o réu R. M. F., utilizando-se de seu cargo de prefeito, à época dos fatos, direcionou a licitação, tendo os conhecidos de seu genitor e o próprio, ganho o certame.

O fato de a perícia ter sido encomendada pelo Ministério Público, não a desqualifica como prova, ao contrário, não se evidenciado qualquer irregularidade que possa comprometer a sua utilização como prova.

Vale destacar, ainda, o decidido pelo magistrado singular:

“(…).

Importe salientar, ainda, que, apesar das impugnações apresentadas pelos requeridos licitantes à perícia solicitada extrajudicialmente pelo Ministério Público e cujo laudo foi acostado a estes autos às folhas 344-367 destes autos, embora tenham alegado que os preços dos produtos pesquisados nas empresas El Cid Materiais de Construção, Comercial Paulista, Madeireira Monjolinho e Center Vidros não refletiam o valor da média de mercado, os requeridos não trouxeram aos autos qualquer documento capaz de comprová-lo, ônus este que lhes competia, nos termos do art. 373, II do CPC.”

Portanto, restou devidamente comprovada a aquisição de produtos superfaturados, além de ter os licitantes combinado preços para entregar a Administração Pública, violando o disposto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 que preceitua:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Os depoimentos constante dos autos apenas ratificam a assertiva de que houve combinação de preços e consequente fraude à licitação, conforme destacado pelo magistrado singular:

“(…) José Maria Martinez Freixes, às folhas 317 do Volume I apensado a esses autos digitais, perante a autoridade policial, em 4.5.2002, disse o seguinte:

‘ (...) que, o depoente alega ser proprietário da casa dos Bons Serviços, localizada nesta cidade; que, o depoente alega que tomou conhecimento através da publicação do edital pelos jornais locais, sendo que então o depoente resolveu concorrer; que, em termos de valores somando-se os orçamentos do depoente, do Galo e do outro, dava em torno de três mil reais mais barato do que o da Bigolin; que, a esposa do depoente era membro da comissão, mas que devido a participação do depoente a mesma foi excluída da comissão; que, o depoente alega que de fato forneceu madeiramento para a obra, tendo adquirido da madeireira São Benedito, localizada no Bairro Serraria, nesta cidade; que, não chegou a ser convocado para depor na câmara sobre sua participação no projeto; (...).’

Ouvido pelo Ministério Público, José Maria Martinez Freixes, às folhas 453 do Volume III do apenso, contou o seguinte: que o declarante foi ouvido na Depol desta cidade conforme depoimento acostado as folhas 317 o qual ele foi lido integralmente nesta oportunidade; que confirma o conteúdo das referidas declarações; que os valores dos materiais de construção fornecidos à Prefeitura Municipal de Aquidauana eram compatíveis com aqueles praticados no mercado naquela época que se recorda que no processo licitatório, que teve por objeto a escolha de uma empresa para o fornecimento de materiais de construção para o projeto pró-moradia, houve a participação de Três empresas dentre as quais a do depoente (José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda); que os materiais de construção eram entregues diretamente no canteiro de obras para as pessoas que eram responsáveis pelo recebimento dos mesmos; que os materiais eram fornecidos na medida da necessidade da obra e ao fazer a entrega dos materiais os mesmos eram conferidos pelos recebedores que depois depositavam os materiais no almoxarifado para a posterior distribuição no canteiro de obras de acordo com a solicitação dos pedreiros; que recebeu do Município de Aquidauana a totalidade do valor

empenhado de R\$ 221.200,42. ressalta o depoente que por diversas oportunidades pensou em rescindir o contrato com a administração pública municipal tendo em vista a demora no recebimento do pagamento, especialmente porque a Caixa Econômica Federal por problemas burocráticos, somente libera a verba correspondente muito tempo depois da entrega dos materiais que a verba liberada pela Caixa mediante o visto lançado pelo fiscal da própria caixa, que era um engenheiro. que confirma que recebeu o valor integral do empenho antes referido; que o depoente possui o número de todas as notas fiscais emitidas para a Prefeitura Municipal de Aquidauana e relacionados com a entrega dos materiais à prefeitura municipal. Possui também o relatório das importâncias recebidas do município documentos esses que o depoente se compromete a apresentar nesta promotoria de Justiça dentro de 10 dias; que a proposta da empresa do depoente relativa aos preços dos produtos que foi apresentada a comissão de licitação foi elaborada por uma secretária de nome Jucélia, que na época trabalhava para o depoente; que foi ela quem datilografou a proposta cujo conteúdo valores foram repassados a ela pelo depoente que possui o registro dessa secretária no escritório da empresa que referido a pessoa está morando hoje na cidade de Campo Grande MS; com relação ao resultado da perícia que aponta que as propostas apresentadas pelas três empresas foram feitas por uma mesma pessoa e para uma mesma máquina de escrever, tem o depoente a esclarecer o seguinte: que na época era amigo do proprietário da empresa galo materiais para construção; em vista dessa amizade e a pedido daquele proprietário, o depoente emprestou a sua máquina de escrever para que fosse usada por Cláudio Luiz de Conti para também fazer a sua proposta de preço para ser apresentada à comissão de licitação; que Cláudio então levou a máquina de escrever do depoente entregando-a posteriormente; que não tem conhecimento de qual pessoa datilografou proposta apresentada por Cláudio; que o depoente não tem conhecimento de quem fez ou elaborou a proposta que foi apresentada por Comercial Aquidauana Materiais para Construção, sendo certo que não emprestou sua máquina de escrever para o dono da referida empresa; que o depoente até hoje ainda possui referida máquina de escrever em seu poder; que se compromete a fornecer a esta promotoria de justiça os dados de Jucélia existentes na contabilidade de sua empresa (...).

Finalmente, ouvido perante o juízo criminal desta Comarca em depoimento juntado às f. 245-247, José Maria Martines Freixes confirmou que Inácio Pereira Ramos e Cláudio Luiz de Conti foram até sua loja e pediram auxílio no preenchimento das propostas de preços a serem entregues à Comissão, sendo que o requerido pediu à sua funcionária Jucélia que preenchesse as referidas propostas. Disse, ainda, que quando ficou sabendo da licitação, foi à Prefeitura e pegou uma cópia da relação de materiais e xerocopiou mais duas; que ao final passou para os corrêus Inácio e Cláudio para que esses também pudessem estar participando do processo licitatório, pois havia a necessidade de ter três participantes.

Não resta, pois, dúvidas de que foi a funcionária do requerido José Maria Martines Freixes a pessoa que preencheu as propostas dos três licitantes.

Cláudio Luiz de Conti, proprietário do estabelecimento comercial da De Conti & Conti Ltda, ao depor perante a autoridade policial no dia 6.5.2002, disse o seguinte: 'que até 20.12.99 funcionou nesta cidade a loja de materiais de construção Galo e a mesma em princípio era do declarante, pela empresa Conti & de Conti, tendo deixado sua parte há cerca de dois anos; que o declarante possuía um cadastro na prefeitura municipal e, quando da licitação para o Projeto Pró Moradia, recebeu uma carta convite, participando então da concorrência; que o declarante ganhou a licitação para fornecimento de tijolo de oito furo, tijolo comum, areia e cascalho; que na época, tanto o pessoal do SINTED como o vereador V. C. começaram a criticar, inclusive publicamente, os preços que eram praticados; que na verdade nunca houve majoração de preços para a venda de materiais, sendo que simplesmente o processo, para a venda para a prefeitura, era diferente do que normalmente fazia para outros clientes; que, por exemplo, quando o declarante tinha que entregar areia lavada ou tijolinho numa obra, simplesmente ia até o areeiro ou a olaria, encomendava o produto e fazia a entrega ao cliente, ficando com apenas o transporte do material. Já no caso da venda para a prefeitura, todo o produto, por uma questão de notas, tinha que passar pela empresa do declarante e depois ser repassado ao cliente, no caso a prefeitura e, por isso, no caso do tijolo de oito furos, que normalmente era vendido na loja a R\$ 130,00, quando o declarante pagava

direto da olaria para a obra, ficando o ônus fiscal do produto por conta do fabricante, para a prefeitura foi vendido a R\$ 160,00, uma vez que o ônus fiscal passava para a empresa do declarante, sem que houve qualquer majoração de lucros. que não houve qualquer interesse de ganhar mais em cima da prefeitura;(...).

(...).

Inácio Pereira Ramos, ouvido pela promotoria de justiça à folhas 482-483 do Volume III do apenso, disse o seguinte: que o depoente não foi ouvido na delegacia de polícia sobre os fatos narrados neste inquérito civil; que o depoente era sócio proprietário da empresa Ramos e Nogueira Ltda me e no ano de 1997 participou do processo licitatório que tinha por objeto o fornecimento de materiais de construção de 100 unidades habitacionais denominado projeto pró-moradia; que não se sabe quais as outras empresas que também participaram da licitação tendo vaga lembrança de que a empresa Galo Materiais para Construção também tenha participado; que a empresa do depoente na época trabalhava com fornecimento de vidros materiais elétricos hidráulicos e de acabamento; que o forte da empresa era o fornecimento de vidros visto que, quanto aos outros materiais, havia muito pouco estoque na empresa; mesmo assim o depoente apresentou a proposta contendo a listagem de todos os materiais de construção exigidos na licitação entendendo que, ser vencedor, poderia adquirir referidos materiais em Campo Grande MS e repassá-los a Prefeitura Municipal de Aquidauana; quanto aos materiais que faltavam na empresa, o depoente pegou notas fiscais antigas que possui no escritório relacionadas com aqueles materiais e acrescentou 30% ao preço de custo daquelas notas preço esse que foi repassado à prefeitura na proposta apresentada a comissão de licitação; que a proposta apresentada pelo depoente à comissão de licitação foi elaborada por seu genro Ernan França de Carvalho uma vez que o depoente não sabia datilografia e seu genro era datilógrafo; para tanto depoente emprestou uma máquina de escrever da empresa Galo Materiais de Construção, com a qual foi redigida a proposta; foi o próprio depoente que emprestou a máquina; que na época o dono da empresa Galo Materiais de Construção, dentre outros, trabalhava também com esquadrias metálicas e frequentemente o depoente era chamado naquela empresa para tirar medidas de vidros para algum cliente que estivesse comprando janelas e portas metálicas (...) que o depoente acredita que Ernan não foi solicitado para também fazer a proposta licitatória da empresa Galo Materiais de Construção; que a proposta da empresa do depoente foi feita uns dois dias antes da sua apresentação a comissão de licitação; que o depoente entregou a sua proposta a comissão de licitação dois dias após a sua confecção; considerando que o julgamento das propostas pela comissão de licitação ocorreu no dia 14 de fevereiro de 1997 foi indagado o depoente a disparidade existente entre a data contida na sua proposta 1402 97 e aquela que diz ter sido entregue a comissão de licitação dois dias após ao que o depoente respondeu 'isso é o que eu quero saber que'; o depoente não ficou sabendo quem era o proprietário da máquina de escrever utilizada para fazer sua proposta; que na época o depoente não sabia, mas tinha quase certeza, de que a empresa Galo Materiais para Construção também iria participar da licitação uma vez que, além da 'Casa dos Bons Serviços', era uma empresa forte no ramo de materiais de construção aqui na cidade; que não chegou a se reunir com os proprietários das empresas Galo Materiais para Construção e Casa dos Bons Serviços para uma confecção conjunta das propostas que seriam apresentadas na comissão de licitação; indagado ao depoente sobre o resultado da perícia feita nas propostas apresentadas pelas empresas Galo Materiais para Construção, Casa dos Bons Serviços e Ramos e Nogueira Ltda que anuncia que as propostas das três empresas foram elaboradas no único dia pela mesma pessoa e que a máquina de escrever utilizado nas três propostas foi a mesma, o depoente não soube explicar; que não foi procurado por ninguém da prefeitura pedindo para fazer sua proposta desse ou daquele jeito; que o depoente recebeu da prefeitura municipal todo seu crédito decorrente do fornecimento dos materiais para o projeto pró moradia (...).

(...).

César Ferreira Romero, ouvido pela promotoria de justiça à folha 438-439 do Volume III do apenso, disse o seguinte: que o depoente confirma integralmente o seu depoimento prestado na Depol de Aquidauana (folhas 327) o qual lhe foi lido nesta oportunidade; que

o depoente antes de iniciar o julgamento das propostas a que se refere à ata de folhas 104-105 fez questão de alertar a senhora Êster Freixes, também membro da comissão, sobre seu impedimento de participar do processo de julgamento das propostas uma vez que a mesma é a esposa do proprietário de uma das empresas que concorreram no certame. diante disso a senhora Êster não participou do julgamento das propostas; que o critério de julgamento de licitação era a escolher a proposta de menor preço e consequentemente mais vantajosa para o município; que levando em conta esse critério procedeu-se ao julgamento obtendo-se o resultado mencionado no documento de folhas 104-105; que por ocasião da abertura dos envelopes todos os documentos encontravam-se regulares sendo que as propostas apresentadas pelas empresas não chegou a chamar a atenção do depoente tendo em vista a semelhança que havia entre tais documentos; que mostrado ao depoente as propostas apresentadas pelas empresas (folhas 90-101) diz o depoente que somente nesse momento ele chamou atenção a semelhança existente nos três documentos; que na oportunidade referida a semelhança passou também despercebida pelos demais membros da comissão julgadora; que a preocupação maior do depoente e demais membros da comissão era analisar os preços apresentados pelas empresas concorrentes; (...).

Luiz do Espírito Santo Júnior, ao ser ouvido na promotoria de justiça (f. 420-421 do Volume III apenso), relatou o seguinte: que o depoente é funcionário público municipal de Aquidauana desde 16 de agosto de 1989, exercendo a função de técnico de contabilidade; na administração passada fez parte da comissão de licitação formada pelo então Prefeito R. F.; que nessa condição participou do processo licitatório para a escolha de uma empresa para o fornecimento de materiais de construção ao município, objetivando a construção de unidades habitacionais referentes ao projeto pró-moradia; que o presidente da Comissão na época era o Dr. César Ferreira Romero; que um dos membros da comissão era a senhora Êster M. Martines Freixes, esposa do proprietário da empresa José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda; que na oportunidade a referida pessoa permaneceu presente no local do julgamento, todavia não se manifestando sobre o mesmo, sendo que na oportunidade a mesma foi substituída pela suplente Estela Regina Canhete; que José Hélio Câmara Lopes, então secretário municipal de obras não fazia parte da comissão de licitação, sendo que o depoente não tem conhecimento do motivo pelo qual foi colocado o seu nome na ata de folha 105. Indagado o depoente se ao analisar os documentos apresentados pelos concorrentes alguns dos documentos apresentados chamou a atenção dos membros da comissão o depoente respondeu que o que chamou a atenção do depoente foi a ordem da sequência numérica dos itens constantes do edital de licitação uma vez que referidos itens, referente a cada empresa vencedora, obedecia a uma sequência numérica perfeita. Assim a empresa De Conti & Conti Ltda foi vencedora dos itens 3, 4, 5, e 6 e a empresa José Maria Martinez Freixes & Cia Ltda foi vencedora dos itens 1 2 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 48 até o item 139. Já a firma Ramos de Nogueira Ltda - ME foi vencedora do item 47, que se referia a vidros martelados 4mm; que atualmente o proprietário dessa empresa só mexe com vidraçaria e não se recorda o depoente se na época trabalhava com materiais de construção; que o depoente acredita que não houve a publicação do resultado final da licitação; que o depoente ficou sabendo através da Câmara Municipal de Aquidauana que na época apurava denúncias de possíveis irregularidades no projeto pró-moradia; que as propostas apresentadas pelas três empresas que participaram do processo licitatório teriam sido elaborados por uma mesma pessoa já que anunciavam que o formato e o tipo da letra eram idênticos nas três propostas apresentadas; que não tem conhecimento do motivo pelo qual foi revogada a licitação anterior, que havia sido ganha pela empresa Bigolin Ferragens e Materiais de Construção Ltda; (...)

Estela Regina Canhete, ouvida pela promotoria de justiça à folha 424 do Volume III do apenso, disse o seguinte: que a depoente é funcionária pública municipal de Aquidauana exercendo a função de agente administrativo desde o ano de 1986; que na administração passada fez parte da comissão de licitação na qualidade de suplente; que com relação ao processo licitatório a que se refere à ata de abertura de folhas 104-105, a depoente afirma que dele não participou apenas assinou a ata na qualidade de suplente da senhora Êster Freixes, não sabendo nem mesmo o motivo pelo qual esta última pessoa não participou da comissão julgadora; que a ata de folhas 104-105 lhe foi entregue pronta apenas para assinar;

que nunca participou de nenhum processo licitatório da prefeitura municipal até porque na qualidade de suplente nunca foi convocada(...).

Vejamos, então, o que disseram as testemunhas.

Jucélia da Silva Carneiro, ouvida perante a promotoria de justiça (f. 546-547), contou que era funcionária da empresa José Maria Martines Freixes & Cia. Ltda e que teria datilografado apenas o orçamento da Casa do Bons Serviços; que o Sr. José Maria entregava para a depoente uma lista contendo a relação dos materiais e respectivos preços, e a depoente datilograva a proposta. que não se recorda da Casa dos Bons Serviços ter participado de outra licitação junto à Prefeitura Municipal de Aquidauana, ao menos no período em que ali esteve trabalhando; que se recorda de ter datilografado a proposta referente à licitação destes autos não pelo formato da mesma, mas sim porque naquela data (fevereiro de 1997) era a única secretária da empresa e também a única que datilograva a proposta; que se recorda de haver trabalhado aproximadamente uma semana para a formulação dos documentos referentes a este processo licitatório; que não se recorda da máquina de escrever do escritório da empresa ter sido emprestada para alguém nesse período; que não conhece o proprietário das empresas Comercial Aquidauana e Galo Materiais para construção. (...)

Eis o teor dos depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízo:

Edson Benica: ‘Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: o depoente é funcionário concursado da Prefeitura Municipal de Aquidauana; que na gestão do prefeito José Henrique, trabalhava no setor administrativo, na divisão de patrimônio; que, após tomar posse o prefeito R. F., passou a trabalhar na divisão de compras da prefeitura, tendo, posteriormente, voltado para o setor de patrimônio; que não participou da comissão de licitação, referente ao projeto Pró-Moradia; que não sabe quem foram as empresas que participaram do aludido projeto nem que forneceram material ao mesmo; que não teve qualquer participação no aludido projeto. Dada a palavra ao patrono das partes que arroladas a testemunha, à pergunta respondeu: que a comissão de licitação do projeto Pró-Moradia se reunia em sala diversa daquela em que o depoente trabalhava; que no trabalho do depoente era comum que fizesse o cadastro de empresas que participavam de licitações; que não se recorda de ter feito o cadastro aludido, no que tange ao projeto Pró-moradia; que, pelo que se recorda o depoente, a licitação do projeto Pró-moradia foi feita na modalidade tomada de preço; que o depoente não participou da licitação do aludido projeto, razão pela qual não sabe dizer como foi a postura das empresas que dela participaram; que, dois anos após, o depoente passou a participar da parte de licitação da prefeitura de Aquidauana; que, nesta época, em uma licitação pela tomada de preços, ocorria a publicação do edital num jornal local, sendo que o mesmo era adquirido pelas empresas interessadas; que a empresa que se interessava acabava apresentando a sua proposta à prefeitura, na forma prevista no edital; que o depoente sabia que era necessária a publicação do edital no Diário Oficial, mas sabia que tal não era feito; que recebia a informação de que tal competia ao setor jurídico do Município; que na época em que o depoente participou de uma comissão de licitação, pode esclarecer que os fatos aconteciam da seguinte forma: a comissão se reunia para abertura dos envelopes, na presença de todas as empresas participantes do certame; todos os documentos das empresas podiam ser analisados por todos os integrantes da comissão de licitação, a qual decidia por habilitar ou não a empresa para o processo licitatório; que o depoente se recorda que, na época do projeto Pró-moradia, o advogado responsável pela parte jurídica da Prefeitura de Aquidauana era o Dr. César Romero; que, ao que sabe o depoente, na época em que participou de comissão de licitação, era o setor jurídico que ficava responsável pela publicação de editais de licitação; Dada a palavra ao patrono dos demais réus, nada foi perguntado. Dada a palavra ao MP, nada foi perguntado.’

Nilson Coelho de Brito: ‘Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente o depoimento prestados perante o Ministério Público Estadual, à f. 538 e 539 do inquérito civil em apenso, que ora lhe foi lido na presença de todos; que acrescenta que, como algumas pessoas tiveram que contratar pedreiros para terminar a construção das casas, pode ter acontecido de os materiais fornecidos terem sumido neste momento, quando eram repassados aos pedreiros; que era destinada a mesma quantidade de

material para todas as casas, mas, em razão do terreno de algumas ser diferente, as vezes o material destinado não era suficiente, o que fazia com que o depoente entrassem em contato com o pessoal da prefeitura, para pedir autorização para repassar mais materiais; Dada a palavra ao MP, nada foi perguntado. Dada a palavra aos patronos dos réus, nada foi perguntado.'

Caio Leônidas de Barros: 'Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente os depoimentos prestados perante a delegacia de polícia e no processo criminal que tramita em razão dos mesmos fatos apurados neste feito, que ora lhe foram lidos na presença de todos e que ora foram juntados pelo Ministério Público Estadual; que nada mais tem a acrescentar nos referidos depoimentos. Dada a palavra ao MP, às perguntas respondeu: que o depoente não chegou a ver se algum material entregue pela prefeitura estava com a data de validade vencida; que o depoente se recorda que os canos recebidos para a construção das casas aparentavam ser usados; que recebeu pedaços de canos que demonstravam que o material já era usado; que a fiação para construção da casa era entregue em pedaços, não sabendo o depoente dizer se também os fios aparentavam ser usados; Dada a palavra aos patronos dos réus, às perguntas respondeu: que o depoente não conhece os tipos de madeira existente, mas afirma que as que foram entregues para a construção das casas supramencionadas aparentavam estar em péssima qualidade pela forma com que se apresentavam, tortas e com outras imperfeições; que para terminar a casa do depoente, teve que comprar poucas coisas, acreditando que tenha gasto cerca de R\$ 200,00; que a mão-de-obra para terminar a casa não teve custo ao depoente, uma vez que fora ele e um outro morador, de nome Wilson Maidana que terminou a construção; que outras casas faltavam diversos materiais, como telhado e outros.'

Hernan França de Carvalho: 'Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente o depoimento prestado perante o Ministério Público Estadual (f. 503-504 do inquérito civil em apenso), que ora lhe foi lido na presença de todos; que não trabalhava na empresa de seu sogro, mas costumava fazer para o mesmo alguns serviços que eram requeridos por eles; que a máquina utilizada para preencher a proposta apresentada pela empresa do então sogro do depoente era de propriedade do irmão do sogro, de nome José Pereira; que a máquina não ficava na empresa, mas foi para lá levada pelo irmão do então sogro do depoente; que o depoente, atualmente, não é mais genro do requerido Inácio Pereira; Dada a palavra ao MP, às perguntas respondeu: que o depoente quer esclarecer que chegou a preencher, a pedido do seu então sogro, um orçamento de materiais de construções; que, todavia, mostrado ao depoente o documento de f. 94-97 do inquérito civil em apenso, esclarece o depoente que não sabe dizer se foi este o documento que preencheu a pedido de seu sogro; que, pelo decurso do depoente, não sabe afirmar se o documento que preencheu é o mesmo que lhe foi mostrado; Dada a palavra aos patronos dos réus, nada foi perguntado.'

A toda evidência, há provas nos autos que comprovam que Hernan França de Carvalho mentiu em juízo pois a prova pericial e os depoimentos de José Maria Martinez Freixes demonstram que a proposta de Ramos & Nogueira Ltda foi preenchida pela sra. Jucélia.

Valdomiro Garcia: 'Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente os depoimentos prestados perante o Ministério Público Estadual (f. 495 e 496 do inquérito civil em apenso), que ora lhe foi lido na presença de todos; que nada mais tem a acrescentar nos referidos depoimentos. Dada a palavra ao MP, nada foi perguntado. Dada a palavra aos patronos dos réus, nada foi perguntado;'

José Henrique Gonçalves Trindade: 'Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente os depoimentos prestados perante o Ministério Público Estadual e no processo criminal que tramita em razão dos mesmos fatos apurados neste feito, que ora lhe foram lidos na presença de todos e que ora foram juntados pelo Ministério Público Estadual; que nada mais tem a acrescentar nos referidos depoimentos. Dada a palavra ao MP, nada foi perguntado. Dada a palavra aos patronos dos réus, às perguntas respondeu: que o depoente não se recorda se a empresa Bigolin ganhou alguma outra licitação, na sua gestão de prefeito municipal de Aquidauana; que, pelo que o depoente ficou sabendo, os preços dos materiais oferecidos pelas empresas requeridas eram maiores do que aqueles oferecidos pela empresa Bigolin, vencedora do primeiro processo de

licitação; que o depoente não se recorda se chegou a ver documentos que evidenciavam que os preços praticados pela empresa Bigolin eram menores que o das empresas requeridas neste processo; que o depoente esclarece que pelo que foi apurado pela Câmara de Vereadores e chegou ao seu conhecimento, os preços praticados pelas três empresas requeridas eram muito superiores ao praticado pelas outras empresas do comércio local; que o depoente se recorda que o partido político ao qual pertencia fazia oposição ao partido político do então prefeito R. F.;

Luiz Pereira da Silva: ‘Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente os depoimentos prestados perante o Ministério Público Estadual e no processo criminal que tramita em razão dos mesmos fatos apurados neste feito, que ora lhe foram lidos na presença de todos e que ora foram juntados pelo Ministério Público Estadual; que nada mais tem a acrescentar nos referidos depoimentos; que o depoente esclarece que a então secretária de ação social, em reunião realizada com os futuros proprietários das casas que estavam sendo construídas, sugeriu a realização de mutirão para terminar as casas, uma vez que a Caixa Econômica Federal havia estipulado prazo para o término das construções e o aludido prazo estava acabando; Dada a palavra ao MP, nada foi perguntado. Dada a palavra aos patronos dos réus, às perguntas respondeu: que o depoente, quando contratou pedreiro para terminar a sua casa, não se preocupou em pedir recibo do que pagou a ele, primeiro porque o pedreiro era seu amigo e segundo porque não imaginou que fosse precisar de recibo para alguma coisa; que, da mesma forma, como não imaginava que pudesse utilizar recibo, não pegou ou guardou recibo dos materiais de construção que teve que adquirir para terminar a sua casa; que o depoente não pertencia a nenhum partido político e não tinha vínculo com a prefeitura; que, como havia sido um dos contemplados com as casas que seriam construídas, foi escolhido, juntamente com outro contemplado, para formar uma comissão que fiscalizaria as obras; que a reunião que escolheu a aludida comissão foi feita entre os contemplados e não teve qualquer participação de políticos, mas foi realizada na Câmara de Vereadores apenas para ocupar o plenário existente; que, quando da formação da comissão de fiscalização, ainda não havia sequer denúncias de irregularidades; que na reunião onde esteve presente o então prefeito R., não houve consenso entre os moradores sobre a necessidade de realizarem mutirão para terminarem as casas; que alguns moradores queriam realizar o mutirão porque precisavam da casa para morar e porque não tinham outra opção; que outros, porém, não queriam realizar mutirão e queriam que a prefeitura terminasse as obras; que os moradores que não concordaram em realizar o mutirão, tiveram que pagar para terceiros terminarem as obras; que algumas casas chegaram a ser concluídas pela prefeitura; que a casa do depoente teve que terminar com recursos próprios; que o depoente ficou sabendo que, no projeto inicial da construção das casas, não havia qualquer previsão de realização de mutirão, sendo que as casas seriam financiadas pela Caixa Econômica e entregues prontas aos moradores; que em razão do lapso de tempo transcorrido, o depoente não se recorda quanto gastou para concluir a construção de sua casa; que se recorda que comprou janela, saco de cimento, pagou pedreiro, alguns metros de fio, torneira e outras coisas que não se recorda ao certo; que o depoente não mais reside na casa mencionada; que não se recorda o nome da pessoa para quem vendeu a casa;’

Ipojucan Prade: ‘Testemunha compromissada na forma da lei. Inquirida respondeu: que confirma integralmente os depoimentos prestados perante o Ministério Público Estadual e no processo criminal que tramita em razão dos mesmos fatos apurados neste feito, que ora lhe foram lidos na presença de todos e que ora foram juntados pelo Ministério Público Estadual; que nada mais tem a acrescentar nos referidos depoimentos. Dada a palavra ao MP, nada foi perguntado. Dada a palavra aos patronos dos réus, às perguntas respondeu que o depoente não sabia de onde vinha o recurso do Projeto Pró-moradia; que o depoente, ao comparar os preços dos materiais fornecidos pelas empresas requeridas, com os preços praticados no comércio local, não chegou a fazer orçamento por escrito em nenhuma loja, sendo que a sua pesquisa foi apenas verbal; que os preços pesquisados junto ao comércio local sempre eram menores que os praticados pelas empresas requeridas, no processo de licitação do Projeto Pró-Moradia; que o depoente não chegou a ver os preços praticados pela empresa Bigolin; que o depoente resolveu investigar os fatos envolvendo o projeto Pró-Moradia, tanto por ser um cidadão da cidade, quanto por ser um agente político e interessado nas coisas do Município; que a investigação dos fatos supranarrados foi uma decisão da direção do partido ao qual o depoente pertencia.’”

As provas são claras no sentido de que houve a ocorrência de fraude ao procedimento licitatório, com os réus José Maria Martines Freixes, José Maria Martines Freixes & Cia Ltda, Cláudio Luiz de Conti, De Conti & Conti Ltda, Inácio Ferreira Ramos e Ramos & Nogueira Ltda ME combinando os preços para a apresentação, o que culminou com a adjudicação conjunta do objeto da licitação, favorecendo a todos.

Deixo registrado que o réu R. M. F., na qualidade de prefeito à época dos fatos, deveria ter se desincumbido de fazer como que o procedimento licitatório fosse processado e julgado em estrita conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

E, conforme consignado:

“(…).

Essa divisão dos objetos, aliás, ofende os princípios da moralidade e da impessoalidade porquanto eventuais terceiros que poderiam ter interesse em concorrer para a tomada de preços sob esse regramento não tiveram oportunidade para tanto.

O arranjo foi feito de última hora e à vista dos concorrentes e do presidente da comissão de licitação e procurador jurídico do município, César Ferreira Romero, com nítido objetivo de favorecer pessoa pré-determinada, in casu, o pai do prefeito R. M. F., o senhor José Maria Martines Freixes e seu estabelecimento comercial.”

Não se pode admitir que o réu R. M. F., prefeito à época, e o procurador do município e presidente da comissão de licitação, tenham utilizado de um procedimento licitatório, que deve primar pela aplicação dos princípios que regem a Administração Pública, para favorecer os concorrentes do referido procedimento, em especial do genitor do prefeito.

Logo, por qualquer ângulo que se possa analisar a questão, não merece reparos a sentença recorrida.

Ante o exposto e com o parecer, conheço dos recursos, rejeito as preliminares e as prejudiciais e, no mérito, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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, 4 de fevereiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível nº 0801995-73.2012.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REMESSA NECESSÁRIA – CONHECIMENTO DE OFÍCIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA O PREFEITO E ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL – PRELIMINARES REJEITADAS – CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS – STF – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.

O recurso de ofício ou necessário é providência imposta por lei no sentido de reexame de decisões judiciais, pelos órgãos jurisdicionais superiores quando proferidas nos casos previstos nos incisos do art. 496 do Código de Processo Civil/2015: “*está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença.*”¹

É admissível a sujeição de prefeito municipal, na qualidade de agente político, aos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 2º da Lei 8.429, de 2.6.1992.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o Ministério Público Estadual possui legitimidade para ajuizar ações civis públicas na defesa do patrimônio público e dos princípios que regem a Administração Pública, lhe sendo admitido, também, instaurar inquérito civil público para averiguar prática de improbidade administrativa.

Segundo o disposto no Recurso Extraordinário nº 658026/MG, da relatoria do Min. Dias Toffoli,

“(…) para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.”

Embora a lei municipal disponha sobre a possibilidade de contratação de pessoal por tempo determinado para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público, vê-se que o grande número de contratados e as várias prorrogações, não justificam excepcionalidade ensejadora da não observância da regra do concurso público.

As sanções aplicadas de suspensão dos direitos políticos por 4 anos a contar do trânsito em julgado desta sentença, bem como no pagamento de multa civil, que arbitro em R\$ 50.000,00 em benefício dos cofres municipais, se mostram adequadas, em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração o disposto no art. 12, inciso III da Lei 8.429/1992.

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

1 “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.” (Súmula do STF, n. 423)

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelação cível interposta F. M. A. H. S. em face da sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou:

“(...) parcialmente procedente os pedidos para condenar F. M. A. H. S., pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92, à pena de suspensão dos direitos políticos por 4 anos a contar do trânsito em julgado desta sentença, bem como no pagamento de multa civil, que arbitro em R\$ 50.000,00 em benefício dos cofres municipais. Todos os demais requeridos restam absolvidos de eventual conduta ímproba.”

Alega, preliminarmente, a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 a prefeitos, em conformidade com o Tema 576 do STF.

Aduz, em preliminar, nulidade absoluta do processo, tendo em vista a violação ao princípio do promotor natural, pois, segundo o voto do Des. Marcos José de Brito Rodrigues,

“(...) reconheceu a absoluta incapacidade ad processum aos promotores de primeiro grau para a instauração de inquérito civil que comina na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando o investigado é uma das autoridades com prerrogativa de função.”

No mérito, afirma que, em momento algum agiu ilegalmente. Ainda que se considere que houve algum excesso no número de contratações, o que se argumenta por dialética, ela se respaldou na necessidade autorizada por lei de vagas que visavam ser preenchidas com a realização de concurso público, o que inclusive ocorreu e só foi atrasada por fatores alheios à vontade do recorrente.

Assevera que a sentença não é respaldada pelo entendimento do STJ, que entende que, para a caracterização do ato de improbidade administrativa estatuído no art. 11 da LIA, deve haver a efetiva comprovação do elemento subjetivo, o dolo, ainda que genérico.

Sustenta que é essencial que se comprove a má-fé, a intenção deliberada de infringir a lei, de favorecer interesses particulares, de lesar o interesse público. Conluio, fraude. É necessário que haja comprovação destes elementos. Como se observa da sentença recorrida, inexistem estes elementos.

Dispõe que não pode ser reconhecida má-fé somente do apelante por atos praticados por todos os setores da administração, e não há qualquer demonstrativo nos autos que apontem para conluio, tanto que o magistrado não traz quaisquer indicativos ou fundamentação neste sentido. Ao contrário, o entendimento é no sentido de que o apelante deveria ter suspenso o serviço público prestado por temporários, e, como não o fez, cometeu ato ímprobo, o que é uma conclusão absurda e que não é nem lógica, nem real.

Esclarece que não há falar em cometimento de ato de improbidade administrativa com a existência do elemento subjetivo dolo, ou conforme entende o STJ, culpa grave, que não estão presentes no caso. Aqui, sequer há ato ímprobo, muito menos cometido com dolo.

Pondera que as penas referentes à prática de ato de improbidade administrativa não precisam ser necessariamente aplicadas de forma cumulativa, competindo ao julgador, sim, o dever de aplicar as punições previstas na lei na adequada proporção da gravidade do ato ímprobo discutido, observando todas as suas nuances, alcance, gravidade, prejuízo, entre outras circunstâncias.

Frisa que o STJ firmou entendimento de que as penalidades não devem ser aplicadas de forma indistinta, mas sim após uma necessária análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, sendo imperativa a individualização da conduta, não podendo se ultrapassar, seja em quantidade ou espécie, o estrito limite da culpabilidade de agente.

Requer seja dado:

“(...) provimento do presente apelo, para, preliminarmente, extinguir o processo sem julgamento de mérito ou, caso não acolhidas as arguições preliminares, seja reformada a sentença guerreada, julgando-se totalmente improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Subsidiariamente, não sendo este o entendimento, requer sejam excluídas e diminuídas as penalidades impostas em atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos dos pedidos acima.”

Em contrarrazões, o apelado manifesta pelo não acolhimento das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta F. M. A. H. S. em face da sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou:

“(...) parcialmente procedente os pedidos para condenar F. M. A. H. S., pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92, à pena de suspensão dos direitos políticos por 4 anos a contar do trânsito em julgado desta sentença, bem como no pagamento de multa civil, que arbitro em R\$ 50.000,00 em benefício dos cofres municipais. Todos os demais requeridos restam absolvidos de eventual conduta ímproba.”

Requer seja dado:

“(...) provimento do presente apelo, para, preliminarmente, extinguir o processo sem julgamento de mérito ou, caso não acolhidas as arguições preliminares, seja reformada a sentença guerreada, julgando-se totalmente improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Subsidiariamente, não sendo este o entendimento, requer sejam excluídas e diminuídas as penalidades impostas em atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos dos pedidos acima.”

Do conhecimento, de ofício, da remessa necessária.

Inicialmente, vale destacar que embora o julgador singular não tenha ordenado a remessa dos autos a esta Corte, a espécie exige o reexame necessário, uma vez que o art. 496, § 3º do Código de Processo Civil/2015 dispensou o duplo grau de jurisdição quando a condenação ou o direito controvertido, for de valor certo e não excedente a 1.000 (mil) salários mínimos, o que exclui do alcance do dispositivo as condenações genéricas, uma vez que são incertas em relação ao valor.

Com efeito, a dispensa do reexame necessário pressupõe sentença condenatória que expresse valor certo inferior a mil salários mínimos, ou que o direito controvertido tenha valor econômico de igual patamar.

Insta salientar que o recurso de ofício ou necessário é providência imposta por lei no sentido de reexame de decisões judiciais, pelos órgãos jurisdicionais superiores quando proferidas nos casos previstos nos incisos do art. 496 do Código de Processo Civil/2015: “*está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença.*”²

2 “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.” (Súmula do STF, nº 423)

Este é o entendimento dos Tribunais, conforme julgado abaixo transcrito:

“RECURSO ESPECIAL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – REEXAME NECESSÁRIO – SENTENÇA ILÍQUIDA – CABIMENTO. 1. É obrigatório o reexame da sentença ilíquida proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público (Código de Processo Civil, artigo 475, parágrafo 2º). 2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.” (Resp. nº 1101727/PR, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 03/12/2009)

Pertinente o ensinamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *in verbis*:³

“Exatamente porque não contém natureza recursal, o reexame necessário não está sujeito a preparo, nem admite a apresentação de contrarrazões pelo particular ou pela parte vencedora. De igual modo, não havendo interposição de apelação, e sendo remetidos ao tribunal os autos em função do reexame necessário, é incabível o recurso adesivo, justamente porque não há recurso principal ao qual se possa aderir.”

Consigne-se que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que “*A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.*” (Súmula 490 do STJ).

Por essas razões, conheço de ofício da remessa necessária.

Torna-se necessário analisar e decidir as preliminares suscitadas.

Alega, preliminarmente, a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 a prefeitos, em conformidade com o Tema 576 do STF.

A Lei nº 8.429, de 2.6.1992, visa regulamentar as sanções aplicáveis aos agentes públicos que, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, incorrem nos atos tipificados como de improbidade administrativa porque importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da Administração Pública. Trata-se de lei editada para atender ao comando constitucional que submeteu a Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Pela simples leitura dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), depreende-se que houve uma preocupação do legislador em esclarecer quais são os sujeitos submetidos à aplicação das penalidades ali impostas, tendo sido adotada uma expressão ampla para indicar as pessoas que exercem *munus publico* e que podem ser responsabilizadas por atos de improbidade. Restou assim disposto:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, 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.” (Destaquei.)

O próprio texto legal abrange, com a designação agente público, todo aquele que exerce, por eleição, cargo ou mandato na administração direta. Hely Lopes Meirelles explica que agentes públicos são:

3 Curso de direito processual civil. 7. ed, Podium. p. 485. v. 3.

“(...) todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal, e que ‘repartem-se inicialmente em cinco espécies ou categorias bem diferenciadas, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados’. Esclarece ainda que os agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.”⁴

Não se ignora a existência da tese de inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da RCL 2138, quando afastou a incidência da mencionada lei porque os agentes políticos estariam vinculados a um sistema especial de responsabilização. Aliás, no ARE 683235 RG, a Corte Constitucional, aos 30.8.2012, declarou a repercussão geral da aplicação da LIA a prefeitos.

Contudo, mesmo sob o regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos prefeitos, conforme se depreende dos seguintes julgados mais recentes:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGADA EXISTÊNCIA DE OFENSA DIRETA A NORMAS CONSTITUCIONAIS, A PERMITIR O CONHECIMENTO DO RECURSO – DECISÃO ATACADA QUE APRECIOU ADEQUADA E EXAUSTIVAMENTE AS QUESTÕES EM DEBATE NOS AUTOS – EVENTUAIS OFENSAS CONCERNENTES AO PLANO INFRACONSTITUCIONAL – PRECEDENTES. 1. Não admite a Corte a existência de prequestionamento implícito. Se a análise das alegadas violações às normas constitucionais em que fundamentado o recurso extraordinário depende, para sua verificação, da apreciação de normas infraconstitucionais e dos fatos em debate nos autos, tal como aqui ocorre, cuida-se de ofensa meramente reflexa, de insuscetível constatação, em recurso extraordinário. 2. A ação de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92, também pode ser ajuizada em face de agentes políticos. Precedentes. 3. A análise da legalidade de ato administrativo pelo Poder Judiciário não implica a violação do princípio da separação de poderes, sendo certo que a apreciação de contas de detentor de mandato eletivo pelo órgão do Poder Legislativo competente não impede o ajuizamento de ação civil pública com vistas ao ressarcimento de danos eventualmente decorrentes desses mesmos fatos. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.” (STF, AI 809338 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, Processo Eletrônico DJe-057 Divulg 21-03-2014 Public 24-03-2014. Destaquei.)

*“RECLAMAÇÃO – AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE, COMO NA ESPÉCIE, DE **TITULAR DE MANDATO ELETIVO (PREFEITO MUNICIPAL)** AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes.” (STF, Rcl 2766 AgR, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014, Acórdão Eletrônico DJe-070 Divulg 08-04-2014 Public 09-04-2014. Destaquei.)*

Ademais, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de identidade material entre o decidido na Reclamação Constitucional nº 2.138 e situações que, como a presente, envolvem apenas a imputação de ato de improbidade administrativa ao prefeito, conforme se depreende dos seguintes julgados:

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade, e outros. São Paulo: Malheiros, 01-2009. p. 75-7. II/1.5.3 e 1.5.3.1.

*“PROCESSUAL – ATO DE IMPROBIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE – COMPETÊNCIA DO JUIZ MONOCRÁTICO PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL COM OS PARADIGMAS INVOCADOS – AGRAVO IMPROVIDO. I - Os paradigmas invocados pelo agravante dizem respeito à estipulação da competência desta Suprema Corte, para processar e julgar os crimes de responsabilidade cometidos por Ministros de Estado. **II - O STF tem entendido, nessas hipóteses, que os atos de improbidade administrativa devem ser caracterizados como crime de responsabilidade.** III - Na espécie, trata-se de prefeito municipal processado por atos de improbidade administrativa que entende ser de competência originária do Tribunal de Justiça local, e não do juiz monocrático, o processamento e julgamento do feito. **IV - Não há identidade material entre o caso sob exame e as decisões invocadas como paradigma.** V - Agravo improvido.”* (STF, Rel 6034 MC-AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, DJe-162 Divulg 28-08-2008 Public 29-08-2008 Ement Vol-02330-02 PP-00306. Destaquei.)

*“ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – LEI DE IMPROBIDADE – PREFEITO – APLICABILIDADE. 1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ocasião em que se imputou ato de improbidade administrativa a assessor jurídico do Município de Pinhal, tendo em vista a realização de ‘reserva de placa’ para automóvel da prefeitura contendo os numerais correspondentes aos partidos políticos do PT e PDT, os quais são filiados, respectivamente, o Vice-Prefeito e Prefeito daquela municipalidade. 2. **Os prefeitos podem ser processados por seus atos pela Lei nº 8.429/92, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei nº 1.079/50. O precedente do Supremo Tribunal Federal Rel 2.138/RJ reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera do Poderes da União, Estados e Municípios, ressaltando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra Ministros de Estado.** Assim, os autos devem retornar ao Tribunal a quo para que seja processada a ação civil de improbidade administrativa. 3. Recurso especial provido.”* (STJ, Resp 1148996/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 11/06/2010. Destaquei.).

Vale destacar, ainda, a controvérsia sobre a aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Reclamação nº 2.790/SC, quando o Min. Teori Zavascki, acompanhado por seus pares, entendeu que:

“(...) não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.”

A propósito, confira-se o julgado:

“CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA – AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO – DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO. 1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. 2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, ‘seria

absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência' (voto do Min. Cezar Peluso). 3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembleia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte." (STJ. Reclamação nº 2790/AC. Rel. Teori Albino Zavascki. Corte Especial. J: 02/12/2009).

Logo, deve ser rejeitada a preliminar suscitada.

Aduz, em preliminar, nulidade absoluta do processo, tendo em vista a violação ao princípio do promotor natural, pois, segundo o voto do Des. Marcos José de Brito Rodrigues:

"(...) reconheceu a absoluta incapacidade ad processum aos promotores de primeiro grau para a instauração de inquérito civil que comina na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quando o investigado é uma das autoridades com prerrogativa de função."

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o Ministério Público Estadual possui legitimidade para ajuizar ações civis públicas na defesa do patrimônio público e dos princípios que regem a Administração Pública, lhe sendo admitido, também, instaurar inquérito civil público para averiguar prática de improbidade administrativa.

A respeito do tema, confira-se os julgados abaixo:

"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE – ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – LEI 8.429/1992 – APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS – DOLO – AFERIÇÃO – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO – SÚMULA 7/STJ – PENALIDADES – ACUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. É firme desta Corte o 'entendimento no sentido de que 'é cabível a propositura de ação civil pública que tenha como fundamento a prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Também mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva nesta ação, porque sustentada nas disposições da Lei nº 8.429/92' (REsp 757.595/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma), (REsp 1.516.178/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/06/2015). 2. A jurisprudência do STJ também firmou-se no sentido de que 'o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127, caput, da CF) e, dentre outras funções, 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' (art. 129, III, da CF), (REsp 1289609/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 02/02/2015). 3. Assim, pode-se concluir que o Ministério Público é parte legítima para pleitear o ressarcimento de dano ao erário sempre que o ato ilícito subjacente à lesão seja a prática de ato ímprobo. Ademais, na hipótese vertente, o pedido deduzido pelo Parquet Estadual, qual seja, o de aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa (na qual se inclui o ressarcimento ao erário), coaduna-se perfeitamente com o o expediente processual adotado pelo autor. 4. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que decidiu o STF, pacificou sua jurisprudência no sentido 'de que os agentes políticos

se submetem às disposições da Lei nº 8.429/1992, em que pese a submissão também ao regime de responsabilidade político-administrativa previsto no Decreto-Lei 201/67' (AgRg no REsp 1.368.359/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/10/2017). Nesse mesmo sentido: AI 790.829-AgR/RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 19/10/2012. 5. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, restaram claramente demonstrados os requisitos necessários à configuração do ato de improbidade administrativa. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pelas instâncias ordinárias, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 6. É possível a acumulação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. Precedente: AgRg no AREsp 390.129/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/11/2015. 7. A revisão das penalidades aplicadas em ações de improbidade administrativa também implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como consignado, esbarra na já mencionada Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. Precedente: AgRg no AREsp 341.211/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/06/2015. 8. Agravo interno improvido." (STJ. AgInt nos EDcl no AREsp 437764/SP. Rel. Min. Sérgio Kukina. Primeira Turma. J: 27/02/2018).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – IMPRESCRITIBILIDADE – ART. 37, § 5º, DA CF – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE COMO CAUSA DE PEDIR RESSARCIMENTO – CIRCUNSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA QUE LEGITIMA A ATUAÇÃO DO PARQUET – NOMEN JURIS DA AÇÃO – IRRELEVÂNCIA – RITO DEFINIDO PELO OBJETO DA PRETENSÃO – ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO OU MAIS AMPLO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA – ADEQUAÇÃO. 1. O art. 37, § 5º, da Constituição da República prescreve que ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. 2. ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127, caput, da CF) e, dentre outras funções, ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’ (art. 129, III, da CF). Em contrapartida, lhe é ‘(...) vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas’ (art. 129, IX, da CF). 3. O Ministério Público é parte legítima para pleitear o ressarcimento de dano ao erário sempre que o ato ilícito subjacente à lesão seja a prática de ato ímprobo, dentre outras causas extraordinárias. 4. A causa de pedir é o ponto nodal para a aferição da legitimidade do Ministério Público para postular o ressarcimento ao erário. Se tal for a falta de pagamento de tributos, o ressarcimento por danos decorrentes de atos ilícitos comuns ou qualquer outro motivo que se enquadre nas atribuições ordinariamente afetas aos órgãos de representação judicial dos entes públicos das três esferas de poder, o Ministério Público não possui legitimidade para promover as respectivas ações. Lado outro, tratando-se da prática de ato de improbidade, ilícito qualificado, ainda que prescritas as respectivas punições, ou outra causa extraordinária, remanesce o interesse e a legitimidade do Parquet para pedir ressarcimento, seja a ação nominada como civil pública, de improbidade ou mesmo indenização. 5. A prática de ato ímprobo (arts. 9º ao 11 da Lei 8.429/92) constitui circunstância extraordinária que, por transcender as atribuições ordinárias dos órgãos fazendários, legitima o Ministério Público a pedir o ressarcimento dos danos dele decorrentes, sendo irrelevante o nomen juris atribuído à ação, cujo rito deverá ser específico ou, se genérico, mais amplo ao exercício da defesa. Referido critério privilegia a harmonia do sistema constitucional de repartição de competências e confere plena eficácia aos comandos dos incisos III e IX do art. 129 da Constituição da República. 6. Recurso especial provido para reformar o acórdão recorrido e, em consequência, determinar que a ação civil pública seja regularmente processada e julgada.” (STJ. REsp 1289609 / DF. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção. J: 12/11/2014).

Assim, não há falar em nulidade absoluta do processo, afastando-se, por conseguinte, a preliminar aduzida.

No mérito, analiso, concomitantemente, a remessa necessária e o recurso interposto por F. M. A. H. S.

O Ministério Público Estadual ingressou com a ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de F. M. A. H. S., A. L. B., P. C. R. dos R., F. R. R., D. T., H. B. B., A. C. da S., A. C., A. da L. A., A. R. X., A. D. C., C. A. F., V. M., O. dos S. C., F. R. M., Município de Aquidauana, objetivando a procedência dos pedidos, para:

“(...) 1. declarar a nulidade dos contratos por prazo determinado celebrados com os onze últimos requeridos; 2. Determinar ao primeiro requerido que promova a rescisão contratual de todos os contratos por prazo determinado em vigor no município; 2.1. À critério do desse juízo, seja concedido prazo razoável que possibilite a realização de, pelo menos, teste seletivo para o preenchimento provisório dos cargos ou funções que se vagaram atinentes aos serviços indispensáveis, especialmente na área da saúde; 2.2. Seja concedido prazo maior para a realização de concurso público destinado ao provimento dos cargos preenchidos provisoriamente por meio do teste seletivo, e outros que eventualmente estejam vagos, estes a critério da Administração Municipal; 3. Declarar a nulidade dos contratos de trabalho temporários celebrados com os onze últimos requeridos; 4. Confirmando a tutela antecipada, determinar ao Poder Executivo Municipal, em prazo razoável, a adequação do número de seus funcionários ao disposto na LOM ou então, se for o caso, a tomada providências no sentido de modificar a lei, ajustando-a à realidade atual; 5. Condenar os quatro primeiros requeridos nas penas previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, pela prática de atos de improbidade administrativa a que se refere o art. 11, inciso V, do mesmo diploma legal;”

O magistrado singular assim decidiu a questão:

“(…).

O Município de Aquidauana, regulamentou tal dispositivo Constitucional através da Lei Municipal nº 1.915/2003, que dispõe que:

Art. 1º Para atender necessidade temporária de interesse Público administrativo Municipal, as autarquias e fundações públicas municipais, poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta lei.

Art. 2º Considera-se necessidade de excepcional interesse publico:

(...)

VII - atividades e Programas Especiais de Saúde, de Assistência social e outros;

a - Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI);

b - Programa de Agente Jovem (PROJOVEM);

c - Programa Centro Integrado da Criança e do Adolescente (CICA);

d - Programa de Assistência Social do Idoso (PROID);

e - Programa de Saúde da Mulher (PROSAM);

f - Centro de Atendimento Psicossocial (CEAPS);

g - Programa Banco do Brasil (PROBB);

h - Programa de Incentivo à Cultura (PROCULTURA);

i - Programa de Erradicação do Analfabetismo para jovem e adulto (PROEJA);

j - outros Programas Especiais que envolvam atividades essenciais que venham a ser criados oficialmente ou sejam cometidos ao Município.”

“Como é curial em Direito, os cargos públicos exigem lei para que existam e possam ser preenchidos. O administrador não pode contratar indistintamente quantas pessoas achar conveniente, pois sua vontade fica restrita aos limites da lei. É a lei quem diz quantos cargos podem ser criados e de que forma devem ser preenchidos, se por concurso público ou por nomeação em comissão.

Dito isto, percebe-se que os documentos que instruíram a presente ação registram que no ano de 2011 havia na prefeitura de Aquidauana 762 servidores contratados temporariamente, ou seja, sem concurso público (f. 51-71). O instrumento de contratação dessas pessoas, utilizado pelo município, foi um contrato administrativo no qual se prevê a função a ser desempenhada pelo contratado, a remuneração a ser paga e o prazo de vigência do contrato (f. 173-427). As contratações foram feitas com base nas Leis Municipais n.ºs 1.909/2003 e 1.915/2003 (f. 126-137).

Desse modo, denota-se que no ano de 2011 a prefeitura contava com 762 servidores contratados, número que representava 2.461 vezes o teto máximo permitido pela LOM. Destaca-se o fato de que o único concurso público aberto na gestão do requerido F. S. aconteceu no mês de junho de 2012, ou seja, no final do primeiro semestre do último ano do seu mandato, assim, todas as admissões que ocorreram ao longo dos últimos três anos e meio, com exceção das funções comissionadas, foram feitas mediante contrato de serviço por prazo determinado (sem concurso público).

Vislumbra-se que a Lei Orgânica do Município de Aquidauana preceitua (f. 646-647): ‘Art. 19. O número de funcionários públicos ativo do Poder Executivo (Administração Direta), não poderá ultrapassar à 2,5% (dois e meio por cento) do número de eleitores do Município.’

Ou seja, pode-se concluir que o número de servidores do Poder Executivo extrapolou em muito o número legal permitido.

Ainda, diante dos depoimentos dos requeridos, bem como das testemunhas, constata-se que as contratações temporárias realizadas, tal como as renovações de tais contratos, não foram adequadamente fundamentadas. Senão vejamos:

F. S. em seu depoimento relatou que o objetivo de sua gestão era a melhoria dos serviços públicos da cidade. Assim, uma parte das contratações realizadas sem concurso público foi efetuada com o intuito de melhorar e aumentar os serviços prestados à população. Observou que já era regra esse tipo de contratação por gestões anteriores. Questionado se os requeridos A. L. B., P. C. R. dos R. e F. R. R. tinham responsabilidades quanto a contratação dos servidores temporários, o ex-prefeito respondeu que a decisão da contratação era tomada por todos os envolvidos responsáveis para que o serviço em questão começasse a funcionar, ou seja, pela própria gerência do serviço. As pessoas que possuíam um bom currículo, eram indicadas para a contratação, desse modo, não havendo uma única pessoa responsável pela contratação dos funcionários para exercerem o contrato temporário. Relatou que para a Ação Social e para a Saúde foram realizados os concursos. Informou que os critérios para a contratação era a capacidade técnica de cada funcionário. E que começaram a realizar o concurso no ano de 2011, contudo o mesmo tendo sido concretizado no ano de 2012. Afirmou que recebeu uma recomendação do Ministério Público para que efetuassem o concurso público para a contratação de funcionários, porém não se recorda quando isso ocorreu. Confirma que efetuou um projeto de governo para seu mandato e que o aumento dos servidores foi realizado conforme a necessidade dos serviços. Discorreu que possuía o aval dos advogados da prefeitura bem como do secretário de administração para a contratação dos servidores temporários.

A. L. B. afirmou que na qualidade de procurador jurídico, recebia de todas as secretarias os pedidos para a elaboração dos contratos de funcionários para cargos temporários e que exerceu a função de procurador jurídico de janeiro de 2009 a julho de 2011. E de agosto de 2011 a março de 2012 exerceu o cargo de gerente municipal de administração, porém

durante esse período não teve participação nas contratações temporárias. Discorreu que na gestão do ex-prefeito F. S., diante da demanda crescente dos serviços e com o ímpeto de atender a população, contrataram funcionários temporários para que pudessem preencher de forma temporária e imediatamente as vagas existentes. Durante a gerência de administração relatou que por conta da dotação orçamentária, todos os contratos das demais gerências eram efetuadas pela secretaria de administração. Assim, por exemplo, o gerente de obras era o responsável pela demanda na secretaria de obras, elaborava o relatório e encaminhava para a Procuradoria Jurídica analisar e elaborar o contrato temporário, sendo a assinatura efetuada mediante a secretaria de administração. Informou que, com alguns servidores ocorriam a renovação do contrato e que o Sr. P. dos R., gerente municipal de saúde efetuava a contratação do pessoal, uma vez que já havia sido gerente municipal em gestão anterior e por esse motivo possuía vasto conhecimento da qualificação dos funcionários contratados, o que não ocorria com o Sr. F. R. R., gerente municipal de administração. Discorreu que na Procuradoria, após receber as informações dos Recursos Humanos sobre a existência da vaga, tal como o relatório sobre a qualificação do servidor a ser contratado, encaminhado pelo gerente municipal responsável, elaborava-se o contrato e o gerente responsável se dirigia para despachar com o prefeito. Relatou que a vaga existente era a criada por lei, e que o Recursos Humanos possuía o quantitativo e informava o jurídico. Disse que desde o princípio o prefeito concedeu autonomia para cada gerente municipal desenvolver a contratação necessária para cada secretaria e que no ano de 2009, o Sr. F. R., como gerente municipal de administração, iniciou a análise e o levantamento da necessidade da realização de um concurso público, contudo nessa época, o Ministério Público instaurou um inquérito para apurar denúncias sobre os agentes de saúde e após, sobre os cargos da assistência social, tendo desse modo, realizado o concurso no ano de 2012 apenas para a área da Saúde e Assistência Social.

P. C. R. dos R. relatou que, quanto a questão da saúde, onde era o responsável, logo que iniciou os trabalhos, havia uma pandemia de dengue na cidade, e por esse motivo iniciaram uma força tarefa para combater o foco. Após, quanto aos postos de saúde, quando ingressaram na gestão havia 5 postos e no fim do mandato haviam implantado 15 postos, por isso a necessidade de contratação de enfermeiras, médicos, dentistas. O Recursos Humanos faziam a análise de currículos para a contratação. Informou que era Presidente do Cosems e por isso viajava muito não havendo possibilidade de contratar de forma pessoal os funcionários em questão.

F. R. R. informou que não possuía a prerrogativa de contratar os funcionários de forma temporária e que sempre havia uma reunião com o prefeito para conversarem a respeito da necessidade da contratação. Relatou que o critério de seleção dos contratados seria a aptidão de cada um, ou seja, a análise do currículo e que cada gerente municipal fazia o levantamento de sua necessidade de contratação, porém não sabe informar de que maneira cada secretário efetuava a seleção para a contratação. Discorreu que como secretário de administração recebia os contratos prontos para a concretização de cada um, contudo em cada secretaria era o secretário quem dizia quem seria contratado. Narrou que geralmente ocorria as renovações dos contratos, e que muitas renovações já vinham de outras gestões. Informou que quando entrou em 2009 na prefeitura, fizeram um levantamento para a análise de identificação de todas as deficiências de cada setor e com isso iniciaram o processo para a realização do concurso público, porém, nesse ínterim, ocorreram alguns fatos como os dos agentes comunitários de saúde que entraram com uma representação, eis que, pelo fato de terem ingressado no cargo público, através de processo seletivo, se achavam no direito de ali permanecerem. Desse modo, somente no ano de 2012, a prefeitura conseguiu concretizar o concurso público. Relatou por fim que de janeiro de 2009 a julho de 2011 exerceu o cargo de gerente de administração e após, até dezembro de 2012 exerceu o cargo de gerente de saúde. Respondeu que tinham 42 efetivos de agentes de saúde, entretanto a prefeitura necessitava de 97 agentes.

L. E. F. L. da C., testemunha, em seu depoimento narrou que foi gerente de educação e após, chefe de gabinete e que possui o conhecimento de que houve a ampliação de serviços no início da gestão do ex-prefeito F. e por isso a necessidade de contratação de servidores

temporários. Informou que sempre houve autonomia dos gerentes para efetivarem as contratações e que não sabe se havia renovação de contratos. Narrou que o procedimento para as contratações era através de um banco de cadastro de pessoas do Recursos Humanos e após a análise e escolha, era encaminhado ao jurídico para colher o parecer, e por fim encaminhavam para o prefeito assinar. Informou que não sabe dizer como era o critério para a escolha de cada secretário municipal, contudo cada secretaria era o responsável para a contratação dos servidores de sua secretaria. Afirmou que o prefeito apenas nomeava e que era a procuradoria jurídica quem fazia a análise da legalidade da contratação, através da assinatura do procurador jurídico. Mencionou que foi realizado o concurso público no ano de 2012, e que o mesmo não foi concretizado antes por conta de fatos que ocorreram durante o processo, como por exemplo o problema com os agentes de saúde. Por fim relatou que, o processo de contratação na gerência de educação, era realizado seguindo as mesmas regras e requisitos do edital do estado e, após a publicação e seleção dos candidatos, ocorria a escolha e a contratação.

R. G. C., na qualidade de testemunha, afirmou ser servidora efetiva e que atuou como diretora de recursos humanos na secretaria de saúde. Relatou que o procedimento para as contratações era realizado da seguinte forma: lhe era solicitado a contratação de uma pessoa para um cargo em específico, por exemplo, uma enfermeira, desse modo ela analisava os currículos existentes, selecionava e encaminhava para o núcleo que havia solicitado a fim de que este pudesse verificar se a pessoa preenchia os requisitos que o mesmo necessitava no momento. Após, encaminhava para a confecção do parecer jurídico. Discorreu que o Sr. P., gerente de saúde, à época, nunca solicitou diretamente que fosse contratado alguém em específico. Afirmou que, no início da gestão do ex-prefeito havia 5 ESF e ao final o município possuía um total de 15 e por esse motivo, por falta de servidores concursados, ocorria a renovação das contratações. Relatou que no Recursos Humanos da Saúde havia a documentação, ou melhor um processo para cada contratado, a fim de analisar se aqueles preenchiam os requisitos necessários. Narrou que o prefeito nunca pediu à ela para nomear alguém em específico e que, dentre os currículos existentes, com formação, haviam poucas pessoas, porém sem formação existia um grande número no banco de dados.

Do exposto, percebe-se que as nomeações aconteceram em flagrante afronta aos princípios da legalidade e da impessoalidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal, eis que tais contratações não ocorreram em face de um ato emergencial, ao contrário, restou comprovado que várias contratações vinham se renovando desde gestões anteriores.

Conforme se pode demonstrar, por exemplo, à f. 141, a funcionária J. da S. C. teve seu contrato de trabalho temporário renovado por três vezes (do ano de 2009 a 2011), tal como o servidor C. A. F. (f. 159) que afirmou em seu depoimento prestado ao Ministério Público que laborou na prefeitura de 2009 a 2010, relatando que conseguiu o emprego depois da eleição ganha pelo prefeito F. S., tal como era candidato a vereador, tendo trabalho no mesmo grupo político do prefeito e por esse motivo havia um acordo por ajuda mútua.

Ainda à f. 162, D. C. T. M. confirmou a renovação de seu contrato temporário pelos anos de 2009 a 2011. E do mesmo modo, H. B. B. também confirmou que trabalhou na prefeitura de 2005 a 2009 através de contrato temporário.

Nesse ressoar, observa-se, que as situações fáticas vinculadas a cada contrato não correspondem ao modelo constitucional, que impõe a possibilidade de contratação quando - e somente quando - a Administração tenha à frente a uma necessidade temporária de excepcional interesse público (CF art. 37, IX).

Vislumbra-se que em nenhuma das contratações feitas pelo requerido ficou demonstrado esse fator determinante. E mesmo após as recomendações realizadas pelo Ministério Público, ao prefeito municipal, a fim de que este tomasse providências cabíveis para a adequação das contratações (f. 440-442), este não atendeu às recomendações, e, ademais, continuou contratando sistematicamente novos servidores ilegalmente.

Ademais, ainda que, primeiramente algumas das contratações tenham se enquadrado em uma das hipóteses previstas na lei local, com o passar do tempo elas se corromperam viciando a natureza primária de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Uma porque, conforme se observa nos depoimentos acima, vários servidores contratados passaram, no decorrer do contrato, a exercer funções completamente diversas daquelas para as quais foram originalmente admitidas, fazendo com que a situação inicial não tivesse caráter de excepcionalidade, ou que, com o decorrer do tempo deixou de ter: O que levaria a rescisão do contrato, pois o aproveitamento do servidor em função diversa da prevista no documento desnatura a excepcionalidade inicial do ato, tornando ilegal a contratação.

Duas, porque as contratações, como demonstram as provas nos autos, foram feitas para o exercício de função permanente, o que não coaduna com a excepcionalidade exigida na constituição.

E três, porque muitos contratos vêm sendo renovados continuamente a ponto de haver contratados trabalhando há dez, quinze, vinte anos seguidos, como por exemplo o caso dos requeridos A. C. da S., A. C. e A. D. C.

O art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa prevê como ímproba a conduta do agente público que afronte os princípios da administração pública, dentre os quais estão o da legalidade e o da impessoalidade. É evidente, pois, a improbidade pela conduta descrita na petição inicial.”

Segundo o disposto no Recurso Extraordinário nº 658026/MG, da relatoria do Min. Dias Toffoli,

“(…) para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.”

No caso dos autos, embora a lei municipal disponha sobre a possibilidade de contratação de pessoal por tempo determinado para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público, vê-se que o grande número de contratados e as várias prorrogações, não justificam excepcionalidade ensejadora da não observância da regra do concurso público.

As provas constante dos autos, em especial a prova testemunhal, revelam que o ora apelante não apresentou justificativa a demonstrar a situação de urgência ou de excepcional interesse público, que assegurasse a manutenção dos vínculos precários dos contratados com a municipalidade.

Preceitua o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:”

No caso em apreço, restou devidamente configurado o ato de improbidade administrativa estabelecida no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, não sendo necessária a prova do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito, bastando a constatação do dolo genérico para o reconhecimento de ato ímprobo do prefeito.

Consigne-se que o fato de a atividade atribuída aos servidores contratados, temporariamente, ter sido efetivamente desempenhada, não afasta a configuração do ato de improbidade administrativa, uma vez que caracterizada a violação ao disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Do mesmo modo, as sanções aplicadas de suspensão dos direitos políticos por 4 anos a contar do trânsito em julgado desta sentença, bem como no pagamento de multa civil, que arbitro em R\$ 50.000,00 em

benefício dos cofres municipais, se mostram adequadas em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração o disposto no art. 12, inciso III da Lei 8.429/1992, que estabelece:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

(...).

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

Logo, por qualquer ângulo que se possa analisar a questão, verifica-se que não merece reparos a sentença recorrida.

Ante o exposto e com o parecer, conheço do recurso voluntário e da remessa de necessária, rejeito as preliminares e, no mérito, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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, 4 de fevereiro de 2020.

4ª Câmara Cível

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Agravo de Instrumento nº 2000979-54.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO – MORTE DOS USUFRUTUÁRIOS – EXTINÇÃO DO DIREITO REAL – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ITCD NÃO CONFIGURADA – OFENSA AO ART. 1º, § 3º, DA LEI Nº 8.437/92 – NÃO OCORRÊNCIA – LIMINAR, CUJA EXECUÇÃO NÃO PRODUZ RESULTADO PRÁTICO QUE INVIABILIZA O RETORNO AO *STATUS QUO ANTE* – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Com a morte dos usufrutuários inexistente a transmissão do bem imóvel ou do direito real, mas apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário, de forma que mostra-se arbitrária e ilegal a exigência de quitação do ITCD para que se proceda à averbação da extinção do usufruto.

De acordo com o assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, diz respeito: “(...) às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação.” (STJ, Resp 1615687/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016).

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Estado de Mato Grosso do Sul, não se conformando com a decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Capital nos autos do mandado de segurança impetrado por Maria Cristina Possari Lemos e outros, contra ato coator imputado ao Chefe da Unidade de Fiscalização do ITCD - UFITCD e Outros, interpõe o presente agravo de instrumento.

Sustenta que, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, é vedada a concessão das tutelas antecipadas face à Fazenda Pública que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Relata que os agravados pretendem se abster do recolhimento de imposto devidamente capitulado na legislação em vigor, ou seja, a imposição tributária relativa ao falecimento de usufrutuário encontra-se expressamente prevista no art. 122, IV, do Código Tributário Estadual, que foi alterado pela Lei nº 5.153, de 28/12/2017.

Defende que o ITCD incide sobre instituição de usufruto por ato não oneroso e sua extinção pela renúncia ou falecimento do usufrutuário, razão pela qual se faz imperiosa a cassação da liminar concedida.

Ao final, requer a revogação da:

“(...) liminar concedida, por não ser possível a concessão de tutela antecipada em face da fazenda pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, por expressa vedação legal e por não haver o preenchimento dos requisitos do art. 300 do CPC, a saber, a prova inequívoca quanto a fundado receio de dano e a verossimilhança da alegação (fumus boni iuris), já que existe expressa previsão legal para a cobrança do imposto no caso em tela.” (f. 07-08)

Contraminuta às f. 20-21 pelo desprovimento do agravo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 25-36, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, em face da decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Capital que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Maria Cristina Possari Lemos e outros, contra ato coator imputado ao Chefe da Unidade de Fiscalização do ITCD - UFITCD e Outros, deferiu a liminar pleiteada para o fim de determinar às autoridades coatoras se absterem de cobrar o ITCD em relação aos imóveis, cujo valor da exação foi pago por ocasião da doação e instituição do usufruto vitalício em favor dos genitores dos impetrantes.

No caso, extrai-se que em 11 de junho de 2017 e 30 de julho de 2018 faleceram, respectivamente, a genitora e genitor dos impetrantes, ora agravados, os quais receberam imóveis em doação, com usufruto daqueles.

Ocorre que, ao tentarem regularizar as respectivas matrículas dos imóveis doados, com a extinção do usufruto e liberação das mesmas, foram informados que era necessário o pagamento do ITCD, em razão do falecimento dos usufrutuários.

Feito este breve introito, passo a exame do recurso que, a meu sentir, deve ser desprovido.

De início, é relevante ressaltar que a concessão do pedido liminar do mandado de segurança pressupõe a relevância da fundamentação *fumus boni iuris* e a constatação de que a manutenção do ato impugnado poderá resultar na própria ineficácia da medida *periculum in mora*, nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009.

Ao ver do agravante, além de não ser cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação, a imposição tributária em questão encontra-se expressamente prevista no art. 122, IV, do Código Tributário Estadual, redigido nos seguintes termos:

“Art. 122. A incidência do ITCD alcança as seguintes mutações patrimoniais:

(...)

IV - instituição de usufruto por ato não oneroso e sua extinção pela renúncia ou falecimento do usufrutuário;”

De fato, o mencionado dispositivo dá suporte à atuação fiscal impugnada. Contudo, ao consolidar as hipóteses de incidência do tributo, o Estado não pode exceder as balizas impostas pelo art. 155, I, da Constituição Federal, segundo o qual compete a ele instituir impostos sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Tenho, pois, que com a morte dos usufrutuários inexistia a transmissão do bem imóvel ou do direito real, mas apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário, de forma que mostra-se arbitrária e ilegal a exigência de quitação do ITCD para que se proceda à averbação da extinção do usufruto.

Sobre o tema, esta Corte já se pronunciou:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ITCMD – USUFRUTO – EXTINÇÃO PELA MORTE DA USUFRUTUÁRIA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE FATO GERADOR – SEGURANÇA CONCEDIDA. Não existe fato gerador do ITCMD com a extinção do usufruto em decorrência da morte do usufrutuário, uma vez que não há transmissão do bem imóvel ou do direito real, mas apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário.” (TJMS. Mandado de Segurança Cível nº 0808866-84.2019.8.12.0002, Dourados, 4ª Seção Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 22/10/2019, p: 24/10/2019).

“APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM Tese – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – ITCMD – USUFRUTO – EXTINÇÃO PELA MORTE DA USUFRUTUÁRIA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE FATO GERADOR – RECURSO DESPROVIDO – REEXAME NECESSÁRIO REALIZADO. Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra os efeitos concretos de ato normativo que possui operatividade imediata, não há falar em impetração contra lei em tese. Não existe fato gerador do ITCMD com a extinção do usufruto em decorrência da morte do usufrutuário, uma vez que não há transmissão do bem imóvel ou do direito real, mas apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0019785-18.2012.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 27/01/2016, p: 29/01/2016).

De outro lado, não há que se falar em violação ao art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92.

O Superior Tribunal de Justiça, em elucidativo precedente envolvendo o dispositivo legal em questão, firmou orientação no sentido de que:

“(…) o art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92, que estabelece que não será cabível medida liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, refere-se ‘às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação.’ (STJ, Resp 664.224/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 1.3.2007, p. 230).” (STJ, Resp 1615687/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016).

Com efeito, a liminar postulada e deferida é apenas uma antecipação da ordem a ser concedida ao final, e, por isso, não esgota a pretensão deduzida na inicial, uma vez que se o pedido for julgado procedente, o direito será reconhecido, entretanto, caso contrário, a cobrança poderá ser feita pelo Estado.

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do presente agravo de instrumento, mas nego-lhe provimento para manter incólume a decisão recorrida.

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. Alexandre Bastos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator em Substituição Legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Apelação Cível nº 0806174-88.2014.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – ISSQN – UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL – NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA – MERO DESLOCAMENTO DE RECURSOS HUMANOS – TRIBUTO DEVIDO AO LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR DO SERVIÇO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não basta que a parte apenas requeira a produção de prova, é preciso que demonstre a relevância e a pertinência do meio probatório que lhe foi suprimido, além de sua aptidão para alterar o posicionamento adotado, o que não ocorreu no presente caso, restando afastada a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

O simples deslocamento de recursos humanos (mão-de-obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não basta para configurar unidade econômica ou profissional. Precedentes do STJ.

Considerando que os serviços prestados pela apelante não se encontram insertos nos incisos I à XXV do art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003, mas sim no subitem 14.01 da mencionada LC, o ISSQN é devido ao local do estabelecimento prestador do serviço, no caso, Município de Dourados.

Recurso conhecido e 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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

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 por Shark Tratores e Peças Ltda em face do Município de Dourados, objetivando a reforma da sentença de f. 858-871, que julgou improcedente os pedidos deduzidos nos embargos à execução fiscal.

Preliminarmente, sustenta o apelante em suas razões de f. 876-893, nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Argumenta que por diversas vezes requereu e justificou a necessidade de realização de prova pericial. Defende que somente pela perícia seria possível auferir a base de cálculo do ISSQN sobre serviços de garantia que a apelada fez incidir o imposto, analogicamente, com base no valor médio dos serviços praticados em equipamentos não cobertos pela garantia.

Afirma, ainda, que a perícia se mostra hábil a comprovação do município em cujo território a unidade profissional executou a prestação de serviços de manutenção de equipamentos agrícolas, implementos e

máquinas como unidade autônoma, já que pelo simples exame de ordens de serviços não é possível auferir o local em que efetivamente se realizou a assistência técnica de manutenção dos equipamentos agrícolas.

No mérito, alega que a sentença operou-se em evidente *erro in judicando* na apreciação da demanda, pois, na hipótese de serviço executado fora do estabelecimento, por unidade profissional autônoma, como de fato ocorreu, o ISSQN é devido no local da prestação do serviço, conforme assim disciplina o art. 4º da LC 116/03.

Aduz que os serviços de manutenção foram prestados mediante o deslocamento de profissionais com ferramentas e veículos específicos (unidade profissional de modo temporário), sendo que se realizaram nas dependências das propriedades agrícolas dos produtores tomadores dos serviços prestados, situação fática que fez com que o ISSQN fosse recolhido no município tomador do serviço.

Ao final, requer seja processada e recebida a apelação com atribuição de efeito suspensivo, já que estariam presentes os requisitos para atribuição de duplo efeito. Requer, ainda, seja acolhida a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, pugna seja conhecido e provido o recurso, a fim de que afaste a cobrança de ISSQN pelo município apelado, extinguindo-se o crédito tributário objeto de cobrança pelo Auto de Infração e Imposição de Multa nº 137/2012.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso, majorando-se os honorários advocatícios (f. 897-915).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Shark Tratores e Peças Ltda em face do Município de Dourados, objetivando a reforma da sentença de f. 858-871, que julgou improcedente os pedidos deduzidos nos embargos à execução fiscal.

Preliminarmente, sustenta o apelante em suas razões de f. 876-893, nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Argumenta que por diversas vezes requereu e justificou a necessidade de realização de prova pericial. Defende que somente pela perícia seria possível auferir a base de cálculo do ISSQN sobre serviços de garantia que a apelada fez incidir o imposto, analogicamente, com base no valor médio dos serviços praticados em equipamentos não cobertos pela garantia.

Afirma, ainda, que a perícia se mostra hábil a comprovação do município em cujo território a unidade profissional executou a prestação de serviços de manutenção de equipamentos agrícolas, implementos e máquinas como unidade autônoma, já que pelo simples exame de ordens de serviços não é possível auferir o local em que efetivamente se realizou a assistência técnica de manutenção dos equipamentos agrícolas.

No mérito, alega que a sentença operou-se em evidente *erro in judicando* na apreciação da demanda, pois, na hipótese de serviço executado fora do estabelecimento, por unidade profissional autônoma, como de fato ocorreu, o ISSQN é devido no local da prestação do serviço, conforme assim disciplina o art. 4º da LC 116/03.

Aduz que os serviços de manutenção foram prestados mediante o deslocamento de profissionais com ferramentas e veículos específicos (unidade profissional de modo temporário), sendo que se realizaram nas dependências das propriedades agrícolas dos produtores tomadores dos serviços prestados, situação fática que fez com que o ISSQN fosse recolhido no município tomador do serviço.

Ao final, requer seja processada e recebida a apelação com atribuição de efeito suspensivo, já que estariam presentes os requisitos para atribuição de duplo efeito. Requer, ainda, seja acolhida a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, pugna seja conhecido e provido o recurso, a fim de que afaste a cobrança de ISSQN pelo município apelado, extinguindo-se o crédito tributário objeto de cobrança pelo Auto de Infração e Imposição de Multa nº 137/2012.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso, majorando-se os honorários advocatícios (f. 897-915).

Admissibilidade.

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes, pois, além de tempestivo, o preparo foi devidamente recolhido (f. 894-896). Assim, recebo o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo (art. 1012 e 1.013, ambos do CPC).

Preliminar.

Sustenta o apelante a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ao argumento de que a realização de prova pericial mostra-se imprescindível para auferir a base de cálculo do ISSQN sobre serviços de garantia, bem como os locais em que efetivamente se realizaram serviços de assistência técnica de manutenção dos equipamentos agrícolas.

Data vênia, sem razão.

A despeito da controvérsia efetivamente instaurada se situa no âmbito de matérias de fato e de direito, no caso, prescinde de maior dilação probatória, pois, a produção de perícia em nada poderia contribuir para infirmar a conclusão adotada pelo magistrado na sentença.

No que se refere a incidência de ISSQN sobre serviços de garantia, impende ressaltar que mostra-se desnecessária a realização de perícia.

Em primeiro lugar, é certo que incide o tributo sobre referidos serviços, pois encontram-se inseridos no subitem 14.01 da Lei Complementar nº 116/2003. Em segundo lugar, a documentação acostada aos autos, principalmente notas fiscais, permitem analisar a base de cálculo para a incidência do benefício, não se mostrando necessária a perícia.

Da mesma forma, não vislumbro utilidade e necessidade em realização de perícia para apurar os locais em que os serviços foram prestados, pois, as próprias notas fiscais constam tais locais.

Além do mais, o local de incidência de ISSQN, trata-se de questão de mérito, de cunho eminentemente de direito, o que afasta, por definitivo, qualquer necessidade de realização de perícia.

Como se sabe, incumbe ao julgador aquilatar a utilidade da prova à suas conclusões, devendo indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (artigo 370 *caput* e parágrafo único do CPC).

A prova deve ser necessária e útil ao processo, de modo que, com base no referido dispositivo e, em sendo o juiz o destinatário das provas, cabe a ele analisar a necessidade e utilidade de sua produção.

Nesse contexto, por força do livre convencimento motivado do juiz, a quem cabe a instrução do processo, não só pode, como deve ele indeferir as diligências inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias.

Aliás, é neste exato sentido a jurisprudência do STJ:

“(...) 1. A jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que é facultado ao julgador o indeferimento de produção probatória quando julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob o pálio da prerrogativa do livre convencimento que lhe é conferida pelo art. 130 do CPC, seja ela testemunhal, pericial ou documental, cabendo lhe, apenas, expor fundamentadamente o motivo de sua decisão.

2. Rever o entendimento da Corte local quanto à desnecessidade da dilação probatória, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência obstada em Recurso Especial, conforme a Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no AgRg no REsp 1496938/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 22/05/2015)

Ademais, não basta que a parte apenas requeira a produção de prova, é preciso que demonstre a relevância e a pertinência do meio probatório que lhe foi suprimido, além de sua aptidão para alterar o posicionamento adotado, o que a meu ver não ocorreu no presente caso.

Assim, afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito.

Quanto ao mérito, infere-se dos autos que a empresa ora apelante Shark Tratores e Peças Ltda, opôs embargos à execução fiscal promovida pelo Município de Dourados, referente a CDA nº 883/2013, cuja dívida seria oriunda de ISSQN.

Afirma que 90% dos serviços por ela prestados foram realizados em outros municípios, por meio de unidade profissional autônoma, de modo que o ISSQN seria devido no local da prestação do serviço, conforme assim disciplina o art. 4º da LC 116/03, e não ao Município de Dourados.

Ao proferir sentença, reconheceu o magistrado que o ISSQN é devido ao Município de Dourados, se modo que inexistia qualquer irregularidade na constituição da CDA nº 883/2013, sendo devido o tributo, assim como a penalidade imposta pelo descumprimento das obrigações acessórias, julgando, ao final, improcedentes os embargos.

Em que pesem os argumentos expendidos pela apelante, razão não lhe assiste.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, nos termos do art. 156, inciso III da Constituição Federal, compete aos municípios instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, cabendo à lei complementar dispor sobre os conflitos de competência, em matéria tributária, conforme assim disciplina o art. 146, inciso I, da CF.

Assim, considerando que um dado fato gerador pode guardar relação com o território de mais de uma pessoa política, cumpriu a lei complementar determinar que atributo do fato o tornará passível de tributação por este ou aquele município.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 116/2003 dispõe que serviço considera-se prestado, e o imposto devido, no local do estabelecimento do prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador. Confira:

“Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local.”

Observe que o texto de lei é expresso em apontar que o ISSQN será devido no local do estabelecimento prestador OU na falta de estabelecimento, no local do domicílio (sede) do prestador, exceto nas hipóteses dos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local.

No caso dos autos, assevera a apelante que atua no comércio de tratores, máquinas, implementos e peças, estando sujeitos ao ISSQN os serviços de manutenção e reparação mecânica.

Assim, conclui-se que os serviços prestados pela apelante não se encontram insertos nos incisos I a XXV do art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003, mas sim no subitem 14.01 da mencionada LC, que prevê a incidência do ISSQN sobre:

“(...) 14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).”

Ao submeter o caso dos autos ao que disciplina a LC 116/2003, não estando os serviços prestados nas hipóteses dos incisos I a XXV, mas sim no subitem 14.01, pelo texto de lei, inafastável que devido o ISSQN ao Município de Dourados.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir julgamento do REsp nº 1.060.210/SC pela sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no seguinte sentido:

“(...) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo.”

Aproveitando-se de tal precedente, defende a apelante em suas razões que possui unidade profissional autônoma para execução de serviços fora do estabelecimento, o que afastaria, em tese, a incidência do tributo no local do estabelecimento prestador.

Pois bem. Após empregar aprofundada análise aos autos, conclui-se que a apelante não comprovou nos autos possuir unidade profissional autônoma a configurar a denominada “unidade econômica ou profissional” pelo STJ.

Isso porque, para se configurar unidade econômica ou profissional, deve esta ser dotada de alguns requisitos essenciais, como por exemplo, poderes decisórios, estrutura organizacional própria, habitualidade, dentre outros.

Ocorre que a apelante, além de não ter apresentado qualquer prova da existência de unidade econômica ou profissional, apenas deslocava – esporadicamente – funcionários para a realização de alguns serviços.

O simples deslocamento de recursos humanos (mão-de-obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não basta para configurar unidade econômica ou profissional.

Neste exato sentido já decidiu o próprio STJ. Confira:

“TRIBUTÁRIO – ISS – SUJEITO ATIVO – LC 116/2003 – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRESTADOR – MERO DESLOCAMENTO DE MÃO DE OBRA – LOCAL DO DOMICÍLIO DO CONTRIBUINTE. 1. Tendo em vista os efeitos infringentes pretendidos pela parte, os Embargos de Declaração podem ser processados como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. No julgamento do REsp 1.117.121/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, o STJ definiu o sujeito ativo do ISS incidente sobre serviço prestado na vigência da LC 116/2003 (arts. 3º e 4º), nos seguintes termos: 1º) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador – compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário – que se configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas; 2º) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador. Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação); 3º) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador; ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção. 3. O simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo (AgRg no AREsp 299.489/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.6.2014). 4. In casu, não se pode afirmar que a mera realização de atividade na sede do contratante, equivalha a um estabelecimento prestador, razão pela qual compete ao Município de Belo Horizonte – local do domicílio do prestador – a cobrança do ISS. 5. Agravo Regimental não provido.” (STJ. EDcl no AgRg no REsp nº 1.298.917/MG; Rel. Min. Herman Benjamin; julgado em 17/05/2015)

A propósito, em recente julgado desta C. Câmara Cível, proferido em caso idêntico, envolvendo, inclusive, as mesmas partes – Shark Tratores e Peças Ltda X Município de Dourados – foi exatamente neste sentido a conclusão adotada. Vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – MÉRITO – ISSQN – LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO EM MÁQUINAS AGRÍCOLAS – INEXISTÊNCIA DE UNIDADE ECONÔMICA, PROFISSIONAL OU ADMINISTRATIVA NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – LOCAL DA TRIBUTAÇÃO – SEDE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS – RECURSO DESPROVIDO. Para formação do seu convencimento, o juiz deve analisar se a prova produzida foi suficiente para esclarecer as questões alegadas pelas partes, não estando obrigado a acatar a produção daquelas provas pretendidas pelas partes, se as considerar desnecessárias. Após a vigência da LC 116/2003 se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo. Verificando-se que os serviços de manutenção de máquinas de grande porte não se encontram relacionados nos incisos do art. 3º, da LC nº 116/2003, não se aplicando a eles a regra de exceção pela qual o ISSQN deveria ser recolhido no município em que localizado o tomador dos serviços ou onde foram efetivamente prestados, prevalece a regra geral do art. 3º combinado com o art. 4º, da LC nº 116/2003, pela qual o ISSQN é devido ao Município onde instalado escritório do prestador de serviços, pela ausência de unidade econômica ou profissional no local em que prestados os serviços.” (TJMS. Apelação Cível nº 0804636-72.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 13/11/2019, p: 14/11/2019)

Por derradeiro, e não menos importante, pretende a apelante com a presente ação deixar de recolher o ISSQN ao Município de Dourados, ao argumento de que não seria à ela devido, mas aos demais municípios que teria prestado o servido. Todavia, conforme bem salientou o magistrado na sentença, em momento algum comprovou que teria recolhido o tributo a tais municípios.

Assim, a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal não comporta qualquer reforma.

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.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Shark Tratores e Peças Ltda, porém, no mérito, nego-lhe provimento, para o fim de manter a sentença recorrida em todos os seus termos.

Nos termos do art. 85, § 11º do CPC, majoro os honorários advocatícios em 5%, restando definitivamente arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. 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, 28 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator em Substituição Legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1410884-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – DOAÇÃO EM VIDA DE PARTE DISPONÍVEL DOS BENS – RECOLHIMENTO ITCD *INTER VIVOS* – DOAÇÃO DESIGUAL ENTRE FILHOS – FATO NÃO GERADOR DE NOVO RECOLHIMENTO DO ITCD – CONCORDÂNCIA DA PRÓPRIA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Em consonância com os autos principais, constata-se que o ITCD *inter vivos* relacionado à escritura pública de doação com reserva de usufruto vitalício de f. 05-12, foi devidamente recolhido conforme Guia de Informação nº 3.280/2012, f. 10.

Portanto, o *de cujus* usando de sua prerrogativa legal realizou a doação da parte disponível de seu patrimônio, de forma desigual entre os filhos, fato este não gerador de incidência de novo recolhimento do ITCD.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2020.

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 L. M. A. F., L. M. M. F. e R. M. F. em desfavor do espólio de A. A. F., contra a decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande/MS, na Ação de Inventário nº 0811098-43.2017.8.12.0001, que determinou o recolhimento de ITCD *inter vivos* referente às doações realizadas pelo *de cujus* quanto ao adiantamento da legítima e, à doação realizada também pela viúva meeira.

Argumentam, em síntese, que a decisão deve ser reformada, haja vista inexistir qualquer imposto a ser recolhido, pois já quitados quando da concretização das doações em vida, sendo que nova cobrança importará em danos patrimoniais aos herdeiros.

Ao final pugnaram pela atribuição do efeito suspensivo ao recurso para suspender a determinação de recolhimento de imposto relativo à diferença dos quinhões dos herdeiros e, no mérito, pelo seu conhecimento e provimento, para anular a decisão e declarar a não incidência de novos impostos a serem recolhidos.

Contraminuta, f. 48-50.

O Estado de Mato Grosso do Sul, como interessado no processo prestou informações às f. 57-58, pelo provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L. M. A. F., L. M. M. F. e R. M. F. em desfavor do espólio de A. A. F., contra a decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande/MS, na Ação de Inventário nº 0811098-43.2017.8.12.0001, que determinou o recolhimento de ITCD *inter vivos* referente às doações realizadas pelo *de cujus* quanto ao adiantamento da legítima e, à doação realizada também pela viúva meeira.

Argumentam, em síntese, que a decisão deve ser reformada, haja vista inexistir qualquer imposto a ser recolhido, pois já quitados quando da concretização das doações em vida, sendo que nova cobrança importará em danos patrimoniais aos herdeiros.

Ao final pugnaram pela atribuição do efeito suspensivo ao recurso para suspender a determinação de recolhimento de imposto relativo à diferença dos quinhões dos herdeiros e, no mérito, pelo seu conhecimento e provimento, para anular a decisão e declarar a não incidência de novos impostos a serem recolhidos.

Contraminuta, f. 48-50.

O Estado de Mato Grosso do Sul, como interessado no processo prestou informações às f. 57-58, pelo provimento do agravo.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos, f. 129 do processo principal:

“(...) F. 122-124: Deve a parte procurar as vias próprias para ter resguardado seus direitos, inclusive os patrimoniais.

Intime-se o inventariante para, no prazo de 10 (dez) dias, apresente nos autos a certidão negativa fiscal da Prefeitura de Maracaju/MS, junte os respectivos assentos de nascimento/casamento do inventariante/herdeiro V. J., bem como atenda a manifestação da Fazenda Pública de f. 114 e 128, ou seja, proceda o recolhimento do ITCD inter vivos relativo à diferença dos quinhões dos herdeiros.”

Conforme se constata dos presentes autos, a própria fazenda pública estadual declarou expressamente às f. 57 que:

“(...) Em que pese as manifestações proferidas nos Autos nº 0811098-43.2017.8.12.0001 às f. 114 e 128, dá análise da escritura pública de doação com reserva de usufruto vitalício acostada às f. 09-16 verifica-se que o ITCD inter vivos foi recolhido através de Guia de Informação nº. 3280/2012.” (grifei)

Neste sentido, compulsando-se os autos principais, constata-se que o ITCD *inter vivos* relacionado à escritura pública de doação com reserva de usufruto vitalício de f. 05-12, realmente foi devidamente recolhido em consonância com Guia de Informação nº 3.280/2012, f. 10.

Portanto, como bem consignado pelo Procurador do Estado em sua manifestação, o *de cujus* usando de sua prerrogativa legal realizou a doação da parte disponível de seu patrimônio, de forma desigual entre os filhos, fato este não gerador de incidência de novo recolhimento do ITCD.

Assim sendo, impõe-se a reforma da decisão de primeiro grau quanto à este ponto.

Ante o exposto, conheço do recurso e, dou provimento ao agravo de instrumento interposto por L. M. A. F., L. M. M. F. e R. M. F., para revogar a decisão objurgada, especificamente quanto à determinação para que os agravantes procedam ao recolhimento do ITCD *inter vivos* relativo à diferença dos quinhões dos herdeiro.

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, 4 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Cível

Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1402182-66.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA DE IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – POSSIBILIDADE – FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Nos termos do que restou decidido pelo STJ no REsp nº 1.363.368/MS sob a sistemática dos recursos repetitivos e, em sede de repercussão geral pelo STF no RE 612/360/SP, é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.

A despeito de julgamento em sentido contrário ao STF, trata-se de julgado isolado e proferido de forma não unânime por uma das Turmas, que não deve se sobrepor sobre o que foi decidido pelo Plenário da Corte em sede de repercussão geral.

Recurso conhecido e improvido.

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, 24 de março de 2020.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jurandir Lemes de Oliveira em desfavor de Antonia Ferreira de Lima, objetivando a reforma da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que rejeitou a impugnação e manteve a penhora de bem imóvel do ora agravante.

Sustenta o agravante, em resumo, que o imóvel que recaiu a penhora é o único bem imóvel que possui e nele reside com esposa e filha, tratando-se, portanto, de bem de família.

Alega que, por se tratar de bem da família, a impenhorabilidade é absoluta, nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90.

Sustenta que o STF possui entendimento no sentido de que, tratando-se de contrato de locação comercial, o fiador que possui um único imóvel, no qual reside com sua família, não pode ter seu bem penhorado para satisfazer os anseios do credor, em razão da incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia.

Afirma que é desarrazoado manter a penhora do imóvel cujo valor ultrapassa consideravelmente o débito, configurando, portanto, onerosidade excessiva do devedor.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso a fim de que seja anulada a penhora do imóvel.

Agravo recebido unicamente no efeito devolutivo (f. 324-326).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 332).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Em análise aos autos, verifica-se que é fato incontroverso que o agravante é fiador de contrato de locação de imóvel comercial e que, diante do inadimplemento do contrato, recaiu penhora sobre seu único bem, o qual reside com sua família.

Portanto, reside a controvérsia na penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação de imóvel comercial.

Pois bem. Acerca do tema o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir julgamento do REsp nº 1.363.368/MS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no sentido de que “*é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990.*”

Confira a ementa do julgado:

“PROCESSO CIVIL – DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C DO CPC – EXECUÇÃO – LEI Nº 8.009/1990 – ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA – FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – PENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990”. 2. No caso concreto, recurso especial provido.” (STJ. REsp nº 1.363.368/MS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/11/2012)

Por vias de consequência, considerando que trata-se de julgado paradigma, com força vinculante, portanto, deve o mesmo ser aplicado ao presente caso, ainda que se trate de contrato de locação de imóvel comercial.

Com relação ao que foi decidido pelo STF no julgamento do RE nº 605.790/SP, de relatoria do e. Min. Dias Toffoli, em sentido contrário, é certo se tratar de decisão, por ora, isolada e, ainda, proferida de maneira não unânime pela 1ª Turma da Corte.

Além do mais, referido julgado não possui efeitos vinculativos ou capacidade de superar o entendimento consolidado pelo STJ quando do julgamento do recurso vinculativo.

Não fosse o bastante, convém consignar que o próprio Supremo Tribunal Federal afetou, sob o rito da repercussão geral, o RE 612.360/SP – Tema 295. Na ocasião decidiu o Plenário da Corte ratificar o entendimento da constitucionalidade da penhora sobre imóvel de bem de família ofertado voluntariamente pelo proprietário. Vejamos a ementa:

“CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR – RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE – EXISTÊNCIA E REPERCUSSÃO GERAL.” (STF. RE 612.360/SP; Rel. Min. Cezar Peluso)

Portanto, um julgado, proferido de forma não unânime por uma das Turmas do STF, não deve se sobrepor sobre tese de repercussão geral firmada pelo Plenário da Corte Suprema, diante de sua eficácia vinculante.

Em vista destas circunstâncias, tendo como fundamento o que foi decidido pelo STJ no REsp nº 1.363.368/MS e pelo STF no RE 612/360/SP, a penhora que recaiu sobre o único bem do agravante deverá ser mantida, já que trata-se de fiador de contrato de locação de imóvel.

Neste exato sentido colhem os seguintes arestos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – FIADOR – IMÓVEL DADO EM GARANTIA – BEM DE FAMÍLIA – PENHORABILIDADE – RECURSO PROVIDO. 1. É legítima a penhora de bem de família dado como garantia pelo fiador de contrato de locação, nos termos do que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990. Precedentes dos Tribunais Superiores. 2. Agravo de instrumento provido.” (TJMS AI 1414212-07.2018.8.12.0000; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Alexandre Bastos; DJMS 22/03/2019; Pág. 220)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. Impenhorabilidade do imóvel de propriedade do fiador. Bem de família. Inconsistência. Exegese do artigo 3º, VII, da Lei nº 8.009/90. Distinção entre locação comercial e residencial inexistente para fins de desoneração do fiador. Inaplicabilidade da postura exarada nos autos do Recurso Extraordinário nº 605.709. Acórdão não transitado em julgado e desprovido de força vinculante. Prevalência da tese firmada no âmbito do Recurso Extraordinário nº 612.360, com repercussão geral. Constitucionalidade da exceção à impenhorabilidade do bem de família. Decisão preservada. Recurso improvido.” (TJSP; AI 2247786-61.2019.8.26.0000; Ac. 13390197; São Paulo; Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Tercio Pires; Julg. 09/03/2020; DJESP 13/03/2020; Pág. 2660)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PENHORA DE IMÓVEL DE FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – Impugnação à penhora. Alegação de bem de família. Impenhorabilidade afastada - Súmula nº 549 do STJ. Manutenção da decisão. O artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.245/91, estabelece a inoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família nos casos de execução por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Decisão isolada da primeira turma do Supremo Tribunal Federal que não ostenta natureza de precedente vinculante. Orientação vinculante e consolidada do STJ, firmada em sede de recurso repetitivo (RESP 1.363.368/MS) e no enunciado de Súmula nº 549, de aplicação cogente pelos demais órgãos do judiciário. Manutenção da decisão que se impõe. Negado provimento ao recurso.” (TJRJ; AI 0083030-64.2019.8.19.0000; Rio de Janeiro; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos; DORJ 12/03/2020; Pág. 486)

Por derradeiro, 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.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo interposto por Jurandir Lemes de Oliveira, porém negolhe provimento, para o fim de manter integralmente a decisão objurgada.

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. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

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, 24 de março de 2020.

Jurisprudência Criminal



Órgão Especial

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018/50000 - Paranaíba

EMENTA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL – VENDA E EXPOSIÇÃO À VENDA DE MEDICAÇÃO, SEM REGISTRO NA ANVISA – CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL – PRECEITO SECUNDÁRIO – INCONSTITUCIONALIDADE – DESPROPORCIONALIDADE DA PENA – REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA PENA REFERENTE AO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006) – PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE.

Declara-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que vendem ou expõem à venda medicação sem registro na ANVISA, cominação exacerbada em comparação a outros delitos mais graves, o que redundaria em reprimenda violadora dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, caso em que se recomenda a aplicação de preceito secundário que melhor se adeque ao fato tipificado no dispositivo correspondente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria e, com o parecer, julgaram procedente o incidente, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade criminal suscitado pela eminente Desembargadora Elizabete Anache, perante a douta 1ª Câmara Criminal, da qual é integrante, relativamente ao pedido do réu Danilo Ramos Cardoso, formulado nos autos da Apelação Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018, de declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Emerge dos autos que o réu Danilo Ramos Cardoso interpôs apelação criminal em face da sentença proferida pelo d. juízo da Vara Criminal das Execuções Penais e da Infância e Adolescência da Comarca de Paranaíba, que o condenou à pena de 11 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 60 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, por comercializar medicamentos e anabolizantes de uso proibido e sem registro pela ANVISA.

O referido dispositivo legal assim dispõe:

“Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)”

Ao interpor recurso de apelação, o réu pleiteou a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, em virtude desproporcionalidade da reprimenda, requerendo a aplicação, por analogia, da pena referente ao tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

A seu turno, a douta relatora da apelação criminal, Desª Elizabete Anache, após analisar o mérito do recurso, suscitou o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade quanto ao referido pedido subsidiário, perante o órgão fracionário, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso do apelante e, para a dosimetria da pena, determinou a afetação do presente feito a este Egrégio Órgão Especial, para os fins do art. 97 da CF, o qual coube a mim por distribuição.

Reproduzo, para elucidação da controvérsia, a ementa do julgado, a qual recebeu a seguinte redação:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA E EXPOSIÇÃO À VENDA DE MEDICAÇÃO – ART. 273, § 1º-B DO CÓDIGO PENAL – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO PRECEITO SECUNDÁRIO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PENA REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – CLÁUSULA DE PLENÁRIO – NECESSIDADE DE AFETAÇÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL.

Havendo comprovação de que o réu vendeu e expôs à venda medicação sem registro na ANVISA e constantes da Portaria nº 344/98, resta configurado o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

O preceito secundário para o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, não guarda proporcionalidade com o objetivo da norma incriminadora, conforme precedentes dos Tribunais Superiores.

Em obediência à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), conjugada com o Regimento Interno desta Corte (art. 127, inciso I, “r”), a análise acerca da inconstitucionalidade compete ao Órgão Especial, devendo, por isso, o processo ser afetado àquele Colegiado.”

Instado a se manifestar, o Ministério Público Estadual, em parecer lavrado pelo insigne Procurador-Geral de Justiça, Dr. Paulo Cezar dos Passos, sugeriu o acolhimento do presente incidente, com vistas à declaração de inconstitucionalidade de preceito secundário, relativo ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

É o relatório, em breve síntese.

Inclua-se em pauta para julgamento, nos termos do art. 506, § 5º, RITJMS.

VOTO

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

Dos fatos

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal suscitado pela eminente Desembargadora Elizabete Anache, perante a douta 1ª Câmara Criminal, da qual é integrante, relativamente ao pedido do réu Danilo Ramos Cardoso, formulado nos autos da Apelação Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018, de declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Emerge dos autos que o réu Danilo Ramos Cardoso interpôs apelação criminal em face da sentença proferida pelo d. juízo da Vara Criminal das Execuções Penais e da Infância e Adolescência da Comarca de Paranaíba, que o condenou à pena de 11 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 60 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, por comercializar medicamentos e anabolizantes de uso proibido e sem registro pela ANVISA.

O referido dispositivo legal assim dispõe:

“Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-A Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)”

Ao interpor recurso de apelação, o réu pleiteou a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, em virtude da desproporcionalidade da reprimenda, requerendo a aplicação, por analogia, da pena referente ao tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

A seu turno, a douta relatora da apelação criminal, Desª Elizabete Anache, após analisar o mérito do recurso, suscitou o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade quanto ao referido pedido subsidiário, perante o órgão fracionário, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso do apelante e, para a dosimetria da pena, determinou a afetação do presente feito a este Egrégio Órgão Especial, para os fins do art. 97 da CF, o qual coube a mim por distribuição.

Reproduzo, para elucidação da controvérsia, a ementa do julgado, a qual recebeu a seguinte redação:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA E EXPOSIÇÃO À VENDA DE MEDICAÇÃO – ART. 273, § 1º-B DO CÓDIGO PENAL – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO PRECEITO SECUNDÁRIO – APLICAÇÃO

ANALÓGICA DA PENA REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – CLÁUSULA DE PLENÁRIO – NECESSIDADE DE AFETAÇÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL.

Havendo comprovação de que o réu vendeu e expôs à venda medicação sem registro na ANVISA e constantes da Portaria nº 344/98, resta configurado o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

O preceito secundário para o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, não guarda proporcionalidade com o objetivo da norma incriminadora, conforme precedentes dos Tribunais Superiores.

Em obediência à clausula de reserva de plenário (art. 97 da CF), conjugada com o Regimento Interno desta Corte (art. 127, inciso I, “r”), a análise acerca da inconstitucionalidade compete ao Órgão Especial, devendo, por isso, o processo ser afetado àquele Colegiado.”

Instado a se manifestar, o Ministério Público Estadual, em parecer lavrado pelo insigne Procurador-Geral de Justiça, Dr. Paulo Cezar dos Passos, sugeriu o acolhimento do presente Incidente, com vistas à declaração de inconstitucionalidade de preceito secundário, relativo ao crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Do direito

Conforme se extrai dos autos, o réu Danilo Ramos Cardoso foi denunciado pela prática do crime de expor à venda produto sem registro no órgão de vigilância sanitária.

Ainda segundo os autos, na época dos fatos, o denunciado possuía uma loja de suplementos alimentares, situada ao lado de uma academia estabelecida no Shopping, na cidade de Paranaíba, onde comercializava medicamentos e anabolizantes de uso proibido e sem registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Em determinada data, não especificada, no final do ano de 2015, o acusado vendeu substâncias anabolizantes para Pedro Eduardo Peralta Rossafa Pegado, identificadas como “Deca Durabolin” e “Durateston”. Apurou-se, também que o réu, além de vender substâncias anabolizantes, realizava a aplicação deles em um banheiro da referida academia.

Tomando conhecimento de que Pedro Eduardo Peralta Rossafa Pegado havia passado mal com uma dessas aplicações, a autoridade policial representou pela busca e apreensão na residência e loja do autor do delito, mediante autorização judicial, resultando na apreensão de inúmeros produtos (substâncias anabolizantes), que somente podem ser vendidas com retenção de receita médica, bem como substâncias cuja venda é proibida ou não podem ser comercializadas no Brasil, por falta de registro na ANVISA.

O juízo da Vara Criminal de Paranaíba julgou procedente a acusação, condenando o réu à pena de 11 anos e 3 meses de reclusão, no regime fechado, além do pagamento de 60 dias-multa, o que motivou a interposição da apelação criminal, por meio da qual pede a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, em virtude da desproporcionalidade da reprimenda, requerendo a aplicação, por analogia, da pena referente ao tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

A meu ver, procede a arguição do incidente de inconstitucionalidade suscitado pela ilustre Des^a Elizabete Anache.

De fato, a pena cominada ao réu viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que a sanção equivale a crimes muito mais graves, caso em que se torna viável a utilização, por analogia, de preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena, no caso, a referente ao tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

Em 14 de fevereiro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento da Sexta Turma, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal, ocasião em que deixou assentado:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO – FALTA DE CABIMENTO – ART. 273, § 1º-B, DO CP – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ – NOVA FIXAÇÃO DA PENA – NECESSIDADE.

1. É incabível o ajuizamento de habeas corpus em substituição ao recurso pertinente.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada nesta impetração, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

3. Habeas corpus não conhecido. Expedida ordem de ofício para determinar ao Juízo das execuções que aplique o preceito secundário que melhor se adeque ao fato tipificado no art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal. (Habeas Corpus nº 239.363/PR, Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, julg. em 14.02.17. Pub. 23.02.17. Votação unânime).

Em outro precedente (REsp 915.442/SC), a mesma Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar questão semelhante, decidiu promover o “ajuste principiológico” da norma, ante a desproporcionalidade da pena. Na ocasião, os ministros aplicaram o preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Não é outro o entendimento do Ministério Público Estadual, que, por meio do parecer da lavra do douto Procurador-Geral de Justiça, Dr. Paulo Cezar dos Passos, deixou assentado:

“De fato, a conduta analisada (venda e exposição à venda de medicação sem registro na ANVISA) guarda menor ou igual correspondência com a da venda e exposição à venda de substância entorpecente, de modo que a sanção prevista para o crime em análise se revela desproporcional e desarrazoada se comparável ao crime de tráfico de drogas, ou mesmo as próprias condutas previstas no caput do art. 273 do CP.” (f. 20).

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal, admitindo a importância do tema, embora ainda não tenha examinado a constitucionalidade do dispositivo mencionado, reconheceu a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº 979.962 RG, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 3.8.2018, pub. DJe 161, publicado em 9.8.2018.

Dispositivo

Ante o exposto, em sintonia com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, julgo procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do preceito secundário, para o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, recomendando a aplicação de preceito secundário que melhor se adeque ao fato tipificado no dispositivo correspondente.

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (6º vogal)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade criminal suscitado pela Desembargadora Elizabete Anache, perante a 1ª Câmara Criminal, em razão de pedido do réu Danilo Ramos Cardoso, formulado na Apelação Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018, para declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

O pedido se fundamenta em suposta desproporcionalidade da pena prevista no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal¹, razão pela qual, afirma-se, deve ser aplicada analogicamente a penalidade prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.²

O relator, Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, votou pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Peço vênia para divergir do relator.

Destaco, de pronto, que o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, reconheceu a constitucionalidade e aplicabilidade do art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, não tendo vislumbrado na sanção prevista no referido dispositivo ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade, ofensividade e razoabilidade, consoante se infere dos julgados abaixo colacionados:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. PENAL – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B DO CÓDIGO PENAL – CONSTITUCIONALIDADE DA IMPUTAÇÃO – LESÃO AO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA – PRECEDENTES. 3. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 844152 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, Processo Eletrônico DJe-249 Divulg 17-12-2014 Public 18-12-2014)

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – PROCESSUAL PENAL – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL – DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – PRECEDENTE – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 662090 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, Acórdão Eletrônico DJe-084 Divulg 05-05-2014 Public 06-05-2014)

“EMENTA – DIREITO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL – IMPROCEDÊNCIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – SÚMULA 279/STF. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade do art. 273 do Código Penal. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional. Precedentes. 3. O recorrente limita-se a postular uma nova apreciação

¹ Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

² 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.

dos fatos e do material probatório constante dos autos. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 870410 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/05/2015, Processo Eletrônico DJe-099 Divulg 26-05-2015 Public 27-05-2015)

É verdade que, até agora, não houve, em especial no que diz respeito ao § 1º-B, exame mais aprofundado sobre o tema ora analisado, notadamente diante da diversidade das condutas tipificadas contidas no art. 273, do Código Penal.

Ressalto, entretanto, que tenho o entendimento, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal³, de que não é dado ao Poder Judiciário combinar previsões legais, criando uma terceira espécie normativa, sob pena de ofensa aos princípios da separação de poderes e da reserva legal. Com efeito, aplicar pena diversa daquela prevista para o tipo penal do artigo 273, do Código Penal, no meu sentir violaria os princípios da legalidade e da separação de poderes.

A propósito, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em julgamento de caso análogo, referente à importação de medicamento sem registro em São Paulo, afirmou que não há inconstitucionalidade na pena prevista no art. 273, §1º-B, do Código Penal, porquanto não é admitido ao Poder Judiciário realizar a valoração da reprimenda tipificada pelo legislador. Confira-se:

“DIREITO PENAL – ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA EM ABSTRATO (PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA) – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – OFENSA À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE – INEXISTÊNCIA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA. - Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade criminal suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal em sede de apelação criminal (Proc. nº 0000793-60.2009.4.03.6124/SP), versando sobre a desarmonia do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal com a Constituição Federal, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade. - Inexistente o aventado vício de inconstitucionalidade da pena fixada em abstrato pela norma secundária do art. 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo, pois o seu rigor decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e da elevada potencialidade lesiva da conduta tipificada, devidamente sopesadas pelo legislador. - Inadmissível a aplicação analógica de penas previstas para outros delitos, preconizada em razão das pretensas desproporcionalidade e ausência de razoabilidade, eis que atentatória aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal, não cabendo ao julgador, no exercício da sua função jurisdicional, realizar o prévio juízo de proporcionalidade entre a pena abstratamente imposta no preceito secundário da norma com o bem jurídico valorado pelo legislador e alçado à condição de elemento do tipo penal, por se tratar de função típica do Poder Legislativo e opção política, não sujeita, portanto, ao controle judicial. Precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sobre a mesma questão (ARGINC nº 47 - processo 201051014901540 -, Rel. Des. Federal Guilherme Couto de Castro, Plenário, j. 22.08.2011, E-DJF2R 08.09.2011.) - O próprio Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a impossibilidade de o Poder Judiciário, na ausência de lacuna da lei, se arrogar função legiferante e criar por via oblíqua, ao argumento da inadequação da sanção penal estabelecida pelo Legislativo, uma terceira norma, invadindo a esfera de atribuições do Poder competente (v.g., HC nº 109676/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.08.2013; RE nº 443388/SP, Relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.09.2009). Precedentes, na mesma linha, do E. STJ. - Habeas corpus a ser concedido de ofício que não se conhece, por se tratar de medida de competência da Turma julgadora da apelação criminal que deu origem ao incidente, eis que cabe àquele Órgão fracionário conhecer das questões de fato relativas ao caso concreto. - Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada. Habeas Corpus ex officio não conhecido. (TRF-3 - ARGINC: 793 SP 0000793-60.2009.4.03.6124, Relator: Desembargador Federal Márcio Moraes, Data de Julgamento: 14/08/2013, Órgão Especial) (destaquei)

3 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Desta feita, concluo ser necessário e mais prudente aguardar o julgamento da repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº 979.962 RG/RS, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, momento em que será analisada a possibilidade, ou não, de utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena para fins de sancionar o crime de importação de medicamento sem registro.

Ante o exposto, divirjo do relator para julgar improcedente o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade criminal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (9ºvogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (10ºvogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (12º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (13º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (14ºvogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, julgaram procedente o incidente, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2020.

Seção Especial Criminal

Relatora Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0000657-77.2007.8.12.0036 - Inocência

EMENTA—AÇÃO PENAL—PECULATO-USO—FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – PREFEITO – DELITO PRATICADO, EM TESE, EM MANDATO ANTERIOR – INTERVALO TEMPORAL DE 8 ANOS ENTRE OS MANDATOS ELETIVOS – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE RECONHECIDA – REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DETERMINADA.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se firmar a competência deve existir um nexo de causalidade entre o crime imputado e o atual mandato, aplicando-se o foro por prerrogativa de função apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas na atualidade.

Caso em que o delito imputado ao réu foi cometido, em tese, em mandato eletivo anterior de prefeito municipal, com intervalo temporal de 08 (oito) anos.

Remessa à primeira instância determinada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, reconheceram a incompetência originária desta Corte para o julgamento da ação penal, determinando a remessa dos autos à primeira instância. Com considerações da revisora. Sem consideração sobre o parecer que não se manifestou sobre a incompetência do Tribunal de Justiça.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra J. A. F. de M. pela prática do crime tipificado no art. 312, *caput*, segunda figura do Código Penal, porque, segundo narrou na inicial acusatória, o réu, enquanto ocupava o cargo de Prefeito Municipal de Inocência-MS, desviou, em proveito próprio, 02 (duas) máquinas e um caminhão basculante, bens móveis público, para que fossem utilizados, por funcionários da Prefeitura, em limpeza de terrenos de sua propriedade.

Desponta que o feito tramitou perante à Vara Única da Comarca de Inocência, tendo em vista que, por ocasião do oferecimento da denúncia e da instrução criminal, já não ocupava o cargo de chefe do poder executivo municipal.

A denúncia, instruída com o inquérito policial nº 105/2007-DP, foi recebida em 19 de fevereiro de 2016 (f. 225-226).

Foi apresentada resposta à acusação, na qual a defesa pediu a nulidade no recebimento da denúncia, por inobservância ao art. 513 do Código de Processo Penal (f. 241-248).

Realizada audiência de instrução, foram ouvidas as testemunhas Antônio Garcia da Silva, Valmir Luiz da Costa, João Maria dos Santos, João Silva de Freitas e Sidiney Aparecido Mariano, os informantes Paulo Faria Pires e Ademilson Junqueira de Paula, bem como interrogado o réu, consoante arquivos audiovisuais (f. 323).

Sobreveio informação nos autos de que o réu voltou a exercer o cargo de Prefeito Municipal, tendo o julgador a quo determinado a remessa do feito a esta egrégio Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 29, inciso X, da Constituição Federal (f. 339).

Alegações finais escritas pelo Ministério Público Estadual, por sua Procuradora Geral de Justiça, requerendo a condenação de J. A. F. de M. à pena prevista no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 201/67 (f. 353-364).

A Defesa também apresentou alegações finais e reiterou o pedido de análise das preliminares arguidas na resposta à acusação. No mérito, pediu a absolvição do acusado (f. 371-378).

VOTO(18/12/2019)

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra J. A. F. de M. pela prática do crime tipificado no art. 312, *caput*, segunda figura do Código Penal, porque, segundo narrou na inicial acusatória, o réu, enquanto ocupava o cargo de Prefeito Municipal de Inocência-MS, desviou, em proveito próprio, 02 (duas) máquinas e um caminhão basculante, bens móveis público, para que fossem utilizados, por funcionários da Prefeitura, em limpeza de terrenos de sua propriedade, gize-se:

“(...) Consta dos autos do incluso inquérito policial que no dia 15 de junho de 2007, por volta das 10 horas, no Loteamento Vista Alegre, nesta cidade de Inocência, o denunciado J. A. F. de M., prefeito deste município de Inocência à época dos fatos, desviou em proveito próprio, 02 (duas) máquinas e um caminhão basculante, bens móveis públicos de que tinha a posse em razão do cargo para limpar terreno de sua propriedade.

Apurou-se que o denunciado J. A. F. de M., era prefeito deste município de Inocência e também proprietário dos Lotes n. 02, 03, 04, 05, 11, 12 e 13, localizados no Loteamento Vista Alegre (f. 120-126).

Na data dos fatos, o denunciado, aproveitando da sua posição como Prefeito, determinou aos servidores Antônio Garcia da Silva, Valmir Luiz da Costa e João Maria dos Santos que efetuassem a limpeza dos referidos lotes utilizando os bens públicos, máquinas patrola e pá carregadeira e ainda um caminhão basculante.

Desponta que o feito tramitou perante à Vara Única da Comarca de Inocência/MS, tendo em vista que, por ocasião do oferecimento da denúncia, o réu já não ocupava o cargo de chefe do poder executivo municipal.

A denúncia, instruída com o inquérito policial nº 105/2007-DP, foi recebida em 22 de fevereiro de 2016 (f. 225-226).

Foi apresentada resposta à acusação, na qual a Defesa pediu a nulidade no recebimento da denúncia, por inobservância ao art. 513 do Código de Processo Penal (f. 241-248).

Realizada audiência de instrução, foram ouvidas as testemunhas Antônio Garcia da Silva, Valmir Luiz da Costa, João Maria dos Santos, João Silva de Freitas e Sidiney Aparecido Mariano, os informantes Paulo Faria Pires e Ademilson Junqueira de Paula, bem como interrogado o réu, consoante arquivos audiovisuais (f. 323).

Sobreveio informação nos autos de que o réu voltou a exercer o mandato de Prefeito Municipal, tendo o julgador *a quo* determinado a remessa do feito a este egrégio Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 29, inciso X, da Constituição Federal (f. 339).

O então relator, Des. Francisco Gerardo de Sousa, determinou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça para alegações finais (f. 350), nas quais foi requerida a condenação de J. A. F. de M. à pena prevista no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 (f. 353-364).

A defesa também apresentou alegações finais e reiterou o pedido de análise das preliminares arguidas na resposta à acusação. No mérito, pediu a absolvição do acusado (f. 371-378).

Preliminarmente, suscito incompetência deste juízo.

Sabe-se que a Corte Constitucional vem restringindo o foro por prerrogativa de função desde o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, Rel. Min. Roberto Barroso, julgada em 3.5.2018, na qual restaram firmadas as seguintes teses:

“I - O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e II - Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Mais recentemente, em 14.5.2019, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.185.838, oriundo de São Paulo, em caso no qual o réu voltou a ser prefeito quatro anos depois da prática reputada delitiva, decidiu a Primeira Turma da Corte Constitucional, ser incompetente para tal julgamento o Tribunal de Justiça daquele Estado.

Gize-se:

“EMENTA – PENAL E PROCESSO PENAL – DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO – PREFEITO MUNICIPAL – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – CRIME COMETIDO EM MANDATO ANTERIOR – LAPSO TEMPORAL DE 4 ANOS ENTRE O TÉRMINO DE UM MANDATO E O INÍCIO DO OUTRO – QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. O Plenário desta Corte, no julgamento da questão de ordem na Ação Penal 937, fixou as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

2. Agravante denunciado perante o Tribunal de Justiça, por ter dispensado, por 42 vezes, licitações fora das hipóteses previstas em lei, quando exercia o cargo de prefeito do Município de Barueri. Recorrente que não foi reeleito, vindo ocupar o cargo novamente após lapso temporal de 4 anos.

3. Delitos atribuídos ao agravante que não foram cometidos durante o exercício do atual cargo e não estão relacionadas às funções agora desempenhadas.

4. Determinação de imediata remessa dos autos à primeira instância. Precedentes.

5. Agravo regimental provido.¹”

¹ RE 1185838 A GR / SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 14.5.2019.

Em aludido julgamento, deu-se provimento ao agravo regimental para determinar a remessa dos autos à primeira instância, preservando-se a validade de todos os atos já praticados.

Neste particular, embora tal caso ainda esteja pendente de embargos de declaração, comungo do entendimento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que para se firmar a competência deve existir um nexo de causalidade entre o crime imputado e o atual mandato.

In casu, tem-se que o réu exerceu mandato de Prefeito no Município de Inocência de 01.01.2001 a 31.12.2008, período em que a exordial narra a prática do delito, cometido, em tese, enquanto ele ocupava o cargo – 15 de junho de 2007.

Somente após o lapso temporal de 08 (oito) anos, em 01.01.2017, J. A. F. de M., em virtude de novo mandato eletivo, reassumiu o Executivo Municipal.

Desponta que se trata de um segundo mandato – com grande interregno, considerado o primeiro e, tendo em vista que o delito imputado ao réu não foi cometido durante o exercício do atual cargo e também não está relacionado às funções desempenhadas na atualidade, não há falar em prevalência de foro privilegiado por prerrogativa de função.

Devem os autos serem devolvidos à primeira instância.

Pelo exposto, reconheço a incompetência originária desta Corte para o julgamento da presente ação penal e determino a remessa dos autos à primeira instância, preservando-se a validade dos atos instrutórios praticados.

A Sr^a. Des^a. Elizabete Anache. (Revisora)

Trata-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público Estadual em desfavor de J. A. F. de M., pela acusação da prática do crime do art. 312 (peculato), do Código Penal.

A exordial acusatória narra que a suposta prática delitiva ocorreu aos 15 de junho de 2007, quando o acusado ocupava o cargo de Prefeito do Município de Inocência, mandato encerrado ao final de 2008.

Iniciada em 1º grau, a ação penal fora encaminhada a este Sodalício em razão de nova eleição do acusado ao cargo de Prefeito Municipal, com mandato iniciado em 2017.

A e. Relatora reconhece a incompetência absoluta desta Corte de Justiça para processamento e julgamento, porquanto os fatos apurados não guardam relação com o mandato atual do acusado, que justifica sua prerrogativa de foro.

Observa-se que a prerrogativa de foro sempre foi tema bastante controvertido no cotidiano forense, justamente por conta de eventos modificativos de competência que acabam complicando o andamento processual.

Em razão disso, em 2018, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a questão, limitando bastante o instituto na AP-QO nº 937/RJ ao cargo exercido pelo agente público no momento presente.

Assim sendo, o que justificaria a prerrogativa de foro do acusado atualmente seriam fatos criminosos ocorridos durante o presente mandato e em razão dele.

Ante o exposto, acompanho a relatora e reconheço a incompetência originária deste Tribunal de Justiça, determinando a remessa dos autos à 1ª instância, preservando-se a validade dos atos instrutórios praticados.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (1º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (2º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Dr. Juiz Lúcio Raimundo da Silveira. (3º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Dr. Juiz Waldir Marques. (4º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (6º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. (7º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, reconheceram a incompetência originária desta Corte para o julgamento da ação penal, determinando a remessa dos autos à primeira instância. Com considerações da revisora. Sem consideração sobre o parecer que não se manifestou sobre a incompetência do Tribunal de Justiça.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des^a Elizabete Anache, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Lúcio R. da Silveira, Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

3ª Câmara Criminal

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Agravo de Execução Penal nº 0044090-22.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA—AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL—PRELIMINAR DENÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELO *PARQUET* – AFASTADA – DIREITO DE VISITAÇÃO – AGRAVANTE QUE NÃO COMPROVOU A UNIÃO ESTÁVEL COM O INTERNO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Em sede de execução penal, a existência de uma decisão sobre determinada matéria, não obsta a análise de novo pleito sobre a mesma, isso porque, as decisões proferidas nesta seara não fazem coisa julgada material, podendo ser revistas a qualquer tempo.

O direito do preso de receber visitas da família não é absoluto, podendo ser restringido ou suspenso por ato de diretor de estabelecimento prisional, nos termos do parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 7.210/1984, sujeito à revisão judicial. E se a autoridade administrativa pode impedir a visita ao preso, com maior razão a prerrogativa pode ser exercida pelo juízo das execuções criminais, desde que o faça motivadamente, o que de fato ocorreu nos autos.

Em parte com o parecer, recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por F. M. B. da S. contra decisão que não acolheu seu pedido de reconsideração e indeferiu seu pedido de expedição da carteira de visitação.

Pleiteia a agravante a reforma da decisão, alegando que não mais prevalecem os motivos que ensejaram o indeferimento do pedido. Sendo assim, requer provimento do presente recurso determinando a emissão de sua carteira de visitação, conforme previsto no art. 41, X, da Lei de Execução Penal.

O *Parquet*, em contrarrazões, requer preliminarmente o não conhecimento do agravo e no mérito o seu improvimento (f. 97-103).

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 104).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo acolhimento da preliminar do agravado de não conhecimento do recurso por intempestividade, e, no mérito, pelo improvimento do agravo, para que seja mantida em todos os seus termos a r. decisão invectivada (f. 114-119).

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por F. M. B. da Silva contra decisão que não acolheu seu pedido de reconsideração e indeferiu seu pedido de expedição da carteira de visitação.

Em suas razões, alega que está em liberdade provisória e solicitou autorização para visitar seu companheiro, D. R. F. M., que encontra-se recolhido no Estabelecimento Penal Jair Ferreira de Carvalho.

O requerimento foi indeferido e, considerando que o juiz consignou ser temerária a visitação naquela oportunidade pois o feito encontrava-se em fase de instrução, a agravante aguardou o término da instrução e requereu novamente a emissão da carteira de visitante, solicitando reconsideração da decisão anteriormente proferida. Seu pedido foi novamente indeferido.

Assim, pleiteia a agravante a reforma da decisão, alegando que não mais prevalecem os motivos que ensejaram o indeferimento do pedido. Sendo assim, requer provimento do presente recurso determinando a emissão de sua carteira de visitação, conforme previsto no art. 41, X, da Lei de Execução Penal.

O *Parquet*, em contrarrazões, requer preliminarmente o não conhecimento do agravo e no mérito o seu improvimento (f. 97-103).

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 104).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo acolhimento da preliminar do agravado de não conhecimento do recurso por intempestividade, e, no mérito, pelo improvimento do agravo, para que seja mantida em todos os seus termos a r. decisão invectivada (f. 114-119).

Era o que me cabia rememorar.

A preliminar de não conhecimento, suscitada pelo *Parquet* em sede de contrarrazões deve ser rejeitada.

Ocorre que em sede de execução penal, a existência de uma decisão sobre determinada matéria, não obsta a análise de novo pleito sobre a mesma, isso porque, as decisões proferidas nesta seara não fazem coisa julgada material, podendo ser revistas a qualquer tempo.

No mesmo tom, colhe-se julgado da 3ª Câmara Criminal deste Sodalício, no julgamento da Agravo em Execução Penal nº 0026087-19.2019.8.12.0001, de relatoria do Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, em julgamento realizado na data de 18/10/2019, f. 23/10/2019. *In verbis*:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – PROGRESSÃO DE REGIME – DECISÃO QUE DETERMINA A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – ADMISSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RECURSO DESPROVIDO. I - Por economia, celeridade e respeito à defesa plena, rejeita-se a preliminar suscitada pela Procuradoria para conhecer do agravo na sua amplitude. II - O exame criminológico deve ser realizado quando presentes elementos concretos indicativos da necessidade da sua realização, em conformidade com a Súmula Vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça. No caso, a decisão que determinou a realização de exame criminológico foi devidamente fundamentada na natureza do crime e na periculosidade demonstrada pelo agravante. II – Em parte com o parecer. Recurso desprovido.”

Conheço, pois, do recurso.

A agravante, F. M. B. da S., interpõe agravo contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS que indeferiu o pedido para expedição de carteira de visitante ao seu companheiro que se encontra em regime fechado.

A decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 40-41):

“(...) A Lei de Execuções Penais, em seu art. 41, inc. X, prevê a possibilidade de acesso de familiares aos indivíduos que se encontram sob a custódia do Estado.

Entretanto, no presente caso, verifico que a interessada não comprovou a união estável com o custodiado, conforme determina a Portaria Normativa AGEPEN-MS nº 01 de 30/11/2010.

Outrossim, ressalta-se que a requerente teve seu pedido indeferido pelo Patronato Penitenciário, em razão de estar em liberdade provisória em processo que figura como corré na mesma ação penal movida em desfavor do custodiado.

Importante consignar que apesar da previsão legal para acesso do preso à seus familiares, tal direito não é absoluto, devendo ser analisado o caso concreto.

Assim, apesar da requerente estar em liberdade provisória, observa-se que ela responde por ação penal relacionada ao mesmo fato juntamente com o custodiado, pela suposta pratica do comercio de drogas na residência do casal, o que torna temerária a visitação ao mesmo, já que o feito ainda encontra-se em fase de instrução.

Outrossim, quanto à visitação da filha menor, é importante lembrar que “a entrada de menores obedecerá aos seguintes critérios: I – comprovação do parentesco; II – o menor de dezoito anos deverá estar acompanhado pelo responsável legal, e na falta deste, por aquele que for designado para sua guarda e responsabilidade (...) § 6º O adolescente, reconhecido aquele com idade entre 12 anos e 18 anos incompletos, deverá apresentar, obrigatoriamente, documento de identidade para expedição de sua carteira de visitante podendo adentrar na unidade penal somente com seu responsável” (Portaria AGEPEN-MS nº 01/2010, art. 9º).

*Deste modo, também não há como deferir o pedido de visitação da filha *****, uma vez que a mesma é menor de idade e necessita estar acompanhada de responsável legal, que diante da impossibilidade de sua genitora poder acompanhá-la, pela razões acima expostas, resta indeferido referido pedido.”*

Em que pesem os argumentos lançados na peça defensiva, tenho que a decisão bem resiste, por seus próprios fundamentos.

Isso porque, o direito de visita nas unidade penais do Estado de Mato Grosso do Sul é disciplinado pela Portaria nº 01/2010 da AGEPEN, que dispõe em seu art. 2º, *caput*, e § 1º que o preso terá direito a receber visitas do companheiro, no entanto, a união estável deve ser comprovada, e essa comprovação será feita através de declaração com firma reconhecida, assinada por ambos os companheiros, ou por decisão judicial.

No caso em apreço, a agravante insiste que vive em união estável com o interno por mais de dez anos, no entanto, não trouxe aos autos comprovação de tais fatos.

Ressalte-se, ainda, que o direito do preso de receber visitas da família não é absoluto, podendo ser restringido ou suspenso por ato de diretor de estabelecimento prisional, nos termos do parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 7.210/1984, sujeito à revisão judicial. E se a autoridade administrativa pode impedir a visita ao preso, com maior razão a prerrogativa pode ser exercida pelo juízo das execuções criminais, desde que o faça motivadamente.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – DIREITO DE VISITA – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE CARÁTER ABSOLUTO – FALTA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA Nº 182 DO STJ – RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. É assente neste Sodalício que não se conhece do agravo regimental que não tenha atacado, especificamente, os

fundamentos da decisão agravada, conforme inteligência da Súmula nº 182/STJ. Precedente. 2. Na espécie, enquanto a decisão agravada está pautada em entendimento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça de que o direito de visitação previsto no art. 41, X, da Lei de Execução Penal não possui natureza absoluta, devendo ser concedido após percuente análise do caso concreto, no agravo regimental a defesa suscita tese contrária ao conhecimento do recurso ministerial que não foi oportunamente alegada por ocasião das contrarrazões recursais. 3. Evidenciado que o agravante não rebateu todos os fundamentos assentados no provimento hostilizado, conclui-se que o regimental, por corolário, não merece conhecimento. 4. Agravo regimental não conhecido.” (STJ; AgRg-REsp 1.836.697; Proc. 2019/0267147-2; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 26/11/2019; DJE 19/12/2019)

“EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO DE EMISSÃO DE CARTEIRA DE VISITAÇÃO – DIREITO NÃO ABSOLUTO – RECURSO DESPROVIDO. É assegurado ao preso o direito de receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos como forma de reinserção social e abrandamento dos efeitos psicológicos da pena, todavia, referido direito não tem caráter absoluto, devendo ser ponderado diante das peculiaridades do caso concreto. Em análise aos dados colhidos nos autos, verifica-se que a agravante é corré na mesma ação penal, embora em liberdade, de modo que, deferir a autorização para expedição da carteira de visitante, neste momento, mostra-se temerária. Com o parecer, embargos rejeitados.” (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0031012-58.2019.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 16/10/2019, p: 18/10/2019)

Na hipótese, ao indeferir a autorização de visita, fundamentou a autoridade judiciária sua decisão no fato de a agravante não ter comprovado sua condição de companheira, o que de fato não ocorreu, razão pela qual, não há reparos a serem feitos na decisão combatida.

Assim, entendo que, por ora, a peticionante não cumpriu os requisitos para obtenção da carteira de visitante, razão pela qual, seu pleito merece ser indeferido.

Ante o exposto, nego provimento do agravo interposto por F. M. B. da S., e mantenho a decisão proferida pelo juízo da execução penal.

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. Zaloar Murat Martins de Souza

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, 30 de janeiro de 2020.

2ª Seção Criminal

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Revisão Criminal nº 1411122-54.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO – PRELIMINAR – DETRAÇÃO PENAL – ANÁLISE INCABÍVEL EM SEDE DESTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO – NÃO CONHECIDO – MÉRITO – REAPRECIAÇÃO DA DOSAGEM DA PENA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONSIDERADA NA SEGUNDA FASE DA PENA – REFORMA NECESSÁRIA – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE – REGIME PRISIONAL INICIAL – PENA INFERIOR A QUATRO ANOS – RÉU REINCIDENTE – SEMIABERTO MANTIDO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – LAPSO TEMPORAL NÃO CONFIGURADO – AÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE DEFERIDA.

Impossível a realização de detração penal, para fins de fixação de regime inicial prisional (artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal), no âmbito desta ação impugnativa, vez que tal matéria é de competência do juízo das execuções penais, nos termos do artigo 66, inciso III, *c*, da Lei nº 7.210/1984, não podendo ser objeto de desconstituição de sentença condenatória transitada em julgado.

A reanálise da dosimetria da pena, em sede de revisão criminal, somente deve ser empregada quando verificado eventual erro ou excesso injustificável, despido de legalidade. *In casu*, houve omissão do acórdão confirmatório ao não considerar a atenuante da confissão espontânea, reconhecida em sentença, na segunda fase da dosagem da pena.

É possível a equiponderação quantitativa da atenuante da confissão espontânea com a agravante genérica da reincidência, quando não se tratar esta de multirreincidência.

Mostra-se adequado o semiaberto para o início do cumprimento da pena, tendo em vista se tratar de pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, atrelada à condição de reincidente do sentenciado, a qual justifica a segregação inicial em regime mais gravoso, consoante dispõe o artigo 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Uma vez havendo o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, a prescrição da pretensão punitiva é contada pela pena concretamente imposta ao réu. Na hipótese em apreço, a considerando reprimenda corporal de 02 (dois) anos de reclusão, somente incidirá a prescrição se transcorrido 04 (quatro) anos entre o recebimento da peça acusatória e publicação da sentença condenatória, a teor do artigo 109, inciso V, do Código Penal, o que de fato não ocorreu.

Revisão criminal conhecida em parte e, nesta, parcialmente deferida.

Com o parecer

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, conheceram em parte a revisão criminal e, nesta extensão, julgaram-na parcialmente procedente.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2020.

Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Vistos, etc.

Trata-se de revisão criminal interposta por Luiz Carlos Gonçalves Franco contra sentença penal prolatada em seu desfavor (f. 14-18), confirmada em segundo grau (f. 50-57) e transitada em julgado (f. 60), oriundo da ação penal nº 0036078-63.2012.8.12.0001 tramitada perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, que veio a condená-lo definitivamente pela prática do crime previsto no artigo 304, combinado com o artigo 297, ambos do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, valoradas no mínimo legal.

Postula o revisionando a correção da reprimenda corporal imposta, devendo ser compensadas as circunstâncias legais da reincidência com a confissão espontânea e, consequentemente, averiguar a incidência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Requer também a detração penal para fins de fixação do regime imposto, com fincas no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, alegando que o mesmo teria cumprido “*mais de 04 anos de pena indevidamente nos Autos nº 0009514-61.2010.8.12.0019, Comarca de Ponta Porã* (sic, f. 07).”

Pleiteia, ainda, seja abrandado o regime inicial para cumprimento da reprimenda para o aberto, com fixação de pena alternativa substitutiva, uma vez que, conduzida a pena ao mínimo legal, “*considerando tratar-se de crime sem uso de violência ou grave ameaça, a manutenção do regime semiaberto mostra-se desproporcional e desarrazoado* (sic, f. 08).”

O pedido liminar foi indeferido (f. 107-111).

Instada a se manifestar (f. 116-121), a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial deferimento da ação, somente no que toca ao reconhecimento da atenuante objetiva da confissão espontânea e a sua consequente compensação com a agravante genérica da reincidência.

VOTO

A Sra. Des^a. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de revisão criminal interposta por Luiz Carlos Gonçalves Franco contra sentença penal prolatada em seu desfavor (f. 14-18), confirmada em segundo grau (f. 50-57) e transitada em julgado (f. 60), oriundo da Ação Penal nº 0036078-63.2012.8.12.0001 tramitada perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, que veio a condená-lo definitivamente pela prática do crime previsto no artigo 304, combinado com o artigo 297, ambos do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa, valoradas no mínimo legal.

Postula o revisionando a correção da reprimenda corporal imposta, devendo ser compensadas entre si as circunstâncias legais da reincidência com a confissão espontânea e, consequentemente, averiguar a incidência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Requer também a detração penal para fins de fixação do regime imposto, com fincas no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, alegando que o mesmo teria cumprido *mais de 04 anos de pena indevidamente nos Autos nº 0009514-61.2010.8.12.0019, Comarca de Ponta Porã* (sic, f. 07).

Pleiteia, ainda, seja abrandado o regime inicial para cumprimento da reprimenda para o aberto, com fixação de pena alternativa substitutiva, uma vez que, conduzida a pena ao mínimo legal, *considerando tratar-se de crime sem uso de violência ou grave ameaça, a manutenção do regime semiaberto mostra-se desproporcional e desarrazoado* (sic, f. 08).

Pois bem. A via eleita pelo requerente encontra previsão nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Logo, a ação de revisão criminal visa rescindir sentença penal condenatória transitado em julgado, observados os requisitos de admissibilidade da ação e as hipóteses taxativas de cabimento elencadas no dispositivo em destaque, sempre e tão somente em favor do acusado.

Com estas considerações, então, *passo a decidir*.

Da preliminar

Suscita a Procuradoria-Geral de Justiça, preliminarmente, que o pedido de detração penal, para fins de fixação de regime inicial para cumprimento da pena no aberto, sob a alegação de que o requerente cumpriu indevidamente mais de 04 (quatro) anos de pena decorrente da Execução de Pena nº 0009514-61.2010.8.12.0019, não comporta conhecimento.

Com razão.

De fato, a matéria é de competência do juízo das execuções penais, nos termos do artigo 66, inciso III, c, da Lei nº 7.210/1984, não podendo ser objeto de desconstituição de sentença condenatória transitada em julgado, porquanto não abarcado pelas previsões taxativas para sua admissibilidade.

Em caso similar, inclusive, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

“REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – ALTERAÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA COM A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 E O CONSEQUENTE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIAS JÁ EXAURIDAS EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL – PRETENDIDA A APLICAÇÃO DE DETRAÇÃO PENAL – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 621 DO CPP – REVISÃO NÃO CONHECIDA. *A propositura de revisão criminal restringe-se as hipóteses delineadas no art. 621 do Código de Processo Penal, não sendo admitida quando proposta tão somente com o escopo de mera rediscussão de matérias já devidamente analisadas e rechaçadas pela sentença e acórdão revisionandos. Pretensões atinentes a aplicação da detração penal, devem ser apresentadas no Juízo de Execução Penal, conforme disposição do art. 66, III, “c”, da Lei nº 7.210/84, restando inviável a análise de tal questão em sede de revisão criminal. Em conformidade com o parecer, pretensão não conhecida.*” (TJMS; RVCr 1412467-89.2018.8.12.0000; Seção Criminal; Rel. Juiz Lúcio R. da Silveira; DJMS 30/04/2019; Pág. 88) – destaquei

Ainda que fosse admitido tal anseio, a sentença objeto desta ação impugnativa versa sobre fato ilícito cometido posteriormente à condenação proveniente daquela execução penal, portanto inviável à aplicação do instituto em apreço, sob pena de se admitir uma espécie de “conta corrente penal”¹ em favor do condenado, autorizando-o a cometer novos crimes e contravenções penais com a certeza que, destes, sairia impune.

Sobre a temática, observa André Estefam²:

“Se o réu for absolvido em processo em que permaneceu provisoriamente preso, a detração poderá ser aplicada em outra condenação desde que se refira a crime cometido antes da prisão no processo onde se deu a absolvição. Assim, se o outro crime tiver sido praticado depois da absolvição, inviável a detração, pois caso contrário, o sujeito ficaria com um crédito de pena, ou seja, poderia pensar em cometer um novo crime porque já teria previamente cumprido a pena (no processo em que foi absolvido).”

No mesmo tom, é o posicionamento da Corte Cidadã:

“PENAL – EXECUÇÃO PENAL – RECURSO ESPECIAL. Ofensa ao art. 42 do CP. Detração do tempo de prisão cautelar cumprido em outro processo. Prisão provisória anterior ao delito que deu origem à execução vigente. Impossibilidade. Precedentes. Recurso provido.” (STJ; REsp 1.771.976; Proc. 2018/0267799-6; RS; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 23/11/2018; DJE 28/11/2018; Pág. 7729)

Nessa senda, acolho a prefacial arguida pela Procuradoria-Geral de Justiça, e não conheço do pedido de detração penal.

Do mérito

Das razões contidas na pórdica, aponta o revisionando, inicialmente, que o acórdão confirmatório do édito condenatório deixou de considerar a atenuante objetiva da confissão espontânea, reconhecida em sentença, aplicando tão somente a agravante da reincidência na segunda fase da dosagem da pena.

Em síntese, objetiva o requerente, neste ponto, o reconhecimento de que o édito condenatório é parcialmente contrário ao texto expresso da lei (artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal).

Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³,

“(...) embora seja possível rever a dosimetria da pena em revisão criminal, a utilização do pleito revisional é prática excepcional, somente justificada quando houver contrariedade ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos.”

De igual forma, leciona Guilherme de Souza Nucci⁴:

*“15. Revisão criminal para alterar a pena fixada: [...] Entretanto, **simplesmente alterar o quantum da pena, porque a considerou exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, é de todo irregular.** A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitando em julgado a sentença - ou o acórdão - não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa julgada.”* – destaquei

Assim, a reanálise da dosimetria da pena somente deve ser empregada, nos termos da orientação firmada no âmbito desta Corte, quando verificada eventual erro ou excesso injustificável, despido de legalidade.

1 MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 4. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 615, v. 1..

2 ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 507.

3 AgRg no AREsp 734.052/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1244/1245 (*apud* AgRg no AREsp 734.052/MS).

Retomando o caderno revisional, com razão o requerente, foi reconhecida em seu favor, no momento da prolação da sentença de primeiro grau, a atenuante da confissão espontânea (f. 16), porquanto em sede recursal, o acórdão confirmatório veio a reconhecer a agravante da reincidência. Entretanto, no momento da nova dosimetria penal, foi omissivo ao não considerar a referida atenuante na segunda fase da pena (f. 56).

Logo, necessário se faz a correção parcial da reprimenda corporal estipulada em segundo grau, com o fito de corrigir a pena equivocadamente imposta em desfavor do requerente.

Pois bem. A respeito da equiponderação quantitativa da agravante genérica da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, comungo do já pacífico posicionamento adotado pela Corte Cidadã⁵, no sentido da possibilidade de compensação entre tais circunstâncias genéricas na segunda fase da dosimetria da pena.

Isso porque inexistente preponderância entre tais institutos quando a agravante da reincidência não aponta diversas condenações aptas para tanto (multirreincidência), como no caso dos autos, visto que o acórdão considerou para tal apenas a Execução da Pena nº 0009514-61.2010.8.12.0019 (f. 55-56).

Da mesma forma, reputo adequado prestigiar a confissão espontânea no mesmo patamar da reincidência, pois tal atenuante:

“(...) traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca. Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão. Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal⁶.”

Nessa toada, também é a orientação trilhada por este Colegiado:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DO RÉU – CRIME DE ROUBO – PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE – DEPOIMENTO DA VÍTIMA E POLICIAIS CONDUTORES – DEPOIMENTOS CONSISTENTES – PROVA IDÔNEA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CULPABILIDADE – MANTIDA – FRAÇÃO DE 1/3 PELA TENTATIVA – ART. 14 II DO CP – INTER CRIMINIS – MANTIDA – **COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA – **MANTIDA** – PRETENSÃO À REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MENOS SEVERO – ACUSADO REINCIDENTE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE DISPOSITIVOS – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) Não há falar em preponderância da atenuante alusiva à confissão sobre a reincidência, posto que a compensação se coaduna à construção emanada dos tribunais pátrios, e não se tratando de casos de reincidência específica ou multirreincidência. (...)”** (TJMS. Apelação nº 0009606-77.2017.8.12.0800, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 08/11/2018, p: 12/11/2018) – destaquei

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI FEDERAL Nº 11.343/06) – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – NATUREZA DA SUBSTÂNCIA – (COCAÍNA) – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE – ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – RECRUDESCIMENTO IMPRESCINDÍVEL – **COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – PREPONDERÂNCIA DE UMA SOBRE A OUTRA – INOCORRÊNCIA – TRÁFICO OCASIONAL (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06) – AGENTE REINCIDENTE – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA**

⁵ Vide: HC 491.115; Proc. 2019/0027076-9; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 21/03/2019; DJE 28/03/2019; HC 494.428; Proc. 2019/0049473-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 19/03/2019; DJE 26/03/2019; RCD-HC 465.207; Proc. 2018/0211908-7; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 19/02/2019; DJE 11/03/2019.

⁶ HC 242.422/MS, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 07/08/2012.

DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS (INCISO I DO ART. 44 DO CP) IMPOSSIBILIDADE – DESPROVIMENTO. (...) III - Não se tratando de agente multirreincidente, possível a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, sem que uma prepondere sobre a outra por encontrarem-se no mesmo patamar de importância. (...)” (TJMS. Apelação nº 0011326-17.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 22/11/2018, p: 26/11/2018) – destaquei

Assim, diante da necessidade de retificação parcial da pena definitiva imposta, passo à nova dosimetria da pena do requerente com relação à Ação Penal nº 0036078-63.2012.8.12.0001:

Falsificação de documento público e uso de documento falso (artigo 297, *caput*, e artigo 304, ambos do Código Penal): mantida a pena-base no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, tal como imposta na decisão colegiada. Na segunda fase, presentes a agravante da reincidência e a atenuante do da confissão espontânea, ficam estas compensadas entre si, considerando o caso concreto e a orientação jurisprudencial, fixando a pena intermediária em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Por fim, ante a ausência de causas modificadoras da terceira fase, torno definitiva a reprimenda em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estas valoradas no mínimo legal.

Por outro lado, quanto ao regime para o cumprimento da pena do sentenciado, restou igualmente acertada, ao meu sentir, a fixação dada pelo órgão colegiado, tendo em vista se tratar de réu reincidente, situação esta que reclama a imposição de regime intermediário, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, c, do Estatuto Repressivo.

De igual forma, a sua condição de reincidência em crime doloso afasta a substituição da reprimenda corporal por penas alternativas ou mesmo a concessão do *sursis*, conforme imperativo dos artigos 44, inciso II, e 77, inciso I, ambos do citado *Codex*.

Este, inclusive, é o posicionamento adotado por este Sodalício:

“APELO DEFENSIVO – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – AFASTADO – REINCIDÊNCIA MANTIDA – INFORMATIZAÇÃO DOS FEITOS – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) diante da reincidência do apenado e a quantidade de pena aplicada (dois anos), diante dos princípios da proporcionalidade e suficiência, é de rigor a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto. não há que se falar em substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito se o apenado é reincidente. além de não ser socialmente recomendável. (...)” (TJMS; ACr 0900004-23.2015.8.12.0019; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago; DJMS 15/03/2019; Pág. 198) – destaquei

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – USO DE DOCUMENTO FALSO – ARTIGO 304, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA – ABSOLVIÇÃO – DESCABIMENTO – PENA-BASE – REDUÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – INVIÁVEL – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) não é razoável a fixação do regime fechado se o réu foi condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos, embora reincidente, mostrando-se o regime semiaberto mais adequado, para o caso, em que as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis. incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, ii, do código penal, tendo em vista a reincidência, assim como, inaplicável a suspensão da pena, nos termos do art. 77, i, do código penal. (...)” (TJMS; ACr 0025072-54.2015.8.12.0001; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 14/09/2018; Pág. 50) – destaquei

Diante da reforma parcial da pena, postula o requerente, também, pela averiguação quanto a incidência ou não da prescrição, na sua modalidade retroativa.

No caso em estudo, a denúncia foi recebida no dia 29 de junho de 2012 (f. 144, dos autos penais originários), ao passo que a sentença foi registrada no dia 19 de agosto de 2015 (f. 369, daqueles), completando, assim, 03 (três) anos, 01 (um) mês e 21 (vinte e um) dias entre o recebimento da peça acusatória e a publicação do édito condenatório.

Importante destacar que desde o recebimento da denúncia não houve qualquer outro marco interruptivo da prescrição, já que o apelante veio a apresentar sua defesa prévia (f. 157-161) e participou de todos os trâmites processuais.

Dessarte, a prescrição da pretensão punitiva, na sua modalidade retroativa, é contada pela pena concretamente imposta ao réu, portanto 02 (dois) anos de reclusão, cujo prazo se consuma em 04 (quatro) anos, nos termos no artigo 109, inciso V, do Código Penal⁷.

Oportuno salientar, outrossim, ainda que o fato criminoso em apreço não se insira no proibitivo do artigo 110, § 1º, do Código Penal, por se tratar de delito cometido antes da publicação da Lei nº 12.234, de 05 de maio 2010, não restou preenchido o lapso temporal prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia, vez que este interstício compreende 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias.

Nesse cenário, portanto, não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ante o exposto, conheço em parte e, nesta, defiro parcialmente a presente revisão criminal, apenas para retificar a pena intermediária imposta em desfavor do requerente na Ação Penal nº 0036078-63.2012.8.12.0001, incidindo a atenuante da confissão espontânea e compensando-a com a agravante da reincidência, tornando definitiva a reprimenda em 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, valoradas no mínimo legal.

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 tema debatido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte a revisão criminal e, nesta extensão, julgaram-na parcialmente procedente.

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^a Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 12 de fevereiro de 2020.

⁷ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...] V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0005888-86.2014.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – RECURSO MINISTERIAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL (ARTIGO 168, § 1º, III, DO CP) – PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE – COMPROVAÇÃO – PREENCHIMENTO DE TODAS AS ELEMENTARES NECESSÁRIAS À CONFIGURAÇÃO DO TIPO – APELO PROVIDO.

Havendo comprovação de que o apelado, por meio da sua atuação como advogado, convenceu a vítima para transferir o valor de pouco mais de R\$ 25.000,00 para sua conta pessoal, para não ser objeto de bloqueio judicial em ação cautelar; e, depois da vítima ter solicitado sua devolução, ter retido aquele valor a título de honorários, mesmo sem contrato de honorários firmado entre eles, restam comprovadas todas as elementares do crime previsto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Com o parecer. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença proferida pelo d. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas que absolveu o apelado J. E. S. N. por ausência de provas, nos termos do artigo 386, VII, do CPP (f. 311-314).

O apelante pugna, em síntese, pela condenação do apelado às sanções do artigo 168, § 1º, do CP, nos termos da denúncia (f. 321-337).

O recorrido apresentou contrarrazões às f. 350-356, pleiteando o improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 364-370), opinando pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença proferida pelo d. juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas que absolveu o apelado J. E. S. N. por ausência de provas, nos termos do artigo 386, VII, do CPP (f. 311-314).

Consta da inicial acusatória:

“(...) Consta dos autos de inquérito policial em epígrafe que, no dia 26 de novembro de 2012, por volta das 09h50min, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado J. E. S. N. apropriou-se do valor de R\$ 25.526,15 (vinte e cinco mil, quinhentos e vinte e seis reais e quinze centavos), de que tinha a posse, em razão de profissão, pertencente a S. A. de O. S. Restou apurado nos autos que, pouco antes dos fatos, o denunciado, como advogado, procurou a vítima noticiando-lhe que tinha ciência de uma ação judicial proposta pelos filhos de seu convivente, que havia falecido recentemente, contra ela na qual seriam bloqueados todo o valor que havia em sua conta bancária, bem como lhe propondo que transferisse tal valor para a conta bancária dele, denunciado, proposta esta que, inicialmente, foi recusada pela vítima. Posteriormente, foi bloqueado judicialmente 50% (cinquenta por cento) do valor que a vítima tinha em conta bancária, oportunidade em que o denunciado, novamente, procurou a vítima para que transferisse o restante do dinheiro que havia na referida conta, com a tratativa de que ele devolveria tal quantia depois, tendo a vítima, nessa ocasião, então, concordado com a proposta em comento e efetuado a transferência bancária no importe de R\$ 25.526,15 (vinte e cinco mil quinhentos e vinte e seis reais e quinze centavos), conforme Demonstrativo de Transferência Eletrônica (TED) de f. 32. Posteriormente, o denunciado, ao ser procurado diversas vezes pela vítima para que devolvesse o dinheiro transferido, inclusive por meio de notificação (f. 56-57), recusou-se a fazê-lo, apropriando-se, assim, da referida quantia em dinheiro. (...)”

O Ministério Público Estadual pugna pela condenação do recorrido às sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Pois bem. Conforme registrado na sentença vergastada, a materialidade delitiva está devidamente comprovada por meio da notificação extrajudicial de f. 33-34 e f. 62-63 e comprovante de transferência bancária de f. 35.

No que tange à autoria, o apelante, na polícia, negou a prática do delito. Afirmou, em síntese, que foi contratado pela vítima e um casal de amigos para atuar no processo de inventário de J. C. D., onde foi acertado o pagamento de honorários no importe de R\$ 50.000,00, tendo a vítima, por isso, realizado o pagamento inicial de “*mais ou menos R\$ 25.000,00, pois esta queria zerar os seus ativos no Banco Santander, para evitar que esses valores fossem bloqueados judicialmente*” (f. 50-51).

Em Juízo, interrogado na audiência de f. 254, o apelado, em resumo, reiterou a negativa anteriormente apresentada, afirmando já ter atuado como advogado do *de cujus* e, especificamente com relação aos fatos articulados na denúncia, ter sido contratado pela vítima para atuar na sua defesa em ação cautelar proposta pelos filhos do falecido J. C. D., tendo ela, inclusive, assinado uma procuração outorgando poderes para tanto.

Aduz que, como também atuaria em sua defesa no processo de inventário e, por seus cálculos, o patrimônio estaria avaliado em cerca de R\$ 800.000,00, acertou honorários no importe de 10%, perfazendo cerca de R\$ 85.000,00, dos quais restou finalmente estabelecidos em R\$ 50.000,00, pagos em duas parcelas.

Asseverou que, na análise do patrimônio, constatou que S. e J. possuíam R\$ 80.000,00 em uma conta conjunta, motivo pelo qual orientou a vítima a retirar todo o valor e depositar na conta de terceira pessoa, inclusive para efetuar o pagamento de uma casa que seria adquirida dos amigos A. e M.

Afirma que no dia em que houve realização do bloqueio judicial de metade do valor da conta de S. – bloqueio no importe aproximado de R\$ 40.000,00 – a vítima sacou o valor de R\$ 15.000,00, para sua manutenção, restando o valor de cerca de R\$ 25.000,00, que a vítima concordou em transferir para o recorrido como parte do pagamento dos honorários.

Narra que não chegou a fazer contrato de honorários com ela porque confiou em S. e que tudo ocorreu por desavença referente ao valor cobrado para defesa da vítima no processo de inventário, informando, inclusive, um entervero com o advogado Nivaldo, atual patrono da vítima, negando, ao final, qualquer apropriação indevida de valores.

A negativa apresenta pelo recorrido, contudo, é completamente desfirmada pela prova produzida sob o crivo do contraditório.

Com efeito, a vítima, S. A. de O. S., ouvida na audiência de f. 254, foi enfática em afirmar que, após o falecimento do seu convivente, foi procurada pelo recorrido, oportunidade em que relatou ter mantido contato com os filhos do primeiro casamento de J. que queriam todos os bens do casal.

Relatou que o recorrido informou que “*o juiz bloquearia todo o dinheiro da conta e que ela perderia tudo o que tinha*”, devendo passar o valor para o nome dele para não ser bloqueado, o que não foi imediatamente aceito. Confirmou o saque do valor de R\$ 15.000,00 para custear suas despesas pessoais e, em virtude das insistentes “importunações” (sic.) do recorrido, “desorientada” (sic.), aceitou transferir o valor de R\$ 25.000,00 para a conta de J. E., mesmo sem tê-lo contratado como seu advogado.

Aduz que somente transferiu o valor para a conta do recorrido para que não fosse bloqueado, bem como pelo compromisso do apelado em devolver o dinheiro na medida em que ela o solicitasse. Reiterou não ter contratado o recorrido como seu advogado, assim como não ter efetuado a transferência daquele valor a título de honorários advocatícios e, por derradeiro, que pode ter assinado procuração por estar desorientada e vivendo momento de luto.

Narra que, posteriormente, procurou pelo recorrido para que o dinheiro fosse devolvido, porém ele nunca o devolveu. Por isso, contratou outro advogado para pedir a devolução daquele valor.

Na mestra trilha das declarações da vítima veio o depoimento da testemunha N. da C. M., que, à f. 254, confirmou, em resumo, todo o histórico relatado pela vítima, ressaltando que, de acordo com a vítima, o recorrido insistentemente procurava por ela para realizar a transferência dos valores para sua conta pessoal, mesmo antes dela ser citada na ação cautelar proposta pelos filhos do falecido, J. C. D.

Confirmou a realização de penhora *on-line* no importe de cerca de R\$ 40.000,00 e, após o saque de cerca de R\$ 15.000,00, segundo S., continuou a ser procurada por J. que reiteradamente informava que ela perderia todo o valor, caso mantido naquela conta, o que levou a vítima a transferir o valor de R\$ 25.000,00, até os centavos (sic.), para a conta do recorrido.

Posteriormente, procurado, o recorrido recusava-se a devolver o dinheiro para ela e, além disso, que a vítima era “camelô” (sic.) - ou seja, não transparecendo ser pessoa de grande instrução -. Relatou ter pessoalmente procurado pelo recorrido em outras oportunidades e ele continuava a relatar que aquele valor (pouco mais de R\$ 25.000,00), era devido a título de honorários e que ele recusava a devolvê-lo. Acrescenta, por fim, que S. sempre negou ciência da assinatura ou outorga de poderes ao recorrido para defendê-la em ações judiciais.

No mesmo sentido, a testemunha M. F. M., inquirida na mesma audiência (f. 254), em síntese, confirmou as declarações da vítima, ressaltando ter conhecimento de que ela foi procurada, após o falecimento de J., pelo Dr. S.

Na oportunidade, o recorrido informou que ela teria problemas com os filhos do falecido (J.), uma vez que havia “pressão” (sic.), porque os herdeiros “*queriam tomar os bens, tudo que ficaram*” (sic.), o que, inclusive, foi presenciado por ele.

Com relação ao valor que estava guardado no banco, narrou que o recorrido informou que haveria o bloqueio integral de sua conta e, por isso, aconselhou que se fizesse a transferência para outra conta, instrução que foi pessoalmente desaconselhada por ele.

S., então, efetuou o saque do valor de R\$ 15.000,00, porquanto não possuía outros meios de subsistência e, após o bloqueio do valor aproximado de R\$ 40.000,00, restou o valor aproximado de R\$ 25.000,00.

Após uma viagem com sua esposa – A. – a testemunha foi procurada pela vítima que relatou ter transferido o valor excedente – R\$ 25.000,00 – para a conta pessoal de J. E. porque, segundo ele, o juiz determinaria o bloqueio daquele valor.

Em virtude dessa informação, inventaram a história de que S. realizaria a compra de um imóvel deles – M. e A. – e, por isso, precisaria daquele valor. No entanto, o apelado ficou relutante e, após aquele contato, não foi mais encontrado.

Acrescentou ter “*presenciado conversas entabuladas entre a vítima e o recorrido e, em nenhuma oportunidade restou estabelecido acordo para que a transferência do valor de R\$ 25.000,00 fosse feita a título de honorários advocatícios.*”

No mesmo compasso veio o depoimento da testemunha A. da C., que, em resumo, reiterou as declarações da vítima e depoimento da testemunha M. F. M.

Afirmou, no essencial, ter ciência de que J. procurou pela vítima para informar a respeito da partilha de bens, já que os filhos de J. “*queriam pegar todos os bens que ela tinha (sic.).*”

Especificamente com relação aos valores depositados em uma conta bancária, asseverou que o recorrido relatou que o juiz “tomaria” (sic.), “bloquearia o dinheiro” (sic.), motivo pelo qual ele sugeriu que o dinheiro fosse transferido para conta de terceiros.

Narrou ter presenciado o apelado fazer proposta para que a vítima realizasse a transferência dos valores para a conta pessoal do Dr J. (4’10” até 4’17”) e que tal prática seria destinada a evitar o bloqueio judicial, nada falando a respeito de pagamento de honorários advocatícios (4’10” até 4’42”).

Confirmou que, segundo S., foi procurada em outras oportunidades pelo recorrido que insistia na realização da transferência de valores para sua conta pessoal, tendo ela efetuado a transferência do valor de R\$ 25.000,00.

Por derradeiro, acrescentou ter ciência de que a vítima somente transferiu os valores para o apelado por ter medo de haver o bloqueio integral de sua conta e, com isso, não possuir “*condições de se manter*” (sic.). E, por fim, que chegou a acompanhar a vítima em cerca de duas oportunidades ao escritório do advogado para solicitar a devolução daquele valor, sem que o encontrassem.

Desta forma, pelas provas colhidas ao longo da instrução, entendo como devidamente comprovado que a vítima, ainda vivendo o luto pelo falecimento do seu companheiro, foi procurada pelo recorrido, oportunidade em que lhe informou a respeito de ação cautelar de arresto proposta pelos filhos de J. C.

Essa conclusão é extraída, inicialmente, pelos andamentos da ação cautelar proposta pelos herdeiros de J., registrada sob nº 0801268-66.2012.8.12.0021, de onde é possível constatar que, em nenhum momento, a vítima – S. – foi pessoalmente citada daquela ação¹.

Dos andamentos daquele processo, de acordo com o SAJ primeiro grau, nota-se que, após a expedição do mandado de citação de f. 38, o recorrido atravessou a petição de f. 46-48, juntando procuração outorgada pela vítima (f. 49) e requerendo a reconsideração de decisão que determinou o arrolamento de bens.

A concatenação de tais fatos, por si, afastam a versão apresentada pelo recorrido de ter sido procurado e contratado por S. para atuar em sua defesa naquele processo cautelar, já que, repiso, ela sequer tinha conhecimento da sua existência.

Em sequência, o recorrido afirma que houve outorga de procuração para que atuasse na defesa daquele processo – cautelar de arresto – todavia, alguns dados cronológicos chamam atenção:

05/10/2012 – distribuição do processo

10/10/2012 – decisão concessiva da liminar

Nº do mandado	Data	Modelo/Oficial	Situação
021.2012/017267-6	16/10/2012	Citação - Cautelar/Não informado	Aguardando distribuição
021.2014/008663-5	14/05/2014	Citação - Cautelar/Adenir Aparecida Mochi	Cumprido - Ato negativo

25/10/2019 – data aposta na procuração

29/10/2012 – bloqueio realizado pelo Bacenjud

07/11/2019 – data da petição do recorrido

26/11/2019 – data das propriedades da petição

Ora, se o recorrido, em tese, foi contratado pela vítima para atuar em sua defesa em processo cautelar e, segundo ele, S. assinou a procuração em 25/10/2019, por qual motivo peticionou no processo somente no dia 26/11/2019, às 10:41:49 “conforme horário da assinatura do documento de acordo com as suas propriedades²”, portanto mais de um mês da assinatura do instrumento de mandato?

Essa estranheza é reforçada pela juntada da notificação extrajudicial realizada pela vítima e acostada às f. 33-35, pela qual o recorrido foi pessoalmente notificado naquela mesma data, dia 26/11/2012, às 09:50 horas (f. 34, deste processo), horário anterior à assinatura aposta naquela petição.

Por derradeiro, vale registrar que, o recorrido, muito embora tenha alegado que a vítima transferiu o valor de R\$ 25.000,00 a título de honorários advocatícios, sequer fez prova nesse sentido, porquanto, segundo ele, tudo foi realizado com base na confiança.

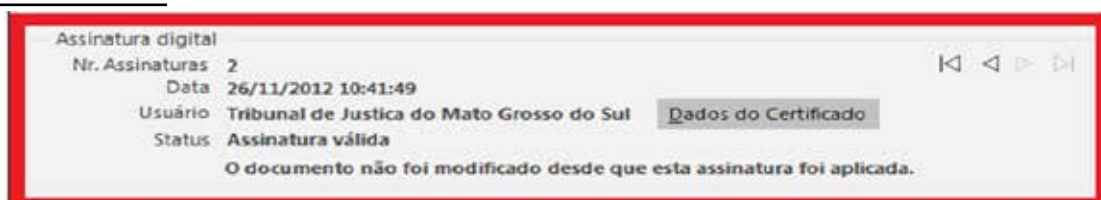
Ora, não é crível que o apelado, advogado atuante na Comarca de Três Lagoas e sem ter realizado qualquer contato profissional prévio com S., simplesmente tenha “confiado” na sua contratação para atuar em mais de um processo, sendo um deles um inventário de patrimônio de cerca de R\$ 800.000,00, pelo qual auferiria, segundo ele, honorários no importe de cerca de R\$ 85.000,00.

Por fim, impende frisar que, de acordo com o arquivo audiovisual de f. 254, é possível constatar que a vítima transparece ser pessoa de parca instrução e, exatamente por isso, não detentora de conhecimento técnico-jurídico referente a todos os assuntos jurídicos retratados neste processo (meação, inventário, partilha de bens, bloqueio *on-line*, entre outros).

Desta forma, por todos os motivos anteriormente alinhavados, entendo que o recorrido, no exercício da sua atuação profissional (advogado do *de cujus* e profissional procurado pelos filhos de J.); apropriou-se de coisa alheia móvel de que tem posse (valor transferido pela vítima para a conta pessoal do apelado); não tendo restituído o valor à vítima após ter sido reiteradamente procurado por ela (conforme declarações de S. que foram corroboradas por todas as testemunhas e informantes), preenchendo-se, desta forma, todas as elementares do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, motivos pelos quais sua condenação é medida de rigor.

Em virtude da condenação, passo à dosimetria da pena.

Com relação à pena-base, vislumbro culpabilidade acentuada, porquanto o apelado aproveitou-se de momento de luto e ingenuidade da vítima para convencê-la em transferir a ele valores depositados em sua conta bancária; que o apelado não registra antecedentes, conforme documentos de f. 214-19, mormente porque não há registro de anterior condenação transitada em julgado em seu desfavor; que não há informações concretas e suficientemente comprovadas a respeito de sua conduta social e/ou personalidade; que os motivos do crime são inerentes ao tipo; que as circunstâncias do delito são prejudiciais, porquanto o recorrido se utilizou de subterfúgio – informação prévia e/ou privilegiada, porquanto a vítima não havia sido citada em processo cautelar – e, por meio do engodo de que o “juiz bloquearia” todo o saldo bancário, para alcançar seu desiderato; que as consequências do delito foram graves, eis que a vítima suportou prejuízo de R\$ 25.526,15 – atualizado até o ano de 2012 – e, por fim, que o comportamento da vítima em nada contribuiu para a



consumação do delito, vez que toda a ação foi praticada pelo apelado (iniciativa em procurar pela vítima, propor transferência de do valor, sua retenção etc.).

Assim, restando negativadas a culpabilidade, as circunstâncias do delito e suas consequências, estabeleço a pena inicial, utilizando o critério da pena média, em 2 anos e 1 mês de reclusão e 20 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, não vislumbro agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas, razão pela qual a pena fica inalterada neste tópico.

Por fim, na terceira fase da dosagem penal, reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 168, § 1º, III, do CP, exaspero a pena em 1/3 (um terço), restando assim, definitivamente estabelecida em 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 23 dias-multa.

Em virtude do *quantum* da pena e da preponderância de circunstâncias judiciais favoráveis, estabeleço o regime aberto para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena corporal por duas restritivas de direito a critério do juízo das execuções penais.

Pelo critério da prejudicialidade, deixo de conceder a suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal.

Condeno-o ao ressarcimento da vítima no importe de R\$ 25.526,15 (f. 35), sem prejuízo da sua correção e/ou compensação em eventual processo de natureza cível.

Condeno-o, ainda, ao pagamento das custas do processo, devendo o juízo de origem tomar as providências necessárias para tanto, bem como ao pagamento da pena de multa.

Por fim, delego ao juízo de origem as providências finais para: a) inclusão do nome do réu no rol dos culpados; b) cobrança da pena de multa, sob pena de inscrição em dívida ativa; c) comunicação da presente ao TRE/MS, para cumprimento dos ditames do art. 15 da Constituição Federal; d) comunicação da presente ao IIMS e à Polícia Federal; e) expedição de guia de execução; f) intimação da vítima e g) remessa de cópia deste acórdão para a OAB/MS para ciência e eventuais providências.

Quanto ao prequestionamento, por derradeiro, no que tange ao prequestionamento aventado, tenho que a matéria foi devidamente discutida, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos infralegais.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial para o fim de condenar o apelado J. E. S. N., como incurso nas sanções do artigo 168, § 1º, III, do Código Penal, à pena definitiva de 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 23 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, monetariamente corrigido, a ser cumprida no regime aberto, substituída por penas restritivas de direito a serem estabelecidas pelo d. Juízo das Execuções Penais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0018922-91.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA ACUSAÇÃO – INJÚRIA QUALIFICADA POR DUAS VEZES CONTRA VÍTIMAS DISTINTAS – ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DO FATO – PRÁTICA DELITIVA COMPROVADA ACIMA DE QUALQUER DÚVIDA RAZOÁVEL – CAUSA DE AUMENTO CONFIGURADA – CONTINUIDADE DELITIVA– RECURSO PROVIDO.

As provas dos autos comprovam acima de qualquer dúvida razoável que a agente, em dia de domingo, na recepção de um hospital proferiu injúrias raciais contra dois funcionários do nosocômio utilizando elementos da raça negra.

Comprovada a prática da injúria qualificada na presença de mais das pessoas que estavam na recepção do local, entre elas, médica, atendente, paciente e familiares, além dos demais que aguardavam no local, resta caracterizada a causa de aumento do inciso III do artigo 141 do Código Penal.

Reconhecida a continuidade delitiva, uma vez que preenchidos os requisitos legais.

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, deram provimento ao recurso.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

O Ministério Público Estadual denunciou Magalli Setubal de Lima pela prática dos delitos previstos nos artigos 140, § 3º (2 vezes), com incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 141 (crime praticado na presença de várias pessoas) e 147, todos do Código Penal, por ter ofendido a dignidade e o decoro de Alexandre Trindade de Souza e Liete Duarte da Silva com a utilização de elementos referentes à raça e cor, na presença de diversas pessoas e, ainda, ameaçado a segunda vítima.

Inicialmente foi declarada a extinta a punibilidade de Magalli Setubal de Lima em relação ao delito de ameaça, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado e, ainda absolvida da prática do delito descrito no artigo 140, § 3º, do Código Penal (f. 124-135).

A sentença foi anulada *ex officio* em sede de recurso de apelação em relação à absolvição do delito de injúria racial e determinada a reabertura da instrução criminal (f.204-212).

Após o cumprimento das determinações do acórdão, a pretensão estatal foi julgada parcialmente procedente (f. 231-239), para:

“(...) a) absolver a acusada Magalli Setúbal de Lima, da imputação da prática da conduta tipificada como crime no artigo 140, § 3º, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CP, art. 386, I) - (vítima Liete Duarte da Silva); (b) absolver a acusada Magalli Setúbal de Lima, da imputação da prática da conduta tipificada como causa especial de aumento de pena no artigo 141, III, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CP, art. 386, I) - (vítima Alexandre Trindade de Souza).”

Inconformado, recorre o Ministério Público Estadual às f. 255-274.

Para tanto, alega que:

“(...) Sem descer a minúcias ou teses sociológicas no intuito de comprovar o conceito de raça, cor ou etnia para enquadrar a vítima que, veja, já sofreu a injúria, é de se observar que o tipo penal da injúria racial não exige que a vítima seja da cor, raça ou etnia de acordo com a ofensa proferida. [...]. Observa-se, portanto, que a lei não faz tal exigência e o juiz exigir tal requisito na atividade concretizadora seria estigmatizar, mais uma vez, a vítima quando se impõe que sua honra subjetiva só poderia ser atingida caso se encaixasse na descrição dos insultos por ventura desferidos pelo autor. [...] Se não existem distinções biológicas entre os seres-humanos e se as segregações são produtos de conteúdo político social construído ao longo dos tempos, os adjetivos escolhidos pela autora para ofender a honra das vítimas se dá de suas próprias crenças e afirmações pessoais, uma vez que utilizou palavras que, para si, são ofensivas e acabaram por ofender as vítimas. Portanto, o que deve ser punido é a intenção do autor ao utilizar como ofensas determinados adjetivos que comumente descrevem determinados fenótipos, como por exemplo o cabelo enrolado, que aduz a uma característica comum em pessoas de cor negra e que para o autor é ofensivo, assim como para a vítima no presente caso, uma vez que ao ser alvo das injúrias fez o registro da ocorrência em Delegacia, demonstrando estar ofendida com tal imputação pela autora. Logo, não é necessário demonstrar que a vítima se enquadra nessa ou naquela raça, nesse ou naquele fenótipo ou conjunto de características étnicas, bastando que seja demonstrado o elemento volitivo exigido pelo tipo penal, que é a vontade livre e consciente de, com suas palavras, macular a honra alheia utilizando-se de elementos raciais e que tais causem consequências negativas na vítima, que se sentiu ofendida com tais injúrias raciais.”

Aponta que:

“(...) a apelada se utilizou de termos preconceituosos e de cunho racial para ofender a honra das vítimas ao proferir expressões como ‘seu preto, nojento, seboso, eu vou te bater seu preto nojento se você voltar a dizer para eu ter calma’. Desta forma, os elementos trazidos pelo Ministério Público demonstram que a vítima possui traços de origem afrodescendente, contudo, ao contrário do alegado pelo juízo em sua sentença, ou mesmo pelas provas carreadas, não queremos aqui falar de prova absoluta de fenótipos genéticos, mas sim da condição da vítima, que recebeu as ofensas e se sentiu ofendida e minorizada, tendo registrado a ocorrência em delegacia de polícia por tais motivos. Pedir uma prova genética a uma vítima de injúria racial seria estigmatizar ainda mais o preconceito e a ofensa vivenciados pelo ser humano que está tendo que provar se enquadra na ofensa para ver seu ofensor punido, algo inadmissível na atual conjectura dos direitos humanos e do mundo atual. Assim, a vítima se sentiu ofendida e se enquadra na condição da ofensa perpetrada, de modo que a dignidade da pessoa humana deve ser garantida a vítima, já que as provas sobejam nos autos da prática da injúria racial, sendo ela formalizada, não temos que julgar a vítima, mas sim a conduta da autora.”

Entende que a autoria é inconteste, sendo que a apelada agiu com dolo, tendo total discernimento de suas palavras.

Discorre sobre a presença da causa especial de aumento, pois o crime ocorreu na presença de várias pessoas.

Ao final requer o provimento de seu recurso para a condenar a apelada Magalli Setúbal de Lima, nas penas dos arts. 140, § 3º, por duas vezes, com incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 141, III, ambos do Código Penal.

Contrarrazões de Magalli Setúbal de Lima pelo desprovimento do recurso (f. 276-280).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso, às f. 290-299.

VOTO

A Sra. Des^a Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual.

Extraí-se dos autos que Magalli Setubal de Lima foi denunciada pela prática dos delitos previstos nos artigos 140, § 3º (2 vezes), com incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 141 (crime praticado na presença de várias pessoas) e 147, todos do Código Penal, por ter ofendido a dignidade e o decoro de Alexandre Trindade de Souza e Liete Duarte da Silva com a utilização de elementos referentes à raça e cor, na presença de diversas pessoas e, ainda, ameaçado a segunda vítima.

Conforme denúncia, no dia 29 de setembro de 2013 (domingo), Magalli levou seu esposo Renato Sérgio Lima de Oliveira ao Hospital El Kadri com mal-estar e vômito, tendo permanecido esperando por atendimento por cerca de 1 hora.

Magalli, por volta de 12h55, se irritou e começou a gritar na recepção, solicitando atendimento imediato, sendo que Alexandre pediu calma e apelante, na frente de várias pessoas: “*Seu preto, nojento, seboso; eu vou te bater seu preto nojento se você voltar a dizer para eu ter calma.*”

Ato contínuo, Lisete pediu que Magalli se acalmasse e apelante disse, na frente de várias pessoas,

“(...)Você quando deve se olhar no espelho deve se desgostar muito, pois você é muito feia e bem merece trabalhar aos domingos em frente a um hospital, pois não tem estudo nenhum. Você é muito ridícula com estes cabelos de negro e vou acabar quebrando tudo aqui. Você é uma vaca.”

Magali tentou agredir Lisete, sendo contida e, nesse momento, a médica Dra. Raquel Matos interferiu e disse que chamaria a polícia.

Inicialmente foi declarada a extinta a punibilidade de Magalli Setubal de Lima em relação ao delito de ameaça, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado e, ainda absolvida da prática do delito descrito no artigo 140, § 3º, do Código Penal (f.124-135).

A sentença foi anulada *ex officio* em relação à absolvição do delito de injúria racial e determinada a reabertura da instrução criminal (f. 204-212). Foi mantida a extinção da punibilidade em relação ao delito do art. 147, do CP.

Após o cumprimento das determinações do acórdão a pretensão estatal foi julgada parcialmente procedente (f. 231-239) para:

“a) absolver a acusada Magalli Setúbal de Lima, da imputação da prática da conduta tipificada como crime no artigo 140, § 3º, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CP, art. 386, I) - (vítima Liete Duarte da Silva);

(b) absolver a acusada Magalli Setúbal de Lima, da imputação da prática da conduta tipificada como causa especial de aumento de pena no artigo 141, III, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CP, art. 386, I) - (vítima Alexandre Trindade de Souza).”

Na realidade, os pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual na denúncia foram julgados improcedentes, uma vez que Magalli foi absolvida com base no artigo 386, inciso I, do Código de Processo Penal.

Expõe Renato Brasileiro de Lima¹ que:

“(...) 4. Provada a inexistência do fato: nesse caso, o juiz formou sua convicção no sentido da inexistência do fato delituoso. Não se trata de falta de provas, ou de um estado de dúvida. Na verdade, há prova nos autos que confirmam peremptoriamente que o fato delituoso imputado ao acusado não ocorreu. (...)”

Após a análise de todo o caderno processual, tenho que o recurso da acusação merece provimento, uma vez que há comprovação, acima de qualquer dúvida razoável, de que Magalli praticou os delitos narrados na denúncia.

Versa o recurso sobre a prática de injúria racial, na presença de várias pessoas, de modo a facilitar a propagação do crime, ocorrido no Hospital El Kadri, em Campo Grande-MS, no dia 29 de setembro de 2013 (domingo), por volta das 12h55.

No referido dia, Magalli, irritada com a demora ao atendimento a seu esposo, disse para Alexandre, na presença de várias pessoas,

“Seu preto, nojento, seboso; ‘eu vou te bater seu preto nojento se você voltar a dizer para eu ter calma’ e para Liete ‘Você quando deve se olhar no espelho deve se desgostar muito, pois você é muito feia e bem merece trabalhar aos domingos em frente a um hospital, pois não tem estudo nenhum. Você é muito ridícula com estes cabelos de negro e vou acabar quebrando tudo aqui. Você é uma vaca.’”

Cláudia Marcela Castro Soto, técnica de enfermagem que estava no local no dia dos fatos, narrou na Delegacia de Polícia que uma mulher, acompanhada de um homem, bastante alterada chegou na recepção e dizia que queria logo ser atendida e batia com a mão sobre a bancada. Relatou que após iniciados os procedimentos para atendimento do referido homem, de nome Renato, viu a mulher gritar para Liete,

“Você é feia, seu cabelo é ruim. Você trabalha aos domingos porque não estudou sua vaca”. Expôs que Alexandre pediu calma e a mulher responder ‘Calma, não, calma não’. Se você me falar calma, mais uma vez, eu vou dar na sua cara, seu preto seboso (f. 29-30).”

Paulo Daniel de Oliveira Leite, advogado, na fase policial (f. 31-32), relatou que procurou atendimento médico no Hospital El Kadri, no domingo, 29 de setembro de 2013 e, entre 12h e 13h chegou um homem amparado por uma mulher que ficou transtornada ao conversar com o recepcionista. Expôs que após 10 minutos deram início ao pré-atendimento do homem chamado Renato, que retornou à recepção e, passado algum tempo a mulher que o acompanhava passou a destratar e a ofender a recepcionista do hospital, pois começou a dizer *“que ela (recepcionista) era muito feia, olha para sua cara, olha o seu cabelo, não tenho culpa de você ser pobre e ter que trabalhar no domingo”*. Afirmou que várias pessoas presenciaram tais palavras e a mulher passou a gritar no saguão do hospital que Renato iria morrer e exigia atendimento imediato (f. 31-32).

Magalli, na fase policial, negou ter injuriado às vítimas e disse que apenas reclamou do mau atendimento do hospital (f. 37).

Alexandre, na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f. 90) afirmou que no dia dos fatos retornou do almoço e ao adentrar na recepção do hospital ouviu os gritos, correu para recepção e viu Magalli gritando com Liete e tentou sanar o problema, sendo que colocou a mão e disse *“senhora, o que está acontecendo vamos resolver”*. Disse que Magalli gritou e respondeu que largasse dela, que não colocasse a mão, que ela não gostava de preto, *“larga de mim preto nojento seboso”*. Relatou que ouviu Magalli dizer para Liete *“cabelo de preto, coisa ruim, só servia para trabalhar ali mesmo, pouca escolaridade”* e que a pegaria lá fora.

Em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 90), Liete confirmou que estava trabalhando como recepcionista no domingo e fez a ficha do marido de Magalli, sendo o pré-atendimento feito por Alexandre, que verificou que ele não precisava passar na frente das outras pessoas, sendo que depois de um tempo a apelada começou a

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. Salvador: JusPodivm, 2019. p.1066.

gritar querendo que seu marido fosse atendido. Expôs que o marido de Magalli havia ingerido bebida alcoólica e não havia necessidade de ser atendido na frente das demais pessoas e Magalli começou a gritar e disse para Alexandre que ele era “*preto nojento*”. Contou que era a única recepcionista, sendo que Magalli “*veio para cima de mim*” e falou “*que meu cabelo era ridículo, de nego*”, “*que eu era muito feia*”, “*que eu devia me olhar no espelho e devia ser mal-amada*”, “*deveria ser muito burra por estar trabalhando num domingo, como recepcionista, atrás de um balcão de um pronto socorro*”. Confirmou que Magalli disse todas as frases descritas na denúncia e ainda disse “*toma cuidado, que e vou te pegar, sua vaca!*.”

Cláudia Marcela Castro Soto, em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 90), confirmou que estava de plantão no dia dos fatos quando Magalli chegou gritando, exigindo cuidados médicos para seu esposo, sendo atendida por Liette, mas Magalli continuava a gritar. Narrou que presenciou Magalli chamar Liette de burra, vaca e disse que a pegaria lá fora e ainda viu ela chamar Alexandre de preto, nojento, seboso e fedido. Acresceu que Magalli disse para Liette que ela tinha “*cabelo ruim*” e todas as palavras constantes na denúncia. Esclareceu que o plantão estava tranquilo e com cerca de cinco minutos Magalli começou a gritar querendo atendimento para seu marido, razão de correr e ter presenciado os xingamentos.

Na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f. 90), Paulo Daniel de Oliveira Leite disse que estava aguardando atendimento no saguão do hospital, no dia dos fatos, quando Magalli chegou com o marido, sendo feito o cadastro na recepção e foram chamados para triagem, voltando para recepção. Contou que após o retorno à recepção Magalli passou a exigir atendimento, pois seu marido estava muito mal e se dirigiu de forma ríspida à atendente do hospital, dizendo, em volume elevadíssimo que “*ela era muito feia*”, “*o cabelo dela era muito feio*”, “*não tinha culpa se ela era pobre e tinha que trabalhar domingo*”. Expôs que tinha muita gente no local, ficou atônito e saiu do recinto, pois foi muito embaraçoso, sendo que depois ouviu mais gritos.

Raquel Araújo Matos Bataglin, na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f. 90) disse que era a médica de plantão no domingo, dia dos fatos, sendo que estava almoçando, quando a técnica de enfermagem Cláudia chegou e repassou o quadro de paciente que havia chegado com quadro de desconforto gástrico após grande ingestão de bebida alcoólica, sendo que o colocou no repouso, pois estava com os sinais alterados. Afirmou que passados cinco minutos ouviu Magalli gritando com o enfermeiro, mandando ele calar boca, sendo que teve medo da situação e ouviu ela dizer para Alexandre “*preto nojento, fedido, você me paga*”. Expôs que chamou a polícia, pois Magalli continuava a gritar, sendo que muitas pessoas presenciaram o ocorrido. Afirmou que teve que afastar o enfermeiro Alexandre do atendimento pelo constrangimento, porque já havia tido dois infartos, e ficou com a pressão alterada, pálido sudoreico, taquicárdico, passou a tremer muito e pediu que se retirasse, pois passou a derrubar as coisas e quase a chorar.

Renato Sérgio Lima de Oliveira, ouvido como informante em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 90), narrou que foi trabalhar e ligou para sua esposa, pois estava com os mesmos sintomas do infarto anterior, estando muito mal, sendo que aguardaram mais de duas horas. Expôs que sua esposa foi reclamar do mau atendimento, não tendo proferido palavras injuriosas.

Magalli em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.90) negou ter proferido as palavras injuriosas e que há negros em sua família, não tendo problemas com racismo. Disse que apenas ficou nervosa e se exaltou.

Fotografia de Alexandre, às f. 225-226 e de Liette, às f.229-230.

Conforme artigo 140, § 3º, do Código Penal:

“(...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Caput do parágrafo com redação determinada na Lei nº 10.741, de 1.10.2003, DOU 3.10.2003, em vigor decorridos 90 (noventa) dias da publicação)

Pena - reclusão de um a três anos e multa.” (NR) (Redação acrescentada conforme determinado na Lei nº 9.459, de 13.5.1997, DOU 14.5.1997)

Expõe Guilherme de Souza Nucci² sobre a injúria racial que:

“Esta figura foi introduzida pela Lei 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatórios e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação; [...] Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve injúria simples, tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo ‘judeu é corrupto’ ou que ‘os negros são desonestos’), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva.”

Interessante observar que, por equiparação ao racismo, a injúria racial é crime inafiançável e imprescritível³.

Como constou na sentença não há dúvidas que Alexandre seja negro.

Liete tem a pele mais clara com fenótipos da raça/cor negra, e seus cabelos são bastante encaracolados.

Foram colhidas provas nos autos que Magalli, alterada em razão da demora de atendimento a seu esposo, proferiu palavras com o dolo de denegrir a imagem de Alexandre e Liete, com a nítida intenção de ofendê-los, utilizando para tal elementos de cunho racial, com menção à cor da pele e tipo de cabelo das vítimas, na presença de várias pessoas.

As palavras das vítimas foram firmes e coerentes em ambas as fases, corroboradas pelo depoimento de testemunhas, enquanto a negativa de autoria se encontra isolada nos autos.

Ressalte-se que a demora para o atendimento ao esposo da vítima não é justificativa ou motivo plausível para a prática delitiva, considerando ainda que o delito que feriu a honra e dignidade das vítimas, foi praticado em local de trabalho e na presença de várias pessoas.

Por oportuno:

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE INJÚRIA RACIAL E AMEAÇA DE GÊNERO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – PROVA SUFICIENTE. SOLUÇÃO JURISDICIONAL MANTIDA. Confirma-se a sentença condenatória em desfavor do processado, por violação dos arts. 140, § 3º, 147, caput, do Código Penal Brasileiro, c/c Lei nº 11.340/06, assentada nas palavras seguras e coerentes da vítima e depoimento testemunhal, demonstrando que foi ultrajada a sua dignidade, por palavra de conteúdo racial, referente à cor da pele, ofendida na sua honra subjetiva, ameaçada de mal injusto e grave, razão para o Decreto penal adverso. APELO DESPROVIDO.” (TJGO; ACr 35587-95.2015.8.09.0175; Goiânia; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Cláudio Veiga Braga; Julg. 04/12/2018; DJEGO 27/11/2019; Pág. 217)

Observe-se que, no caso concreto, Liete sentiu ofendida com as palavras injuriosas de Magalli sobre seu “*cabelo ruim*”, referência a seu cabelo bastante encaracolado.

Nesse aspecto, transcrevo parte do acórdão do Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, do TJSC, relator Apelação Criminal nº 0000665-79.2014.8.24.0002⁴:

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 19ed. Rio de Janeiro:Forense, 2015, p.854.

3 “1. Nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei, tendo já decidido o STJ que o referido dispositivo constitucional se aplica ao crime de injúria racial, delito em tablado, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.459/1997, não havendo que se falar, portanto, em prescrição, dada a imprescritibilidade do crime em discussão nos autos. 2. Ressalto, por oportuno, que o STF já decidiu que a última palavra, relativamente à imprescritibilidade do delito de injúria racial, é do STJ, por se tratar de matéria infraconstitucional, referendando, por conseguinte, o que foi deliberado pelo STJ. (TJCE; APL 0002376-24.2011.8.06.0165; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Henrique Jorge Holanda Silveira; DJCE 10/12/2019; Pág. 149)”

4 A prática de injúria racial foi mantida pelo STJ. Cf.:STJ; AgRg-REsp 1.832.213; Proc. 2019/0242694-3; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 03/12/2019; DJE 12/12/2019.

“(...) sem maiores digressões, vale dizer que o crime de injúria atinge a honra subjetiva do indivíduo, de modo que as palavras depreciativas alcançam a consciência, as qualidades e o prestígio que a própria pessoa tem de si.

Logo, muito embora a pele do adolescente M. não seja de cor preta, é inegável que a sua dignidade foi atingida, na medida em que se sentiu ofendido ao ser chamado de ‘pretinho’, ‘neguinho’, bem como, quando não compreendia a matéria, de que ele ‘não negava a raça’.

Não se pode olvidar de que o Brasil é um país extremamente miscigenado: há negros descendentes de europeus, brancos afrodescendentes, pardos, mestiços e amarelos advindos de uma grande mistura de povos que vieram para este país e, assim como os que já estavam aqui, merecem todos igual respeito. Sob essa ótica, não causa estranheza que, considerando as características familiares e por ter o adolescente a pele parda e os cabelos negros, se reconheça como tal e, assim, tenha se sentido ofendido pelas palavras depreciativas de cunho racial proferidas pela Ré.” (TJSC, Apelação Criminal nº 0000665-79.2014.8.24.0002, de Anchieta, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 25-04-2019)”

Podemos aplicar o mesmo pensamento ao caso de Liette, quando Magalli se referiu a seu cabelo, pois se sentiu ofendida e o que guarda sintonia com sua fotografia às f.229.

Em relação à causa de aumento do artigo 141, inciso III, do Código Penal “na presença de várias pessoas”, Guilherme de Souza Nucci⁵ afirma que “ao ofender alguém na presença de várias pessoas - **pelo menos três** - como por exemplo, no meio de uma solenidade ou de uma festa, faz-se com que o dano à imagem seja potencialmente maior.” Grifo nosso.

Verifica-se que a testemunha Cláudia Marcela Castro Soto, em ambas as fases, narrou que presenciou Magalli ofender Liette e Alexandre.

A testemunha Raquel Araújo Matos Bataglin, na fase judicial, narrou que ouviu Magalli chamar Alexandre de “*preto nojento, fedido, você me paga*” e na recepção havia acompanhantes das pessoas que estavam sendo atendidas.

Paulo Daniel de Oliveira Leite esclareceu em juízo que estava no local com seus familiares e ouviu Magalli ofender Liette, sendo que havia mais gente no saguão do hospital e teve que sair do hospital, pois a situação foi muito embaraçosa e do lado de fora continuou a ouvir os gritos.

Portanto, presente a referida causa de aumento.

Vítima Liette

Passo à dosimetria da pena, em conformidade às diretrizes estabelecidas no artigo 68 do Código Penal, analisando-se primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal:

“Culpabilidade: os autos revelam que a culpabilidade de Magalli é intensa, uma vez que proferiu diversas palavras injuriosas aos gritos com o intuito de ofender Liette, sendo uma qualificada e outras comuns. Antecedentes: não registra. Conduta Social: sem elementos. Personalidade: sem elementos, pois se enquadra na reprovabilidade constante do próprio tipo penal. Motivos do crime: são os normais da espécie. Circunstâncias: as circunstâncias são graves, pois o delito foi cometido no local de trabalho da vítima. Consequências: normais da espécie, sem nenhuma particularidade. Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influiu para a prática do delito.”

Deste modo, tendo em vista a culpabilidade e as circunstâncias do crime, desfavoráveis à apelada, fixo a pena base em 1 ano e 8 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2015. p.859.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena.

Presente a causa de aumento do inciso III do artigo 141 do Código Penal, exaspero a pena em 1/3, ficando em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 53 dias-multa, pena que torno definitiva.

Vítima Alexandre

Passo à dosimetria da pena, em conformidade às diretrizes estabelecidas no artigo 68 do Código Penal, analisando-se primeiramente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal:

“Culpabilidade: os autos revelam que a culpabilidade de Magalli é intensa, uma vez que proferiu diversas palavras injuriosas qualificadas com o intuito de ofender a vítima, aos gritos. Antecedentes: não registra. Conduta Social: sem elementos. Personalidade: sem elementos, pois se enquadra na reprovabilidade constante do próprio tipo penal. Motivos do crime: são os normais da espécie. Circunstâncias: as circunstâncias são graves, pois o delito foi cometido no local de trabalho da vítima. Consequências: graves, uma vez que a vítima sofreu abalo emocional, chegando ao ponto de precisar ser dispensado do trabalho no dia dos fatos, com a pressão arterial alterada e outros sintomas. Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não influiu para a prática do delito.”

Deste modo, tendo em vista a culpabilidade e as circunstâncias do crime, desfavoráveis à apelada, fixo a pena base em 2 anos de reclusão e 60 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição de pena.

Presente a causa de aumento do inciso III do artigo 141 do Código Penal, exaspero a pena em 1/3, ficando em 2 anos e 8 meses de reclusão e 80 dias-multa.

Da continuidade delitiva

Sobre a continuidade delitiva, prevê o artigo 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.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.”

A continuidade é uma ficção jurídica que beneficia o réu e deve ser observada quando cometido mais de um delito da mesma espécie em condições próximas de tempo e lugar, com o mesmo *modus operandi*, de forma que as condutas posteriores sejam consideradas uma continuação da primeira (dolo de continuação).

Verifica-se que no mesmo dia e local, com *modus operandi* idêntico e por estar alterada querendo que seu esposo recebesse atendimento médico, Magalli cometeu as injúrias raciais.

Não se extrai do conjunto probatório a existência de desígnios autônomos, mediante ações diversas, nas condutas da apelada de modo a configurar o concurso material.

Mesmo sendo vítimas distintas aplico o percentual mínimo de 1/6 sobre o crime de maior pena - 2 anos e 8 meses de reclusão e 80 dias-multa – ficando a pena definitivamente fixada em 3 anos, 1 mês e 10

dias de reclusão, e 93 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Como a continuidade delitiva é uma ficção jurídica que torna o crime único, afasto regra do artigo 72, do Código Penal.

Fixo o regime prisional inicial aberto.

Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, em especial, por ser a apelada primária e o delito cometido sem violência, fica substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos:

Prestação de serviços à comunidade, devendo ser 1 hora de tarefa por dia de condenação, nos termos do artigo 46, do Código Penal, em entidade a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal;

Pagamento de prestação pecuniária no valor de quatro salários mínimos destinados às vítimas Alexandre Trindade de Souza e Liette Duarte da Silva, nos termos do artigo 45, § 1º, do Código Penal.

Referido montante contempla a eficácia penalizante da medida, além de ser em valor suficiente para prevenção e repressão do delito.

Cada vítima deverá receber a importância de 02 salários mínimos e o valor total poderá ser parcelado no juízo da Execução Penal.

Deixo de fixar a indenização do artigo 387, inciso IV, do Código Penal por ausência de pedido na denúncia.

Ante o exposto, com o parecer, voto pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para condenar Magalli Setúbal de Lima, brasileira, casada, portadora da CI RG nº xxxxxx SSP/MS, nas sanções do artigo 140, § 3º, c/c 141, III, do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, à pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 93 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída por duas penas restritivas de direitos como acima especificado.

Condene Magalli Setúbal de Lima ao pagamento de custas processuais.

Com o retorno dos autos à origem e trânsito em julgado da condenação, deve ser observada a inscrição o nome da ré, ora apelada, no rol dos culpados, a intimação das vítimas e as comunicações e anotações de estilo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0005230-68.2014.8.12.0019 - Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL – TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ASSÉDIO SEXUAL A CRIANÇA – ADEQUAÇÃO TÍPICA NECESSÁRIA – DESCLASSIFICAÇÃO DE CONDUTA – PROVAS SUFICIENTES PARA 2 CONDENAÇÕES POR ASSÉDIO SEXUAL À CRIANÇA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – INCIDÊNCIA EFETIVA INVIÁVEL – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – AUSÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO – LAPSO TEMPORAL PREENCHIDO – RECONHECIMENTO – PARCIAL PROVIMENTO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

A mera oferta de dinheiro (sem contato corporal ou admoestação verbal) para que uma criança consinta na prática de ato libidinoso consigo, ainda que repugnante, não caracteriza a tentativa de estupro de vulnerável, mas sim o assédio sexual de criança (art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ainda que reconhecida a confissão espontânea, a fixação da pena-base no mínimo legal impede efetiva influência na dosimetria.

A pretensão de concessão de assistência judiciária gratuita não pode ser atendida quando os únicos elementos de convencimento dos autos acerca da condição financeira não indicam miserabilidade.

Não havendo recurso da acusação e, em consequência das modificações de pena empreendidas por este juízo, preenchido o lapso temporal necessário para reconhecimento da prescrição, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade do acusado.

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, deram provimento parcial ao apelo de M. A. da R. e, de ofício, reconheceram a extinção da punibilidade do apelante, em decorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 2 de março de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. A. da R. em face da sentença (f. 298-300) que o condenou a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes do art. 217-A, c/c art. 14, II (tentativa de estupro de vulnerável), ambos do Código Penal, e art. 241-D (assédio sexual a criança), do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas. Subsidiariamente, busca a desclassificação das imputações para a contravenção penal do art. 61, do Decreto-Lei nº 3.688/41; a aplicação da tentativa em

seu patamar máximo; o reconhecimento da desistência voluntária; a incidência da confissão espontânea e a concessão dos benefícios da justiça gratuita (f. 311-326).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 331-351).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento, a fim de que seja suspensa a exigibilidade das despesas processuais (f. 374-393).

VOTO

A Sra. Des^a Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. A. da R. em face da sentença (f. 298-300) que o condenou a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes do art. 217-A, c/c art. 14, II (tentativa de estupro de vulnerável), ambos do Código Penal, e art. 241-D (assédio sexual a criança), do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Consta na denúncia que, aos 17 de setembro de 2014, por volta das 12h33min, no interior da residência sito a Rua Rui Barbosa, nº 405, Centro, Aral Moreira (casa do denunciado), Comarca de Ponta Porã, M. A. da R. tentou estuprar a criança *****, de 11 anos de idade, sendo que o crime somente não se consumou porque a vítima conseguiu fugir da residência.

Em data não precisada, mas poucos dias antes do dia 10 de outubro de 2014, M. A. da R. assediou a criança *****, de 10 anos de idade, oferecendo-lhe R\$ 5,00 (cinco reais) para ficar com ele.

À época dos fatos, M. trabalhava como professor na Escola Municipal Joaquim Moreira Lopes, lecionando a disciplina de artes aos alunos do 1º ao 5º ano do ensino fundamental e além disso tinha um salão de beleza.

Em razão disso, no dia 17 de setembro de 2014, a vítima ***** (de 11 anos de idade) procurou o denunciado, pedindo-lhe papel crepom para tingir os cabelos, restando combinado que a vítima iria à residência de M. na hora do almoço.

No horário combinado, ***** compareceu a casa de M., acompanhada da irmã *****, de 7 anos de idade. Nesta ocasião, o denunciado ligou o *notebook* e deixou E. distraída e, em seguida, disse à vítima que ele próprio aplicaria o produto para tingir seus cabelos, pedindo a ela que fosse tomar banho porque seria mais fácil para lavar os cabelos.

A vítima atendeu ao pedido e enquanto estava nua, no chuveiro, M. adentrou o banheiro, dizendo: “*não precisa ter vergonha. Várias meninas já vieram aqui. Eu dou dinheiro para elas e elas deixam eu dar uma lambidinha aqui*”, apontando para o órgão genital da vítima, e concluiu: “*você não quer? Eu te dou 10 reais*”.

A vítima disse que não e, com medo, aproveitando que o denunciado saiu do banheiro, vestiu suas roupas; pegou a irmã e saiu correndo da casa.

Os fatos chegaram ao conhecimento da polícia por comunicação da genitora de *****, com acompanhamento pelo Conselho Tutelar de Aral Moreira, cf. BO nº 283/2014 da DP de Aral Moreira.

As investigações ainda apuraram que, poucos dias antes do dia 10 de outubro de 2014, M. assediou outra criança, a vítima *****, de 10 anos de idade, oferecendo-lhe dinheiro para “*ficar com ele*”.

Ressai dos autos que ***** passava pela frente da casa do denunciado, ocasião em que M., aproveitando-se que a vítima estava sozinha, convidou-a para entrar em sua casa e ofereceu-lhe 5,00 (cinco reais) para “*ficar*” com ele. A vítima não respondeu e, temerosa, saiu correndo em direção a sua casa.

Absolvição e capitulação criminosas

Inicialmente, M. sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas. Por conexão de teses, a pretensão principal deve ser analisada em conjunto com os pleitos subsidiários de desclassificação das imputações para a contravenção penal do art. 61, do Decreto-Lei nº 3.688/41, e de reconhecimento da desistência voluntária.

Ab initio, é necessário distinguir os 2 fatos criminosos narrados na peça exordial. A leitura sequencial dos elementos informativos do inquérito policial permite a conclusão de que a investigação fora instaurada para a apuração da conduta atinente à infante *****, sendo que durante seu trâmite soube-se do fato relativo à menor ***** (f. 27).

Em relação ao delito perpetrado em face de *****, a exordial acusatória narra que a criança foi até a sua residência para tingir os cabelos, acompanhada de sua irmã de 7 anos de idade, e – enquanto estava nua tomando banho – M. adentrou o banheiro e propôs fornecer R\$ 10,00 para a criança “ficar” consigo.

Prossegue a denúncia que “a vítima disse que não e, com medo, aproveitando que o denunciado saiu do banheiro, vestiu suas roupas; pegou a irmã e saiu correndo da casa” (f. 3).

A informante M. O., genitora de *****, afirmou que a ofendida chegou em casa assustada, mas que não soube lhe explicar o que havia ocorrido. Posteriormente, foi chamada pela diretora da escola, para explicar porque a criança estava tão emburrada. Aduziu que soube que a ida de ***** para pintar os cabelos, apesar de M. não possuir salão de beleza (arquivo audiovisual – f. 119).

A vítima ***** relatou que M. era seu professor de artes. Disse que estava andando com uma amiga e solicitou papel crepom ao acusado, para descolorir os cabelos, sendo-lhe oferecido ir à residência de M., para que ele mesmo passasse a tintura.

Foi ao local com a irmã mais nova, que ficou na sala; quando ficaram sozinhos, M. contou à vítima que pagava a algumas meninas para que as mesmas permitissem a prática de sexo oral consigo e fez idêntica oferta à depoente, que recusou.

Sentindo-se assustada, pegou a irmã e fugiu do local; contou os fatos a sua mãe e, posteriormente, ao Conselho Tutelar. Relatou que, durante o ocorrido, M. solicitou que a depoente lavasse o cabelo, tendo esta ficado nua enquanto o acusado buscava o xampu e somente ao retornar M. presenciou a mesma sem as vestes, mas que não tocou seu corpo, apenas o cabelo, eis que passou xampu na sua cabeça (arquivo de áudio – f. 119).

A testemunha M. B., Conselheira Tutelar à época dos fatos, recebeu a mãe de ***** no Conselho Tutelar, narrando o que havia ocorrido. Na sequência, entrevistou a criança, que relatou ter ido à residência de M., que forneceu o computador à irmã mais nova de ***** (para se distrair durante o tempo que pintava o cabelo da ofendida); enquanto a vítima tomava banho, recebeu a oferta de dinheiro para que autorizasse a prática de sexo oral em si.

A ofendida relatou que, após a recusa, M. saiu para buscar alguma coisa, possivelmente uma toalha, e que ***** se vestiu rapidamente, pegou a irmã e saiu do local antes que o acusado retornasse. Esclareceu que o acusado não chegou a tocá-la (arquivo audiovisual – f. 119).

A testemunha R. M. M., também Conselheira Tutelar à época dos fatos, disse que atendeu a ocorrência da ***** e confirmou as declarações da colega de serviço. Indagada sobre o que ocorreu no banheiro, disse que “não aconteceu nada, que não deu tempo de acontecer nada” (arquivo audiovisual – f. 119).

A testemunha F. C. dos S. disse que conhece o acusado da escola em que estudava e que cortou o cabelo com M. algumas vezes, não sabendo informar nada que o desabone na sociedade local (arquivo audiovisual – f. 119).

A testemunha N. da S. M., Diretor da escola em que o acusado trabalhava à época, corroborou as declarações benevolentes de ***** Disse que, posteriormente aos fatos, M. solicitou sua remoção para outro município por ter cometido um erro com a criança *****, sem especificar o que seria o erro, apenas mencionando que seria o episódio do papel crepom (arquivo audiovisual – f. 119).

Por seu turno, o acusado M. negou a prática delitiva. Afirmou que ***** foi até sua residência para pintar uma mecha, tendo solicitado que a menina fosse ao tanque molhar o cabelo, mas que a criança foi ao banheiro e se molhou inteira.

Posteriormente, foi chamado na Delegacia de Polícia para dar esclarecimentos, local em que teria assinado o depoimento sem ler, entretanto, asseverou que – ao ser convocado – já imaginou do que se tratava, mas “*não lhe pareceu tão grave*” (arquivo audiovisual – f. 144).

Já no tocante a *****, a exordial acusatória afirma que a criança passava na frente da residência do acusado quando recebeu a proposta de R\$ 5,00 para “ficar” consigo, mas “*a vítima não respondeu e, temerosa, saiu correndo em direção a sua casa*” (f. 3).

Ao ser ouvida, mediante carta precatória, ***** confirmou a oferta de dinheiro por parte do acusado, afirmando que ocorrera em mais de uma ocasião, sendo que naquela data tomou coragem de contar a seus familiares. Esclareceu que, apesar de o acusado ter sido seu professor, não houve abordagem no período letivo, mas apenas em frente a sua residência (arquivo audiovisual – f. 267).

A informante S. M., genitora de *****, disse que a filha relatou a oferta de dinheiro para que “*ficasse com ele*”. Mencionou que a abordagem de M. ocorreu em frente à própria residência, que a ofendida ficou bem assustada e chegou em casa chorando (arquivo audiovisual – f. 225).

Por seu turno, ao ser indagado especificamente sobre *****, o acusado M. também negou a prática delitiva, afirmando que a acusação não procede e que nem conhece essa criança (arquivo audiovisual – f. 144).

Em síntese, este é o conjunto probatório existente no autos.

Inegável que a prática de delitos contra a liberdade sexual são dos mais asquerosos, mormente quando a vítima é criança ou adolescente, cujo grau de vulnerabilidade costuma ser mais acentuado, daí a merecer maior atenção da legislação penal.

É preciso muita atenção, entretanto, para analisar minuciosamente a conduta do acusado, a fim de aprimorar a capitulação e a verificação de elementos de convencimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica a conduta de “*aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso*” (art. 241-D). Esta é exatamente a conduta atribuída a M. contra a vítima *****, ao assediá-la, oferecendo dinheiro à criança para a prática de ato libidinoso consigo.

A própria exordial acusatória narra que a abordagem de M. ocorreu de modo verbal e não houve insurgência contra a recusa de ***** e sua saída do local. Portanto, não há dúvida quanto a esta tipificação.

No tocante ao conjunto probatório, em que pese a negativa de autoria de M., observa-se que as declarações de ***** e sua genitora S. são bastante coerentes e firmes, aliás, coincidindo com o *modus operandi* demonstrado em relação à ofendida *****, qual seja, o hábito repugnante do acusado de oferecer dinheiro para crianças e adolescentes autorizarem a prática de atos libidinosos consigo.

O crime do art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de natureza formal, bastando, pois, a conduta de M. em assediar a criança para a consumação. Deste modo, não há como acolher a tese de insuficiência de provas quanto ao delito perpetrado contra a ofendida *****.

Já no que se refere ao delito contra *****, a situação é mais delicada, especialmente quanto à capitulação da conduta.

O Código Penal assim tipifica o crime de estupro de vulnerável: “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*” (art. 217-A).

Evidente que o delito necessita de contato entre agente e vítima para sua consumação. Daí que a denúncia narra a modalidade tentada, ante a recusa e fuga da criança.

Ao enfrentar a questão da adequação típica da conduta, a sentença assim concluiu:

“(...) No caso concreto o réu agiu não apenas “com o fim de” praticar ato libidinoso, mas efetivamente iniciou a fase executória do estupro a partir do momento em que lhe ofereceu dinheiro. Poder-se-ia entender que havia assédio até o momento em que ele induziu a vítima a se despir e entrar no chuveiro, ou até o momento em que ele entrou no banheiro com ela despida. Mas a partir do momento em que ele oferece dinheiro a ela e argumenta com ela para convencê-la a “consentir” com o sexo oral, ele passou a incidir no crime do estupro, na forma tentada.”

Ocorre que a própria denúncia narra que a única conduta de M. foi a abordagem verbal a *****. Não há narrativa sequer de contato físico ou admoestação verbal, nem mesmo quando a criança saiu da residência.

Ressalvado o fato de esta ofendida estar nua no banheiro, a conduta é bastante similar à perpetrada contra a vítima *****, ou seja, M. ofereceu dinheiro a uma criança para a prática de ato libidinoso consigo.

Assim sendo, ainda que o pedido recursal seja de capitulação numa contravenção penal, imprescindível reconhecer que sua conduta ultrapassa o escopo do art. 61 (já revogado), do Decreto-Lei nº 3.688/41, por não se tratar de mera importunação ao pudor e nem por estar em local público.

Desta forma, a capitulação adequada da conduta narrada na denúncia é a forma consumada do delito do art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente também para a vítima *****, devendo as provas serem cotejadas neste sentido.

O conjunto probatório, especialmente pelas declarações de ***** e das conselheiras tutelares que a atenderam, demonstrou que M. realmente efetuou uma oferta asquerosa de dinheiro, mas não tocou em ***** e nem impôs qualquer resistência a sua saída do local.

Em se tratando de delito formal, em que basta a oferta indecorosa e inconveniente à ofendida para a consumação, desnecessário esforço hermenêutico para afastar o pedido de reconhecimento da desistência voluntária.

Destarte, a condenação atinente ao delito do art. 217-A, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, deve ser desclassificada para a prevista no art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quantum da tentativa

O pedido subsidiário de aplicação da tentativa em seu patamar máximo deve ser considerado prejudicado, ante a desclassificação da conduta perpetrada contra ***** para o delito do art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma consumada.

Confissão espontânea

Também acerca da dosimetria de pena, M. pretende que a atenuante da confissão espontânea – já reconhecida pela sentença – conduza a reprimenda intermediária a patamar aquém do mínimo legal.

Desnecessárias maiores delongas neste ponto, eis que a matéria já estava consolidada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desde 1999, com a edição da Súmula nº 231, *in verbis*: “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*”

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal – julgando o RE 592.270/RS pelo regime de repercussão geral – fixou a tese de que “*circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*” (Tema 158).

Não bastasse, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça – julgado os REsp nº 1.117.068/PR e nº 1.117.073/PR pelo regime de recursos repetitivos – fixou a tese de que “*o critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal*” (Tema 190).

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, inviável acolher o pleito.

Justiça Gratuita

Por fim, M. pleiteia a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Observa-se que o acusado é servidor público e foi defendido por advogada particular durante toda ação penal, não havendo nenhum elemento de convencimento que indique condição de miserabilidade.

Neste cenário, o pedido deve ser rechaçado.

Nova dosimetria de pena

A sentença avaliou todas as circunstâncias judiciais de forma neutra e estabeleceu as reprimendas iniciais no patamar mínimo. Não havendo recurso da acusação, a pena-base para o crime do art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente, praticada contra *****, também deve ser estabelecida em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Pelos mesmos motivos já apontados, o reconhecimento da confissão espontânea não influi na segunda fase de dosimetria, e, não havendo outros elementos modificadores, resta a pena definitiva neste patamar.

Em respeito às regras do concurso material de crimes, as penas restam definidas em 2 anos de reclusão e 20 dias-multa.

Em atenção à ausência de elementos judiciais desfavoráveis e ao *quantum* de pena aplicada, o regime inicial deve ser o aberto.

Prescrição da pretensão punitiva

Caso prevaleça este entendimento, não havendo recurso da acusação, imprescindível avaliar os marcos interruptivos, a fim de reconhecer a extinção da punibilidade decorrente da prescrição da pretensão punitiva.

Observa-se que a denúncia foi recebida aos 22 de abril de 2015 (f. 40) e a sentença condenatória proferida aos 23 de agosto de 2019 (f. 298-300), transcorrendo lapso temporal superior a 4 anos.

O Código Penal dispõe que “*no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente*” (art. 119). Assim, com fundamento no art. 109, V, do mesmo *Códex*, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

Dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por M. A. da R., para desclassificar a primeira imputação para o delito do art. 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, em razão de nova dosimetria de pena, restarem as penas definitivas em 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 20 dias-multa, e, conseqüentemente, reconhecer a extinção da punibilidade decorrente da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento nos art. 119, c/c art. 110, § 1º, c/c art. 109, V, todos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento parcial ao apelo de M. A. da R. e, de ofício, reconheceram a extinção da punibilidade do apelante, em decorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des^a Elizabete Anache

Relatora, a Exma. Sra. Des^a Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 2 de março de 2020.

1ª Câmara Criminal

Relator Des. Emerson Cafure

Habeas Corpus Criminal nº 1414608-47.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA, PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA E CORRUPÇÃO ATIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA NA ORIGEM – PRETENDIDA A REMESSA DA AÇÃO PENAL PARA A JUSTIÇA ELEITORAL – INEXISTÊNCIA DE IMPUTAÇÕES POR CRIMES ELEITORAIS – AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES OU PROCESSOS PENAIS NA JUSTIÇA ESPECIALIZADA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

Rejeitada a exceção de incompetência do juízo e não havendo recurso cabível, admite-se a impetração de *habeas corpus* quando houver prova pré-constituída e o exame da matéria não se revista de complexidade tal incompatível com a estreita via do remédio constitucional.

Tratando-se de delitos comuns, não se pode determinar, com fundamento no art. 78, inc. IV, do CPP, o deslocamento da competência para a justiça eleitoral com base em simples ilações ou na mera possibilidade de ocorrência de fato criminoso eleitoral.

Noutro compasso, não há se falar da conexão tratada no art. 76, inc. III, do CPP, se não há provas de que, com relação aos mesmos fatos, tramite na justiça especializada investigação ou ação criminal eleitoral.

Encerrada a instrução criminal e anunciada a sentença, pois conclusos os autos para sua prolação, eventual persecução penal eleitoral que venha a existir não será apta a caracterizar a reunião de processos por força do previsto no art. 82 do CPP.

Ordem conhecida e denegada, 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, denegar a ordem.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Tiago Henrique Heideriche Garcia e Adele Caroline de Barros Foletto em favor de H. T. J., apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, o qual rejeitou a exceção de incompetência referente à Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002.

Alegam que o paciente está sendo processado pela prática dos crimes de corrupção ativa, peculato, corrupção passiva e corrupção ativa e formação de quadrilha, os quais teriam caráter eleitoral e, portanto, deveriam ser julgados pela justiça eleitoral.

Diante disso, concluem que está caracterizado, em tese, o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), em conexão com crimes comuns, a atrair a competência da justiça eleitoral para processar e julgar o feito, por força do princípio da especialidade e do disposto no art. 35, inciso II, do Código Eleitoral e no art. 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Requerem, em sede de liminar, o sobrestamento da Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002 e, no mérito, a declaração de (f. 28) “*incompetência absoluta, em razão da matéria do r. juízo da 1ª Vara Criminal em Dourados/MS*”, bem como de “*nulidade de todos os atos processuais relativos à Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002 e a remessa dos autos a justiça eleitoral.*”

Indeferi o pedido de liminar (f. 189-192).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 199-202).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem (f. 207-210).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Tiago Henrique Heideriche Garcia e Adele Caroline de Barros Foletto em favor de H. T. J., apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, o qual rejeitou a exceção de incompetência referente à Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002.

Alegam que o paciente está sendo processado pela prática dos crimes de corrupção ativa, peculato, corrupção passiva e corrupção ativa e formação de quadrilha, os quais teriam caráter eleitoral e, portanto, deveriam ser julgados pela justiça eleitoral.

Diante disso, concluem que está caracterizado, em tese, o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), em conexão com crimes comuns, a atrair a competência da justiça eleitoral para processar e julgar o feito, por força do princípio da especialidade e do disposto no art. 35, inciso II, do Código Eleitoral e no art. 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Requerem, em sede de liminar, o sobrestamento da Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002 e, no mérito, a declaração de (f. 28) “*incompetência absoluta, em razão da matéria do r. juízo da 1ª Vara Criminal em Dourados/MS*”, bem como de “*nulidade de todos os atos processuais relativos à Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002 e a remessa dos autos a justiça eleitoral.*”

Indeferi o pedido de liminar (f. 189-192).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 199-202).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem (f. 207-210).

É o que cumpria rememorar.

Como cediço, a incompetência do juízo é arguida pela exceção correspondente, a qual somente se sujeita a recurso quando houver acolhimento do pedido e declinação para o juízo competente, conforme regra do art. 581, II e III, do CPP.

Isso não obstante, a fim de evitar que o réu seja processado por juízo flagrantemente incompetente, admite-se a impetração de *habeas corpus* exclusivamente nas hipóteses em que haja prova pré-constituída

e que o exame da matéria não se revista de complexidade tal incompatível com a estreita via do remédio constitucional.

Esse, a propósito, é o entendimento desta e. Corte e do c. Superior Tribunal de Justiça:

“HABEASCORPUS – ESTELIONATO – LAVAGEM DE CAPITAIS – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRETENSÃO DE ANÁLISE DE COMPETÊNCIA – ALEGAÇÃO DE CONEXÃO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INEXISTÊNCIA DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO LEGALMENTE PREVISTO – ORDEM NÃO CONHECIDA. A discussão da competência para processar a ação penal é inadequada em sede de habeas corpus, pois exige o exame aprofundado da questão, sendo inviável nessa estreita via processual. Se o paciente não opôs exceção de incompetência, na forma e no processo oportuno, ocorre a preclusão de tal questão, que não deve ser conhecida. Com o parecer: Writ não conhecido.” (TJMS. Habeas Corpus Criminal nº 1408390-08.2016.8.12.0000, Amambai, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 23/08/2016, p: 25/08/2016).

“PROCESSUAL PENAL – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – REJEIÇÃO NO JUÍZO MONOCRÁTICO – INEXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO CABÍVEL – MATÉRIA SUSCITADA EM PRELIMINAR DA APELAÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECLUSÃO – AUSÊNCIA. 1 - Contra a decisão do juízo monocrático que rejeita a exceção de incompetência, não cabe recurso em sentido estrito, podendo, então, o édito ser confrontado por meio de habeas corpus, se presentes os seus requisitos, ou suscitada a questão nos autos, em preliminar, conforme ocorreu in casu. (...).” (HC 201000250987, Maria Thereza de Assis Moura, STJ - Sexta Turma, DJE Data:11/05/2011).

No caso, cuida-se da Ação Penal nº 0010139-49.2010.8.12.0002 movida contra 60 pessoas (a maioria delas processadas e julgadas em ações desmembradas) em decorrência das investigações encetadas pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO - na denominada “Operação Uragano”, cujo objeto é a apuração da prática de crimes de associação criminosa, peculato e corrupção passiva no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo do Município de Dourados/MS, por meio dos quais, de forma sistemática e estável, propiciava-se o pagamento de vantagens indevidas a agentes políticos, servidores públicos, empresários e pessoas cooptadas, assim como o favorecimento destes dois últimos na contratação com a Administração Pública.

A decisão que rejeitou a exceção de incompetência proposta pela defesa encontra-se devidamente fundamentada, tendo a autoridade apontada como coatora indicado os dispositivos legais e os fatos relacionados à ação penal, assim como as circunstâncias que entendeu relevantes para solução da controvérsia:

“Primeiramente insta salientar que as regras de competência absoluta (competência em razão da matéria fixada na Constituição Federal) não podem ser modificadas por normas infraconstitucionais, nem mesmo para melhor aproveitamento da instrução.

Assim, meras ilações ou a probabilidade de ocorrência de fato criminoso eleitoral não enseja o deslocamento da competência, mostrando-se imprescindível a indicação de dados objetivos e concretos, sendo que na ausência desses não é possível falar na pretensão de deslocamento da competência da justiça comum para a justiça eleitoral com a finalidade de análise da possível manutenção dos feitos de forma unificada.

Importante ressaltar que a possibilidade da existência de fatos a serem apurados em inquéritos não implica concomitante deslocamento de ação penal possivelmente conexa que já corre perante o juízo competente. O que se vislumbra provável ocorrer é, acaso devidamente comprovado ulteriormente o crime eleitoral num dos procedimentos investigatórios, que o juízo eleitoral possa “avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva”, hipótese na qual “a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas”, nos termos do artigo 82 do Código de Processo Penal.

Ademais, ainda que no inquérito as hipóteses de investigação inicial estivessem direcionadas a apurar crimes eleitorais, como sustenta o acusado H. T. J., é a imputação

criminal que define o juiz natural, inexistindo qualquer mácula no presente feito, inclusive no que tange ao recebimento da denúncia.

Quanto à menção a matéria eleitoral que o acusado destaca, resta claro que surgem na denúncia como formas de operacionalização da propina supostamente paga, ou seja, como mero pretexto de campanhas eleitorais, mas utilizadas para enriquecimento pessoal dos agentes públicos, conduta que não constitui crime autônomo da justiça eleitoral. Além disso, inexistente nos autos atribuição de autoria ou indicação da materialidade respectiva.

Ainda, ao contrário do que sustenta o réu, não há na denúncia imputação de crime eleitoral, inexistindo fato eleitoral algum nela descrito.

Tem-se que o réu restou denunciado por crimes descritos no Código Penal, não havendo consumação do tipo penal eleitoral. Note-se que o Ministério Público não entendeu cabível a denúncia por crime eleitoral. Assim, incompetente se mostra a Justiça Eleitoral para a análise dos autos.

(...)

Deste modo, afasto a presente exceção de incompetência.”

Ora, segundo a doutrina especializada de Marino Pazzaglini Filho, o objeto jurídico da tutela penal nos crimes eleitorais, fundamentalmente, é a lisura do processo eleitoral e a liberdade de voto (*in* Crimes Eleitorais: Código Eleitoral, Lei das Eleições e Lei das Inelegibilidades. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2).

Nessa mesma linha, José Jairo Gomes leciona que os ilícitos eleitorais visam resguardar bens e valores clara e especificamente definidos em lei, tais como a higidez do processo eleitoral, a lisura do alistamento e da formação do corpo eleitoral, princípios como a liberdade do eleitor e do voto, a veracidade da votação e do resultado das eleições, a representatividade do eleito (*in* Crimes e processo penal eleitorais. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9).

Conforme se percebe da mera leitura da exordial, ao contrário do que alega a defesa, não se narrou o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), que se configura somente diante do dolo de “*Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita*”, elementares sequer mencionadas pelo representante do *Parquet*.

Em verdade, não se verifica a imputação de autoria e materialidade de qualquer outro crime eleitoral, pois não narrada nenhuma conduta destinada a violar a liberdade do sufrágio e a lisura do processo eleitoral.

Vale salientar, ainda, que o fato de o paciente ter, em tese, participado do esquema criminoso na condição de vereador, líder do prefeito na Câmara e 1º secretário da casa de lei do Município de Dourados - MS, não autoriza, por si só, a conclusão de que houve a prática de crimes eleitorais. O mesmo raciocínio é aplicável aos demais agentes políticos supostamente envolvidos.

Da mesma forma, as breves menções por parte do paciente e demais políticos, genéricas e pontuais – aquelas na petição inicial da impetração –, no sentido de que o dinheiro arrecadado ilicitamente se destinaria ao financiamento de campanhas eleitorais não passam de pretexto utilizado para o enriquecimento pessoal. Note-se inexistir qualquer notícia de que o dinheiro tenha sido efetivamente empregado em campanhas eleitorais ou até mesmo declarado ao Tribunal Regional Eleitoral.

De todo modo, conforme entendimento reiterado do c. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) a ação de usar dinheiro oriundo de origem criminosa em pleitos eleitorais não é conduta prevista como crime eleitoral na respectiva legislação (Lei nº 9.504/97 ou no Código Eleitoral). Vale dizer, solicitar contribuição eleitoral clandestina ou recebê-la efetivamente e, de fato, empregá-la na campanha eleitoral não tem previsão penal eleitoral, eis que o art. 350

do mencionado estatuto prevê, como crime eleitoral, a falsidade ideológica, caracterizada com a omissão de informações quanto à arrecadação e/ou ao gasto clandestino, omitidos na prestação de contas da campanha eleitoral, apresentada à Justiça Eleitoral” (STJ; EDcl-AREsp 1.461.666; Proc. 2019/0068367-7; PR; Quinta Turma; Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo; Julg. 12/11/2019; DJE 21/11/2019).

Assim, tratando-se de delitos comuns, não se pode determinar, com fundamento no art. 78, inc. IV, do CPP, a remessa o deslocamento da competência para a Justiça Eleitoral com base em simples ilações ou em possibilidade de ocorrência de fato criminoso eleitoral.

Aliás, outra não é a razão pela qual diversos réus já foram processados e definitivamente julgados em ações desmembradas e examinadas até na superior instância, sem que a questão da incompetência da justiça eleitoral tenha sido arguida por quaisquer das partes ou mesmo levantada de ofício, muito embora se trate de matéria de ordem pública.

Noutro compasso, cumpre registrar, a defesa não trouxe qualquer prova de que, na justiça especializada, tramite investigação ou ação criminal eleitoral em desfavor do paciente, com relação aos fatos ora mencionados, motivo pelo qual não há se falar na conexão do art. 76, inc. III, do CPP.

É certo que, em 14/03/2019, o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inq. nº 4.435/DF, no âmbito da “Operação Lava-Jato” concluiu competir à justiça eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, considerando o princípio da especialidade. Todavia, tal entendimento é absolutamente inaplicável na presente hipótese, porque, como já dito, não se está diante da imputação de crimes eleitorais e inexistem, até o presente momento, perseguições penais eleitorais em andamento.

Além disso, como bem salientou a Procuradoria-Geral de Justiça, os autos de origem estão atualmente com a instrução encerrada e conclusos ao julgador para prolação de sentença, de modo que eventual investigação ou ação penal eleitoral que venha a existir não será apta a caracterizar a reunião de processos por força do que prevê o art. 82 do CPP.

Portanto, a decisão que rejeitou a exceção de incompetência na origem não acarreta qualquer constrangimento ilegal ao paciente.

Ante o exposto, com o parecer, conheço da impetração e denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des^a Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

1ª Câmara Criminal

Relator Des. Emerson Cafure

Habeas Corpus Criminal nº 1400029-60.2020.8.12.0000 - Corumbá

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – CUMPRIDOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES – RÉ QUE POSSUI FILHOS MENORES DE DOZE ANOS – FILHA QUE NECESSITA DE CUIDADOS ESPECIAIS – AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA – ORDEM CONCEDIDA.

De acordo com as certidões de nascimento constantes nos autos, a paciente possui um filho com idade de 6 anos e uma filha de 11 anos portadora de Síndrome de Down, que, em face de sua condição, necessita de cuidados especiais em tempo integral.

A paciente não se valeu de violência ou grave ameaça, bem como não cometeu o suposto delito contra seus filhos, estando, portanto, presentes os requisitos autorizadores para a concessão da prisão domiciliar.

A prisão domiciliar da paciente é medida humanitária, a fim de garantir que as crianças recebam os cuidados essenciais, em especial a filha portadora de Síndrome de Down.

Ordem concedida, contra 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, concederam a ordem.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por/pela Terezinha Moranti Sena em favor de Sirleia Pascoal da Silva e outros, Tiago da Silva Cuellar, apontando como autoridade coatora o juiz(a) de direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá/MS.

Na inicial, aduz que a paciente foi presa em flagrante no dia 13 de dezembro de 2019, em sua residência, quando policiais da DENAR/MS cumpriam mandados de busca e apreensão provenientes de uma investigação, tendo estes localizado uma (01) munição de calibre .38.

Inferre que durante o cumprimento simultâneo do referido mandado de busca e apreensão na casa da sogra da ora paciente, foram encontradas quinze gramas e quarenta decigramas de maconha, bem como oito gramas e oitenta decigramas de cocaína e uma balança de precisão.

Diante de tal cenário, a paciente foi indiciada pelos delitos de posse ilegal de munição de uso permitido, associação para o tráfico e tráfico de drogas (art. 12 da Lei 10.826/03, art. 33 e 35 da Lei 11.343/06, respectivamente).

Esclarece que a paciente possui dois filhos menores de 12 anos, sendo um destes portador de Síndrome de *Down*, o que torna imprescindível o cuidado da mãe.

Ressalta que o cônjuge da paciente também encontra-se preso preventivamente em razão da investigação alhures mencionada e os menores estão recebendo atenção da irmã da sogra da impetrante, mas que, contudo, esta não possui condições de dar continuidade ao zelo, tendo em vista que já mantém sob seus cuidados os curatelados ***** e *****.

Assim, requer a concessão da liminar em sede de *habeas corpus*, a fim de autorizar que seja convertida a prisão preventiva em domiciliar (com ou sem restrições).

A liminar restou deferida por este relator (f. 163-167).

As informações foram prestadas pelo juízo impetrado (f. 171-174)

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 179-188).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela advogada Terezinha Moranti Sena, em favor da paciente Sirleia Pascoal da Silva, alegando que esta sofre constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá/MS.

Na inicial, aduz que a paciente foi presa em flagrante no dia 13 de dezembro de 2019, em sua residência, quando policiais da DENAR/MS cumpriam mandados de busca e apreensão provenientes de uma investigação, tendo estes localizado uma (01) munição de calibre .38.

Infere que durante o cumprimento simultâneo do referido mandado de busca e apreensão na casa da sogra da ora paciente, foram encontradas quinze gramas e quarenta decigramas de maconha, bem como oito gramas e oitenta decigramas de cocaína e uma balança de precisão.

Diante de tal cenário, a paciente foi indiciada pelos delitos de posse ilegal de munição de uso permitido, associação para o tráfico e tráfico de drogas (art. 12 da Lei 10.826/03, art. 33 e 35 da Lei 11.343/06, respectivamente).

Esclarece que a paciente possui dois filhos menores de 12 anos, sendo um destes portador de Síndrome de *Down*, o que torna imprescindível o cuidado da mãe.

Ressalta que o cônjuge da paciente também encontra-se preso preventivamente em razão da investigação alhures mencionada e os menores estão recebendo atenção da irmã da sogra da impetrante, mas que, contudo, esta não possui condições de dar continuidade ao zelo, tendo em vista que já mantém sob seus cuidados os curatelados ***** e *****.

Assim, requer a concessão da liminar em sede de *habeas corpus*, a fim de autorizar que seja convertida a prisão preventiva em domiciliar (com ou sem restrições).

A liminar restou deferida por este relator (f. 163-167).

As informações foram prestadas pelo juízo impetrado (f. 171-174)

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 179-188).

É o relatório.

Conheço da impetração, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Passo ao exame do *writ*.

No caso em tela, a paciente teve sua prisão preventiva decretada no dia 13/12/2019, em face da suposta prática dos delitos tipificados no artigo 12 da Lei nº 10.826/03, e artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

Segundo infere-se das peças constantes destes autos, a autoridade apontada como coatora negou o pedido de revogação da prisão preventiva ou sua substituição pela prisão domiciliar, a fim de garantir a ordem pública, em consonância com o artigo 313, I, do Código de Processo Penal, conforme consta na decisão impugnada:

*“No caso em apreço, no que tange à prisão preventiva, seus pressupostos são indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, conforme se depreende da leitura do art. 312 do Código de Processo Penal. Trata-se do *fumus commissi delicti*.*

*Esse mesmo artigo prevê as causas que ensejam a custódia preventiva, autorizando-a para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Cuida-se do *periculum libertatis*.*

No bojo dos autos, apura-se a suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35, ambos, da Lei 11.343/2006, cujas penas em abstrato são superiores a quatro anos, o que permite a prisão preventiva, nos termos do inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal.

*Quanto à presença do *fumus commissi delicti*, tem-se que a materialidade e os indícios de autoria decorrem dos elementos de informação constante dos autos. Ademais, quanto à tese de que, na residência da requerente, não foram apreendidas drogas, a Polícia Civil mencionou existir investigações, inclusive com interceptação telefônica, ligando-a à prática da traficância. Por isso, referido argumento necessidade do transcorrer da instrução criminal, existindo, por ora, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.*

*Por sua vez, o *periculum libertatis* reside na garantia da ordem pública. Denota-se dos autos que a flagrada já respondeu a processo pelo crime de tráfico de drogas, além de outras passagens. Ou seja, fez da prática delitiva o seu meio de vida, especialmente o crime de tráfico de drogas.*

Pelo exposto, tem-se que a manutenção da prisão preventiva é necessária para o resguardo da ordem pública e, assim, medidas cautelares diversas da prisão não seriam suficientes para a hipótese em comento, já que nenhuma delas teria o condão de resguardar o meio social ou impedir que a requerente pratique novos delitos.

Subsidiariamente, pleiteou o requerente a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar; alegando, em suma, que possui filhos menores.

Também é caso de indeferimento. Explico.

*Como sabido, a presença de um dos pressupostos indicados no artigo 318 do Código de Processo Penal, isoladamente considerado, não assegura ao sujeito, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Necessário, ainda, atestar a concomitância de dois requisitos, quais sejam, que o *periculum libertatis* estará, mesmo com o deferimento da prisão domiciliar, resguardado no caso concreto.*

Dito isso, tendo em vista a reiteração delitiva, a presença da requerente quanto aos filhos se mostra nocivo e, ademais, não pode referida substituição ser um alvará para que a mesma cometa delitos reiteradamente.

Em suma, não se mostrando suficiente a prisão domiciliar para o resguardo da ordem pública, não há que se falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar e/ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.”

Considerando o caráter delicado da presente situação, entendo ser o caso de manter a decisão proferida liminarmente, a fim de conceder à paciente o direito à prisão domiciliar, pelas razões inframencionadas.

Conforme art. 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, é possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos seguintes casos:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;”

A situação descrita pelo dispositivo legal supracitado é a mesma enfrentada pela ora paciente, já que de acordo com as certidões de nascimento constantes nos autos, acostadas às páginas 16 e 19, a esta possui um filho com idade de 6 anos e uma filha de 11 anos portadora de Síndrome de Down (laudo médico – f. 18), que, em face de sua condição, necessita de cuidados especiais em tempo integral.

Importante, também, ressaltar que o art. 318-A, do CPP, impõe as condições para que a substituição seja concedida, *in verbis*:

“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:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

Em consulta aos autos originários, constatou-se que a paciente não se valeu de violência ou grave ameaça, bem como não cometeu o suposto delito contra seus filhos. Dessa forma, os requisitos autorizadores para a concessão da prisão domiciliar encontram-se presentes.

Por outro lado, a autoridade coatora, ao negar o pedido de substituição, alegou que a prisão domiciliar não seria suficiente para resguardar a ordem pública ou impedir a reiteração delitiva. Todavia, tenho que a peculiaridade do caso em apreço não pode passar despercebido.

Denota-se, pela análise detida dos autos, que os filhos da paciente estão sob os cuidados da irmã de sua sogra, pessoa esta que já possui outros dois curatelados, não havendo, assim, nenhuma comprovação de que as crianças estão recebendo os cuidados necessários. Nesse caso, a prisão domiciliar da paciente é medida humanitária, a fim de garantir que as crianças recebam a atenção fundamental.

Nesse sentido, vale conferir a jurisprudência desse e. TJMS:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – INDEFERIMENTO PELA JUÍZA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – IMINENTE RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA – SEGREGAÇÃO MANTIDA – CONDIÇÕES PESSOAIS – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – NÃO RECOMENDAÇÃO – ALMEJADA SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR

– PACIENTE QUE POSSUI FILHA MENOR DE 12 ANOS – CABIMENTO – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

(...) IV- Não se descarta da gravidade do fato que resultou na decretação da prisão preventiva. Entretanto, trata-se de questão humanitária, em resguardo do bem-estar do menor e em observância ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente.” (TJMS. 2ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* Criminal nº 1415152-35.2019.8.12.0000. Campo Grande. Relator designado: Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques. Julgado em 17/12/2019) (g. n.)

Dessa forma, havendo a presença dos requisitos autorizadores da substituição e a ausência dos motivos impeditivos, a concessão da prisão domiciliar é plenamente cabível no caso em tela.

Diante do exposto, contra o parecer, concedo a ordem, a fim de substituir a prisão preventiva pela domiciliar, nos seguintes termos: sob monitoramento eletrônico, a paciente deve permanecer em sua residência e dedicar-se aos cuidados de seus filhos, ausentando-se do local apenas mediante autorização judicial, com fins no artigo 317, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da aplicação de outras medidas que o impetrado considerar adequadas, sob pena de revogação do benefício e restabelecimento do claustro preventivo.

Caso prevaleça este voto, comunique-se a autoridade coatora para que dê imediato cumprimento à decisão colegiada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Criminal

Relator Des. Emerson Cafure

Apelação Criminal nº 0047332-28.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA (ART. 168, § 1º, III) – PLEITO ABSOLUTÓRIO SOB ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO CABIMENTO – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 170 DO CP – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. *EX OFFICIO*, RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

No caso em tela, outro raciocínio não é possível senão de que o apelante realizava serviços em nome da empresa e se apropriava indevidamente dos pagamentos, situação que se enquadra perfeitamente na caracterização da apropriação indébita em razão de emprego. Logo, subsumindo-se perfeitamente a conduta ao descrito na norma do art. 168, § 1º, III do Código Penal, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

O valor da *res* (R\$ 410,00 – quatrocentos e dez reais), evidencia a expressividade da lesão jurídica provocada, representando mais da metade do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo, portanto, inaplicável o princípio da insignificância no presente feito.

Tratando-se de réu primário e verificado o pequeno valor da coisa, deve ser reconhecido o privilégio descrito no art. 170 do Código Penal.

De rigor a extinção da punibilidade do réu, tendo em vista que, diante da pena concretamente aplicada, observa-se o transcurso de lapso temporal suficiente para o reconhecimento da prescrição entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença.

Com o parecer, recurso parcialmente provido. De ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

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, deram parcial provimento ao recurso, e, de ofício, julgaram extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de apelação criminal interposta por Alexandre da Silva em face da sentença (f. 177-194) pela qual o juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal nº 0047332-28.2015.8.12.0001, julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III do CP, à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Em suas razões (f. 212-226), o réu requer a reforma da sentença para que seja absolvido em razão do princípio da insignificância ou por ausência de tipicidade da conduta. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 170 do Código Penal, no patamar de 2/3 (dois terços).

O representante do Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 230-237), e a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer (f. 247-253), manifestam-se pelo parcial provimento do apelo, apenas para que seja reconhecida a apropriação na forma privilegiada.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Alexandre da Silva em face da sentença (f. 177-194) pela qual o juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal nº 0047332-28.2015.8.12.0001, julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 168, § 1º, III do CP, à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Em suas razões (f. 212-226), o réu requer a reforma da sentença para que seja absolvido em razão do princípio da insignificância ou por ausência de tipicidade da conduta. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 170 do Código Penal, no patamar de 2/3 (dois terços).

O representante do Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 230-237), e a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer (f. 247-253), manifestam-se pelo parcial provimento do apelo, apenas para que seja reconhecida a apropriação na forma privilegiada.

É a síntese do necessário.

Passo à análise do recurso.

Consta da denúncia (f. 01-02) que:

“(...) e no dia 05 de agosto de 2015, por volta 14h30min, o(a) denunciado(a), ciente(s) da ilicitude do fato e da reprovabilidade de sua(s) conduta(s), apropriou-se de valores da empresa Luxin Películas, os quais detinha em razão de seu emprego.

Segundo consta, no ano de 2015, os proprietários da empresa vítima, Alberto Bellinaso e Lilian Solange Peres de Almeida, começaram a desconfiar que um de seus funcionários estaria fazendo serviços em nome da empresa sem repassar o valor à chefia.

De acordo com os autos, o funcionário Alexandre da Silva, ora denunciado, se dirigia até a casa de um cliente e apresentava o orçamento. Ao voltar para a empresa, informava aos donos que o cliente não tinha se interessado, todavia, voltava à casa do cliente para fechar o serviço “por fora”, recebendo todo o valor referente ao serviço.

Lilian Solange, esposa de Alberto, afirmou ter entrado em contato com vários clientes, sendo que estes informaram que o serviço foi devidamente realizado por um rapaz, do qual recebiam um recibo assinado por “Sandro”.

Às f. 06 e 07, foram juntados os recibos apresentados pelo denunciado às clientes Fátima Elenita e Zenilda Maria (f. 15), respectivamente. Nestes documentos, a fim de encobrir sua real identidade, o denunciado assinava com o nome “Sandro”.

Intimado, Alexandre (f. 16) negou a prática delitiva, afirmando que tinha costume de realizar serviços “por fora”, mas nunca em nome da empresa.(...)”

Da atipicidade da conduta

Irresignado com a sentença, o apelante apregoa que deve ser absolvido em razão da ausência de tipicidade na conduta.

A tese não comporta acolhimento.

A materialidade encontra-se demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 06), pelos recibos de pagamento (f. 11 e 12) e pelo auto de avaliação indireta (f. 24).

A autoria, da mesma forma, é inequívoca e recai sobre o apelante.

Depreende-se dos autos que o réu Alexandro da Silva trabalhou como funcionário da empresa Luxin Películas por aproximadamente cinco anos, laborando como vendedor e aplicador de “insulfim”.

As vítimas Alberto Bellinaso e Lilian Solange Peres, proprietários da retromencionada empresa, foram surpreendidos através de uma ligação realizada para uma cliente, obtendo informações através desta que um serviço previamente orçado já havia sido contratado e realizado horas antes, contudo, quando questionado o apelante, este havia dito que a contratante não tinha acordado o negócio.

Nos mesmos moldes, as vítimas foram indagadas por outros clientes, que desta vez foram até a empresa questionar sobre o término de um trabalho que já havia sido iniciado. Porém, ao consultar o sistema da loja, não fora encontrada nenhuma ordem de serviço, o que fugia totalmente dos padrões daquele estabelecimento, afinal, nenhum serviço era realizado sem prévio cadastro.

Dados esses fatos, Alberto e Lilian concluíram que Alexandre estava prestando serviços e recebendo “por fora”.

Interrogado em fase inquisitorial, o apelante narrou que:

“(...) o horário de trabalho era das 8 horas às 11 horas e 30 minutos e das 13 horas e 30 minutos às 17 horas e 30 minutos; que o trabalho consistia em atender pedidos de clientes e ir até suas casas realizar análise do serviço a ser feito e repassar o orçamento, ficando a cargo do cliente entrar em contato com o declarante caso aceite o valor; que quando ia realizar a instalação para empresa se deslocava com o veículo Uno pertencente a empresa Luxin; que os orçamentos eram todos repassados para Alberto após a chegada na empresa; que o declarante informa que quando recebia ligações de clientes fora do horário de expediente realizava a instalação por um preço menor e sem vínculo empregatício ou seja fazia o serviço por conta própria ao cliente de que havia feito o orçamento com o declarante trabalhando para a empresa Luxin; que esse tipo de trabalho fora da empresa era feito principalmente aos finais de semana; que em nenhum momento realizou serviços como empregado da Luxin e se apropriou de valores que deveriam ser entregues a empresa; que não pegava nenhum recibo ou comprovante de que entregava o dinheiro ao Senhor Alberto mas a relação era de confiança e ele e o declarante nunca tomaram esse tipo de atitude; que sempre trabalhou com responsabilidade na empresa de Alberto e pode garantir que em nenhum momento teve a intenção de lesar ou ficar com valores de clientes; que com relação as clientes Fatima e Zenilda informa que foi um serviço particular e que os valores não deveriam ser repassados já que o serviço era somente do declarante, pois recebeu o telefonema fora do expediente apesar dos orçamentos terem sido feitos inicialmente como funcionário da Luxin.”

Em juízo, o apelante reiterou integralmente a narrativa supra.

Entretanto, ao colher o depoimento da testemunha, esta foi de encontro com o retratado por Alexandro. Vejamos.

Maria Zenilda Inácio Cintra, em juízo, contou que seu filho possuía um quarto que entrava muita claridade e por isso resolveu solucionar tal problema entrando em contato com uma empresa que realizasse

o serviço de aplicação de película insulfilm; que pesquisou na internet e encontrou a Luxin Películas; que ligou para o número da loja encontrada no *site* e uma pessoa lhe atendeu; que Alexandro foi até sua casa, fez o orçamento, realizou o serviço e cobrou por este; que efetuou o pagamento com uma folha de cheque; que foi contatada “pela moça da empresa”, sendo questionada se teria ficado satisfeita com o serviço; que tomou ciência da situação apenas quando foi chamada na delegacia para prestar depoimento; que não sabe se o cheque foi repassado para a empresa Luxin; que acreditava estar fazendo negócio com a empresa e não com a pessoa física de Alexandro; que não recebeu nenhuma proposta de orçamento mais barato que o elaborado pela empresa para contratar o trabalho com a pessoa física do réu.

Pois bem.

Ao reter os valores recebidos em razão de seu emprego na empresa Luxin Películas e dar-lhes destinação diversa, comportou-se o apelante como se fosse dono da coisa alheia móvel, dando ensejo à configuração do crime de apropriação indébita majorada.

Inclusive, a conclusão acerca da caracterização do *animus rem sibi habendi* desponta ainda mais clara quando se observa o comportamento por ele adotado após a descoberta de sua conduta pelas vítimas, pois negou-se em restituir amigavelmente os valores devidos, dizendo que já tinha vontade de ser demitido da loja e por isso não se importava de ir embora.

Como é cediço, o elemento subjetivo do tipo penal em questão caracteriza-se pela:

“(...) vontade específica de pretender apossar-se de coisa pertencente a outra pessoa. Portanto, incidindo o dolo sobre o núcleo do tipo, é isso suficiente para configurar o crime de apropriação indébita.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 17. ed. Forense. p. 1024).

Nesse sentido, sinaliza a jurisprudência desta Corte:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – TIPICIDADE CONFIGURADA – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em absolvição por atipicidade da conduta se o conjunto probatório existente nos autos não deixa dúvida de que a acusada, por vários dias, apropriou-se de coisa alheia móvel (dinheiro) em razão do emprego que exercia, e, presentes os demais elementos do tipo, configurado está o crime previsto no art. 168, § 1º, III, do CP.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0001749-31.2017.8.12.0007, Cassilândia, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 26/03/2019, p: 28/03/2019)

Logo, não há falar em atipicidade da conduta.

Do princípio da insignificância

Alternativamente, o apelante infere que deve ser reconhecida a atipicidade em face na mínima ofensividade da conduta e do ínfimo dano patrimonial sofrido pela vítima, razão pela qual é necessária a aplicação do princípio da insignificância e a consequente absolvição.

Contudo, razão não lhe socorre.

Com efeito, a tipicidade pode ser dividida em três elementos: 1) tipicidade formal, que consiste na perfeita subsunção da conduta praticada no plano concreto ao tipo previsto abstratamente pela lei penal; 2) tipicidade subjetiva, que se consubstancia no dolo; e 3) tipicidade material, que implica na verificação de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, a ser aferida segundo os vetores apontados pelo e. Supremo Tribunal Federal, a saber:

“(...) (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.” (HC 108125, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 03/04/2012, Processo Eletrônico DJe-080 Divulg 24-04-2012 Public 25-04-2012).”

Em especial, o princípio da insignificância, informado pelos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do direito penal, incide, justamente, no nível da tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formal e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão considerável ao objeto jurídico tutelado pela norma (resultado insignificante).

A esse respeito, calha a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

“(...) A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. [...] Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida. (...)” (Código penal comentado. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6)

Na hipótese dos autos, a conduta do réu não se enquadra nos elementos necessários à configuração do princípio da insignificância.

Isso porque não há como reconhecer a inexpressividade da lesão jurídica provocada, na medida em que se trata de apropriação dos valores da empresa em que laborava, na quantia de R\$ 410,00 (quatrocentos e dez reais), o que, na data dos fatos representava cerca de 52% do salário mínimo vigente, R\$ 788,00.

A propósito, a jurisprudência desta Corte de Justiça é assente no sentido de ser incabível o princípio da insignificância em casos de crimes patrimoniais, quando o valor avaliado supera 10% do salário mínimo, conforme ilustram os seguintes precedentes:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPÇÃO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REQUISITOS – VALOR NÃO IRRISÓRIO – INSIGNIFICÂNCIA NÃO DEMONSTRADA – CONDENAÇÃO MANTIDA. I - 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, extenuante de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal. II - O reconhecimento do princípio da insignificância exige ofensividade mínima da conduta, nula periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e ausência de gravidade da lesão jurídica praticada. É inaplicável quando os objetos foram avaliados em R\$ 105 (cento e cinco reais), valor que não pode ser considerado insignificante, pois representava mais de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato. III - Com o parecer. Recurso desprovido.” (TJMS. Apelação nº 0000050-27.2012.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 03/02/2019, p: 05/02/2019). – grifo nosso

“APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ART. 180, CAPUT, DO CP – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – VALOR NÃO IRRISÓRIO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE CULPOSA – INCABÍVEL – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO – INALTERADO – RECURSO IMPROVIDO. Inviável o reconhecimento do princípio da insignificância na hipótese dos autos, tendo em vista que o bem foi avaliado em R\$ 600,00, quantia essa que muito supera 10% do salário mínimo vigente à época do fato, não podendo ser encarado como insignificante. Restando demonstrado pelas provas colhidas no feito que o agente estava na posse da máquina de solda e outras ferramentas produtos de furto, bem como tinha conhecimento da origem ilícita do bem, não há falar em desclassificação do delito

do artigo 180, caput, do Código Penal para a modalidade culposa. Embora a pena definitiva tenha sido fixada abaixo de 4 anos, restou caracterizada a reincidência, de forma que deve ser mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, “b” e “c”, do CP e da Súmula 269 do STJ.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0000077-18.2018.8.12.0018, Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 13/08/2019, p: 15/08/2019) – grifo nosso

Assim, considerando que o montante da apropriação é superior a 10% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, não há como se aplicar o princípio da insignificância.

Do privilégio (art. 170 do CP)

Por fim, a defesa pretende o reconhecimento da benesse prevista no art. 170 do Código Penal, fundamentando que o apelante possui condições favoráveis.

Merece guarida.

O referido dispositivo traz que:

“Art. 170. Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º.

Art. 155. (...) § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.” (g.n.)

De fato, diante da análise do conjunto probatório amealhado aos autos, especialmente da certidão de antecedentes criminais e recibos de pagamento, verifica-se que o ora apelante preenche os requisitos necessários para obtenção do privilégio.

Nesse sentido, segue o entendimento deste r. Sodalício:

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – NÃO CABÍVEL – PROVAS SUFICIENTES QUE DEMONSTRAM AUTORIA E MATERIALIDADE – APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRIVILEGIADA – POSSIBILIDADE – RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO E BAIXO VALOR DO OBJETO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA DE MULTA – NÃO ACOLHIDO – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO PELA DE DETENÇÃO – AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES – NÃO ADEQUADO – FATO COMETIDO ANTERIOR AO DELITO EM QUESTÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSÍVEL – MACULAÇÃO DOS ANTECEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM O PARECER. Não há falar em ausência de provas seguras a demonstrarem o dolo necessário à caracterização do crime de apropriação indébita, razão pela qual não subsiste o pleito absolutório. **Para aplicação da apropriação indébita privilegiada em questão é necessário apresentar dois requisitos: a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa apropriada, segundo art. 155, § 2º, do Código Penal. No presente caso, ambos requisitos estão presentes, portanto, tal pleito merece prosperar.** Para a benesse do privilégio cabe ressaltar que o valor do bem é pequeno, mas não irrisório, somado ao modo de execução do delito e por aquele ser instrumento de trabalho e por consequência meio de subsistência da família, incabível aplicar a redução no patamar máximo, por ser insuficiente para a devida resposta penal à conduta, razão pela qual mantenho a pena corporal, aplicando a substituição da pena de reclusão pela de detenção. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito é possível quando preenchidos os*

requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44 do Código Penal. No presente caso, o apelante é tecnicamente primário e foi condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos. Entretanto, tem considerado a maculação dos antecedentes, o qual demonstra que a substituição da reprimenda corporal por pena alternativa não é o mais adequado ao caso, a teor do inciso III do dispositivo penal em apreço.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0000146-09.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 19/11/2019, p: 20/11/2019) (g.n.)

Diante do exposto, considerando que o valor apropriado indevidamente corresponde a praticamente metade do salário mínimo vigente à época dos fatos, aplico o patamar de incidência da redução em 1/2, restando a pena definitivamente fixada em 09 meses e 10 dias de reclusão.

Da prescrição

Em análise detida, face a alteração da pena final, resta verificada a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que transcorrido lapso temporal superior a 03 (três) anos entre a data do recebimento da denúncia (f. 42-43) e a publicação da sentença condenatória (f. 195).

O art. 110, § 1º do Código Penal dispõe que depois de transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação ou depois de improvido seu recurso, a prescrição opera-se pela pena aplicada *in concreto*, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial, data anterior à da denúncia ou queixa. No presente caso, o apelante foi condenado à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Ao estabelecer os prazos prescricionais, o art. 109 do Código Penal estabelece que a prescrição regula-se: “VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”

Dessa forma, verifico que a denúncia foi recebida no dia 05 de fevereiro de 2016 e a sentença foi registrada no dia 17 de maio de 2019.

Restou cristalino nos autos que entre os marcos supracitados não houveram suspensões dos prazos prescricionais, tramitando normalmente o processo.

Isto posto, visto que o lapso temporal transcorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença é superior a 03 (três) anos, deve ser declarada extinta a punibilidade do apelante ante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Pronunciamentos finais

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.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para aplicar o privilégio do art. 170 do Código Penal. De ofício, julgo extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, nos termos do art. 107, inc. IV, c/c art. 109, inc. VI, do CP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, e, de ofício, julgaram extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Des^a Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

3ª Câmara Criminal**Relator Des. Jairo Roberto de Quadros****Apelação Criminal nº 0000976-34.2019.8.12.0033 - Eldorado**

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO – CONDENAÇÃO POR ROUBO TENTADO – CONFIGURAÇÃO DE ROUBO CONSUMADO – ART. 157, *CAPUT*, CP – INVERSÃO DA POSSE DO BEM – EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA – SÚMULA 582 DO STJ – REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA – DANO MORAL – ARTIGO 387, IV, CPP – PEDIDO EXPRESSAMENTE CONSIGNADO NA DENÚNCIA – POSSIBILITADA DEFESA TÉCNICA E EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA – REPARAÇÃO DEVIDA – PENA-BASE – NEGATIVAÇÃO DO VETOR MOTIVOS DO CRIME – FUNDAMENTOS IDÔNEOS – REGIME INICIAL FECHADO – RÉU REINCIDENTE – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSOS CONHECIDOS, DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO E DA DEFESA DESPROVIDO, COM O PARECER.

Nos termos da Súmula nº 582 do STJ, para a consumação do crime de roubo, irrelevante que o agente usufrua da posse tranquila da coisa subtraída, bastando a inversão da posse mediante violência ou grave ameaça, com a retirada da *res* da esfera de proteção e vigilância da vítima, ainda que momentânea e fugaz, pouco importando, ademais, que o bem tenha sido restituído após captura do réu.

Vislumbrando-se pedido expresso na denúncia, bem como citação da parte contrária para apresentar a sua resposta à acusação, inclusive no tocante à indenização pleiteada, emergindo, por corolário, que o réu foi validamente chamado, com oportunidade de responder a todos os termos da proemial, não há falar em surpresa, tampouco em violação aos princípios da contraditório e da ampla defesa, máxime considerando que para a caracterização do dano moral em situações desse jaez, basta a ocorrência do ato ilícito, dano *in re ipsa*, somando-se a isso que o valor fixado em sede recursal corresponde apenas a um mínimo, resultando daí a necessidade de ser reformada a sentença, para arbitrar o valor mínimo de R\$ 2.000,00, nos moldes do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

O comando constitucional espelhado nos artigos 5º, XLVI, e 93, 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, implicando, pois, na necessária retificação, até mesmo de ofício, da pena-base fixada a partir de conceitos abstratos e inerentes à tipificação do delito, o que, de todo modo, não se constata se obedecidos tais parâmetros para negatificação da vetorial motivos do crime.

Tratando-se de réu reincidente, com moduladoras negativadas e apenado com sanção reclusiva superior a quatro anos, deve ser mantido o regime inicialmente fechado, pois sequer pela orientação emanada da Súmula nº 269 do STJ seria possível fixar o regime semiaberto.

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, negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso ministerial.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Ministério Público Estadual e Valdir de Almeida Cabral interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Eldorado, que condenou o réu à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 20 dias-multa, pela prática da conduta descrita no art. 157, *caput*, c.c. art. 14, II, do Código Penal.

O Ministério Público Estadual argumenta que as provas demonstram que houve inversão da posse do bem, consumando-se o delito de roubo. Postula, ademais, a fixação de valor mínimo indenizatório a título de reparação à vítima.

Valdir de Almeida Cabral requer o decote da moduladora motivos do crime, pois ausente elemento apto à exasperação, bem como pleiteia o abrandamento do regime inicial ao semiaberto.

Contrarrazões adversas pela manutenção da sentença.

Parecer pelo conhecimento dos recursos, provimento do ministerial e improvimento do defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignações recursais que desafiam sentença condenatória concernente à prática dos crimes descritos no art. 157, *caput*, c.c. art. 14, II, do Código Penal.

No apelo acusatório pugna-se seja o réu condenado pelo crime de roubo consumado e fixado valor indenizatório à vítima.

As razões defensivas são pelo decote da moduladora motivos e abrandamento para o regime inicial semiaberto.

Recurso Ministerial

Exsurge da proemial acusatória que:

“(...) Segundo consta, na data de 21 de julho de 2019, por volta das 20h00min, na Rua Santa Terezinha, em frente ao Banco Bradesco, nesta cidade e comarca de Eldorado/MS, o denunciado Valdir de Almeida Cabral, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, subtraiu coisa móvel alheia, para si, consistente em 01 (um) veículo Gol, placas HLW-6455, pertencente à vítima Leandro Amorim Silva, mediante grave ameaça e violência a pessoa, exercida com emprego de um simulacro de arma, em face das vítimas Leandro Amorim Silva e Ana Claudia da Silva Oliveira.

*Segundo restou apurado, na data dos fatos, após ver a vítima Leandro Amorim Silva saindo do Banco Bradesco, o denunciado, na posse de um simulacro de arma do tipo pistola, anunciou o assalto e exigiu que a vítima adentrasse ao veículo em que se encontravam sua esposa Ana Cláudia da Silva Oliveira, Andressa Martins da Silva e as menores ***** (7 anos), e ***** (14 anos de idade).*

*Neste momento, a amiga do casal Andressa Martins e as menores ***** e *****, que se encontravam no veículo, ao perceberem o que estava acontecendo, abriram a porta traseira e saíram correndo.*

Ato contínuo, o denunciado adentrou ao veículo e se sentou no banco traseiro e colocou o simulacro na cabeça da vítima, obrigando-o a conduzir o veículo, sendo que, neste momento, a vítima implorou para que o autor levasse apenas o veículo e os deixassem, ocasião em que foi agredido com duas coronhadas na cabeça.

Consta ainda que, após dirigir por aproximadamente duas quadras do local do assalto, quase em frente à casa lotérica, as vítimas Leandro Amorim Silva e Ana Cláudia da Silva Oliveira saltaram do veículo ainda em movimento, levando a chave do mesmo consigo.

Cabe ressaltar que o denunciado, ao ver que o veículo estava sem a chave na ignição, empreendeu fuga.

Ao tomar conhecimento dos fatos, a guarnição da polícia militar passou a realizar diligências em busca do denunciado, logrando êxito em localizá-lo na posse do mencionado simulacro.”

Sustenta-se que houve a inversão da posse do carro que se visava subtrair, de modo que a conduta se amolda ao roubo consumado.

Com razão ao órgão ministerial.

O delito de roubo se consuma no momento em que o agente logra êxito em retirar o objeto material da esfera de disponibilidade da vítima, verificando-se a inversão da posse, ainda que não haja posse tranquila. Basta a fuga, a evasão, com a coisa subtraída.

No caso concreto, antes mesmo de as vítimas saltarem do automóvel em movimento, já havia ocorrido a inversão da posse do veículo em questão.

Isso porque o réu abordou a vítima Leandro saindo da agência bancária, conduziu até o automóvel e, mediante violência e grave ameaça dirigida à subtração (coronhadas na cabeça da vítima que estava ao volante), fez com que Leandro desse partida, saindo com o carro, sendo que, após certo tempo, quando ainda em movimento, tanto Leandro quanto Ana Cláudia conseguiram, em situação de desespero, pular para fora do automóvel.

Assim, não há que se falar em tentativa, na medida em que houve a efetiva inversão da posse da *res furtiva*, eis que, após a grave ameaça endereçada às vítimas, exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, o réu tornou-se, ainda que por breve momento, possuidor de coisa alheia móvel.

Aliás, sobre o tema, verifica-se entendimento sumulado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Súmula 582: 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 desviada.”

Como se vê, a construção jurisprudencial acerca do tema consiste na teoria da *apprehensio* ou *amotio*, segundo a qual a restituição do bem, a retirada da esfera de vigilância, a posse mansa, pacífica tranquila e desviada são circunstâncias despidiendas à consumação do crime patrimonial, que se concretiza com o desapossamento da coisa subtraída, o qual se dá com a inversão da posse, ainda que por poucos instantes.

Dessarte, ainda que tenha havido posterior prisão, com a respectiva restituição do automóvel, a *res* realmente saiu da esfera de disponibilidade das vítimas, apresentando-se irrelevante o fato de o agente não ter conseguido, ao final, locupletar-se com o objeto subtraído, mesmo porque a consumação se deu em momento anterior, antes mesmo de as vítimas saltarem do carro.

Disso não destoa a jurisprudência deste Sodalício:

“APELAÇÕES CRIMINAIS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – PROVAS DE MATERIALIDADE E AUTORIAS DELITIVAS – CONDENAÇÕES MANTIDAS – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – NÃO DEMONSTRADA – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO CONSUMADO PARA TENTADO – INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME BEM SOPESADAS – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL VALORADAS – PENA REDUZIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ATENUANTE CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL – REPRIMENDA INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO – AGENTE PRIMÁRIO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – REGIME FECHADO IMPOSITIVO. CUSTAS PROCESSUAIS – JUSTIÇA GRATUITA – ISENÇÃO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS (...) III – O delito de roubo consuma-se com a simples inversão da posse da coisa alheia – subtraída mediante violência a pessoa – sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.” (Apelação nº 0043631-59.2015.8.12.0001 - Campo Grande Relator Ses. Luiz Claudio Bonassini da Silva. 3ª Câmara Criminal. 16.11.2017).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – INCABÍVEL A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA – CONSUMAÇÃO CONFIGURADA – MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES FIXADA NA FRAÇÃO MÍNIMA – NÃO PROVIDO. O crime de roubo se consuma com a retirada da res da esfera de vigilância da vítima, sendo irrelevante que o agente se mantenha na posse tranquila da coisa subtraída. No caso dos autos, houve a efetiva inversão da posse da res, uma vez que os apelantes subtraíram, para si, uma bolsa contendo objetos no valor total de R\$ 75,00 (setenta e cinco reais), conforme auto de avaliação, evadindo-se, em seguida, do local na posse da res furtiva. Embora o réu Max tenha ficado na posse do bem subtraído, o corréu Michael prestou importante auxílio material, assegurando o êxito na empreitada criminosa, pois foi quem ameaçou a vítima de posse de simulacro de arma de fogo, segundo relatam a vítima e o corréu. Manifesta a divisão de tarefas na execução do delito e a colaboração de Michael, que concorreu de forma importante para o sucesso da prática do roubo. Os apelantes percorreram todas as etapas do iter criminis, ficando, inclusive, na posse da res furtiva por algum tempo, até a intervenção que culminou na recuperação dos bens subtraídos, não havendo, portanto, que se falar em reconhecimento da forma tentada. Condenações mantidas. Incabível a redução da majorante do concurso de agentes, pois aplicada no mínimo legal de 1/3, como previsto no inciso II, §2º do art. 157 do Código Penal, conforme se verifica da sentença monocrática. Com o parecer, nego provimento aos recursos.” (Apelação nº 0023564-49.2010.8.12.0001 - Campo Grande Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 3ª Câmara Criminal. 28.1.2016).

“EMBARGOS INFRINGENTES – ROUBO – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA A FORMA TENTADA – IMPOSSIBILIDADE – INVERSÃO DA POSSE – INFRAÇÃO PENAL CONSUMADA – RECURSO IMPROVIDO. Consoante doutrina e jurisprudência majoritária, para a consumação do crime de roubo (CP, art. 157), faz-se necessário, tão somente, a inversão da posse do bem móvel objeto da subtração, ainda que por breve tempo, pouco importando se o exercício possessório foi realizado de forma mansa e tranquila. No caso, o embargante obteve a posse tranquila da res furtiva, exercendo-a de forma pacífica, pelo que se considerou consumada a infração penal.” (Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0051566-92.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Seção Criminal. 23.7.2013)

No mesmo tom, frisem-se precedentes do STJ:

“PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – FURTO – CONSUMAÇÃO – POSSE MANSO E TRANQUILA DA RES – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO DESPROVIDO. - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que ocorre a consumação do delito de roubo no momento em que o agente se torna possuidor da res, ainda que não tenha tido posse tranquila, sendo desnecessário que o bem saia da esfera da

vigilância da vítima, ou mesmo que o bem seja retomado por perseguição policial. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1329085/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard Des. Convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013).

“Essa Corte e o Supremo Tribunal federal, para balizar o debate sobre a consumação do crime de roubo, adotam a teoria da apreensão, também denominada de amotio, segundo a qual se considera consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.” (STJ. AgRg no Resp 1.214.176-SP. 5ª T. Rel. Min. Laurta Vaz, 27.3.2012).

Logo, trata-se de crime de roubo consumado, devendo a sentença ser reformada para o fim de condenar o réu pela prática do crime descrito no art. 157, *caput*, do CP.

Entretanto, apesar do reconhecimento da consumação do roubo, a pena não sofrerá redimensionamento, tendo em vista que o magistrado *a quo*, embora tenha entendido se tratar de tentativa, não aplicou a redução daí resultante.

Portanto, a pena final do réu não sofre alteração, ficando em 05 anos e 06 meses de reclusão e 20 dias-multa.

Igualmente com acerto o *Parquet* postula indenização mínima para reparação dos danos causados pela infração penal.

Consoante o art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08, o “juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

O principal objetivo da inovação legislativa foi simplificar e acelerar a reparação dos danos sofridos pelas vítimas, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição judicial do crime, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação, de modo a obter a tão almejada economia processual, reduzindo-se também o número de processos.

O requisito da existência de pedido expresso na denúncia encontra-se devidamente atendido no caso presente (f. 05) e, a partir, verificou-se a citação da parte contrária para apresentar a sua resposta à acusação.

O réu, portanto, foi validamente citado, com oportunidade de responder a todos os termos da denúncia, inclusive, repita-se, ao pedido de indenização, tanto que apresentou defesa prévia.

Oportuno, ainda, trazer a lume os fundamentos adotados pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao julgar monocraticamente o REsp 1.641.257/DF:

“(…) No entanto, considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, creio que o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de o fazer.

In casu, verifico que a magistrada de primeiro grau, ao analisar o caso concreto, fixou um valor mínimo de indenização, considerando o dano moral sofrido pela vítima (f. 139):

‘Nos termos do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, condeno os réus ao pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais), cada um, a título de danos morais causados à vítima, corrigidos pelos índices oficiais a partir desta sentença (Súmula 362 do STJ), acrescido, ainda de juros de 1%, do Código Tributário Nacional, a partir da citação.’

Trata-se de valor mínimo indenizável, o que não afasta a possibilidade de ação na área cível com apresentação de outras provas.

A indenização ex delicto não se restringe tão-somente aos danos patrimoniais, considerando que a norma legal supra, de forma genérica, prevê a fixação de indenização a título de “reparação de danos”. Assim, entendendo que não há óbice legal para a fixação de danos materiais e morais pelo juízo criminal, somente devendo-se restringir ao valor mínimo de reparação de danos.

A fixação de um valor pecuniário mínimo para reparação dos danos morais causados pela violência doméstica, mais do que regatar os prejuízos e sofrimentos ocasionados pelo delito à ofendida, atende diretamente aos anseios de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil, servindo de desestímulo à perpetração desta violação aos direitos humanos.

Deixar de se fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nestes casos, é premiar o agressor doméstico e, em última análise, fomentar a cultura do ideologismo patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder.”

De semelhante tom:

“PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DANO MORAL CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL – ART. 387, INCISO IV, DO CPP – FIXAÇÃO – POSSIBILIDADE. 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar; ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016). 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1612912/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016).

“RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSO PENAL – REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL – ART. 387, IV, DO CPP – ABRANGÊNCIA – DANO MORAL – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar; ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o quantum que se refere ao dano moral. 3. Recurso especial improvido.” (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

D’outro vértice, cediço que para a caracterização do dano moral em situações desse jaez, basta a ocorrência do ato ilícito, porquanto a sua repercussão, dano *in re ipsa*, se dá em bens imateriais, inerentes à honra, à intimidade, à vida privada, bem como à integridade corporal (físico-psicológica), insculpidos nos direitos da personalidade, cuja reparação é assegurada, inclusive, pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X).

Aliás, diversamente do que apontado pelo magistrado, a restituição da coisa subtraída não conduz a impossibilidade de fixação de valor indenizatório, mormente por se tratar, na espécie, de reparação moral, e não material.

Destarte, verificando-se pedido expresso na denúncia e comando legal impositivo para o magistrado fixar valor mínimo, além da citação válida, o contraditório se afigura atendido, exaurindo-se com a profunda análise da prova reunida.

Portanto, plenamente demonstrados a conduta, o nexa e o dano, emerge imprescindível o arbitramento de valor mínimo a título de indenização por danos morais para fins de reparação cível do prejuízo suportado em razão da prática de ato ilícito decorrente da ação do réu, pois traduz a melhor aplicação do direito.

Consabido, por outro prisma, que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valere os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

A doutrina, por sua vez, traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves:

- “a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;*
- b) a intensidade de seu sofrimento;*
- c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;*
- d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;*
- e) a gravidade e a repercussão da ofensa;*
- f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter antissocial da conduta lesiva.”*

Levando-se em conta a natureza do delito e a ofensa causada à honra subjetiva, entendo ser de prudente arbítrio fixar o montante total de R\$ 2.000,00, por reputar que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Frise-se que não se trata de dano material, que exige prova idônea e concreta, mas sim dano moral, como já mencionado, onde ao juízo é dado arbitrar um valor mínimo, tomando por conta prudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, gravidade do ilícito, intensidade do sofrimento, condição socioeconômica do ofendido e ofensor, grau de culpa, entre outros elementos dos autos, inclusive parâmetros estabelecidos pela jurisprudência em casos similares.

Destaco, outrossim, que tal posicionamento não desfavorece a vítima, na medida em que o valor fixado pelo juízo criminal corresponde a um mínimo, sendo facultada àquela, eventualmente e se for o caso, pleitear na esfera civil a complementação que reputar devida. A respeito:

*“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ABSOLVIÇÃO – INADMISSIBILIDADE – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – DELITO CONFIGURADO – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, “F”, DO CP. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIABILIDADE. DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO – ART – 387, IV, DO CPP – SENTENÇA CONFIRMADA – DESPROVIDO, EM PARTE COM O PARECER. (...). O art. 387, IV, do CPP, dispõe que ao proferir a sentença condenatória o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, sejam de natureza moral e/ou material. **O comando legal permite ao Juízo Criminal que decida, além da pretensão punitiva ajuizada pelo Ministério Público, eventual reparação civil à vítima, ainda que exposto pelo dispositivo que a indenização será em valor mínimo, o que não impede que esta busque na esfera cível eventual complementação da indenização fixada em âmbito criminal.** A fixação de indenização por danos morais na sentença penal condenatória não caracteriza cerceamento de defesa, na medida em que se trata de um efeito automático do pronunciamento criminal, ainda mais na hipótese, em que houve pedido expresso na denúncia. Nos termos da Súmula nº 54 do STJ “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.” (TJMS; APL 0006404-06.2013.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 01/07/2016; Pág. 54). (g.n.).*

Por fim, a correção monetária se desenvolverá a partir do arbitramento (artigo 398 do Código Civil e Súmula 362 do STJ) e os juros de 1% ao mês, não capitalizados, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), mormente por se tratar de relação extracontratual.

Do recurso da defesa

Pretende-se o afastamento da negatificação do vetor motivos do crime. Contudo, sem razão.

O magistrado assim fundamentou a valoração da moduladora em questão:

“(...) o motivo é desfavorável, eis que o réu praticou o delito de roubo para evadir-se ao Paraguai, poucos dias após ser colocado em liberdade em processo de execução de pena, inclusive após violar a tornozeleira eletrônica.”

Sem ressalvas quanto aos fundamentos que levaram à negatificação da circunstância judicial dos motivos do crime.

A pena-base foi exasperada em consonância com o comando constitucional espelhado nos artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso IX, referentes à individualização da pena, na medida em que cada circunstância judicial foi escorreitamente examinada à luz de elementos concretos, coletados ao longo da instrução e reunidos nos autos, não se verificando duplicidade ou valoração de elementos que integram o tipo penal infringido pelo recorrente.

Acerca dos motivos, consabido que se deve considerar, sobretudo, a causa que levou à conduta do agente, “*é o fator íntimo que desencadeia a ação criminosa (honra, moral, inveja, cobiça, futilidade, torpeza, amor, luxúria, malvadez, gratidão, prepotência etc.)*.” (SCHMITT, Ricardo Augusto, *op. cit.*, p.164).

Assim, para estabelecer a maior ou menor reprovação do agente no que tange à valoração dos motivos do crime, deve o julgador buscar as razões psíquicas, emocionais e sentimentais que levam o infrator à empreitada delitiva, excluídas.

A propósito, citando Paolo Veneziani, Guilherme de Souza Nucci explica:

“(...) os motivos determinantes do crime devem ser analisados no contexto da capacidade para delinquir ou em circunstâncias baseadas em motivos particulares, funcionando, pois, como causa psíquica, o estímulo, a mola, o impulso, o sentimento, o instinto que alavanca a ação ou omissão, que faz eclodir a vontade. Os motivos implicam em uma inclinação afetiva, onde se pode achar todos os sentimentos humanos: amor, ódio, desejo sexual, vingança, altruísmo, inveja, cupidez, sadismo, honra, instinto de conservação, patriotismo etc.” (*op. cit.* págs. 184/185). (g.n.)

Outrossim, Ricardo Augusto Schimitt realça ser necessário verificar “*se a qualidade da motivação no agir do agente merece mais ou menos reprovação*”, enfatizando, ainda, que:

“(...) os motivos diversos dos normais à espécie delitiva é que poderão (e deverão) ser valorados (...) deverá o juiz sentenciante averiguar a existência de motivo que se revele como sendo um plus a motivação integrante do próprio tipo.” (*op. cit.*, págs. 164 e 165).

Assim, é plausível sustentar a desqualificação do vetor motivo amparado na intenção de utilizar o veículo roubado para fugir para o país fronteiro, violando tornozeleira eletrônica que utilizava por ter sido colocado em liberdade.

Pouco importa se o réu afirmou que assim agiu por medo de suposta ameaça de facção criminosa, até porque tal confissão foi utilizada para atenuação de sua pena na adequada fase intermediária.

Destarte, mantém-se o demérito da moduladora motivos do crime.

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional inicial para o semiaberto, igualmente sem guarida, devendo ser mantido o fechado.

À evidência, a fixação do regime inicial leva em consideração, além do *quantum* da pena privativa de liberdade fixada, a presença de reincidência, observadas, ainda, as diretrizes elencadas no art. 59 do Código Penal, tudo conforme artigo 33, §§ 2º e 3º, do citado estatuto. *In litteris*:

“Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...)”

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

É de se ver que o réu ostenta reincidência. Ademais, três moduladoras o prejudicaram na primeira fase da dosimetria (antecedentes, circunstâncias e motivo). Logo, não reúne todas as condições legais necessárias à fixação do regime semiaberto.

Não bastasse, sequer pela orientação emanada da Súmula nº 269 do STJ seria possível fixar o regime semiaberto, na medida em que a pena privativa de liberdade imputada ao réu supera quatro anos.

A propósito, o teor do supramencionado verbete jurisprudencial:

“SÚMULA Nº 269. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Destarte, desatendidos os requisitos legais e jurisprudenciais, mantém-se o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado.

Prequestionamento

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 questionamento 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, nego provimento ao apelo defensivo e dou provimento ao ministerial, para o fim de, reconhecendo a consumação do roubo imputado, condenar o réu

pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, do CP, sem alterar a pena imposta, e para arbitrar, com fulcro no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, valor mínimo de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento, e contados os juros de 1% ao mês, não capitalizados, a partir do evento danoso.

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. Zaloar Murat Martins de Souza

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, 20 de fevereiro de 2020.

3ª Câmara Criminal

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

Recurso em Sentido Estrito/Recurso *Ex Officio* nº 0008296-65.2019.8.12.0800

Ponta Porã

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA – APLICAÇÃO DE CAUTELAR DIVERSA – MULHER GESTANTE – SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR – ENTENDIMENTO DO STF – *WRIT* COLETIVO Nº 143641/SP – CONCOMITÂNCIA COM MEDIDAS DO ART. 319 DO CPP – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, CONTRA O PARECER.

Emergindo prova da materialidade e indícios da autoria, além da gravidade e reprovabilidade concretas que revestem o caso, sem se descurar, ainda, da existência de condenação anterior, a evidenciar, ao menos, reiteração na seara da antijuricidade, seria viável, *prima facie*, adotar posicionamento em conformidade a situações semelhantes outrora analisadas, no sentido da necessidade da prisão preventiva, sobretudo porque, em espécies desse jaez, presentes os requisitos da custódia, a evidenciar a legalidade do acautelamento.

Por outro lado, certo é que a hipótese concreta justifica adoção de posicionamento excepcional, não pela acusada ostentar condições pessoais que tornem desnecessária a segregação, tampouco pela ilegalidade da custódia por ausência de requisitos inerentes, mas sim porque a prisão, em sendo preventiva, acarreta imensuráveis prejuízos ao feto em gestação.

Em conformidade com o posicionamento do STF, firmado no HC 143.641/SP, ausente demonstração de subsunção às situações excepcionálissimas, inviável a decretação da prisão preventiva, pois evidenciado o estado gravídico, a justificar, diante deste cenário, a substituição da custódia, em prestígio aos caros e improrrogáveis direitos dos menores, corolários do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, insculpidos no art. 227 da Constituição Federal.

Possível a aplicação do entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 143.641/SP, bem assim do disposto na novel redação do art. 318-A e art. 318-B do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.769/18, concernente à substituição da prisão preventiva por domiciliar e/ou cautelares diversas, às mulheres gestantes ou com filhos de até 12 anos de idade.

Confirmado que se trata de gestante e em atenção à ordem judicial vinculante e cogente emanada do Supremo Tribunal Federal em *writ* coletivo, a substituição por prisão domiciliar se afigura inevitável, inclusive como proteção à infância e à dignidade da pessoa humana, priorizando-se o bem-estar e o salutar desenvolvimento do lactente, máxime à luz da prevalência da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta.

A substituição por prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica assegura os prementes cuidados à criança, garante a saúde da gestação, confere maior efetividade ao acautelamento substitutivo, impondo restrições à acusada para dificultar o retorno à seara delitiva, com controle eletrônico das atividades, até mesmo para dar suporte probante a eventual revogação do benefício acaso descumpra o perímetro de deslocamento previamente autorizado pelo juízo, conforme determina o art. 317 do Código de Processo Penal.

Nos termos do art. 318-B do Estatuto Processual Penal, a substituição por prisão domiciliar não exclui a possibilidade de aplicação conjunta de medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do mesmo diploma legal.

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 para, com fulcro no art. 318, IV e V, art. 318-A e art. 318-B do CPP, manter a revogação da prisão preventiva, mas com substituição por domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, aliada às cautelares diversas do art. 319 do CPP anotada na decisão inexistente, devendo a recorrida recolher-se na residência para dedicação e cuidados à gestação e posteriormente ao nascituro, só podendo ausentar-se com autorização judicial, conforme art. 317 do CPP, bem como deverá comparecer ao juízo sempre que intimada, sob pena de revogação do benefício.

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, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de março de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito (f. 111-121) contra decisão (f. 94-96) da juíza de direito da 2ª Vara Criminal de Ponta Porã, concernente à revogação da prisão preventiva de Erli Aparecida Fernandes Nogueira, mediante cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Argumenta que a acusada foi presa em flagrante aos 10/10/19, posteriormente convertida em preventiva aos 15/10/19, pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 180, *caput*, do CP.

Enfatiza que a acusada, embora gestante, é reincidente específica no crime de tráfico de drogas, de modo que não poderia ser beneficiada pelo entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 143.641/SP, consistente na substituição da prisão preventiva por domiciliar e/ou cautelares diversas, às mulheres gestantes ou com filhos de até 12 anos de idade.

Pede, ao final, ante o preenchimento dos requisitos inerentes à prisão preventiva, a reforma da decisão para decretação da custódia da acusada ou, subsidiariamente, a aplicação cumulativa do acautelamento consistente em monitoração eletrônica (art. 319, IX, CPP).

Contrarrazões pela manutenção do *decisum* (f. 124-129).

Em reexame, a decisão combatida foi mantida (f. 130).

Parecer pelo provimento do recurso para o fim de acolher a pretensão principal ou a subsidiária (f. 147-162).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignação recursal ministerial, na qual se objetiva a reforma da decisão que revogou a prisão preventiva de Erli Aparecida Fernandes Nogueira, aplicando-lhe medidas cautelares diversas, consistentes em comparecimento bimestral em juízo, proibição de frequentar bares e estabelecimentos similares, e proibição de ausentar-se da comarca por mais de 05 dias, sem prévia autorização judicial (f. 94-96).

Postula-se, em síntese, o restabelecimento da custódia, porquanto, embora seja gestante, a acusada é reincidente específica, aliando-se, ademais, às circunstâncias concretas que envolvem a conduta em apuração, tudo a justificar a necessidade de segregação cautelar.

Com efeito, as peculiaridades do caso concreto conduzem à excepcional imprescindibilidade de manutenção do *decisum*, embora com ressalvas.

Exsurge que a recorrida Erli Aparecida Fernandes Nogueira e sua cunhada Eliete Fernandes Nogueira foram presas em flagrante aos 10/10/19, posteriormente convertida em preventiva aos 15/10/19, pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 180, *caput*, do CP, porquanto, na Rua Honorato Campagnolli, nº 652, bairro Jardim Planalto, Ponta Porã, policiais militares realizavam diligências com o intuito de apurar crime de roubo majorado praticado por Cristian Gomes Medina, companheiro da recorrida, sendo encontrados no local duas motocicletas de origem estrangeira, dentre elas a subtraída da vítima Anderson Luis Salinas Garcia (marca Kenton Blitz, cor cinza, de placa 821HDJ), e a outra motocicleta de origem estrangeira (marca Star, cor vermelha, sem placa de identificação e documentação, chassi nº 9PDABBBU181197712). Na ocasião foi localizada, também, uma bolsa de cor preta, na posse da recorrida, no interior havia diversas embalagens (sacolinhas plásticas comumente utilizadas para embalar entorpecentes), uma balança de precisão e dois telefones celulares. Ainda, em revista pessoal foram encontradas na posse da investigada Eliete duas porções de *crack*, que estavam em suas partes íntimas (calcinha). Com a recorrida foi localizada, junto aos seios, a quantia de R\$ 110,00 (cento e dez reais), dividida em cinco notas de R\$ 20,00 (vinte reais) e uma de R\$ 10,00 (dez reais).

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, mas posteriormente revogada a pedido da defesa, em decisão aqui impugnada e na qual se consignou:

“(...) Trata-se de pedido de revogação da prisão preventiva e subsidiariamente a substituição da prisão por domiciliar formulado por Erli Aparecida Fernandes Nogueira, ao argumento de que a presa está gestante. A direção do estabelecimento penal encaminhou cópia do teste de gravidez realizado com a autuada, o qual aponta o resultado “positivo” com aproximadamente 02 (dois) meses e gestação.

O Ministério Público já havia opinado pela manutenção da prisão preventiva da autuada. Feito o relatório, decido.

O Supremo Tribunal Federal no HC 143641/SP, de 20/02/2018, determinou aos juízos de todo o país que adotem providências em relação às mulheres presas provisoriamente que sejam mães de menores de 12 anos, ou de pessoas portadoras de deficiência, ou ainda, que estejam gestantes.

A fim de comprovar a alegação de que a autuada Erli está gestante, o estabelecimento penal encaminhou cópia do teste de gravidez realizado com a presa, o qual aponta o resultado “positivo” com aproximadamente 02 meses e gestação (f. 92).

Nesse contexto, observa-se que a acusada possui a condição descrita para a concessão de prisão domiciliar, no caso àquela elencada no artigo 318, inciso IV, do CPP.

É oportuno frisar, que não se descarta da gravidade do fato que resultou na decretação da prisão preventiva. Entretanto, no caso em tela, trata-se de questão humanitária em resguardo do bem-estar do nascituro, em observância ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente.

Nesse passo, tendo em vista a documentação comprovando a gestação da autuada Erli. Além disso, colhe-se dos autos que a ré foi presa em flagrante delito com a autuada Eliete, por terem sido surpreendidas na posse de duas pedras de crack (totalizando 05 gramas), balança de precisão, sacolinhas cortadas e moeda nacional, sendo-lhe imputada portanto a prática do crime de tráfico de drogas, ou seja, não cometeu, em tese, crime mediante violência ou grave ameaça e tampouco se trata de crime contra seu filho ou dependente, de modo que presentes os requisitos insculpidos no art. 318-A, incisos I e II, ambos do CPP. É oportuno registrar, não se verifica qualquer situação excepcional que justifique a denegação do benefício, embora a autuada seja reincidente em tráfico de drogas, adoto o posicionamento do STF em razão da pequena quantidade de entorpecente apreendida.

Sendo assim, verifica-se que a fim de resguardar o melhor interesse do nascituro, observa-se que no caso em tela, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar poderia trazer certas dificuldades de locomoção à genitora, uma vez que deveria permanecer recolhida em sua residência, o que certamente, por via oblíqua, poderia trazer limitações ao desenvolvimento sadio do infante, pois a mãe estaria impossibilitada de sair de casa com o filho, a salvo, em situações excepcionais de saúde, razão pela qual a medida mais adequada ao caso é a revogação da prisão preventiva com a fixação de medidas cautelares.

Posto isso, em conformidade com a decisão proferida pelo STF no HC nº 143641/SP, bem como com espeque nos artigos 318-A, I e II, art. 318-B e art. 318, IV c/c art. 319, I, todos do CPP, revogo a prisão preventiva da autuada Erli Aparecida Fernandes Nogueira, por conseguinte, por ser adequado ao caso e suficiente para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, aplico as seguintes medidas cautelares: 1) comparecimento bimestral em juízo para informar e justificar atividades; 2) proibição de frequentar bares e estabelecimentos similares; 3) proibição de ausentar-se da comarca por mais de 05 dias, sem prévia autorização judicial. Além disso, a autuada possui a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sempre que chamada, bem como não mudar de endereço sem prévia comunicação a este juízo e não se envolver em novo delito, sob pena de decretação de prisão preventiva.”

De fato, conforme inclusive manifestado pela Procuradoria de Justiça, não se descarta a constatação de que a prisão seria necessária para garantia da ordem pública, porquanto dos autos originários verificam-se prova da materialidade e indícios da autoria, além do contexto de reiteração delitiva que reveste o caso, inclusive reincidência específica, a delinear, *prima facie*, significativos traços de que os autores estariam envolvidos em contexto de criminalidade.

Ocorre que, a despeito do posicionamento deste julgador em situações semelhantes, no sentido da necessidade da prisão preventiva do agente, calcada na gravidade e reprovabilidade concretas em espécies deste jaez, certo é que a hipótese retratada neste caderno processual justifica a revogação anotada pelo julgador da origem.

Referido posicionamento excepcional não decorre do fato de a acusada ostentar condições pessoais que tornem desnecessário o acautelamento prisional, tampouco pela suposta ilegalidade da custódia por ausência de requisitos, mas sim porque a segregação, em sendo preventiva, acarreta imensuráveis prejuízos ao feto em gestação.

Inconteste que a recorrida está em estado gravídico (f. 92).

Nesse panorama, não há como se afastar da possibilidade de aplicação do entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 143.641/SP, bem assim do disposto na novel redação do art. 318-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.769/18, concernente à substituição da prisão preventiva por domiciliar e/ou cautelares diversas, às mulheres gestantes ou com filhos de até 12 anos de idade.

Vale relembrar que a Segunda Turma do Pretório Excelso, em julgamento datado de 20 de fevereiro de 2018, concedeu ordem no supramencionado *habeas corpus* coletivo, “*para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas*

previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências”. Excetuou-se, por outro lado, “os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.”

Infere-se que o objetivo é preservar o bem-estar e o salutar desenvolvimento do menor, máxime à luz da prevalência da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial nº 99.710/90.

Visa-se resguardar, assim, o feto, a criança ou a pessoa em situação de vulnerabilidade, não exatamente o suposto autor do delito, consoante giza Guilherme de Souza Nucci:

“A mens legis diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável o filho recém-nascido e não do que é mais aprazível para a paciente.” (Prisão e liberdade - Lei 12.403/2011. 3. ed. Revista dos Tribunais. p. 114).

E nesse sentido tenho me posicionado reiteradamente, acolhendo e seguindo o posicionamento emanado do Pretório Excelso, dantes mencionado, e nem seria diferente, tal como se pode observar de vários julgados nesta Câmara Criminal, posto que a lei processual penal agora contempla dispositivo que autoriza a substituição enfocada.

Aliás, a Suprema Corte, posteriormente, aos 24.12.2018, analisou diversos requerimentos encartados no *habeas corpus* coletivo para esclarecer a extensão do julgado, decidindo por conferir ainda mais amplitude e concretude ao posicionamento anterior, com delimitação das exceções e situações excepcionalíssimas e que, concretamente, mediante fundamentação, poderiam permitir a manutenção da segregação cautelar das pacientes em questão.

Em apreciação desses requerimentos, *documentos eletrônicos 471 e 550*, entendeu-se que, por não configurar situação excepcionalíssima, a ordem deveria ser concedida de ofício para os casos de *“flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependam por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança”*, enfatizando-se, outrossim, que *“a suspeita de que a presa poderá voltar a traficar caso retorne à sua residência não tem fundamento legal e tampouco pode servir de escusa para deixar de aplicar a legislação vigente, que protege a dignidade da mulher e da sua prole.”*

A par disso, sequer é possível enquadrar o caso em análise às situações excepcionalíssimas que permitem a segregação, consoante postula o Ministério Público em seu arrazoado, ao argumentar que as acusadas traficavam na residência que residiam com os filhos, mesmo porque a quantidade de droga encontrada na residência não se revela de grande monta, tratando-se de 5 gramas de *crack*.

Outrossim, em outro requerimento no *habeas corpus* coletivo, documento eletrônico 512, formulado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que juntou ementas oriundas deste Tribunal de Justiça, mencionou-se que *“a maioria dos indeferimentos baseia-se na suposta ausência de comprovação de sua indispensabilidade para os cuidados maternos, ou, eventualmente, de que a gestação é de alto risco”*, razão pela qual postulou-se *“a execução compulsória do HC coletivo, reclamando a adoção de medidas que garantam a efetividade da decisão”*. Nesse evento específico, o Ministro-Relator realçou, em relação às ementas juntadas, sobre a necessidade de cumprimento da *ordem cogente* do Supremo Tribunal Federal.

De outro vértice, consoante salientado alhures, a proteção enfocada é idealizada para o bem-estar dos filhos e pessoas ali indicadas, de sorte que também imprescindível, como corolário lógico, que a convivência

com a genitora seja salutar, pelo que não seria admitido o benefício, notadamente quando se mostrar pernicioso ou, então, quando inexistir.

À evidência, *in casu*, não se descarta o risco da gestação, que, nesse momento, está em fase avançada, o que, de todo modo, seria até de despicienda demonstração, a depender do caso, tendo em vista a referida ordem cogente da Excelsa Corte.

E, nesse ponto, importa mencionar que tanto no arrazoadado recursal como no parecer ministerial argumenta-se que a liberdade não pode ser deferida a mulher que não se dedica aos cuidados da prole e que não está apta a exercê-los, sustentando-se, assim, na gravidade da conduta e na reiteração delitiva.

Não se olvida, como já discorrido acima, que a perniciosidade do convívio e a conduta perpetrada com violência ou grave ameaça contra os descendentes são fatores excepcionalíssimos que, de fato, a depender do caso, justificariam a custódia cautelar da mulher, ainda que em gestação, responsável ou mãe de criança ou pessoa com deficiência.

Ocorre que não apenas em razão da reiteração e reincidência deve-se afastar o entendimento da Suprema Corte, mesmo porque aqui se trata de gestação, não há elementos que permitam concluir que, quando da prática delitiva anterior, a recorrida se beneficiou da condição de mãe. Ou seja, não se evidencia o voluntário intuito de se utilizar dessa condição especial para o fim deliberado de cometer delito.

Diferente seria, por exemplo, se agora em liberdade, ainda que grávida, for novamente presa em situação de cometimento de crime.

Evidente, portanto, que a segregação, por via transversa, culmina em incontestável imposição de sanção ao feto em gestação, em mitigação ao princípio da intranscendência (art. 5º, XLV, da CF).

A custódia, deste modo, representaria postura não condizente aos caros e improrrogáveis direitos dos menores, corolários do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, insculpidos no art. 227 da Constituição Federal.

Em verdade, não se está a isentar a acusada de suas condutas, que, ainda, serão objeto de apuração, de persecução penal. Entrementes, trata-se de prisão preventiva, medida acautelatória que em nada se confunde com eventual decreto prisional definitivo, e que, aliás, no momento oportuno, após o devido processo legal, poderá ocorrer, acaso sobrevenha condenação, quando, então, deverá a acusada, se entender pertinente, viabilizar meios para que responsáveis cuidem do filho que está a nascer.

Fato é que, neste momento, em processo ainda em seu nascedouro, não pode o Estado, sob a justificativa de acautelamento a pretensão punitiva, ficar imune às dificuldades, percalços, cuidados e prementes necessidades que perpassam o feto em gestação.

Até porque no arrazoadado, além de postular a prisão preventiva da acusada, o Estado, por meio de seu órgão que busca promover a justiça, nada mais apontou para demonstrar que a gestação em fase final não necessitaria de cuidados médicos.

Por fim, trata-se de derradeira oportunidade conferida à acusada, não por ostentar predicados positivos, como já salientado, mas unicamente pela vulnerabilidade e bem-estar do feto, em insofismável envolvimento na situação enfocada.

A propósito, nessa trilha de proteção à prole de mulher presa cautelarmente por suposta prática de tráfico, o STF considerou, ao se analisar o documento eletrônico 394, que a ordem do HC coletivo foi concedida em prol das pessoas “*mais vulneráveis de nossa população*”, elastecendo, assim, o alcance da prisão domiciliar ou de medidas cautelares diversas até mesmo àquelas com condenação não definitiva, sem trânsito em julgado, sobre o que se salientou:

“(...) Ainda que o atual entendimento majoritário, nesta Casa, confira legitimidade à execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, não se questiona que a prisão, nesse interregno de que tratamos, seja provisória.”

Referido contexto, obviamente limitado, por enquanto, às mães provisoriamente recolhidas por suposta prática de narcotraficância, torna-se quase inviável compatibilizar a legalidade das prisões cautelares ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema no HC 143641/SP, o que revela a necessidade de adoção da ordem cogente e de caráter vinculante, sobretudo se constatadas as hipóteses já referendadas na última decisão proferida pelo eminente Ministro Relator Ricardo Lewandowski no aludido remédio heroico coletivo.

Nesse panorama, tendo em vista a ordem judicial vinculante emanada do Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva é incabível, mas com ressalva de que deve ser substituída por domiciliar, inclusive aliada às medidas cautelares diversas anotadas na sentença.

Por isso é que o recurso comporta parcial guarida, porquanto deve a preventiva ser substituída por domiciliar, com monitoração eletrônica, em concomitância às demais medidas cautelares já fixadas na decisão (art. 319, CPP).

A propósito, a Lei nº 13.257/06 abordou situações a possibilitarem a substituição da preventiva por domiciliar, dentre as quais a que se refere ao fato de a agente ser mulher e possuir filho de até 12 (doze) anos de idade e/ou ser gestante.

Nesses termos dispõe o art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal, em sua atual redação:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.”

Nesse eito, o art. 318-A da Lei Processual Penal, incluído pela Lei nº 13.769/18, estabelece os requisitos para substituição da prisão preventiva por domiciliar a referidas mulheres:

“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:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

Como já frisado, no caso versando há prova documental de que a acusada está gestante, sendo que, em atenção à ordem emanada de *habeas corpus* coletivo pelo STF e notadamente diante das particularidades mencionadas, a substituição por prisão domiciliar é de rigor.

Gize-se, a respeito, o posicionamento adotado pela Terceira Câmara Criminal deste Sodalício no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1401140-50.2018.8.12.0000:

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES DE NOCIVIDADE ELEVADA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTES – PRISÃO DOMICILIAR MEDIANTE MONITORAMENTO ELETRÔNICO – FILHO MENOR DE DOZE ANOS – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva e havendo provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, deve ser mantida a segregação cautelar como medida indispensável ao resguardo da ordem pública, especialmente diante da potencialidade lesiva da infração, consubstanciada na vultosa quantidade de droga apreendida, 1,720kg (um quilo e setecentos e vinte gramas) de cocaína.

II - Eventuais condições pessoais favoráveis não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva.

III - Não se descarta da gravidade do fato que resultou na decretação da prisão preventiva. Entretanto, trata-se de questão humanitária, em resguardo do bem-estar do menor e em observância ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente.

Com o parecer, concedo parcialmente a ordem para o fim de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.”

No mesmo tom a Segunda Câmara Criminal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1400919-67.2018.8.12.0000:

“HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – PACIENTE GENITORA DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e os requisitos legais da prisão preventiva, não há ensejo para revogação da medida extrema.

Restando comprovado que a paciente é mãe de criança menor de doze anos, deve-se substituir a prisão cautelar pela prisão domiciliar, por estar presente um dos requisitos legais do artigo 318 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.257/2016.

Ordem concedida em parte.”

Igualmente, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA – MODUS OPERANDI – QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA – REITERAÇÃO DELITIVA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

2. Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, ‘o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta’.

3. *É válida a utilização da técnica da fundamentação per relationem, em que o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir; desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios, como na espécie, uma vez que a instância antecedente, além de fazer remissão a razões elencadas pelo juízo natural da causa, indicou os motivos pelos quais considerava necessária a manutenção da prisão preventiva do réu e a insuficiência de sua substituição por medidas cautelares diversas (RHC nº 94.488/PA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 2/5/2018).*

4. *No caso, a manutenção da prisão preventiva está justificada, pois a recorrente foi flagrada transportando grande quantidade e variedade de drogas, além de apresentar outro mandado de prisão em aberto quando do flagrante. Assim, demonstrada a necessidade da prisão provisória como forma de garantia da ordem pública.*

5. *O afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade da sua presença para prestar cuidados ao filho, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, inserido pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016).*

6. *Ademais, a partir da Lei nº 13.769, de 19/12/2018, dispõe o Código de Processo Penal em seu art. 318-A, caput e incisos, que, em não havendo emprego de violência ou grave ameaça nem prática do delito contra os seus descendentes, a mãe fará jus à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.*

7. *Na presente hipótese, a recorrente é mãe de criança que tinha 5 meses de vida quando da impetração do writ na origem, o fato narrado não foi exercido mediante emprego de violência ou grave ameaça, não houve prática de delito contra a sua descendência e não transparece nenhuma circunstância excepcional a justificar o afastamento dos preceitos normativos e jurisprudenciais expostos acima.*

8. *A mera reincidência não é motivo suficiente para, de per si, afastar a excepcionalidade da custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos, pois não importa em risco inequívoco à infância e à sua proteção.*

9. *Recurso provido para, confirmada a liminar deferida, substituir a prisão preventiva por domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão pelo Juízo singular.” (RHC 107.186/MS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019).*

Dessarte, diferentemente do que consignado na decisão infirmada, viável se revela a prisão domiciliar, a despeito dos cuidados rotineiros que a acusada deve despendar ao filho após o nascimento, a exemplo de levar à escola e outros.

Ora, as atividades maternas inerentes ao lactente podem ser levadas a efeito pela genitora, avós ou até mesmo parentes ou outros responsáveis, nada impede que essas pessoas prestem auxílio nas demais tarefas que necessitem ser cumpridas pela recorrida fora da residência.

Outrossim, outros deslocamentos a pretexto da gestação e posteriores cuidados com a criança, cotidianos, rotineiros, frequentes, de praxe, podem e devem ser monitorados por tornozeleira eletrônica, mediante prévia comunicação e autorização do juízo, em conformidade com o art. 317¹ do Código de Processo Penal.

Enfim, nos termos do art. 318-B do Estatuto Processual Penal, a substituição por prisão domiciliar não exclui a possibilidade de aplicação conjunta a medidas cautelares diversas do art. 319 do mesmo diploma legal. *In litteris*:

“Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.”

¹ Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Inclusive, a monitoração eletrônica foi incluída pela Lei nº 12.403/11 ao rol das medidas cautelares diversas estampadas no art. 319 do Lei Processual Penal, *in verbis*:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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;

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;

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;

IX - monitoração eletrônica.”

Deste modo, com a prisão domiciliar, garante-se a saúde da gestação, asseguram-se os cuidados à criança e confere-se maior efetividade ao acautelamento substitutivo, impondo restrições à acusada que visam dificultar o retorno à seara delitiva, mediante controle eletrônico das atividades, até mesmo para dar suporte probante a eventual revogação do benefício acaso descumpra o perímetro de deslocamento previamente autorizado pelo juízo *a quo*.

Por fim, acerca do prequestionamento, consabido que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despcienda 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, em parte com o parecer, dou-lhe parcial provimento para, com fulcro no art. 318, IV e V, art. 318-A e art. 318-B do CPP, mantendo a revogação da prisão preventiva, substituí-la por domiciliar, mediante monitoração eletrônica, aliada às cautelares diversas do art. 319 do CPP

já anotadas na decisão inexecutada, devendo Erli Aparecida Fernandes Nogueira recolher-se na residência para dedicação e cuidados à gestação e posteriormente ao nascituro, só podendo ausentar-se com autorização judicial, conforme art. 317 do CPP, bem como deverá comparecer ao juízo sempre que intimada, sob pena de revogação do benefício.

Prevalecendo este voto, comunique-se à origem por ofício.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 5 de março de 2020.

3ª Câmara Criminal

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

Agravo de Execução Penal nº 0049881-74.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA—AGRAVO EM EXECUÇÃO—TRABALHO EXTERNO EM EMPRESA PRIVADA – VIGILÂNCIA E FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO PREJUDICADAS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 35, § 1º, DO CÓDIGO PENAL E DO ARTIGO 36 DA LEP – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O pedido de autorização para trabalho externo em empresa privada e não conveniada, justamente por afastar o regime público do benefício e, como corolário, impossibilitar, ao menos dificultar, um mínimo de vigilância, não comporta guarida, porquanto desprovido de formalização de obrigações do contratante com o poder público para a contratação da mão de obra prisional. Daí por que, embora o artigo 35, § 1º, do Código Penal e o artigo 36 da LEP possibilitem trabalho externo, a tanto não se insere empresa de livre escolha do reeducando, sob pena de o correspondente cumprimento da pena não se revestir de controle e fiscalização efetivos da justiça criminal.

Tratando-se de atividade laboral autônoma, em empresa própria, inexistente chefia ou fiscalização imediata, a colocar em xeque a conferência dos dias efetivamente trabalhados em razão da nítida confusão entre empregado e empregador.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de março de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Mauro Cláudio da Silva interpõe agravo em execução contra decisão proferida pelo juízo da Vara da Justiça Militar Estadual que indeferiu o pedido de autorização para trabalho externo.

Argumenta que o agravante encontra-se cumprindo pena do regime semiaberto, tendo demonstrado bom comportamento carcerário, de maneira que atende os requisitos legais para que possa exercer atividade laborativa.

Requer, neste tanto, a reforma da decisão para que seja autorizado a trabalhar na Feira Central de Campo Grande, local em que possui comércio varejista.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 13-17 pugnando pela manutenção da decisão.

Em reexame da matéria, a decisão foi mantida. (f. 18)

Posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, pelo conhecimento e improvimento do recurso, com o prequestionamento da matéria. (f. 27-31)

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de agravo interposto por Mauro Cláudio da Silva contra decisão proferida pelo juízo da Vara da Justiça Militar Estadual que indeferiu o pedido de autorização para trabalho externo.

Nada obstante os argumentos expendidos, descabe acatamento à pretensão recursal deduzida.

Exsurge que o juízo *a quo*, ao indeferir o pedido formulado pelo agravante, consignou que “ *muito embora o trabalho seja direito do apenado (art. 41, II, da LEP), não há a possibilidade de fiscalização pelo poder público do trabalho requerido, o que não condiz com os fins a que se propõe a execução da pena (art. 28, da LEP).*” (f. 11)

Com efeito, dispõe o artigo 35, § 1º, do Código Penal, que o trabalho no regime semiaberto se dará, via de regra, internamente em colônia penal, afigurando-se possível o externo (§ 2º do dispositivo), mas a tanto não se insere empresa de livre escolha do reeducando, sob pena de o correspondente cumprimento da pena não se revestir de controle e fiscalização efetivos da justiça criminal.

A Lei de Execução Penal, por sua vez, ao tratar do trabalho externo, assim disciplina em seu artigo 36:

“Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expreso do preso.”

E, nesse eito, consabido que aos reeducandos tem sido propiciado trabalho a partir de convênios entres as empresas e/ou órgãos públicos que se revelem interessados, mediante estabelecimento de obrigações do contratante com o poder público para a contratação da mão de obra prisional.

Daí por que o trabalho externo que não atenda a tais parâmetros, na Feira Central de Campo Grande, culmina por afastar o regime público do benefício e impossibilita, ao menos dificulta, a vigilância e a fiscalização necessárias.

Oportuno trazer à colação o posicionamento adotado nesta Corte de Justiça no julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0043092-88.2018.8.12.0001, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, perfeitamente aplicável ao caso versando:

“AGRAVO DE EXECUÇÃO DE PENAL – AFASTAMENTO DO CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA PARA A SAÍDA TEMPORÁRIA – PLEITO NÃO CONHECIDO – AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO EXTERNO EM EMPRESA NÃO CREDENCIADA – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PROVIDO. 1. A pretensão recursal relativa ao disposto no artigo

123, inciso II, da LEP, que estabelece a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena, para concessão de saída temporária, não comporta conhecimento, dada a falta de interesse de agir. 2. Com relação ao trabalho externo exercido em empresas privadas, é importante frisar que, para que o benefício alcance sua finalidade e, assim, contribua efetivamente para o processo de ressocialização, é necessário que essas empresas sejam conveniadas com o Poder Público, a fim de que, com isso, seja possível o exercício de devida fiscalização sobre as atividades profissionais desempenhadas pelos detentos.”

No mesmo tom quando do julgamento do Agravo nº 0000003-30.2019.8.12.0017, de relatoria da Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz:

“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECURSO DEFENSIVO – REMIÇÃO – TRABALHO EXTERNO – AUSÊNCIA DE VIGILÂNCIA E FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 35, § 1º, DO CÓDIGO PENAL E DO ARTIGO 36 DA LEP – RECURSO DESPROVIDO. I – O trabalho no regime semiaberto se dará, em regra, internamente em colônia penal, sendo possível o externo (artigo 35, § 1º e § 2º do CP), todavia, a empresa empregadora não poderá ser de livre escolha do reeducando, sob pena de o cumprimento da pena não se revestir de controle e fiscalização efetivos da justiça criminal. II – In casu, o requerente apresentou contrato de trabalho pactuado com pessoa física, a qual não possui convênio com a administração penitenciária, cujo registro da jornada de trabalho foi produzido unilateralmente, sem qualquer supervisão do Poder Público. Assim, resta obstada a diminuição da reprimenda pela remição. III – Com o parecer, recurso desprovido.”

De igual sorte no julgamento do *Habeas Corpus* nº 4003001-61.2013.8.12.0000, Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO – REGIME SEMIABERTO – PRETENSO LABOR EXTERNO EM EMPRESA PRIVADA – IMPOSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 36 DA LEP – FATO QUE ILIDIRIA A FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO – SUSCITADA TESE ACERCA DA IRRISORIEDADE DOS PROVENTOS AUFERIDOS – NÃO COMPROVADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA.”

Disso não destoa o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* nº 98.849 – SC / 2008/0010645-0, oportunidade em que o eminente Relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, assim enfatizou:

“(…) Com efeito, o trabalho externo em empresa privada afasta o regime público do benefício, de modo que impossibilita um mínimo de vigilância, inerente ao regime prisional fechado e semiaberto, uma vez que se desenvolverá em local onde o Poder Público não poderá exercer o seu dever de fiscalização disciplinar, por ser atividade externa.”

Por outro prisma, como bem pontuou a Procuradoria Geral de Justiça, os documentos juntados apenas demonstram que o recorrente é empreendedor autônomo e delimita os horários de funcionamento do seu estabelecimento comercial, não servindo, contudo, para demonstrar o efetivo exercício da atividade laborativa no período perquirido. Ademais, ao desenvolver atividade laboral autônoma deixa de responder a uma chefia imediata, tratando-se de fator que coloca em xeque a conferência dos dias efetivamente trabalhados em razão da nítida confusão entre empregado e empregador, óbice intransponível à diminuição da reprimenda pela remição.

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar 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 despcienda 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 do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

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. Zaloar Murat Martins de Souza

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 19 de março de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0008307-03.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME MILITAR – USO DE DOCUMENTO FALSO E ESTELIONATO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONSUNÇÃO – PLEITO DE ABSORÇÃO – INOCORRÊNCIA DE EXAURIMENTO DA POTENCIALIDADE LESIVA DO DOCUMENTO FALSO – SÚMULA 17 DO STJ NÃO APLICADA AO CASO EM APREÇO – PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 72, II, DO CPM – INVIABILIDADE – SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – NÃO POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Se a preliminar de nulidade em razão ausência de perícia no documento dito como falso confunde-se com o mérito do recurso, qual seja, absolvição por falta de materialidade, deve a mesma ser analisada no contexto do pleito absolutório.

Demonstrado pelo conjunto probatório que o réu fez uso de documento que sabia ser falso (histórico escolar) para ingressar no curso de formação para sargentos da polícia militar, deve ser mantida sua condenação como incurso nos arts. 251, *caput*, (estelionato) e 315 (uso de documento falso) do CPM.

Inconcebível a aplicação da Súmula nº 17 do STJ, se a potencialidade lesiva do documento falsificado não se esgotou com a prática do crime de estelionato, de modo a inviabilizar subsequente utilização no cometimento de outros delitos de mesma ou distinta espécie.

Considerando que o réu foi condenado à pena superior a 2 anos, não é possível a suspensão condicional da pena.

No caso, o *quantum* aplicado à reprimenda corporal impede o abrandado do regime semiaberto para o aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do Relator. Vencido o Vogal.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Paulo Santana de Lima interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 4 anos e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nos arts. 251, *caput*, (estelionato) e 315 (uso de documento falso) c/c art. 79, todos do CPM.

Requeru o reconhecimento da nulidade processual por ausência de exame pericial para se constatar a falsidade documental; subsidiariamente, a absolvição; a absorção do crime de uso de documento falso pelo crime de estelionato; a redução da pena ao mínimo legal; a suspensão da pena na forma do art. 84 do CPM e a alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto. Pleiteou, ainda, caso mantida as duas condenações, seja atenuada a pena na forma dos arts. 72 e 73 do CPM. Elaborou prequestionamento (f. 279-319).

O MP apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 325-335).

A PGJ opinou pela rejeição da preliminar arguida e, no mérito, pelo desprovimento do apelo, bem como fez prequestionamento (f. 345-362).

VOTO (17/12/2019)

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Paulo Santana de Lima interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 4 anos e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nos arts. 251, *caput*, (estelionato) e 315 (uso de documento falso) c/c art. 79, todos do CPM.

Requeru o reconhecimento da nulidade processual por ausência de exame pericial para se constatar a falsidade documental; subsidiariamente, a absolvição; a absorção do crime de uso de documento falso pelo crime de estelionato; a redução da pena ao mínimo legal; a suspensão da pena na forma do art. 84 do CPM e a alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto. Pleiteou, ainda, caso mantida as duas condenações, seja atenuada a pena na forma dos arts. 72 e 73 do CPM.

Consta dos autos que por ocasião do Curso de Formação de Sargentos (CFS) - 2016, cujo Edital nº 1/2016/PMMS/DEIP, referente à abertura do processo seletivo interno, foi publicado no Diário Oficial do Estado (MS) de 20 de maio de 2016, constava na relação de candidatos o então Cb PM Paulo Santana de Lima, Mat. 85766021. Dentre os requisitos para a matrícula, elencados no item 4.1 do mencionado edital, era notória a necessidade de se ter concluído o ensino médio, conforme alínea “f”. A comprovação do cumprimento desse requisito se daria com a apresentação de documentos originais, publicações e certidões emitidas por órgãos oficiais responsáveis, como é descrito no item 10.1.2 do mesmo edital.

Para a devida matrícula no CFS/2016, o então Cb PM Paulo Santana de Lima, deveria comprovar sua escolaridade na forma do edital. Na tentativa de fazer isso, o militar apresentou à Comissão Organizadora do Processo Seletivo Interno, um histórico escolar do ensino médio, da Educação para Jovens e Adultos, emitido pela Escola Estadual Professor Fernandes Soares, do município de São Paulo/SP. E o então Cb PM Santana foi matriculado no Curso, como pode ser verificado na Portaria “P” 48/16 DEIP, de 20 de julho de 2016, publicada no Diário Oficial do Estado nº 9.210, de 21 de julho de 2016, denotando-se que apresentou o mencionado histórico escolar na data de sua entrega de documentos (10 de junho de 2016), conforme consta no edital nº 5/2016/PMMS/DEIP, publicado no Diário Oficial do Estado nº 9.179, de 07 de junho de 2016.

Consta ainda que durante o andamento do processo seletivo foram realizadas investigações sociais que visam, entre outras coisas, confirmar informações prestadas pelos candidatos. Como resultado dessas investigações verificou-se que o agora 3º Sgt PM Paulo Santana de Lima havia apresentado um comprovante de escolaridade (f. 97-99) que não fora confirmado pela escola que em tese o havia emitido, conforme Ofício nº 118/2017, de 06 de julho de 2017, da Escola Estadual Professor Fernandes Soares. Neste Ofício, a direção menciona que o 3º Sgt PM Paulo Santana de Lima não consta na relação de matriculados, bem como destaca que a referida Escola Estadual não oferece curso de EJA (f. 12).

Instaurou-se então inquérito policial militar, que culminou na denúncia do apelante nos seguintes termos:

“(...) Consta no inquérito policial militar em anexo que, em data incerta, mas no ano de 2016, o denunciado SGT PM Paulo Santana de Lima fez uso de documento particular

inteiramente falsificado, qual seja, histórico escolar do ensino médio (f. 91), com o objetivo de comprovar o grau de escolaridade necessário para ingresso no Curso de Formação de Sargentos 2016/2017.

Ainda, o denunciado SGT PM Paulo Santana de Lima obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo a Administração Militar em erro, mediante meio fraudulento.

Extrai-se dos autos que, o denunciado, ciente da reprovabilidade de sua conduta, apresentou à Comissão de inscrição do CFS 2016/2017, certificado de conclusão do ensino médio falso, visando assim preencher requisito para ingresso no curso, o que de fato aconteceu, tendo o denunciado concluído a formação e promovido ao quadro de Sargentos da Polícia Militar. Desde então, passou a receber proventos compatíveis à sua graduação de Sargento, ilicitamente e em prejuízo alheio, já que manteve a Administração Militar em erro por não preencher um dos requisitos necessários e, ainda, ocupou vaga destinada a outro militar que preenchia corretamente os requisitos para promoção.

Os delitos cometidos pelo denunciado foram descobertos somente após o término do curso de formação de sargentos quando, em investigação feita pela seção de inteligência, foi constatado junto à Escola Estadual Professor Fernandes Soares, que fica no município de São Paulo/SP, que o referido estabelecimento de ensino não ministrou cursos na modalidade EJA, à época que consta no certificado apresentado pelo denunciado, bem como não haviam quaisquer registros em seu nome na secretaria de ensino do estado de São Paulo.

A materialidade delitiva restou comprovada mediante a análise das informações constantes no certificado apresentado pelo denunciado (f. 93), dentre elas a fundamentação legal do referido documento no parecer CEE nº 329, de 09/07/2010 e Portaria CEE/GP nº 204, de 12/07/2010, que, na verdade, referem-se ao colégio SESI e não à Escola Estadual Professor Fernandes Soares (conf. DIOESP de 9 de julho de 2010), ademais, a certidão apresentada é datada do ano de 2009, todavia sua fundamentação legal é baseada em Portarias sancionadas no ano de 2010.

É importante destacar que, em decorrência do ingresso ilícito no curso de formação de sargentos do ano de 2016/2017, o denunciado até o momento recebe vantagem indevida.

Diante do exposto, uma vez demonstradas a autoria e a materialidade delitivas, o Ministério Público Estadual, através de sua Promotora de Justiça “in fine” assinada, oferece denúncia em face do SGT PM Paulo Santana de Lima como incurso nas penas cominadas aos artigos 315 e 251, § 3º, ambos do Código Penal Militar, requerendo seja a presente recebida, autuada e processada, para o fim de se instaurar o devido processo legal, determinando-se a citação dos denunciados, a fim de que sejam interrogados, inquirindo-se as testemunhas abaixo arroladas e prosseguindo-se na prática dos atos processuais, tal como determinado pelo procedimento previsto pelo artigo 396 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, até a prolação da sentença condenatória.”

Sobreveio sentença condenando o apelante como incurso nos arts. 251, *caput*, (estelionato) e 315 (uso de documento falso) c/c art. 79, todos do CPM, como já dito.

O apelante em razões recursais pleiteou o reconhecimento de nulidade processual por ausência de exame pericial para se constatar a falsidade documental; subsidiariamente, a absolvição; a absorção do crime de uso de documento falso pelo crime de estelionato; a redução da pena ao mínimo legal; a suspensão da pena na forma do art. 84 do CPM e a alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto. Pleiteou, ainda, caso mantida as duas condenações, seja atenuada a pena na forma dos arts. 72 e 73 do CPM.

A preliminar arguida pelo apelante de nulidade processual por ausência de laudo pericial confunde-se com o mérito do pedido de absolvição – ausência de prova da materialidade, razão pela qual será apreciada quando da análise do pedido absolutório.

Em que pesem as alegações da defesa, razão não lhe assiste.

Restou incontroverso que o apelante fez uso de um certificado de conclusão do ensino médio para realizar um curso de formação de sargentos da polícia militar.

A prova colhida nos autos não deixa dúvida que o referido certificado de conclusão de ensino médio é falso.

A constatação da falsidade do documento utilizado pelo réu prescinde de perícia, haja vista a fácil percepção do falso porque a fundamentação utilizada ao conferir autenticidade da certidão é datada no ano de 2010, sendo que a real data do certificado é de 2009 (f. 98/99).

Em situações dessa natureza, a jurisprudência é unânime no sentido de que a falta de perícia não obstaculiza a constatação da materialidade do falso quando presentes outras provas. Nesse sentido, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim manifestou-se:

“PENAL – PROCESSO PENAL – USO DE DOCUMENTOS FALSOS – DESNECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVA PERÍCIAL – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. 1. A falta de perícia não obstaculiza a constatação da falsidade documental quando presentes outras provas, especialmente quando o falso é de fácil constatação. 2. Materialidade e autoria demonstradas pelos depoimentos prestados na esfera policial e judicial, pelos documentos acostados nos autos e pela confissão do acusado. 3. Apelação não provida.” (ACR 2003.39.00.006975-5/PA 3ª Turma, DJ DE 12.12.2007, p. 27, relator Juiz Tourinho Neto).

Quanto ao dolo no uso do documento falso, o contido no caderno processual evidencia a sua ocorrência.

O apelante, em juízo, ratificou o interrogatório na fase extrajudicial.

No primeiro interrogatório na fase extrajudicial, o apelante declarou:

“(...) perguntado em que Escola concluiu o Ensino Médio, respondeu que na Escola Estadual Professor Fernandes; perguntado se a conclusão foi por meio do Ensino de Jovens e Adultos (EJA), respondeu que sim; perguntado em que ano concluiu o ensino médio, respondeu que em 2009; perguntado se foi pago algum valor à escola onde concluiu o Ensino Médio, respondeu que não; perguntado como tomou conhecimento da Escola onde fez o Ensino Médio, respondeu que tomou conhecimento por meio colegas, os quais prefere não citar os nomes, que uma Escola Estadual de Tacuru-MS, a qual não recorda o nome, estava ofertando um curso supletivo por meio de teleaulas e conteúdo apostilado; que deslocou até o município de Tacuru-MS e se encontrou com duas pessoas que se identificaram como professores da Escola Estadual; que o encontro foi em uma Secretaria ou Biblioteca; que antes da ida até Tacuru/MS havia feito contato telefônico e foi solicitado documentos pessoais, bem como histórico escolar do ensino fundamental e de conclusão do 1º ano do ensino médio; que o encontro se deu no início de 2008, que o depoente não se recorda o mês; que no encontro foram entregues os documentos solicitados; que após a entrega dos documentos acreditava que já estava matriculado; (...) perguntado com quem tratou de sua matrícula, respondeu que com os dois professores que encontrou em Tacuru/MS mas não sabe informar os nomes; perguntado quanto tempo durou o curso, respondeu que em média de treze meses aproximadamente; perguntado como era o funcionamento do curso, respondeu que o curso foi realizado por meio de apostilas que foram adquiridas pelo depoente; que também assistia tele-aulas em canais abertos de televisão; que enviava com certa frequência questionários a respeito dos assuntos das apostilas pelos Correios, para o endereço da Escola Estadual Professor Fernandes Soares; que não manteve arquivo dos comprovantes de remessa pelos Correios; (...) perguntado se frequentou aulas presenciais, respondeu que não; (...) perguntado quantas vezes foi até a Escola Estadual Professor Fernandes Soares, respondeu que nunca foi; perguntado se participou de alguma cerimônia de formatura, respondeu que não; (...) perguntado se realizou uma prova final, respondeu que veio por meio dos correios em seu endereço um provão com todas as matérias, que deveria ser respondido e remetido para a Escola Estadual Professor Fernandes Soares (...) perguntado se no encontro em Tacuru-MS foi revelado pelos supostos professores que a Escola que emitiria o certificado era de São

Paulo-SP, respondeu que sim; perguntado se fez algum tipo de checagem a respeito do EJA que seria oferecido pela Escola Estadual Professor Fernandes Soares, como no telefone da própria escola ou junto ao MEC, respondeu que não realizou checagem, (...) perguntado quando soube que o diploma que apresentou apresentava irregularidades, respondeu que soube somente do inquérito policial militar instaurado para a apuração (...).”

O apelante, na segunda oportunidade em que foi interrogado na fase investigatória, acrescentou que:

“(...) após a matrícula teve mais uma ocasião que foi até Tacuru-MS em uma espécie de aula inaugural na qual organizadores explanaram sobre o funcionamento do curso; na ocasião recebeu um folder contendo informações da Escola Estadual Professor Fernandes Soares, dizendo sobre o EJA e contendo um telefone da mencionada Escola; que na reunião os organizadores disseram que havia duas maneiras de realizar o curso, sendo uma forma presencial, a cada quinze dias, e outra à distância, para quem tivesse condições de adquirir o material do curso; (...) que ligou no telefone que constava no folder, a fim de adquirir os módulos; que adquiriu por meio de pagamento de boleto bancário, não se recordando do valor; que pagou o boleto em uma lotérica; (...) perguntado se conhece uma pessoa chamada Angela Aparecida Ribeiro Castanho, respondeu que de nome não se recorda; mas olhando a foto dela que consta na cópia da identidade e na internet, acredita que seja a mesma pessoa que estava na matrícula e na aula inaugural em Tacuru-MS; perguntado se a pessoa com quem tratou o EJA se chamava Vera, respondeu que não se recorda; perguntado quem são os colegas que indicaram o curso para o interrogando, respondeu que reitera o que disse no depoimento do dia 06 de outubro de 2017; perguntado por que prefere não citar o nome dos colegas, a fim de serem ouvidos e contribuir com a investigação, respondeu que prefere não incomodar os colegas (...).”

Foram ouvidas na fase judicial as testemunhas Elaine Maria da Silva e Angela Aparecida Ribeiro (f. 203).

Elaine Maria da Silva ratificou em juízo as declarações prestadas na fase inquisitorial (f. 41-42) e, como bem destacado pelo magistrado sentenciante, em nada contribuiu acerca dos fatos.

Já o depoimento de Angela Aparecida Ribeiro, de fato, é contradizendo em parte com o depoimento do apelante, pois, como corretamente consignado na sentença, inobstante a afirmação do apelante de que tenha frequentado o curso, tem-se que divergem em relação a questões básicas, como o modo de funcionamento do aprendizado, já que o apelante afirma que o curso foi realizado a distância e a testemunha Angela relata que havia aulas presencias de quinze em quinze dias, inicialmente em Tacuru/MS e depois em Guaíra.

Enfim, de tudo que se colhe nos autos, não é verossímil acreditar que o apelante não tinha conhecimento da inautenticidade do documento por ele utilizado e, conseqüentemente, que não agiu com o dolo de induzir e manter a Administração Militar em erro com o objetivo de preencher requisito para participar do Curso de Formação de Sargentos da PMMS do ano de 2016, até porque, como já dito, a falsificação operada é de visível constatação.

Nesse ponto, transcrevo o parecer lançado pela PGJ, que adoto como razões complementares de decidir, *in verbis*:

“O mínimo de se esperar de um cidadão médio (ainda mais se tratando de um policial militar) é que busque a veracidade de algo que esteja fazendo, ainda mais em se tratar de curso de ensino. Além disso, é de se estranhar que o curso seja oferecido por uma escola no município de São Paulo/SP (Escola Estadual Professor Fernandes Soares), cuja execução seria realizada no município de Tacuru/MS.

Deste modo, não é crível acolher a tese de que o recorrente não possuía ciência a respeito da inautenticidade dos documentos por ele utilizado, bem como que não agiu com o dolo de induzir e manter a Administração Militar em erro com o objetivo de preencher requisito para participar do Curso de Formação de Sargentos (CFS) 2016/2017, e conseqüentemente receber aumento salarial em razão da promoção para a graduação de cabo.

Ademais, nos termos do que dispõe o artigo 296 do Código de Processo Penal Militar², mister rememorar que a prova da alegação incube a quem a fez e, in casu, em momento algum o recorrente comprovou o desconhecimento da falsidade dos documentos apresentados.

Ora, é sabido que no sistema probatório penal, a prova do alegado incumbe a quem a fizer. A fim de melhor esclarecimento a respeito do ônus da prova, mister transcrever os ensinamentos do jurista Guilherme de Souza Nucci³: [...] Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas. Como ensina Gustavo Badaró, ‘O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos’ (ônus da prova no processo penal, f. 178-182) [...] - (Sem grifo no original)

(...)

Além disso, sobre as falsificações, conforme bem mencionado pelo magistrado sentenciante, é visível que há adulteração. Isso porque a fundamentação utilizada ao conferir autenticidade da certidão é datada no ano de 2010, sendo que a real data do certificado (fl. 12) é de 2009 (fl. 262): [...] Com efeito, a informação descrita no Ofício acostado à f. 12 dos autos, assinado pelo Diretor da Escola Estadual Professor Fernandes Soares, à época dos fatos, declara que o acusado Paulo Santana de Lima não consta na relação de alunos da referida escolha e que a aludida instituição de ensino sequer oferece o curso de EJA.

Ademais, nota-se que o certificado apresentado pelo acusado (f. 99), dentre elas a fundamentação legal do referido documento no parecer CEE nº 329, de 09/07/2010 e Portaria CEE/GP nº 204, de 12/07/2010, que, na verdade, referem-se ao colégio SESI e não à Escola Estadual Professor Fernandes Soares (conf. DIOESP de 9 de julho de 2010). Constatou-se, ainda, que a certidão apresentada é datada do ano de 2009, todavia sua fundamentação legal é baseada em Portarias sancionadas no ano de 2010 [...] (sem grifos no original). De mais a mais, in casu, a autoria e a materialidade restam cabalmente demonstradas nos autos, sendo inviável acolher o pleito de absolvição.”

Nesse contexto, como corretamente concluiu o sentenciante, “ao apresentar certificado falsificado à Administração Militar, para ingressar no curso de formação de Sargentos da PMMS, o denunciado fez uso de documento público falso e agiu com o nítido dolo de induzir e manter a Instituição Castrense em erro, porquanto lhe apresentou um documento falso com o objetivo de obter vantagem ilícita, consistente no aumento salarial decorrente de sua promoção para a graduação de Sargento – praticando, portanto, os crimes de uso de documento falso e estelionato contra a Administração Militar”, não podendo se falar em absolvição pela prática dos crimes descritos no art. 251 e 315, ambos do CPM em qualquer de suas formas.

Outrossim, o apelante requereu a aplicação do princípio da absorção, a fim de que o crime tipificado no art. 315 do CPM (uso de documento falso) seja absorvido pelo crime descrito no art. 251 do mesmo *Códex* (estelionato), isso com fulcro na Súmula 17 do STJ.

Sem razão.

Dispõe a Súmula 17 do STJ que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

Nesse ponto, urge salientar que, ao contrário do sustentado pelo apelante, a conduta de usar o documento falso não foi absorvida pela de estelionato que lhe foi imputada pelo MP. Sobretudo porque o documento falsificado não se esgotou com o comportamento classificado como estelionato pelo MP, sendo certo que, acaso não fosse descoberto, poderia o histórico escolar ter sido empregado para induzir a Administração Militar novamente em erro, por exemplo, tentando comprovar o requisito escolaridade com objetivo de ingressar no curso de formação de graduação superior à sua atual.

A propósito:

“HABEAS CORPUS – DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO – TESE DE ABSORÇÃO PELO CRIME DE ESTELIONATO – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 17 DO STJ – POTENCIALIDADE LESIVA DO DOCUMENTO FALSIFICADO QUE NÃO SE ESGOTOU NO ESTELIONATO – ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Inconcebível a aplicação da Súmula n.º 17 do Superior Tribunal de Justiça, se a potencialidade lesiva do documento falsificado não se esgotou com a prática do crime de estelionato, de modo a inviabilizar subsequente utilização no cometimento de outros delitos de mesma ou distinta espécie. Precedentes. 2. Ordem de habeas corpus denegada.” (STJ HC 209.554/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013).

Também não é o caso de aplicação da atenuante prevista no art. 72, II, do CPM, eis que esta consiste no comportamento meritório anterior, não bastando o agente não registrar punições em seu extrato de elogios e punições, devendo demonstrar conduta ilibada na sociedade, na comunidade onde vive e em família, excepcionais às rotineiras na instituição. No caso, inexistindo tal comprovação, não há como reconhecê-la.

Quanto ao pedido de suspensão condicional da pena, considerando que o apelante foi condenado à pena superior à 2 anos, não faz ele jus a tal benefício.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, mantenho do regime semiaberto, eis que o apelante foi condenado à pena superior a 4 anos.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos suscitados, não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que foram suficientemente enfrentados, 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, nego provimento ao apelo.

O Sr. Dr. Juiz Waldir Marques. (revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Divirjo em parte do e. relator, Des. Jonas Hass Silva Júnior, a fim de acolher o pedido de reconhecimento da consunção entre os crimes de estelionato e uso de documento falso, além de readequar o regime inicial de cumprimento de pena.

A conduta imputada referente ao uso de documento falso nitidamente foi o meio adotado visando o estelionato e nele se exauriu, não havendo notícia de continuidade daquela outra conduta.

Ressalto que a própria leitura da denúncia (f. 01-04) já transcrita no voto condutor revela tal intenção.

Logo, o uso de documento falso na hipótese se trata crime que constituiu meio para a prática de outro crime, no caso, o estelionato, motivo pelo qual, deve por este ser absorvido, aplicando-se o princípio da consunção.

A matéria inclusive é objeto da Súmula nº 17, do Superior Tribunal de Justiça: *“Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”*

Recobro, na esteira do que adverte o ilustre doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, que:

“(…) Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. (...) Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. Inegavelmente – exemplificando – são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto,

somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 17/STJ). No conhecido enunciado da Súmula 17 do STJ, convém que se destaque, reconheceu-se que o estelionato pode absorver a falsificação de documento. Registre-se, por sua pertinência, que a pena do art. 297 é de 2 a 6 anos de reclusão, ao passo que a pena do art. 171 é de 1 a 5 anos. Não se questionou, contudo, que tal circunstância impediria a absorção, mantendo-se em plena vigência a referida súmula.

Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados, e tampouco a disparidade de sanções cominadas, mas a razoável inserção na linha causal do crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou a conduta do agente (...).” (in Tratado de direito penal: parte geral, 1 / Versão Digital. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 284 - destaquei).

No mesmo sentido, os seguintes julgados do STM:

“EMENTA – RECURSO CRIMINAL – ADITAMENTO À DENÚNCIA – REJEIÇÃO. A fraude é o elemento principal do crime de estelionato, entretanto o que se pune é o que dela resulta em termos de enriquecimento indevido. Assim, a falsidade ideológica (crime-meio) é absorvida pelo crime de estelionato (crime-fim), não havendo como admitir o aditamento à denúncia para incluir a prática do crime entabulado no art. 312, c/c o art. 53, § 2º, I, ambos do CPM. Negado provimento ao Recurso. Decisão Unânime.” (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 2006.01.007373-1. Relator Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. Data de Julgamento: 28/11/2006, Data de Publicação: 08/03/2007)

“PLURALIDADE DE CONDUTAS IMPUTADAS A SARGENTO MÚSICO DA MARINHA – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS – USO DE DOCUMENTO FALSO – ESTELIONATO – CONCURSO MATERIAL – CONTINUIDADE DELITIVA – INADMISSIBILIDADE – CONFLITO APARENTE DE NORMAS – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. Impossibilidade de se impor ao acusado tripla acusação quando a dinâmica dos fatos descritos na denúncia retrata a prática de um só crime, objetivando, tão-somente, o ingresso, de forma indevida, nos Quadros da Marinha. A falsificação do certificado de conclusão do segundo grau bem como o seu uso devem ser absorvidos pelo crime maior; no caso, o estelionato, previsto no artigo 251 do CPM. É a razão de política criminal adotada pela doutrina e consagrada pelos Tribunais, no sentido de se evitar a imposição de sanção excessivamente severa pela incidência de vários tipos penais, quando se tem por inequívoca a intenção de o agente praticar o crime mais grave, sendo os demais meros instrumentos para sua consecução. Delito alcançado pela prescrição com base na pena abstrata, haja vista a consumação do crime ter ocorrido no momento do ingresso do acusado nos Quadros da Marinha, no mês de novembro de 1986. Ainda que admitida a falsificação de documento, não se poderia formalizar um decreto condenatório se o certificado apresentado à OM foi regularmente incinerado. Improvido o recurso do Ministério Público Militar para manter a decisão que declarou a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva. Decisão unânime.” (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 2007.01.050573-3. Relator Ministro William de Oliveira Barros. Data de Julgamento: 13/03/2008, Data de Publicação: 16/04/2008).

Ademais, não restou evidenciada nenhuma outra conduta visada pelo agente, ou algo que indicasse que não tivesse sido exaurida a potencialidade lesiva do falso no estelionato praticado, não sendo possível manter o entendimento hipotético do julgador de primeiro grau no sentido de que:

“(...) a potencialidade lesiva do documento não se esgotou com o comportamento classificado como estelionato pelo Parquet, sendo certo que, acaso não fosse descoberto, poderia o Certificado Escolar ter sido empregado para induzir a Administração Militar novamente em erro, por exemplo, tentando comprovar o requisito escolaridade com objetivo de ingressar no curso de formação de graduação superior a atual.”

Ressalte-se que nem sequer na denúncia houve tal descrição, ou a possibilidade de sua utilização em uma segunda infração penal, havendo ofensa ao princípio da congruência na conclusão da sentença que rejeitou a aplicação do princípio da consunção da hipótese, sendo imperioso se reconhecer neste caso que a consulta do falto deve ser absorvida pelo crime de estelionato.

Portanto, deve ser mantida apenas a condenação pelo crime de estelionato, prevista no art. 215, § 3º, do CP, fixada na sentença em 2 anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão.

Ponderando a primariedade do acusado, a ausência de circunstâncias judiciais negativas e que a pena fixada é inferior a 04 (quatro) anos, abrindo o regime inicial para o aberto.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso de Paulo Santana de Lima a fim de aplicar o princípio da consunção entre os delitos, mantendo apenas a condenação pelo crime de estelionato, (art. 215, § 3º, do CP) à pena de 2 anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro dias) de reclusão, em regime inicial aberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0010902-09.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PRELIMINAR – ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – SUBTRAÇÃO DE TRILHOS – BENS DA UNIÃO – RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FERROVIÁRIA NOVOESTE S/A – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – REJEITADA – MÉRITO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – TESE DE QUE A COISA SERIA ABANDONADA – NATUREZA PÚBLICA – ALTO VALOR ECONÔMICO – AFASTADA – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – FURTO DE USO – RÉUS QUE TINHAM A INTENÇÃO DE SE APODERAR DEFINITIVAMENTE DO BEM – NÃO OCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – VALOR DA *RES FURTIVA* SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS – CRIME PRATICADO MEDIANTE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – REPROVABILIDADE ACENTUADA – FATO TÍPICO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA – AUSÊNCIA DE PERÍCIA – PRESCINDIBILIDADE – COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA – QUALIFICADORA MANTIDA – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO – PEDIDO DESACOLHIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Compete à justiça estadual o processamento e julgamento do crime de furto praticado em detrimento de bens da União (trilhos da ferrovia) se, à época dos fatos, estes estavam sob responsabilidade da Empresa Concessionária de Serviço Público Ferroviária Novoeste S/A. Preliminar rejeitada.

Não há como acolher o pleito absolutório sob o argumento de que a *res furtiva* seria imprestável e estava abandonada, se a defesa não logrou demonstrar tal condição, e, tampouco, há como presumi-la, em razão da natureza pública do objeto subtraído e do seu alto valor econômico.

Restando devidamente comprovado nos autos que os acusados tinham a intenção de subtrair os referidos trilhos ferroviários, com *animus* de donos, não havendo por parte deles a alegada utilização momentânea e pronta devolução da *res furtiva*, revela-se impertinente a arguição da tese de furto de uso, apta a ensejar a absolvição.

Afasta-se a alegada atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância, quando o valor do bem subtraído supera 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como pelo fato de o crime ter sido praticado mediante rompimento de obstáculo, de forma que não foi reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento do réu. Conduta materialmente típica.

A ausência de perícia não tem o condão de afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, mormente quando comprovado por outros elementos de prova, tais como, confissão dos réus, depoimento de testemunha e fotografias.

Indefere-se o pedido de isenção das custas processuais quando, além de não comprovada a hipossuficiência, os réus foram patrocinados por advogado particular durante toda a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o vogal. Com ressalvas do revisor.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Os réus Luiz Henrique Brandão Marques e Luiz Felipe Brandão Marques foram condenados à pena de 1 ano e 9 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, bem como ao pagamento de 48 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Inconformados, apelaram a esta Corte arguindo, preliminarmente, a incompetência do juízo estadual, em razão da natureza do bem furtado e, no mérito, pleitearam a reforma da r. sentença, a fim de que sejam absolvidos, alegando: a) que os bens subtraídos estavam abandonados; b) atipicidade da conduta (furto de uso) e; c) a incidência do princípio da insignificância. Subsidiariamente, postularam o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo. Prequestionaram, para fins recursais, a aplicação e interpretação do art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal (f. 229-234).

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões pela rejeição da preliminar de incompetência e, no mérito, pelo desprovimento do apelo defensivo. Prequestionou, visando possíveis recursos excepcionais, a violação do art. 155 do Código de Processo Penal; art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, bem como a flagrante inobservância aos preceitos constitucionais dispostos no artigo 5º, inciso XLVI e artigo 93, inciso IX, ambos da CF/88 (f. 239-246).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso defensivo. Quanto aos questionamentos, manifestou-se pelo desacolhimento do arguido pela defesa e aferimento do suscitado pelo *Parquet* (f. 258-265).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Inicialmente, a preliminar de incompetência da justiça estadual para o julgamento do feito, ao argumento de que o objeto do delito se trata de bem de propriedade da União, o que atrairia a competência da justiça federal, não merece ser acolhida.

Denota-se da sentença que o juiz, ao indeferir a preliminar de erro de tipo levantada nas alegações finais defensivas, assim fundamentou (f. 192-193):

“(...) Vale ressaltar, neste ponto, que embora os bens objeto do delito pertençam à União, encontravam-se à época dos fatos sob a responsabilidade da Concessionária Ferroviária Novoeste S/A (atual Rumo Logística S/A) por força de contrato de concessão de serviço público, cabendo à concessionária os custos relativos a eventuais prejuízos decorrentes de crimes praticados contra bens sob sua responsabilidade, nos termos do art. 2º, II e III, da Lei nº 8.987/95, destarte prevalecendo a competência da Justiça Estadual para o julgamento do presente feito. (...)”

Como bem salientado pelo juízo de origem, embora os 80 metros de ferro dos trilhos localizados no KM Ferroviário 817, Estação Lagoa Rica, que foram furtados pelos apelantes, sejam bens da União, à época dos fatos estes estavam sob responsabilidade da Empresa Concessionária de Serviço Público Ferroviária Novoeste S/A, o que mantém a competência da justiça estadual para o julgamento do feito.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CRIME DE FURTO DE TRILHOS – EMPRESA FERROVIÁRIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – INTERESSE DA UNIÃO – NÃO EXISTÊNCIA – PREJUÍZO SUPOSTO PELA EMPRESA PRIVADA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Compete à Justiça estadual processar e julgar ação penal instaurada em decorrência de furto de bens pertencentes à sociedade anônima concessionária de serviço público, porquanto o ato não foi praticado “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (CR, art. 109, inc. IV)

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Comarca de Silvânia/GO, ora suscitado.” (CC 122.518/GO, Terceira Seção, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado Do TJ/SC), julg. 10/12/2014, DJe 16/12/2014).

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – TENTATIVA DE FURTO DE BARRAS DE FERRO DE TRILHO DE TREM, COMETIDO, EM TESE, CONTRA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS OU INTERESSES DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Na hipótese de concessão de serviço público, os bens pertencem à própria empresa concessionária, que explora o serviço em nome próprio, cabendo à União apenas regular e fiscalizar a respectiva prestação.

2. Portanto, compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de tentativa de furto cometido contra a América Latina Logística S.A. - ALL, empresa privada concessionária de serviço público, haja vista a inexistência de prejuízo a bens ou interesses da União. Precedentes do STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Pitangueiras/SP, o suscitante.” (CC 127.417/SP, Terceira Seção, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), julg. 22/5/2013, DJe 29/5/2013).

Portanto, diante do entendimento já consolidado de que o domínio e a responsabilidade dos bens utilizados pelas concessionárias de serviço público, embora afetados à prestação do serviço público de responsabilidade da União, passam a ser da empresa concessionária, cabendo à União apenas a fiscalização e a regulação da respectiva prestação, resta claro ser da Justiça Estadual a competência para o processamento e o julgamento dos delitos cometidos contra estes bens.

Por isso é que rejeito a preliminar arguida pela defesa.

No mérito, o pedido absolutório também não se sustenta.

Constou nos autos que, no dia 23 de janeiro de 2017, por volta das 14:00 horas, no KM Ferroviário 817, 070, Estação Ferroviária Lagoa Rica, em Campo Grande-MS, os apelantes subtraíram para si, em conluio de desígnios e com rompimento de obstáculo, 80 metros de trilhos de ferro pertencentes à malha ferroviária nacional, avaliados indiretamente em R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais).

A primeira tese defensiva de absolvição, de que os objetos subtraídos eram imprestáveis e estavam abandonados, é completamente impertinente, na medida em que a defesa não demonstrou tal condição.

Ademais, em razão da natureza pública da *res furtiva*, também não há como se presumir tal condição, sobretudo por se tratar de 80 metros de ferros dos trilhos de ferrovia, bens de valor econômico considerável, avaliados em R\$ 6.400,00, conforme se observa do auto de avaliação de f. 46.

Por outro viés, como bem anotou a procuradoria-geral de justiça (f. 261),

“(...) ainda que estivessem inoperantes, os trilhos ferroviários estavam devidamente instalados no lugar usual, tanto é que os apelantes empreenderam uma logística considerável, com uso de maçarico e aluguel de caminhão-guincho, para lograrem êxito na remoção dos oitenta metros de ferro.”

Logo, não há cogitar de coisa abandonada ou imprestável.

Outrossim, a tese de atipicidade da conduta por se tratar de furto de uso também não merece ser acolhida.

O juiz refutou na sentença a tese arguida pelos seguintes fundamentos (f. 194):

“(...) Isto porque o furto de uso só deve ser reconhecido quando o autor retira o bem da esfera de disponibilidade da vítima de forma transitória, ab initio tendo a intenção de devolver a coisa móvel no mesmo estado e local em que se encontrava, o que não ocorreu na hipótese.

Com efeito, apurou-se que os acusados subtraíram as barras de ferro pertencentes a trilhos de trem com a precípua intenção de as utilizarem em uma construção residencial, o que obviamente não teria caráter temporário ou transitório.

Assim, em momento algum ficou evidenciado que tinham intenção de devolver os bens, somente o fazendo após receberem aconselhamento jurídico neste sentido.

Sendo assim, não há que se reconhecer a atipicidade das condutas por furto de uso.”

A decisão de 1º grau, ao menos sob a ótica desta relatoria, é irretocável.

É consabido que, para a configuração do furto de uso, faz-se necessário que o agente demonstre a intenção de, desde o início da sua ação, usar momentaneamente e depois devolver a coisa subtraída, o que não se enquadra com as circunstâncias do caso em tela.

Isso porque, segundo constou da denúncia:

“(...) na data dos fatos, os denunciados, com os veículos do tipo Caminhão Auto Socorro/VW, cor branca e vermelha, placas HRY-0353 e Renault/Logan, cor prata, placas OOU-0722, deslocaram-se até o KM Ferroviário 817, 070, Estação Lagoa Rica, nesta capital e, conjuntamente, subtraíram para si, por meio de corte com maçarico, 80 metros de ferro, dos trilhos que ali se encontravam, avaliados indiretamente em R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais), conforme auto de avaliação f. 46.

Ocorre que, por inconveniência, os denunciados e seus veículos, foram fotografados por pessoa anônima enquanto realizam a ação delituosa (cf. fotos f. 07-09). Tais imagens foram amplamente divulgadas, bem como as condutas rechaçadas pela mídia local.

Assim, a pessoa de Luiz Carlos Marques Diniz, pai dos denunciados (f. 44-45), ao cientificar-se do fato através da mídia e reconhecer, por meio das fotos (f. 17), seus filhos como autores do delito, procurou a pessoa de Vanderlei Nunes Chaves para devolver a res furtiva no local de onde havia sido subtraída. Acerca do veículo Renault/Logan, que é de sua propriedade, afirmou que havia emprestado para seus filhos, não sabendo que seria para realização do crime aqui denunciado. (...).”

Nota-se, assim, que o genitor dos apelantes, após ver o noticiário e reconhecer o seu veículo que fora utilizado no delito, entrou em contato com a pessoa responsável, a fim de devolver a coisa subtraída, de modo que, ao contrário do que sustentou a defesa, não houve por parte dos apelantes a subtração dos bens para utilização momentânea e pronta devolução.

Ainda se não bastasse, ao serem interrogados em juízo, os apelantes confirmaram que subtraíram os ferros dos trilhos da ferrovia com a finalidade de construir uma varanda na casa de Luiz Henrique Brandão Marques, e que só devolveram a *res furtiva* após serem orientados neste sentido pelo advogado.

Portanto, a toda evidência que os apelantes tinham a intenção de subtrair os referidos trilhos ferroviários, com *animus* de donos, conduta típica que se subsume ao tipo penal do crime de furto.

De igual modo, não prospera o pedido de incidência do princípio da insignificância.

Pelo princípio da insignificância, é possível considerar atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico for de tal forma irrisória que não seja justificável a atuação da máquina judiciária para persecução penal. Nesse contexto, embora formalmente típica (ou seja, subsunção do fato à norma), a conduta é considerada atípica no campo material, em razão da irrelevante lesão causada ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

O princípio em questão (insignificância), a propósito, é decorrente do princípio da intervenção mínima, do qual se extrai a ideia de que o direito penal só deve cuidar de situações graves, ou seja, de casos onde haja relevante lesão a bem jurídico indispensável para preservação e desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, não solucionáveis por outros ramos da ciência jurídica do direito.

Vislumbra-se, portanto, que o princípio da insignificância funciona como um “filtro” para a atuação da intervenção jurídica-penal, de modo a direcioná-la à tutela de situações efetivamente graves, evitando-se, assim, a banalização da atuação do direito penal.

O Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para a 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 – p. 133). Ademais, a Suprema Corte preconiza que a habitualidade delitiva em delitos patrimoniais impede a aplicação do princípio da insignificância.” (HC 106292, Relator: Min. Marco Aurélio, Relatora p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/10/2016; HC 137749 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017; HC 122030 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, dentre outros).

Na hipótese, os apelantes foram condenados por subtraírem 80 metros de ferro dos trilhos localizados no Km 817 – Estação Lagoa Rica, que foram avaliados em R\$ 6.400,00 (f. 46), valor esse elevado e muito superior ao salário mínimo vigente à época dos fatos, motivo pelo qual não há como aplicar o princípio da insignificância, pois o entendimento das Cortes Superiores é de que a insignificância deve ser aplicada somente quando o valor do objeto furtado não ultrapassar 10% do salário mínimo da época dos fatos.

A propósito:

“(...) Considerando o valor da res furtiva, avaliada em R\$ 310,00 (trezentos e dez reais), portanto, superior a 10% do salário-mínimo à época do fato, em 2014, que correspondia a R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), resta superado o critério jurisprudencialmente adotado e, estando ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico. Precedentes.” (HC 415.384/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017).

“O valor da res furtiva corresponde a mais de 14% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 678,00), circunstância que, isoladamente, já obsta a incidência do princípio da insignificância, conforme entendimento consolidado desta Corte Superior.” (AgRg no AREsp 1163158/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA – REFORMA DA DECISÃO – VALOR DO BEM SUBTRAÍDO SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO – FIGURA QUALIFICADA DO DELITO – PROVIMENTO, COM O PARECER. Inviável o reconhecimento do princípio da insignificância na hipótese dos autos, tendo em vista que o valor subtraído, a despeito de não tão elevado, supera 10% do salário mínimo, não podendo ser encarado como insignificante, tratando-se ainda de delito qualificado pelo abuso de confiança.” (TJMS. Apelação nº 0002922-24.2012.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 14/05/2018, p: 15/05/2018).

Ademais, no presente caso também não se vislumbrou o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento dos agentes, visto que o crime foi praticado com o rompimento de obstáculo para a subtração da *res furtiva*, o que inviabiliza o reconhecimento desse princípio, nos termos da jurisprudência do STJ:

“PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – FURTO QUALIFICADO – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA – PECULIARIDADES DO CASO EM CONCRETO – PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior de Justiça tem afastado a incidência do princípio da insignificância nos casos de furto qualificado perpetrado mediante o rompimento de obstáculo, mormente quando há circunstância que evidencia a existência de prejuízo decorrente da qualificadora, como na hipótese destes autos. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 1455789/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 30/05/2019, DJe 07/06/2019).

No mesmo sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – FURTO QUALIFICADO – ÍNFIMO VALOR DA RES FURTIVA – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada, em casos de pequenos furtos, considerando não só o valor do bem subtraído, mas igualmente outros aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Não tem pertinência o princípio da insignificância em crime de furto qualificado cometido mediante rompimento de obstáculo. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (HC 121760, Relator(a): Min. rosa weber, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, Processo Eletrônico DJe-215 Divulg 31-10-2014 Public 03-11-2014)

Assim sendo, refuto todas as teses absolutórias lançadas pela defesa e mantenho a condenação dos apelantes pela prática do delito de furto.

Quanto ao pretendido afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, ao argumento de inexistência de laudo pericial, melhor sorte não lhes socorre.:

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona que a *“destruição é a conduta que provoca o aniquilamento ou faz desaparecer alguma coisa”*, enquanto *“o rompimento é a conduta que estraga ou faz em pedaços alguma coisa (...)”*. Ainda, conceitua que *“obstáculo é o embaraço, a barreira ou a armadilha montada para dificultar ou impedir o acesso a alguma coisa.”* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 725).

Na hipótese dos autos, as provas são seguras e corroboram a tese acusatória de que os apelantes utilizaram maçarico para conseguir remover os trilhos da ferrovia. É o que extrai do depoimento da testemunha Aldemiro Gomes do Rosário (f. 164), pela própria confissão dos acusados (f. 164), bem como pelas fotografias de f. 39-45.

Não obstante, embora não desconheça posicionamento em sentido contrário, comungo do entendimento de que, a inexistência de perícia não tem o condão de impedir a caracterização da qualificadora do rompimento de obstáculo quando existem outros elementos de provas hábeis a suprir a falta do exame pericial.

Nesse sentido, trago um julgado desta Corte:

*“EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – VALORAÇÃO DE ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – INFORMAÇÕES OBTIDAS MEDIANTE PESQUISA AO SISTEMA DE AUTOMAÇÃO DO JUDICIÁRIO/SAJ -POSSIBILIDADE – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – MANUTENÇÃO – PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL DIANTE DAS PROVAS COLIGIDAS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) **Emergindo inegável, dos elementos de convicção reunidos nos autos, o arrombamento concretizado pelo autor do furto na oportunidade, visando à subtração, não há falar em imprescindibilidade de laudo pericial para fins de incidência da correspondente qualificadora, máxime considerando que a regra da indispensabilidade da perícia não é absoluta, pois tal providência pode ser suprida por outros meios de prova, justamente porque visa o processo penal a elucidação da verdade real, e, ao fazê-lo, deve o juiz, evidentemente, limitar-se às provas contidas no caderno processual, mas não fica sujeito a nenhum critério apriorístico no apurar. 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. Com o parecer, embargos infringentes rejeitados.**” (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001711-18.2016.8.12.0051, Itaquiraí, 2ª Seção Criminal, Relator Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 13/09/2018) (destaquei)*

Por fim, embora os apelantes sejam motoristas de caminhão, o que, por certo, não lhes confere remuneração de grande monta, não há como conceder-lhes a isenção das custas processuais, pois, além de inexistir comprovação da situação de hipossuficiência, os réus foram patrocinados por advogado particular durante toda a ação penal.

Por tais considerações, impõe-se a manutenção da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Quanto aos prequestionamentos suscitados, convém registrar que ficam satisfeitos com a apreciação das matérias ventiladas no recurso interposto, não havendo necessidade, portanto, de que haja expressa manifestação sobre dispositivos tidos por violados. Outrossim, o juiz ou tribunal não estão obrigados a examinar, exaustivamente, todos os argumentos apresentados pelas partes, sendo suficiente que exponha de forma clara e precisa os argumentos de sua convicção, com a incidência das normas em que baseia sua decisão.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Luiz Henrique Brandão Marques e Luiz Felipe Brandão Marques.

O Sr. Dr. Juiz Waldir Marques. (revisor)

Acompanho o relator, com a ressalva do meu posicionamento acerca do rompimento de obstáculo, previsto no § 4º do inciso I do art. 155 do CP, de que sua incidência prescinde da confecção de laudo pericial, desde que possa ser reconhecida com base em outros meios de prova documental, como por exemplo, laudo pericial indireto, auto de constatação e fotografias, na busca da verdade real.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Relembrando. Trata-se de apelação criminal interposta por Luiz Henrique Brandão Marques e Luiz Felipe Brandão Marques contra sentença que os condenaram às penas de 01 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão pelo delito previsto no artigo 155, § 4º, I e IV do CP, em regime inicial aberto.

Requer a absolvição de ambos os apelantes por insuficiência probatória e, subsidiariamente, o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculos, bem como seja concedida a justiça gratuita aos apelantes.

O nobre relator, Des. Jonas Hass Silva Júnior, negou provimento ao recurso defensivo.

Divirjo do nobre relator apenas para afastar a incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos e, de ofício, afastar a circunstância judicial negativa dos antecedentes.

Infere-se nos autos:

“(...) Narra o incluso caderno inquisitivo que no dia 23 de janeiro de 2017, por volta das 14h00min, os denunciados Luiz Felipe Brandão Marques e Luiz Henrique Brandão Marques, cientes da ilicitude dos fatos e da reprovabilidade de suas condutas, subtraíram para si, com rompimento de obstáculo, coisa alheia móvel pertencente à Ferroviária Novoeste S/A.

Segundo consta, na data dos fatos, os denunciados, com os veículos do tipo Caminhão Auto Socorro/VW, cor branca e vermelha, placas HRY-0353 e Renault/Logan, cor prata, placas OOU-0722, deslocaram-se até o KM Ferroviário 817, 070, Estação Lagoa Rica, nesta capital e, conjuntamente, subtraíram para si, por meio de corte com maçarico, 80 metros de ferro, dos trilhos que ali se encontravam, avaliados indiretamente em R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais), conforme auto de avaliação f. 46.

Ocorre que, por inconveniência, os denunciados e seus veículos, foram fotografados por pessoa anônima enquanto realizam a ação delituosa (cf. fotos f. 07-09). Tais imagens foram amplamente divulgadas, bem como as condutas rechaçadas pela mídia local.

Assim, a pessoa de Luiz Carlos Marques Diniz, pai dos denunciados (f. 44-45), ao cientificar-se do fato através da mídia e reconhecer, por meio das fotos (f. 17), seus filhos como autores do delito, procurou a pessoa de Vanderlei Nunes Chaves para devolver a res furtiva no local de onde havia sido subtraída. Acerca do veículo Renault/Logan, que é de sua propriedade, afirmou que havia emprestado para seus filhos, não sabendo que seria para realização do crime aqui denunciado.

Ouvido em depoimento (f. 40-41), Vanderlei Nunes Chaves, que realiza trabalho de guincho, informou que foi contratado por Luiz Carlos Marques Diniz, para realizar transporte de barras de ferro até o KM Ferroviário 817, 070, Estação Lagoa Rica, nesta capital, sob alegação de que o contratante faria uma reforma nos trilhos da referida Estação. Sem questionar, e de aparente boa-fé, o depoente dirigiu-se ao local para entregar as barras de ferro.

Todavia, ao chegar, encontrou-se com Aldemiro Gomes do Rosário, encarregado da segurança do local, que o informou do furto ocorrido.

Interrogados pela autoridade policial (f.55 e 59), os denunciados confessaram a prática do delito, bem como informaram que realizaram o corte do ferro subtraído utilizando um maçarico, e o transportaram com um caminhão, este de propriedade do denunciado Luiz Henrique. Por fim, salientaram que realizaram a ação por entenderam que se tratava de objeto abandonado.”

No que tange a qualificadora do rompimento de obstáculos, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é “imprescindível, nos termos dos artigos 158 e 167 do CPP, a realização de exame pericial para o reconhecimento das qualificadoras de escalada e arrombamento no caso do delito de furto (art. 155, § 4º, I e II, do CP), quando os vestígios não tiverem desaparecido e puderem ser constatados pelos peritos.” (STJ. AgInt no REsp 1602259/RS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017).

Na hipótese, não há justificativa para que não tenha sido realizado o exame pericial para confirmar ambas as qualificadoras, haja vista que a prova direta para a configuração das qualificadoras era plenamente possível de ser feita se as diligências para tanto tivessem sido oportunamente realizadas.

Numa perspectiva garantista do sistema penal, não se pode onerar o réu com provas indiretas de menor valor, como depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão, apenas pela desídia do Estado em não produzir a prova que lhe incumbia e era possível providenciar, sob pena de hialina violação ao constitucional direito ao devido processo legal.

Afasto, portanto, a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo.

Outrossim, com relação a circunstância judicial, ao meu ver, devem ser decotados os maus antecedentes de ambos os réus, pois as certidões colacionadas aos autos (*f. 103-105 e f. 104-106*) não trazem informações de sentenças condenatórias transitadas em julgado antes dos fatos apurados na presente ação penal.

Com o devido respeito aos posicionamentos contrários, entendo que os antecedentes negativos e a reincidência devem restar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental, o que não ocorreu.

Aliás, à luz do artigo 155 do CPP, a formação do convencimento deve partir da “*prova produzida em contraditório judicial*”, inclusive para oportunizar aos litigantes a possibilidade de impugnar os elementos acostados. Não pode o julgador, em desarmonia com o sistema acusatório, decidir com lastro em elementos que não se encontram nos autos, mais precisamente em consultas informais ao SAJ, sobretudo para apurar a existência de circunstâncias prejudiciais ao réu, inclusive surpreendendo-o, porquanto não lhe foi oportunizada a chance de impugnar tais “informações”.

Afasto, portanto, de ofício, a incidência da circunstância judicial dos antecedentes.

Feitas tais considerações passo a nova dosimetria da pena comum a ambos os réus.

Na primeira fase, neutralizadas as circunstâncias judiciais dos antecedentes e havendo a presença negativa da culpabilidade do delito, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase, haja vista a presença de atenuantes, quais sejam as previstas no art. 65, III, “b” e “d”, reduzo a pena ao mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira fase, presente à causa de diminuição do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do CP, a qual fixo no patamar de 1/2, visto que restou comprovado que os réus não restituíram integralmente a *res furtiva*, restando a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão e 5 dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, conforme previsão legal do art. 33, § 2º, alínea “c”.

Substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a ser estabelecido pelo juízo da execução, visto que o réu cumpre os requisitos disposto no art. 44, I, II, III e § 2º.

Ante o exposto, dirijo do e. relator para dar parcial provimento ao recurso defensivo apenas para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculos e, de ofício, afastar a incidência da circunstância judicial dos antecedentes e redimensionar a pena-base, fixando a pena definitiva para ambos os apelantes em 01 (um) ano de reclusão e 5 (cinco) dias-multa de em regime aberto.

No mais, adiro ao voto condutor

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o vogal. Com ressalvas do revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0012305-81.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ESTELIONATO PRATICADO VIA *INTERNET* – PRELIMINAR – ALEGADA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ENTRE O FATO E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO – CONDUTA DEPOIS DA ALTERAÇÃO DO § 1º DO ART. 110 DO CP – REJEITADA – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – NÃO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

O § 1º do art. 110 do CP, que foi alterado pelo Lei nº 12.234/10, vedou completamente o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e recebimento da denúncia para os crimes cometidos após sua vigência. Também, o STF já firmou a constitucionalidade desse dispositivo. Preliminar afastada.

A prova é suficiente para amparar a condenação pelo crime de estelionato praticado via internet, quando ficar comprovado que o agente foi a pessoa que recebeu o dinheiro em sua conta bancária e ficou com ele, sem indicar a participação de outra pessoa. Condenação mantida.

Não há falar em participação de menor importância quando o acusado foi a pessoa que de fato auferiu a vantagem e, à toda evidência, foi também quem utilizou do meio ardil para que as vítimas depositassem dinheiro em sua conta bancária simulando a venda de celulares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Afastaram a preliminar suscitada e, no mérito, negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

José Roberto Nazareth Straquicini interpôs apelação em face da sentença que o condenou à pena de 2 anos e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 71 dias-multa, como incurso no art. 171, *caput*, c/c art. 71, ambos do CP.

Em preliminar, requereu a extinção de sua punibilidade ao argumento de que entre a data do fato e o recebimento ocorreu lapso temporal suficiente para reconhecer a prescrição punitiva na modalidade retroativa. Alegou que a norma que veda a prescrição retroativa entre o fato e o recebimento da denúncia é inconstitucional.

No mérito, postulou por sua absolvição ao argumento de insuficiência de provas para comprovar a prática dos delitos. Alternativamente, postulou pelo reconhecimento da causa de diminuição da participação de menor importância. Apresentou prequestionamento (f. 567-587).

Contrarrazões pelo afastamento da preliminar e no mérito pelo improvimento do recurso (f. 591-599).

A PGJ opinou pelo afastamento da preliminar e no mérito pelo improvimento do recurso (f. 609-615).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

José Roberto Nazareth Straquicini interpôs apelação em face da sentença que o condenou à pena de 2 anos e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 71 dias-multa, como incurso no art. 171, *caput*, c/c art. 71, ambos do CP.

Preliminar.

O apelante sustenta em preliminar que entre a data do fato e o recebimento da denúncia decorreu lapso temporal para a verificação da prescrição punitiva na modalidade retroativa.

No entanto, o § 1º do art. 110 do CP, que foi alterado pelo Lei nº 12.234/10, que entrou em vigência antes da prática deste delito, vedou completamente o reconhecimento da prescrição retroativa entre a data do fato e recebimento da denúncia. Confira-se o teor do dispositivo:

“§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.”

Também, deve ser destacado que o STF já apreciou em diversas oportunidades, de forma incidental, o pedido de inconstitucionalidade desse dispositivo, sendo que tal pretensão foi afastada e firmada a constitucionalidade desse dispositivo. Confira-se:

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – MATÉRIA CRIMINAL – ALEGADA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO – PRECEDENTES – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA, COM BASE NA PENA APLICADA NA SENTENÇA – INCIDÊNCIA ENTRE A DATA DO FATO E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.234/10 – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O exame de legislação infraconstitucional é inadmissível em recurso extraordinário, por configurar ofensa reflexa à Constituição. 2. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que a jurisprudência da Corte que reconheceu a constitucionalidade, incidenter tantum, do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10, é perfeitamente aplicável ao caso, tendo em vista que a ocorrência do fato se deu em momento posterior à publicação da referida Lei (HC nº 122.694/SP, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 19/2/15). 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (ARE 1089752 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 04/04/2018, Processo Eletrônico DJe-084 Divulg 30-04-2018 Public 02-05-2018)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA, COM BASE NA PENA APLICADA NA SENTENÇA – INCIDÊNCIA ENTRE A DATA DO FATO E A DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – INADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.234/10 – ABOLIÇÃO, APENAS PARCIAL, DESSA MODALIDADE DE PRESCRIÇÃO – EXAME DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO – SUBMISSÃO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA AOS TESTES DA IDONEIDADE (ADEQUAÇÃO), DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – LIBERDADE DE

CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CF), DA HUMANIDADE DA PENA, DA CULPABILIDADE, DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 5º, XLVI, CF), DA ISONOMIA (ART. 5º, II, CF) E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF) – ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO COMPARADA EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA. 1. A Lei nº 12.234/10, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, não aboliu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, fundada na pena aplicada na sentença. Apenas vedou, quanto aos crimes praticados na sua vigência, seu reconhecimento entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa. 2. Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena (art. 5º, XLVII e XLIX, CF), da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) ou da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). 3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. 4. É constitucional, portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. 5. Ordem de habeas corpus denegada.” (HC 122694, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2014, Processo Eletrônico DJe-032 Divulg 18-02-2015 Public 19-02-2015)

Assim, em face da impossibilidade da verificação da prescrição retroativa entre a data do fato e do recebimento da denúncia, afasto a preliminar levantada.

Mérito.

O apelante postulou por sua absolvição alegando insuficiência probatória.

No entanto, sua pretensão não prospera.

Destaca-se que o acusado foi condenado em razão dos seguintes fatos narrados na denúncia (f. 1-5):

“Considerações Iniciais

Entre os meses de julho e novembro de 2011, através do site de compras online Mercado Livre, os denunciados concorreram para a prática do crime de estelionato, uma vez que cederam suas contas bancárias para receberem vantagem econômica ilícita. Na ocasião dos fatos, pessoas não identificadas se apresentavam falsamente como funcionários da empresa GT Fontolan & CIA e anunciavam a venda de aparelhos celulares. Os interessados compravam os produtos, pagavam o valor anunciado, porém jamais iriam receber a mercadoria, haja vista que a única pretensão era ludibriar as vítimas.

(...)

2º Fato

No dia 06/09/2011, a vítima Gabriela Ferreira dos Reis, negociou a compra de 1 aparelho celular, no valor de R\$ 520,00, constante em um anúncio do site Mercado livre. Em contato por e-mail (f. 44-46 do IP) com o suposto vendedor, foi lhe passada a conta do banco Caixa Econômica Federal, agência 0017, operação 013, nº 22236-9, pertencente ao denunciado José Roberto de Nazareth Straquicini.

Após efetuar a transferência bancária (f. 43), a vítima jamais recebeu a mercadoria que havia comprado. Quando se deu conta do golpe, demandou no juizado contra a empresa GT Fontolan & CIA, sem saber que esta também era vítima dos golpes aplicados em seu nome.

3º Fato

No dia 12/09/2011, a vítima Edson Savio da Silva, negociou a compra de 1 aparelho celular, no valor de R\$ 400,00, constante em um anúncio do site Mercado livre. Em contato por e-mail com o suposto vendedor, foi lhe passada a conta do banco Caixa Econômica Federal, agência 0017, operação 013, nº 22236-9, pertencente ao denunciado José Roberto de Nazareth Straquicini.

Após efetuar o referido depósito, a vítima jamais recebeu a mercadoria que havia comprado. Quando se deu conta do golpe, realizou boletim de ocorrência nº 7381/2011 SP (f. 37 do IP).”

A materialidade ficou demonstrada pelos boletins de ocorrência (f. 46-47 e f. 160-161), registros de anúncio de celulares (f. 15-19 e f. 25-27), cópias de correspondências eletrônicas (f. 57-59), comprovante de depósito bancário (f. 56).

A autoria também é certa e recai na pessoa do apelante.

O apelante José Roberto Nazareth Straquicini, quando interrogado em juízo, negou a prática delitiva, afirmando que não conhece as vítimas ou a empresa GT Fontolan & Cia Ltda, bem como que jamais realizou a venda de aparelhos celulares através do *site* Mercado Livre, mas não soube informar os motivos pelos quais as vítimas fizeram os depósitos bancários em sua conta. Alegou que essa conta bancária foi utilizada para o pagamento de compra e venda de drogas, no ano de 2012, quando foi condenado pelo crime de tráfico de drogas; que também utilizava essa conta para fins pessoais (f. 398).

Em que pese a negativa do réu, as circunstâncias fáticas demonstram perfeitamente sua conduta criminosa.

Destaca-se que o dinheiro da venda dos celulares foram depositados na conta do acusado, sendo que ele não disse por qual motivo esses valores foram depositados pelas vítimas tampouco apontou outra pessoa que havia lhe pedido a conta emprestada. Ele apenas limitou-se a dizer que a conta era sua e que não tinha envolvimento com o crime, o que evidencia que foi ele quem ficou com o dinheiro recebido das vítimas, pois não disse ter repassado os valores a outra pessoa.

Ora, é lógica a conclusão de que foi o apelante quem praticou o delito de estelionato, já que nenhuma pessoa iria depositar aleatoriamente na conta bancária de outra dinheiro sem motivo algum.

Também, em análise hipotética, se tivesse sido outra pessoa que teria praticado o estelionato, jamais ela iria fornecer a conta bancária de outra pessoa sem a possibilidade de reaver o dinheiro depositado.

Além disso, não há falar em participação de menor importância, pois foi o acusado a pessoa que de fato auferiu a vantagem e, à toda evidência, foi ele mesmo quem utilizou do meio ardil para que as vítimas depositassem dinheiro em sua conta bancária simulando a venda de celulares.

Dessa forma, por estar convencido da prática criminosa pelo acusado, a condenação proferida em primeira instância deve ser mantida.

Por fim, quanto ao prequestionamento a matéria foi suficientemente debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Dispositivo.

Ante o exposto, com o parecer, afasto a preliminar levantada e, no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Afastaram a preliminar suscitada e, no mérito, negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 28 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal nº 0000854-48.2015.8.12.0037 - Itaporã

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIMES DE CASA DE PROSTITUIÇÃO E DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE OU VULNERÁVEL (ARTS. 218-B, *CAPUT*, 228 E 229, DO CÓDIGO PENAL) – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA OU AUSÊNCIA DE PROVAS – SITUAÇÃO VERIFICADA – AUSÊNCIA DO ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO E EXISTÊNCIA DE DÚVIDAS ACERCA DE FATOS DETERMINADOS – SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER A RÉ – RECURSO PROVIDO.

À luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a conduta consistente em manter casa para fins de atos libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, não abstraindo desse entendimento, necessariamente em *abolitio criminis*, ou ‘princípio da adequação social’, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à dignidade sexual, o tolhimento à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal, ou, pior, o envolviam menores de idade que não teriam condição de exercer livremente o direito de escolha;

E nesta última parte, 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), se assim indubitavelmente demonstrado nas provas constantes dos autos;

Recurso provido, contrário ao 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. Deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. R. F. S. B., contra sentença de f. 407-425, que a condenou a pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso no art. 218-B, *caput*; art. 228 e art. 229, todos do Código Penal, em concurso material.

Segundo as razões de f. 407-425, requereu em defesa: no mérito, 1. a absolvição dos crimes de favorecimento da prostituição e por manter casa de prostituição (arts. 228 e 229, CP), alegando fragilidade do conjunto probatório ou atipicidade material da conduta, invocando os princípios da adequação social e do *in dubio pro reo*; subsidiariamente, 2. a absolvição do crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma

de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, CP), sob a alegação ausência de provas ou atipicidade da conduta, por erro sobre elementar do crime, relativa à idade da menor *****; alternativamente, 3. a desclassificação do crime do art. 218-B para o art. 218, ambos do CP, alegando erro sobre elementar do crime (art. 20, CP), relativa à idade da vítima.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 476-493 e 503-522, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso, com prequestionamento da matéria.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. R. F. S. B., contra sentença de f. 407-425, que a condenou a pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso no art. 218-B, *caput*; art. 228 e art. 229, todos do Código Penal, em concurso material.

Segundo as razões de f. 407-425, requereu em defesa: no mérito, 1. a absolvição dos crimes de favorecimento da prostituição e por manter casa de prostituição (arts. 228 e 229, CP), alegando fragilidade do conjunto probatório ou atipicidade material da conduta, invocando os princípios da adequação social e do *in dubio pro reo*; subsidiariamente, 2. a absolvição do crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, CP), sob a alegação ausência de provas ou atipicidade da conduta, por erro sobre elementar do crime, relativa à idade da menor *****; alternativamente, 3. a desclassificação do crime do art. 218-B para o art. 218, ambos do CP, alegando erro sobre elementar do crime (art. 20, CP), relativa à idade da vítima.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 476-493 e 503-522, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso, com prequestionamento da matéria.

É o que basta para analisar a pretensão.

De início, tendo em conta que os pedidos de mérito, subsidiários e alternativos refletem mesma causa de pedir, serão analisados concomitantemente ao principal.

E o cerne da questão, resta estabelecer se na hipótese, de fato seja possível reconhecer a existência da conduta típica de ‘exploração sexual’, ‘mantida em casa de prostituição’, com ‘envolvimento de criança ou adolescente ou de vulnerável’.

Conforme a exordial acusatória, os fatos narrados foram os seguintes:

“1º fato: Consta no incluso inquérito policial que, no dia 13 de março de 2015, às 23h30min, na boate denominada “Casa das Primas”, situada na Rua Jerônimo do Nascimento, nº 133, Centro, em Itaporã/MS, M. R. F. S. B., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, manteve, por conta própria, estabelecimento em que ocorreu exploração sexual, com intuito de lucro.

2º fato: Consta, ainda, que na mesma oportunidade, a denunciada, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, atraindo à prostituição E. N. A. S., vulgo “M.”, e facilitou que ela se prostituisse.

*3º fato: Se isso não bastasse, restou comprovado que a acusada, naquela ocasião, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, atraindo à prostituição a adolescente *****, com 17 (dezessete) anos de idade, e facilitou que ela se prostituisse.*

Segundo restou apurado, no dia dos fatos, policiais civis de Itaporã/MS, em operação conjunta com o Serviço de Investigações Gerais de Dourados/MS, durante fiscalização em bares e boates nesta cidade, constatarem a exploração sexual de mulheres e da adolescente na boate denominada 'Casa das Primas', de propriedade da denunciada.

*Na oportunidade, E. N. A. S., conhecida por 'M.', informou que trabalhava se prostituía na boate fazia 05 (cinco) meses (f. 06). Por sua vez, a adolescente ***** declarou que havia 01 (um) mês que se prostituía naquele local (f. 08).*

Na Delegacia de Polícia, a acusada afirmou ser responsável pelo estabelecimento comercial fazia dois anos, sendo que no local existem garotas que mantém relações sexuais mediante pagamento em dinheiro. Ela informou, ainda, que recebia a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) por programa sexual realizado (f. 09)."

Ao que se vê, segundo transcrição da denúncia, o local onde os supostos delitos foram praticados, tratava-se de estabelecimento empresarial denominado "Casa das Primas", no qual a acusada promovia eventos festivos na cidade, visando auferir lucro, com venda de bebidas alcoólicas entre outras, shows de dança, atraindo grande número de frequentadores, entre os quais, diversas mulheres que se deslocavam até a casa noturna com o intuito de encontrar clientes, prostituir-se e também, terem proveito econômico.

E pelo que depreende-se das provas constantes dos autos, não resta evidenciada a inequívoca finalidade exclusiva e específica do local para a exploração sexual, visto que o estabelecimento já funcionava antes mesmo e independentemente do comparecimento das 'garotas de programa', as quais, ao que parece, iriam ao local por livre e espontânea vontade, não só para conseguir os programas sexuais com os clientes, mas também, em contrapartida, visando o lucro advindo da venda de bebidas aqueles, o que seria repassado pela proprietária/ré a elas.

Esses elementos são abstraídos das peças que instruem o processo, assim delineados no auto de prisão em flagrante (f. 05-06), boletim de ocorrência (f. 25-26), anotações de dívidas a serem pagas à acusada (f. 27-30 e f. 35-149), entre outros documentos, e demais provas orais delineadas no seguinte.

A ré M. R. F. S. B. perante a autoridade policial (f. 17-18), confessou parcialmente os fatos, confirmando ser proprietária da Boate "Casa das Primas", expondo que:

*"(...) na casa há garotas que fazem programas sexuais com clientes em troca de dinheiro; que os programas são acertados entre as meninas e os clientes; que a casa não recebe uma porcentagem dos programas, recebendo apenas a quantia de R30,00 quando as mulheres utilizam os quartos para terem os encontros sexuais com os clientes; que não aceita menores de idade na casa; que não sabia que a vítima ***** era menor de idade, pois quando a mesma começou a trabalhar na boate, disse que tinha dezenove anos de idade; que não sabia que a vítima e outras garotas usavam droga no local; que administra a casa há dois anos."*

Interrogada em juízo (f. 272), a acusada sustentou versão a lhe eximir a culpa, conforme descrito na sentença pelo seguinte:

*"Respondeu chamar-se **M. R. F. da S. B.**, casada, comerciante, renda mensal aproximada de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem filhos menores de idade, tem ensino superior completo; (...) nunca foi presa ou processada por outro motivo. (...) Quanto aos fatos imputados, negou a prática do delito. Narrou que fizeram uma operação na "Casa das Primas", onde é proprietária. No momento da operação, estava no local e nega que havia exploração sexual naquele local. Indagada, respondeu que o depoimento dos policiais é "em parte" correto, salientando que a "Casa" fazia eventos na cidade, "festinhas", bem como vendia bebida alcoólica. Outrossim, respondeu positivamente, dizendo que ***** trabalhavam no local. Pergunta sobre as funções delas, respondeu "tomavam bebida com os clientes da casa e os clientes, às vezes, convidavam elas para saírem". Disse que as meninas não recebiam da casa e sim do próprio cliente, bem como que recebiam uma comissão em cima das bebidas. Nega que obtinha porcentagem em cima das relações sexuais das meninas. Narrado pelo*

juízo um trecho da denúncia acerca do proveito econômico relacionado as relações sexuais das meninas da casa: “(...) Na Delegacia de Polícia, a acusada afirmou ser responsável pelo estabelecimento comercial fazia dois anos, sendo que no local existem garotas que mantêm relações sexuais mediante pagamento em dinheiro. **Ela informou, ainda, que recebia a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) por programa sexual realizado (...)**”, assim, disse não se lembrar de ter dito isso em seu interrogatório, porém afirma que a assinatura acostada ao fim do depoimento é sua. **Nega que havia prática de relações sexuais dentro do estabelecimento. Indagada acerca da existência de quartos no local, afirmou haver quartos, dizendo que é de uso de algumas meninas que moravam ali, “eram quartos só de dormir”.** Perguntada sobre um trecho de seu depoimento em sede policial: **“Que a casa não recebe uma porcentagem dos programas, recebendo apenas a quantia de R\$ 30,00 quando as mulheres utilizam os quartos para terem os encontros sexuais com os clientes (...)”,** disse não saber. **Disse que ***** estava na casa há uns vinte dias, bem como que a história contada por E. (acerca de ***** estar lá apenas naquele dia) é mentira.** Outrossim, disse que foi a “M.” que levou ***** para o local. **A interrogada disse que pediu o documento para ***** , porém ela deu uma desculpa “ah, o documento tá com minha mãe, amanhã eu vou buscar”, e mesmo passado alguns dias, sempre que pedia para ***** era a mesma coisa. Disse que não expulsou a menina do local, pois “ninguém imaginava que a guria era de menor”.** Indagada pelo juízo acerca dos documentos apreendidos pela polícia (folders de festas, cadernos com anotações, blocos de notas, recibos, notas promissórias), respondeu “as vezes a gente fazia panfleto das festinhas de lá”, bem como que havia “show de striptease” na casa. Perguntada acerca das anotações de f. 30 dos autos, esclareceu que abatia o valor das doses que as meninas bebiam e assim anotava no caderno com os nomes. A interrogada disse também que pedia os documentos das meninas. Perguntas pelo Parquet, respondeu que a gerente da “Casa” era Aline Barros e Mayara, bem como que não suspendeu ***** de frequentar o lugar sem documento, haja vista que a menor não ficava sempre no local, bem como nunca desconfiou da maioridade dela. (...) Outrossim, disse nunca ter tido problema com idade com outras meninas. Indagada, a acusada respondeu que era gerente, porém, por morar em Dourados/MS, tinha que ir embora e, assim, deixava outras meninas cuidando do local. Perguntas pela Defesa, respondeu que as meninas ficavam as vezes durante a semana, as vezes no fim de semana, dependia das festas e do movimento, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto ao comparecimento diário das meninas na “Casa”. Outrossim, respondeu que as meninas pernoitavam nos quartos que haviam no local, porém sendo proibido fazer programa nesses quartos.” (g.n.)

Nessa ordem, ***** foi ouvida apenas em sede policial (f. 15), narrando na ocasião que, seria garota de programa e estaria à época dos fatos, trabalhando por 01 mês na Boate Casa das Primas. Discorreu que M., proprietária do estabelecimento, não tinha conhecimento de sua condição de menor idade, confirmando que a ré teria lhe pedido os documentos, os quais não foram apresentados por estarem na residência de sua mãe. Prosseguiu dizendo que M. novamente lhe solicitou os documentos, não desconfiando de que seria menor de 18 anos.

E. N. A. S., esclareceu em juízo (f. 272) que:

“(...) que estava no local onde ocorreu a operação policial, e que conheceu *** em uma festa, tendo essa dita que era maior; assim, chamou ela para trabalhar no local onde a depoente trabalhava. Narrou que elas ganhavam uma porcentagem das bebidas e os programas ganhava por fora, haja vista que não faziam no local, ou seja, iam para outro lugar. Indagada pelo juízo, respondeu que nada era feito na “Casa” (acerca dos programas). A depoente alega que levou ***** no local, pois estavam numa festa antes da hora da operação, tendo ido para o local umas 19 horas da noite. Nega a informação de que a menor ***** estava lá há um mês, dizendo que a menor foi lá só no dia. Disse que na festa que conheceu ***** , a menor disse que era maior e que nunca pediu o documento dela. Outrossim, confirma que estava se prostituindo no local a aproximadamente cinco meses, porém só bebiam no local e saíam depois. Nega que a acusada ganhava com os programas, dizendo que “ela só ganhava nas bebidas”. A depoente confirma que a assinatura acostada no depoimento prestado em sede policial (f. 13) é sua. Perguntas pelo Parquet, disse que não falou o que está no depoimento prestado em sede policial, dizendo “eu estava bem bebada**

no dia”. Disse que só lembra que morava na Casa, ganhava um pouco com a bebida, bem como que ***** disse ser maior; pois estavam em uma festa antes de irem para “Casa” (local dos fatos). A depoente não sabia da caderneta/caderno usado para anotações. Perguntas pela Defesa, a depoente respondeu que o local era usado para beber com os clientes e lá marcavam o programa e saíam. Outrossim, disse que trabalhava no local há um tempo e arrumava um parceiro lá e saía para fazer o programa. **Respondeu que a menor ***** já aparentava ter mais de 18 anos “tinha até mais corpo que eu.”**(g.n.)

As demais provas orais colhidas judicialmente, restaram detalhadas pela sentença no seguinte:

*“Marcos Yukio Comarella Meguro: investigador de polícia civil, compromissado, narrou que foi elaborado uma operação conjunta entre delegacias de polícia civil e o SIG, onde foram em diligências ao local “Casa das Primas”, onde foi encontrado a menor *****; bem como feito buscas no local e, assim, encontrados uma porção de maconha com a menor e E. Assim, foi constatado também, a ocorrência de prostituição no local, sendo apreendido um caderno e alguns documentos que continham movimentações financeiras acerca do funcionamento, não sabendo explicar muito os detalhes, porém arguiu ser acerca das doses que as meninas tomavam, o uso dos quartos do local e etc. Salienta que o local era conhecido como ‘casa das primas’, bem como era sabido que as meninas faziam programas no local. Não se recorda acerca da quantidade de quartos no local, no entanto, recorda-se ser mais de um, bem como que eram usados para relações sexuais. O policial ainda relatou que apreendeu a droga com a menor, tendo essa dito que a droga era para consumo pessoal, estava no local a poucos dias, bem como se prostituía lá. Disse que a acusada estava no local na hora da ocorrência e se identificou como responsável pelo local. Outrossim, relata que as meninas disseram que ganhavam uma porcentagem em cima das doses vendidas, bem como podiam usar os quartos para os programas e, caso algum cliente quisesse levar as meninas dali, teriam que deixar um valor simbólico para “casa”, num montante de cinquenta reais, aproximadamente. Respondendo a Defesa, disse que pessoalmente não presenciou nenhum programa sendo realizado no local na hora das diligências, bem como que a menor ***** teria relatado ao depoente que havia dito para dona do local (acusada) que era maior de idade.*

*Elvis Rodrigues Rocha: investigador de polícia civil, narrou que, estavam fazendo uma operação nas casas noturnas, bares e protibulos da cidade, a fim de coibir o tráfico de drogas, a prostituição e outros crimes, e foram até a ‘Casa das Primas’ no dia dos fatos. Lá foi encontrado uma menor de idade, com nome de *****; sendo a dona do local a acusada. Disse que a acusada no momento do fato, relatou não saber da idade de *****; bem como que ***** havia dito à acusada que tinha 19 anos. Narrou também que foi apreendido um caderno com várias anotações de programas de outras meninas no local, bem como foi apreendido alguns entorpecentes com as meninas no local. Nas cadernetas haviam marcações de valor de doses de bebidas e do quarto, além das anotações de programa. Na hora dos fatos, ***** disse que estava no local apenas naquele dia, porém E. teria dito que já fazia um mês, aproximadamente. Respondendo a Defesa, o policial disse que o local era uma casa noturna, já conhecida na cidade acerca da prostituição no local, tocava música na hora da diligência, bem como tinha característica de casa noturna/boate. Disse que não flagrou ninguém fazendo programa em quarto na hora da diligência policial. Algumas meninas moravam no local.*

(...)

G. P. O., testemunha compromissada: respondeu a Defesa dizendo que era acompanhante/garota de programa e saía da boate para fazer os programas. Outrossim, disse que a acusada só ficava com o lucro do bar, referente a venda de bebidas. Quanto aos quartos, não eram usados para programas, sendo usados apenas para dormir e descansar. **Disse que conheceu ***** e que essa aparentava ser maior de idade. Perguntas pelo Parquet, respondeu que conhecia E., bem como que a dona do estabelecimento exigia documentação para entrada, objetivando a não entrada de menor de idade no local. Tem certeza de que a acusada exigiu documentação de *****; porém a depoente não chegou a ver. Disse que a acusada só obtinha vantagem econômica da bebida.**

M. P. M., testemunha compromissada: respondendo a Defesa, disse que fazia programa, porém saía do local para se prostituir, ficando tão somente no local dos fatos para beber com os clientes. **Assim, disse que a acusada só ganhava com a bebida.** Outrossim, respondeu que dormia no local, porém os programas não eram realizados do local. **Quanto a *******, **disse que a menor aparentava ser maior de 18 anos.**

P. P. da S., testemunha compromissada: respondendo ao Parquet, narrou que ficou sabendo dos fatos pelo noticiário, não estando no local no dia dos fatos. Disse que conhecia a acusada, tendo frequentado o bar chamado ‘Casa das Primas’. **Outrossim, relata que sempre tinha um grande número de frequentadores no local, dessa forma, as prostitutas iam para lá encontrar clientes e beber, e depois saíam do local. A depoente relata que as meninas que frequentavam o local já iam com a intenção de fazer programa.** Disse que chegou a ver E. no local, porém nunca viu ***** no local, bem como que os programas não eram feitos no local, porém encontravam os clientes lá, sendo a responsável pela ‘Casa’ a acusada. **Relata que, particularmente, nunca deu dinheiro para M., consoante aos programas que fazia, sendo que a acusada apenas obtinha lucro com bebida vendida. Respondendo a Defesa, nunca passou lucro do programa para M., bem como não fazia programa no local.**”(g.n.)

Diante desse cenário, é plausível a hipótese de que naquele estabelecimento, de fato, a acusada permitia ou promovia a realização de programas sexuais, pelos quais dispunham-se de diversas mulheres, dentre elas, a menor de 18 (dezoito) anos indicada.

Nesse contexto, frente à equivalência das teses acusatórias e defensivas, o primeiro debate sobre a ‘exploração sexual’ não deve permear a hipótese de *abolitio criminis*, e o desde já refutado ‘princípio da adequação social’, matéria essa sabidamente envolta em certa celeuma jurisprudencial.

Aliás, firme a corrente firmada perante o Superior Tribunal de Justiça no sentido de 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. (HC 238.688/RJ, j. 06/08/2015).

Vale lembrar que, mesmo diante das alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 12.015/2009 pertinentes aos crimes contra a dignidade sexual trazidos no Código Penal, a conduta consistente em manter Casa de Prostituição segue sendo crime tipificado no referido dispositivo. Porém, deve-se frisar que a legislação inovou no sentido de exigir especificamente a ‘exploração sexual’ como elemento do tipo normativo, passando a entender nessa linha, o STJ conforme destacado no recente julgado:

“(...) a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à dignidade sexual, o tolhimento à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal.

Como é cediço, a lei nunca puniu a prostituição em si, devendo ser punido apenas o proxeneta, o rufião. Assim, impedir que pessoas maiores de idade disponham de um lugar para o exercício voluntário dessa atividade sexual, sem que haja qualquer forma de exploração, poder-se-ia, em última análise, culminar por lançar tais pessoas às mais diversas situações de risco e vulnerabilidade, expondo-as aos perigos da rua.” (REsp 1683375/ SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 14/08/2018). (g.n.)

Compartilhando de mesmo posicionamento, a doutrina elucidativa de Guilherme de Souza Nucci leciona que:

“(...) 31. Prostituição e exploração sexual: A Lei 12.015/2009 alterou a redação do art. 229, retirando os termos ‘casa de prostituição’ e ‘lugar destinado a encontros para fim libidinoso’, para inserir, em seu lugar, a expressão ‘estabelecimento em que ocorra exploração sexual’. Não houve nenhum avanço, nem melhora positiva na redação. Ao contrário, mantém um tipo penal vetusto e, com o novo texto, bizarro. A exploração sexual é o gênero do qual se extrai a prostituição. Por outro lado, torna-se necessário lembrar que a prostituição não

é crime, razão pela qual deveria haver um lugar onde ela fosse desenvolvida sem qualquer obstáculo. Entretanto, o legislador brasileiro, embora não criminalize a prostituição, pretende punir quem, de alguma forma, a favorece. Não consegue visualizar que a marginalização da pessoa prostituída somente traz maiores dramas. Sem o abrigo legal, a pessoa prostituída cai na clandestinidade e é justamente nesse momento que surgem os aproveitadores. É evidente haver casas de prostituição de todos os moldes possíveis, com fachadas inocentes, mas onde a autêntica exploração sexual pode acontecer. Afinal, a pessoa prostituída vive na obscuridade, pois o Estado não pode puni-la, mas quer acertar contas com outras pessoas, as fornecedoras de qualquer auxílio à prostituição. É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça. No entanto, se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mal causa à sociedade. Retirar-se-ia da via pública a prostituição, passando-a a abrigos controlados e fiscalizados pelo Estado. Em nossa visão, exploração sexual é expressão ligada a tirar proveito de alguém, em detrimento desta pessoa, valendo-se, primordialmente de fraude ou ardil. Não se pode confundi-la com violência sexual, nem com satisfação sexual. Há quem enumere as seguintes formas de exploração sexual: prostituição, turismo sexual, pornografia, tráfico para fins sexuais (cf. Rogério Sanches Cunha, Comentários à reforma criminal de 2009, p. 68-69). Ora, quanto à prostituição, como espécie de exploração sexual, já temos os comentários pertinentes. Quanto ao denominado turismo sexual, na verdade, só pode ser, igualmente, prostituição. É para essa finalidade que estrangeiros podem vir ao Brasil. Turismo sexual, sem prostituição, inexistente. Afinal, não se trata de passear pelas praias acompanhando o desfile de lindos corpos caminhando pela areia. Pornografia, por outro lado, é atividade lícita, onde há, inclusive, o recolhimento de impostos ao Estado. Afasta-se dela os menores de 18 anos. No mais, pode ser até mesmo formas e expressões de arte. Não há nenhuma exploração sexual nisso. Pensando-se na pessoa que participa de fotos ou filmes pornográficos, não se pode denominar de exploração, mas de trabalho lícito, com remuneração, tal como qualquer outro filme ou sessão de fotos. Quanto ao tráfico para fins sexuais, cuida-se de figura típica autônoma (arts. 231 e 231-A). Pode ser exploração sexual, sem dúvida, mas já há o tipo penal próprio. Enfim, a expressão exploração sexual, lançada ao acaso, como se, por si mesma, significasse algo, é frugal. As formas ilícitas de exploração sexual já possuem tipos próprios para a punição do agente. Desse modo, inserir, no art. 229, a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual não traz benefício algum. Maiores problemas na interpretação desse novo elemento normativo do tipo surgirão. Podem-se imaginar as seguintes hipóteses: a) no estabelecimento ocorre prostituição (é a antiga casa de prostituição). Se assim for, não precisaria haver alteração alguma; b) no estabelecimento ocorrem vários crimes sexuais com fraude (violação sexual mediante fraude, por exemplo). Parece incrível que alguém crie um lugar especialmente destinado ao cometimento de crimes. Logo, a modificação não confere modernidade alguma à lei penal.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014) (g.n.).

Lado outro, a tutela jurídica da dignidade sexual de pessoa relativamente vulnerável, figura típica trazida pelo 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.”

Como observa-se, o elemento constitutivo do tipo penal em tratamento, é o conhecimento da idade menor da vítima, de forma que, ausente essa informação, possível a exclusão do dolo, conforme preceitua o art. 20, do CP. Nesse sentido, o seguinte julgado:

“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)

Por essa perspectiva, conforme precedentes do próprio STJ e doutrina especializada, para verificar a hipótese de atipicidade do(s) fato(s), a análise deve adstringir se o caso apreciado envolveu, ou a subtração de parte do pagamento efetuado pelos clientes, com a percepção dos lucros auferidos da atividade pelos proprietários, em nítida caracterização da exploração sexual (REsp 1435872/MG), ou mediante violência e grave ameaça (HC 210.785/MG), ou, pior, se envolviam menores de idade que não teriam condição de exercer livremente o direito de escolha (REsp 1464450/SC).

E o reconhecimento da tipicidade de condutas tais como as descritas nos arts. 228 e 229, CP, ou o erro sobre elementos do tipo previsto no art. 218-B, CP, deve fundar-se em provas escorreitas e isentas de dúvidas acerca dos atos perpetrados, e dentre eles, se praticados com o desconhecimento alegado pelo agente.

In casu, três foram as situações a elevar conclusão diversa da sentença: primeiro, as ‘garotas de programa’ se deslocavam ao estabelecimento de forma livre e consciente, e em interesses próprios visando obter sua contraparte de lucro com a venda de bebidas aos clientes, e com esses realizar os programas; segundo, tais programas eram realizados, ou na própria boate, com aluguel de quarto pago diretamente a locadora, ou fora deste local, não verificando-se indícios mínimos de qualquer imposição daquela em compensação dos valores obtidos pelo ato sexual praticado fora do estabelecimento; e terceiro, ainda que constatado o envolvimento de uma menor de idade (17 anos), não restou comprovado indene de dúvidas de que, a proprietária realmente tinha conhecimento prévio dessa situação, até porque, por vezes solicitou a indicada vítima, a apresentação de documentação para atestar sua idade, o que foi corroborado pelas demais “garotas de programa”, sendo que, inclusive, todos envolvidos acreditavam na maioria da menor, fato esse, confirmando em sede policial e judicial.

Nesse plano, saliento que na hipótese, não se está a afirmar, inequivocamente, a inocência da acusada. No entanto, diante das provas colhidas nos autos, a manutenção de uma sentença condenatória contra a acusada em todos os delitos imputados, seria aplicar o direito de forma temerária.

Isto, haja vista a inexistência de indícios suficientes do elemento subjetivo do tipo das condutas previstas nos arts. 228 e 229, CP, ou evidências a caracterizar o delito do art. 218-B, do mesmo Código, considerando que não ficou demonstrado que a ré, valendo-se de sua condição, tenha auferindo lucro com a atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, e com pleno conhecimento prévio do envolvimento de uma das frequentadoras na condição de menor de idade.

Portanto, embora moralmente reprovável, a conduta da acusada não se enquadrou no tipo penal pelo qual foi denunciado, porquanto, inexistindo elementares a identificar parte dos delitos, ou provas a confirmar a prática de outros, devendo a reforma da sentença para aplicar a absolvição, ser medida compatível ao caso, em observância à regra do *in dubio pro reo*.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindindo de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Diante do exposto, contrário ao parecer, dou provimento ao recurso interposto por M. R. F. S. B., para absolvê-la das práticas dos crimes previstos nos arts. 228, 229, e 218-B, do CP, com fundamentos respectivos no art. 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

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, 17 de dezembro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal nº 0001534-85.2018.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO – DOCUMENTO APRESENTADO A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL – SÚMULA 546 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – CRIME DE RECEPÇÃO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E ESTREME DE DÚVIDAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Preliminar: Com supedâneo na Súmula 546 do Superior Tribunal de Justiça, vislumbro a incompetência deste Tribunal de Justiça para julgar o crime assente no art. 304 do Código Penal, uma vez que restou demonstrado nos autos que o documento falso foi apresentado a policiais rodoviários federais, sendo necessária a remessa do processo à justiça federal.

Mérito: Se do conjunto probatório extrai-se a certeza necessária à condenação do réu pela prática do delito de receptação, deve ser mantido o *decisum* condenatório proferido pelo juízo singular.

Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido, 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. Conheceram parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação criminal interposta por Fabio Augusto da Silva Pantano contra a r. sentença de f. 143-154, que o condenou à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes tipificados no art. 180, *caput*, e no art. 304, ambos do Código Penal, em concurso material, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no montante de 20 (vinte) salários mínimos.

Em suas razões recursais (f. 224-228), pugna pela reforma do *decisum* a fim de ser absolvido de ambos os delitos, seja por atipicidade da conduta, seja por escassez probatória.

Contrarrazões às f. 248-258, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 263-276, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Fabio Augusto da Silva Pantano contra a r. sentença de f. 143-154, que o condenou à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes tipificados no art. 180, *caput*, e no art. 304, ambos do Código Penal, em concurso material, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no montante de 20 (vinte) salários mínimos.

Em suas razões recursais (f. 224-228), pugna pela reforma do *decisum* a fim de ser absolvido de ambos os delitos, seja por atipicidade da conduta, seja por escassez probatória.

Contrarrazões às f. 248-258, pugnando pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 263-276, opinando pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

Feita essa digressão, passo a analisar.

Preliminar.

Da pretendida absolvição do apelante do delito assente no art. 304 do Código Penal.

Ab initio, vislumbro a incompetência deste Tribunal de Justiça para analisar o pedido de absolvição do crime assente no art. 304 do Código Penal, uma vez que restou demonstrado nos autos que o documento falso foi apresentado a Policiais Rodoviários Federais, *vide*:

“Súmula nº 546 do Superior Tribunal de Justiça: A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor.”

Desta feita, reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Estadual à análise do crime *in comento*, o processo deve ser remetido à justiça federal.

Cumprе ressaltar que, *a contrario sensu* do entendimento já sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 122 que versa sobre a matéria, por inexistir conexão entre os delitos de uso de documento falso e receptação, a apuração deste permanecerá na esfera da justiça estadual.

Mérito.

Da pretendida absolvição do apelante pela prática do delito assente no art. 180 do Código Penal.

A defesa pugna pela absolvição do recorrente pela prática do crime de receptação, com base no art. 386, inciso VII do Código Penal.

Por primeiro, extrai-se da Denúncia (f. 01-03):

“(...) Consta do incluso procedimento policial que, no dia 31 de março de 2018, por volta das 09h30min, em frente a base da Polícia Rodoviária Federal, localizada na BR 158, nesta cidade e comarca, o denunciado Fábio Augusto da Silva Pantano adquiriu e conduziu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, consistente em um veículo Toyota/Corolla XEI 2.0 Flex, de cor branca, placa aparente PQS-1063 de Calda Novas/GO, como consta no Auto de Apreensão de f. 28.

Consta ainda, que nas mesmas condições de dia, local e hora, o denunciado Fábio Augusto da Silva Pantano fez uso de Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo falso, conforme Anexo de f. 23 e 27.

De acordo com os autos, na data, hora e local mencionados, policiais rodoviários federais realizavam fiscalização de rotina, quando abordaram o denunciado Fábio Augusto, que conduzia o veículo Toyota/Corolla, ano 2016/2017, de cor branca, placa aparente PQS-1063, e apresentou Certificado de licenciamento nº 013631083067, datado de 20/12/2017, expedido na cidade de Caldas Novas/GO.

Durante a checagem dos documentos, verificou-se que o Certificado de registro e Licenciamento de Veículo apresentado pelo denunciado pertencia a um lote produto de furto e/ou extravio no DETRAN do Estado de Santa Catarina, como consta no boletim de ocorrência de f. 21-27. Posteriormente, foi possível perceber indícios de inautenticidade entre os documentos apresentados pelo denunciado e outros elementos identificadores do veículo, como chassi, vidros, motor e câmbio.

Sendo assim, durante a vistoria, foi constatado que se tratava do veículo Toyota/Corolla, de placa PQD-8969 de Anápolis/GO, veículo produto de furto na cidade de Goiânia/GO, no dia 11 de novembro de 2017, como consta em documento expedido pela Secretaria Nacional de Segurança Pública às f. 34-35.

Insta salientar que o denunciado Fábio Augusto da Silva Pântano afirmou ter adquirido o veículo de um terceiro identificado como Pablo, na cidade de Goiânia/GO, conforme Termo de Qualificação e Interrogatório de f. 07-08. (...).

Finda a instrução, sobreveio a sentença de f. 143-154, que condenou o réu-apelante à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos crimes tipificados no art. 180, *caput*, e no art. 304, ambos do Código Penal, em concurso material, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no montante de 20 (vinte) salários mínimos.

Em fase de inquérito, o recorrente relatou (f. 09-11):

“(...) que adquiriu o veículo Corola da cor branca, 2016/2017, placa PQS 1063 na cidade de Goiânia de um indivíduo de prenome Pablo; que quem intermediou o negócio foi Humberto, também residente em Goiânia; que conhecia Humberto de garagens de carros naquela localidade (...) que no mês de janeiro desse ano, por volta do dia 15 o interrogando foi em Trindade/GO com a sua camionete S10 2009/2010 (...) que em tal local geralmente os proprietários levam o veículo para vender sem a necessidade de intermediação de garageiros e, por isso, o preço sai melhor (...) que então resolveu trocar sua S10 pelo Corola; que sua S10 foi avaliada em R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) e o Corola em R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), porém ainda teria 41 (quarenta e uma) parcelas de financiamento no valor de R\$ 1.320,00 (um mil e trezentos e vinte reais). (...)”

Na oportunidade em juízo, o réu negou a prática delitiva, aduzindo que, apesar de ter realizado a venda de vários veículos em ocasiões anteriores, não se dedica unicamente a esta atividade. Quanto ao carro de origem ilícita, disse que o adquiriu de uma pessoa do estado de Goiás, por indicação de um conhecido.

Sustentou que ao efetuar negociações, por haver restrições em seu nome, sempre utilizava o nome de terceiros, como o de sua esposa ou de seu irmão, ou pedia ao vendedor que mantivesse o automóvel em seu nome. Por fim, admitiu que deveria ter feito uma pesquisa minuciosa quando na aquisição do veículo. (mídia, f. 141-142).

Noutro lado, o policial rodoviário federal Miller Richard Laranja, em fase inquisitorial, relatou (f. 08):

“(...) que realizavam abordagem no Posto Policial e constatou-se durante checagem dos elementos identificadores do veículo Toyota/Corolla XEI 2.0, cor branca, placas aparentes PQS, de Caldas Novas-GO, conduzido por Fabio Augusto da Silva Pantano, placas aparentes PQS 1063, de Caldas Novas-GO, conduzido por Fabio Augusto da Silva Pântano, tratar-se na verdade do veículo Toyota/Corolla XEI 2.0, cor branca, de Anápolis-GO, placas PQD 8969, que possui registro de furto na cidade de Goiânia-GO, conforme BO 4640646/2017,

de 11/11/2017; que constatou-se ainda que o CRLV apresentado pelo condutor do veículo pertence a um lote furtado e/ou extraviado do DETRAN/SC; que o condutor do veículo relatou que adquiriu o carro de um indivíduo de nome Pablo, repassou uma camioneta no valor de R\$ 48.000,00 e assumiu o financiamento de trinta e sete parcelas no valor de R\$ 1.320,00 (...). ”

Consoante o relatado, o também policial rodoviário federal Eder Iwasaki da Silva, em fase de inquérito, narrou que ao abordarem o réu e verificarem o CRLV do veículo, foi constatado indícios de falsificação no documento apresentado, descobrindo-se posteriormente que o automóvel era produto de furto. (f. 04).

Judicialmente, a testemunha ratificou suas declarações prestadas na delegacia; confira-se (mídia, f. 141-142):

“Depoente: Ele (réu) foi abordado, inclusive por mim. Um Corolla branco, conduzido pelo condutor aí, o Fábio. Eu fiz o sinal pra ele parar; ele parou, eu solicitei a ele, de praxe, a CNH e o documento do veículo e comecei a realizar as consultas dos sistemas policiais, foi quando constatou pelos sistemas policiais indícios de inautenticidade do documento, já que o número do espelho CLRV constava como furtado/extraviado lá no Detran de Santa Catarina. Constatado isso, a gente solicitou ao condutor que a gente ia fazer uma fiscalização minuciosa detalhada nos sinais identificadores do veículo, foi onde a gente constatou que o veículo era furtado, ou roubado, lá em Goiânia. (...)”

Defesa: Essa numeração do CLRV que foi onde o senhor conseguiu identificar que o veículo era produto de furto?

Depoente: Negativo. O número do CLRV consta como o espelho, o número do CLRV conta como furtado/extraviado do Detran de Santa Catarina, isso não quis dizer que o carro era roubado ou furtado.

Defesa: Um civil teria acesso a essa informação portando apenas o CLRV?

Depoente: Positivo. Pelo número do espelho do CLRV contou pra gente como furtado/roubado do Detran de Santa Catarina.

Defesa: A pergunta- me desculpe porque às vezes eu posso não ter entendido, mas a pergunta é a seguinte: um civil teria acesso a tal informação portando somente o CLRV na mão, ou o CLRV era o original, porém, furtado?

Depoente: O número do CLRV, através da consulta no sistema policial constava como furtado ou extraviado do Detran de Santa Catarina.”

Pois bem.

Em que pese a tentativa de ver-se absolvido da prática do delito de receptação, os fundamentos pelos quais se baseia a tese defensiva não encontram arrimo nos demais elementos fático-probatórios. Explico.

O réu-apelante afirma ter ido ao estado de Goiás e lá efetivado a aquisição do veículo com pessoa denominada por ele durante a instrução apenas como “Pablo”, sendo que esta teria sido apresentada a ele por “Humberto”, seu conhecido.

Ainda, segundo o acusado, no local onde o negócio fora realizado *“geralmente os proprietários levam o veículo para vender, sem a necessidade de intermediação de garageiros e, por isso, o preço é melhor.”*

Alegou ter trocado seu veículo S10 2009/2010 – avaliada em R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), pelo veículo Corolla – de valor aproximado R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), com 41 (quarenta e uma) parcelas pendentes no valor de R\$ 1.320,00 (um mil e trezentos e vinte reais) cada.

Entretanto, não trouxe aos autos qualquer comprovação da existência do mencionado saldo remanescente, e aduziu que não conseguiu entrar em contato com o ex-proprietário do automóvel adquirido.

Ora, não há como acolher a argumentação defensiva de que o réu-apelante não tinha conhecimento ou sequer desconfiava da ilicitude do bem, uma vez que, se deslocou até outro estado da federação para realizar a permuta de seu veículo – que tampouco apresentou qualquer documentação que comprovasse sua existência – pelo valor de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), com um desconhecido supostamente apresentado por um terceiro, em local aberto e sem intermediação de um profissional de vendas.

Some-se a isso a própria declaração do apelante em juízo, que disse ter realizado diversas vendas de veículos em oportunidades anteriores, o que torna ainda mais inconcebível a tese ofertada pela defesa, tendo em vista que alguém com tal experiência não agiria com tamanha imprudência.

Sendo assim, não há como acolher a pretensão absolutória do apelante, sendo imperiosa a manutenção de sua condenação pela prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Prequestionamento.

Por fim, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Dispositivo.

Ex positis, em parte com o parecer, conheço parcialmente do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Conheceram parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento, 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, 17 de dezembro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal nº 0010314-65.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME MILITAR – DISPARO DE ARMA DE FOGO DE MILITAR CONTRA CIVIL – PRELIMINAR *EX OFFÍCIO* QUANTO A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE PARA JULGAMENTO DO FEITO, TENDO EM VISTA A LITISPENDÊNCIA A OUTRA AÇÃO IDÊNTICA – MÉRITO RECURSAL – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR CONTRARIEDADE AS PROVAS, EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL OU INEXISTÊNCIA DE DOLO – INOCORRÊNCIA – DESPROPORCIONALIDADE DA CONDUTA A EVIDENCIAR O DOLO E NÃO CARACTERIZAR A EXCLUDENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A litispendência, é matéria de ordem pública, que pode ser declarada de ofício, sob pena de violação do princípio do “*non bis in idem*”;

Não há que se falar em ausência de dolo, uma vez que o contexto probatório revela a materialidade e autoria imputada ao agente, que com vontade livre e consciente assumiu o risco da produção do resultado, ao efetuar os disparos de arma de fogo em direção a vítima e em via pública colocando em risco outras pessoas;

A exclusão de ilicitude em razão de estrito cumprimento de dever legal só se configura, quando a ação do agente amolde-se nos limites e condições inerentes ao exercício de dever emanado de Lei, pois do contrário, a desproporcionalidade decorrerá em abuso de direito ou excesso de poder;

Recurso desprovido, de acordo com o parecer. De ofício, reconhecida a litispendência dos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, tão somente no que se refere ao réu da presente ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Negaram provimento unânime, e de ofício, reconheceram a litispendência dos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, tão somente no que se refere ao réu Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva, contra sentença de f. 358-366, que o condenou como incurso no artigo o art. 15 da Lei nº 10.826/2003, à pena de 02 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo-lhe concedida a benesse da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar.

Segundo as razões de f. 376-386, pretende a defesa a absolvição do réu, sob as seguintes alegações: o laudo pericial não concluiu que o réu tenha utilizado sua arma de fogo, de forma que está ausente um dos elementos necessários para caracterização do delito; a ação estaria acobertada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; e por último; inexistiu o dolo de efetuar os disparos.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 390-394 e 403-420, pelo desprovimento do recurso na íntegra. A PGJ prequestionou a matéria.

Em determinação de f. 423, o feito foi convertido em diligência, *ex officio*, abrindo-se prazo a PGJ para manifestar acerca de eventuais conflitos de competência, ou litispendência, a qual, a f. 428-439, opinou pelo reconhecimento da competência da justiça castrense para julgamento da causa, com litispendência dos autos da justiça comum.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva, contra sentença de f. 358-366, que o condenou como incurso no artigo o art. 15 da Lei nº 10.826/2003, à pena de 02 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo-lhe concedida a benesse da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar.

Segundo as razões de f. 376-386, pretende a defesa a absolvição do réu, sob as seguintes alegações: o laudo pericial não concluiu que o réu tenha utilizado sua arma de fogo, de forma que está ausente um dos elementos necessários para caracterização do delito; a ação estaria acobertada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; e por último; inexistiu o dolo de efetuar os disparos.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 390-394 e 403-420, pelo desprovimento do recurso na íntegra. A PGJ prequestionou a matéria.

Em determinação de f. 423, o feito foi convertido em diligência, *ex officio*, abrindo-se prazo a PGJ para manifestar acerca de eventuais conflitos de competência, ou litispendência, a qual, a f. 428-439, opinou pelo reconhecimento da competência da justiça castrense para julgamento da causa, com litispendência dos autos da justiça comum.

É o que basta para analisar a pretensão.

Preliminar *ex officio*.

Conforme relatado, suscitei *ex officio*, a existência de questão quanto a competência da justiça castrense para julgar o feito, tendo em vista a litispendência de outra ação anteriormente ofertada contra o réu, na justiça comum, imputando a ele e outros corréus o mesmo fato e tipificação delitiva dos presentes autos.

Inicialmente, quanto a competência da Justiça Militar Estadual para julgamento de delitos praticados por militares contra civis tem por fundamento tanto o art. 125, § 4º, da CF quanto o art. 9º, II, do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1001/1969), que assim dispõem, nos seguintes destaques:

“Art. 125 (...)

§ 4º *Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.*” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

“Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...)

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

(...);

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;” (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

Sobre a hipótese da alínea “c” no que interessa ao caso, leciona a doutrina especializada, em interpretação restrita, que será considerado em serviço ou atuando em razão da função, o militar que é escalado para tanto, ou passe a atuar em razão do dever jurídico de agir de ofício diante de um suposto flagrante de delito presenciado – (ASSIS, Jorge Cesar de. Comentários ao CPM, 10. ed. Curitiba, Jurá, 2018, p. 120).

Em mesmo sentido, a jurisprudência, a qual entende que, havendo interferência de policial militar em determinada ocorrência, vindo a envolver-se em conduta delituosa, tal fato será considerado de natureza militar, mesmo que na hipótese, o autor esteja de folga, sem farda, ou à paisana, situação esta a diferenciar de um mero entrevero entre civis. Nessa linha, o julgado bem colhido pela Douta Procuradoria:

“PENAL E PROCESSO PENAL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA MILITAR X JUSTIÇA ESTADUAL – AÇÃO PENAL – HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR À PAISANA, EM HORÁRIO DE FOLGA, CONTRA CIVIL – (...) – INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO A IMPEDIR NOVO QUESTIONAMENTO DA COMPETÊNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR – INDÍCIOS QUE APONTAM PARA DISPARO ACIDENTAL APÓS EMBATE ENTRE O POLICIAL E O CONDUTOR DO VEÍCULO QUE TERIA ESBARRADO NA ARMA – HOMICÍDIO CULPOSO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. (...) 2. Situação em que o réu, policial militar em horário de folga e à paisana, abordou veículo ocupado por quatro indivíduos que vinha trafegando em alta velocidade e derrapando pneus, colocando em risco a segurança das pessoas que transitavam pela via. Após se identificar como policial militar, solicitou que todos os ocupantes saíssem do automóvel e, ato contínuo, empunhando sua arma de fogo particular carregada na mão direita, tentou tirar a chave da ignição com a mão esquerda. No entanto, foi impedido pelo condutor do veículo que, sob a influência de bebida alcoólica e após um rápido embate com o réu, teria acidentalmente esbarrado na arma do policial, causando disparo inesperado que atingiu fatalmente a vítima sentada no banco traseiro direito do carro. 3. A competência da Justiça Militar para julgamento de delitos praticados por militares contra civis tem por fundamento tanto o art. 125, § 4º, da CF quanto o art. 9º, II, do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1001/1969), que destaca, na alínea “c”, os crimes previstos no Código Penal Militar com igual descrição na lei penal comum, praticados por militar atuando em razão da função, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra civil. 4. Diante da constatação de que o denunciado se anunciou como policial militar no momento em que efetuou a abordagem e, portanto, atuava em razão da função, revela-se irrelevante que estivesse de folga, em trajes civis e usando armamento particular quando ocorreu o fato delituoso, pois sua conduta se amolda, em tese, à descrita na alínea “c” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. Precedentes. (...) 8. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Auditor da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, o suscitante, para julgar a presente ação penal.” (STJ, CC 152.341/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, j.22/11/2017, DJe 30/11/2017)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – LESÕES CORPORAIS PRATICADAS EM CIVIS POR MILITARES EM FOLGA – AÇÃO PRATICADA EM RAZÃO DA FUNÇÃO E NA CONDIÇÃO DE POLICIAL MILITAR, UTILIZANDO AS ARMAS DA CORPORAÇÃO – PRISÃO EM FLAGRANTE DE CIVIS QUE SUPOSTAMENTE COMETIAM O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. O

policial militar que, embora de folga, age em razão da função, valendo-se de sua condição e utilizando os armamentos da corporação pratica crime militar nos termos expressos do art. 9º, II, c, do Código Militar; estando sujeito à competência da Justiça Militar. (...).” (STJ, CC 131.306/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, j. 26/02/2014, DJe 13/03/2014)

Com tais premissas, tenho que a definição da competência, no caso em debate, demanda o exame do aspecto direto da caracterização, ou não, da atuação do réu como policial militar nos eventos que culminaram os disparos de arma de fogo.

E em síntese da narrativa acusatória e elementos de prova previamente apreciados dos autos, o réu agindo no exercício de dever de ofício diante de um flagrante de delito presumido, na companhia de duas outras pessoas, sendo uma policial civil, todos munidos de arma de fogo, deslocaram-se a determinado local para averiguar possível tentativa de assalto, e ao efetuarem a abordagem dos indivíduos, verbalizaram que eram policiais, ordenando que ficassem parados, ocasião em que os agentes, entenderam por um movimento suspeito de uma das pessoas, motivo pelo qual deram início aos disparos de arma de fogo contra o veículo daquelas que se colocaram em fuga.

Nessa perspectiva, diante da constatação de que o denunciado se anunciou como policial militar no momento em que efetuou a abordagem e, portanto, atuava em razão da função, revela-se irrelevante que estivesse de folga, em trajes civis e usando armamento particular ou da própria corporação, quando ocorreu o fato delituoso, pois sua conduta se amolda, em tese, à descrita na alínea “c” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

Logo, a competência da justiça militar para julgamento do feito, não há que ser questionada, devendo a conclusão deste processo, inclusive, afetar o julgamento do segundo processo, ainda em trâmite na justiça comum.

E neste último ponto, quanto a litispendência, é matéria de ordem pública, podendo ser declarada de ofício, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*. Constitui pressuposto processual negativo, evidenciado pela existência de uma ação idêntica a outra anteriormente ajuizada, muitas vezes ainda em curso, ambas possuindo circunstâncias fáticas idênticas, com mesma parte, pedido e causa de pedir, devendo a segunda ser considerada indevida, e extinta sem julgamento de mérito, a fim de se evitar decisões contrárias, visando como intuito maior, a segurança jurídica.

Conforme delineado, o acusado foi denunciado perante a justiça militar nos presentes Autos nº 0010314-65.2018.8.12.0001, como incurso no art. 15, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 c/c art. 9º, inc. II, alínea “c”, do Código Penal Militar, pois consoante decorrido, seria o delito de natureza militar.

No entanto, perante a justiça comum, nos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, uma primeira denúncia já teria sido ofertada, em face do recorrente conjuntamente a outros corréus (Edson Aparecido da Silva Soares e Emerson da Silva Soares), imputando-lhes os mesmos fatos ora descritos, tipificados no art. 15, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, cujo feito, atualmente encontra-se em fase instrutória perante a justiça comum na 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Portanto, é de rigor o reconhecimento *ex officio*, da litispendência dos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, tão somente no que se refere ao réu Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva, devendo ser desconsiderados a ele quaisquer efeitos decorrentes da referida ação, com consequente extinção do feito sem exame do mérito, sob implicância de *bis in idem*.

Mérito recursal.

O pleito absolutório do réu, está alicerçado sob as alegações de: laudo pericial não conclusivo de que o réu tenha utilizado sua arma de fogo, de forma que ausente elementos necessários para caracterização do delito; a ação estaria acobertada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; e por último; inexistência de dolo pelos disparos efetuados.

Insubsistentes os argumentos defensivos, considerando que o caderno de provas apresenta versão contraposta de maior robustez e inquestionável, estreme de dúvida, a permitir a manutenção do édito condenatório.

De acordo com a denúncia:

“(...) no dia 02 de novembro de 2017, nas proximidades do Jardim Aero Rancho, nesta capital, o denunciado Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, agindo em razão da função, disparou arma de fogo em via pública.

Segundo restou apurado neste procedimento, no dia acima mencionado, durante uma confraternização entre amigos e familiares na residência do Emerson da Silva Soares, o denunciado, juntamente com o policial civil Edson Aparecido da Silva Soares, foram questionados pelo proprietário da residência acerca de um veículo Blazer que estaria passando por diversas vezes naquele momento.

Tomando a iniciativa de averiguar o que se passava, o denunciado, disparou contra o veículo em movimento, fazendo que o motorista, André de Souza Pessoa, que tinha como carona sua esposa Patrícia Ocampos Serem, conduzisse o veículo em fuga do local. Imediatamente Patrícia acionou a polícia militar, por telefone, de dentro do veículo em fuga sendo socorridos por uma equipe do Grupo de Operações e Investigações da Polícia Civil, que estava próxima.”

Instruído o processo, a materialidade e autoria do crime restaram demonstradas de forma clara nos autos, conforme depreende-se dos Boletins de Ocorrência nº 13476/2017 e nº 13184/2017, auto de prisão em flagrante delito, auto de exibição e apreensão, autos de avaliação, autos de entrega, Laudos Periciais nº 134.623 e nº 133.865 (f. 12-20, 44-48, 89-93, 156-160, 161-174, 276-292 e 321-333), além de toda prova oral angariada durante a instrução (f. 63-65, 66-67, 68-70, 71-73, 74-76, 80-82, 83-85, 94-96, 101-103, 104-106, 107-108, 109-110, 117-120, 128-129, 175-176, 273 e 305).

De início, do interrogatório do réu Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva, em mesmo sentido prestado em sede policial e em juízo (f. 68-70 305), já é possível refutar o argumento de inexistência de conclusão no laudo pericial, acerca da evidência de que o acusado, de fato, tenha utilizado sua arma de fogo na ação, pois assim, confirmados por ele, quando questionado tanto pelo juízo, quanto pela própria defesa, e ainda por esta em sua peça recursal (f. 381) ao discorrer que “*não existe controvérsia sobre os disparos, eis que realmente estes ocorreram.*”

Segundo foi exposto, no dia dos fatos, o réu havia acabado de chegar em uma confraternização familiar que acontecia na residência de Emerson da Silva Soares, cujo irmão, Edson Aparecido da Silva Soares, era policial civil, quando, após um curto período de tempo, Emerson lhe disse que havia visto um automóvel, com as luzes apagadas ou queimadas, passar em frente à casa e retornar logo depois. Em razão da suspeita de crime, decidiu averiguar a situação, juntamente com Edson Aparecido da Silva Soares, visto que ambos eram policiais e desconfiavam que pudesse se tratar de um assaltante. E no desenrolar da abordagem, relatou que “*infelizmente aconteceu de maneira muito rápida*”, conforme está nos autos, fugindo do controle deles.

Indagado sobre os motivos para efetuar os disparos de arma de fogo, o acusado alegou ao desembarcar com o Edison, fizeram a abordagem “como policial em si”, cada qual de um lado, com as armas em punho, e verbalizando que eram policiais, momento em que viu o motorista do outro carro realizando um movimento brusco, e em seguida alguns disparos, o que lhe obrigou a se abrigar, tendo o motorista fugido do local, cantando pneus, logo em seguida. Em razão disso, relatou que houve comunicação ao CIOPS solicitando apoio na localidade e para tentativa de interceptar o carro, considerando tratar-se de uma ocorrência policial.

De outro lado, a vítima André de Souza Pessoa, ouvido em juízo (f. 273), ratificou as declarações prestadas na fase inquisitorial às f. 63-65, oportunidade em que relatou com riqueza de detalhes o ocorrido no dia dos fatos, conforme segue:

“(...) ao estacionar o veículo em frente à sua residência onde sua [esposa] já o aguardava, tendo começado a abrir o portão quando o veículo tipo citroen C4 Pallas, de cor preto, encostou há uns três metros atrás; que ao abrir a porta da caminhonete para descer e tirar o caminhão que estava na garagem para depois colocar a caminhonete e logo em seguida o caminhão; que mesmo antes de terminar de abrir a porta da caminhonete ouviu uma sequência de quatro tiros de arma de fogo; que nesse momento o declarante empreendeu fuga, sendo que ouviu vários disparos de arma de fogo; que durante a fuga, na rua Raquel de Queiroz, proximidades da avenida Norte Sul ouviu mais disparos de arma de fogo (...) que antes de chegar na DEPAC centro recebeu ligação que já fora feita pelo policial do GOI dizendo que já estava na frente de sua residência atendendo a ocorrência; que os policiais do GOI se deslocaram até a DEPAC centro onde fizeram a busca no veículo do declarante e depois o conduziram até a DEPAC Piratininga; que por volta das três horas da manhã, o delegado e a equipe da perícia se dirigiram até a casa do declarante para fazer a perícia no local; que no local foi encontrado dezesseis estojos deflagrados de munição nos calibres 40 e 380 e visualizadas marcas de balas no muro vizinho, que fica há uns terrenos depois da casa do declarante; que em momento algum ouviu alguém dizer ou gritar que era polícia, que a primeira coisa que ouviu foram os disparos de arma de fogo (...).”

Relevante destaque ao que foi dito por ela, de que a perícia realizada no local dos fatos encontrou dezesseis estojos deflagrados de munição nos calibres .40 e .380 e diversas marcas de bala no muro vizinho, que fica a cerca de 4 metros de sua residência, declarando também, que se submeteu a exame residuográfico em ambas as mãos, assim como que se disponibilizou a franquear a entrada do delegado de polícia em sua residência, para realização de buscas no local.

Em mesmos sentido, sua esposa Patrícia Ocampos Serem, ratificou em juízo (f. 273) o depoimento prestado na fase inquisitorial (f. 66-67), relatando que acredita ter sido disparado mais de dez tiros:

“(...) que quando seu marido foi abrir a porta da caminhonete, sem falarem nada os três que estavam no veículo começaram a atirar em direção a caminhonete; que acredita ter sido mais de dez tiros; que no primeiro disparo de arma o marido da declarante saiu em fuga, sendo seguido pelo veículo preto; que a declarante, logo em seguida, em desespero, pedindo por socorro, ligou para o telefone 190 dizendo que tinha ocorrido um assalto e que os assaltantes estavam perseguindo e atirando no veículo de seu marido (...) que quando a equipe do GOI ainda estava no atendimento da ocorrência o veículo preto retornou em alta velocidade e parou próximo a residência da declarante, tendo esta dito que eram os que haviam perseguido seu marido; que imediatamente a equipe GOI procedeu a abordagem ao veículo preto tendo seus ocupantes ditos que eram policiais; que esclarece que seu marido parou a caminhonete na rua porque ele teria que tirar o caminhão da garagem para em seguida colocar primeiro a caminhonete e por último o caminhão, por isso acreditou se tratar de um assalto (...).”

A testemunha Ricardo Moraes de Mello, policial civil, que estava de serviço no dia dos fatos e atendeu a ocorrência acerca do disparo de arma de fogo, ratificou em juízo (f. 273) as declarações prestadas no IPM às f. 8-82, nos seguintes termos:

“(...) que ao chegar no local a esposa da vítima mais duas pessoas da família estavam na frente da residência, tendo o depoente se identificado com policial civil e estaria ali para atender a ocorrência; que depois de identificado a esposa da vítima lhe apresentou um punhado de cápsulas de munição de pistola calibre 380 e algumas de calibre 40; que enquanto entrevistavam a esposa da vítima para levantar informações sobre o veículo do seu marido, bem como os dados deste, ela avistou os faróis de um veículo e disse: “Olha lá! É eles! É eles! Estão voltando!”; (...) que quando anunciou que era a polícia e que parasse o veículo, tanto o motorista quanto o passageiro do C4 Pallas colocaram a mão para fora apresentando as funcionais dizendo que eram policiais; (...) que em entrevista com os policiais, estes disseram que o cara da camionete tinha trocado tiros com eles pelo jeito que iria assaltá-los; que diante das duas versões apresentadas determinou que os policiais e os outros dois que os acompanhavam se dirigissem para a DEPAC Piratininga que era a Delegacia da área do fato, enquanto se deslocou para a DEPAC Centro para entrevistar o rapaz da camionete

Blazer; que entrevistou o Senhor André, proprietário da camionete e este disse que foi vítima de disparos de arma de fogo e que os assaltantes o perseguiram por várias quadras até o Bairro Tijuca; que o depoente perguntou se ele teria efetuado disparos com pistola e se a arma estaria no veículo, ele respondeu convicto de que não possuía arma inclusive franqueou a busca em seu veículo; que o depoente fez a busca que foi acompanhada pelo proprietário, no entanto não localizou a arma nem munições; que o depoente disse ao Senhor André que iria submetê-lo a um exame residuográfico para se certificar se ele teria feito disparo de arma de fogo; que muito convicto o Senhor André estendeu as mãos e se prontificou imediatamente a se submeter ao exame residuográfico; que convidou o Senhor André para se deslocar até a DEPAC Piratininga para lá apresentar ao Delegado para melhor esclarecer o fato; que diante das duas versões surgidas nesse fato, tanto a dos policiais quanto ao do proprietário da camionete, o Delegado requisitou a perícia para irem ao local do fato e lá a perícia constatou que os ângulos dos disparos tanto do calibre 40 quanto do calibre 380 partiram do mesmo local e direção, assim a versão do Senhor André ficou perfeita (...).”

Edson Aparecido da Silva Soares, ouvido no processo na condição de testemunha, confirmou em juízo (f. 273) integralmente seu depoimento extrajudicial (f. 83-85), no seguinte sentido:

*“(...) no dia dos fatos o depoente foi convidado por seu primo SD PM Ribeiro para ir a uma confraternização do senhor Emerson, tendo chegado lá por volta das 22 horas e sentou-se próximo à piscina, no rumo do portão de entrada; que logo percebeu um veículo Blazer de cor branca passando devagar em frente à residência, olhando para dentro e havia outras pessoas no veículo e instantes depois o mesmo veículo retornou passando novamente devagar só que dessa vez estava com os vidros levantados, logo em seguida a testemunha ouviu um disparo que parecia ter ocorrido na esquina abaixo; que tudo isso lhe chamou a atenção de que pudesse se tratar de pessoa que queria cometer algum assalto, pois no quintal da residência havia vários veículos que poderia ser objeto do assalto; que então falou para os policiais Ribeiro e PC Edson que aquela Blazer estava atitude suspeita, então eles resolveram sair e fazer a abordagem e que também foi junto porque sabia das características do veículo; que entraram no veículo C4 Pallas preto SD PM Ribeiro juntamente com o PC Edson e o Senhor Emerson e logo na rua abaixo avistaram a Blazer parada embaixo de uma árvore; que encostaram o veículo atrás da Blazer há uns 5 metros e que os Policiais SD PM Ribeiro e PC Edson desceram do veículo com as armas nas mãos e anunciaram gritando que eram policiais e nesse momento a Blazer estava com a porta semi aberta; que nesse instante a testemunha ouviu um disparo e se abaixou dentro do veículo e na sequência ouviu alguns outros disparos, não sabendo precisar a quantidade; que não viu quem estava atirando porque na hora estava abaixado dentro do veículo e na sequência ouviu um cantado de pneus e o veículo em que eles estavam saiu acompanhando a Blazer; que fizeram o acompanhamento por várias ruas até perdê-lo de vista no Bairro Tijuca, de onde voltaram e ao passar pelo local do fato, foram abordados por uma equipe do GOI; que no momento da abordagem os dois policiais Ribeiro e Edson colocaram as mãos para fora e se identificaram como Policiais; que enquanto os policiais Ribeiro e Edson conversaram com os policiais do GOI a testemunha ficou dentro do carro, não ouvindo o que eles falavam; que depois da conversa com a equipe do GOI retornaram para a casa do Senhor Emerson para que o PC Edson pegasse uma camisa e depois se deslocaram para a DEPAC Piratininga; que na Delegacia depois que o Senhor Emerson havia confessado aos Policiais que tinha feito os disparos foi que ele lhe contou que possuía uma arma e que só ficou sabendo dessa arma nesse momento; que mesmo durante os disparos e o deslocamento em perseguição ao veículo Blazer não percebeu que Emerson estava armado, mas embora tenha dito que havia tomado algumas cervejas, garante que estava consciente; que tanto a testemunha como o Emerson viram quando a Blazer passou em frente a residência; **que a testemunha viu várias cápsulas na Delegacia no momento em que estava sendo ouvida pelo Delegado.**” (g.n.)*

Nesse contexto, resta indiscutível que o réu entre outros envolvidos, no intuito de realizarem uma ocorrência policial para apurar a suposta prática delitiva que estaria em andamento, munidos de armas de fogo, realizaram diversos disparos na localidade, contra o veículo onde estaria a vítima e na presença de testemunha, ação esta tomada de impulso e de forma desproporcional, diante da percepção equivocada de que haveria reação por parte da pessoa abordada, que como restou demonstrado, estaria desarmada e nem sequer ouviu a ordem dos policiais antes dos disparos.

Embora a defesa articule argumentos na tentativa de eximir o réu da imputação em questão, como o questionamento de que “*Patrícia sequer estava no veículo*” junto a vítima, ou que Emerson da Silva Soares seria a pessoa que primeiro atirou, daí motivando os atos em sequências do acusado, ou que de toda forma, estaria ele no estrito cumprimento do dever legal, são alegações insustentáveis e isoladas, não sendo elementos a inibir o dolo verificado da conduta do agente, até porque comprovada a sua desproporção, pois a vítima sequer ofereceu qualquer risco à integridade física dos policiais, afastando por consequência, a tese de excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

Aliás, de acordo com o disposto no art. 234, *caput* e § 2º, do Código de Processo Militar:

“Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. E tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas. (...)”

§ 2º O recurso ao uso de armas de fogo só se justifica quando absolutamente necessário para vencer a resistência ou proteger a incolumidade do executor da prisão ou a de auxiliar seu.”

Em casos análogos, trago a colação o posicionamento adotado por este Sodalício:

“Art. 209 do CPM. Pedido de aplicação da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal. Impossibilidade vítima que não oferecia risco à guarnição. Desproporcionalidade da conduta. Excesso doloso que descaracteriza o estrito cumprimento do dever legal. Recurso improvido. Os disparos de arma de fogo que mutilaram a vítima, que estava desarmada, constitui excesso doloso que descaracteriza a excludente do estrito cumprimento do dever legal. (...)” (TJMS, APL 0002386-39.2013.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 01/09/2015)

“Se a ação policial ocorreu de forma desproporcional e desarrazoada, causando lesão corporal na vítima, não há que se falar em estrito cumprimento do dever legal.” (TJMS; APL 0005921-39.2014.8.12.0001; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 08/04/2015)

“Verificado emprego de força demasiadamente desproporcional e inoportuno para evitar-se suposta fuga de pessoas detidas pela guarnição policial, resta presente o excesso doloso na conduta atribuída ao réu, afastando a incidência da excludente do estrito cumprimento do dever legal.” (TJMS; APL 0005548-42.2013.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 24/01/2014)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – LESÃO CORPORAL GRAVE – TESE DE ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – INOCORRÊNCIA – DESPROPORCIONALIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE DOLO – NÃO VERIFICADO – PENA-BASE – PRESERVADA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAR A PENA NA SEGUNDA FASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – RECURSO NÃO PROVIDO. I. A conduta do polícia foi extremamente desproporcional, pois o ofendido não oferecia risco à guarnição, a qual estava em maior número e munida de armas de fogo, sendo evidente a impossibilidade de se aplicar a excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal. A vítima transitava pela via pública com sua motocicleta e, ao avistar a barreira policial, deu meia volta e retornou, uma vez que não possuía CNH; ao observar a motocicleta empreendendo fuga, o réu então, efetuou um disparo de arma de fogo, atingindo as costas do ofendido que sofreu lesão corporal de natureza grave. II. Não há que se falar em ausência de dolo, uma vez que o contexto probatório revela vontade livre e consciente do réu em assumir o risco da produção do resultado – lesionar a vítima –, ao efetuar um disparo de arma de fogo em sua direção. III. Pena-base preservada. O dispositivo legal (art. 209, § 1º, CPM) não traz a pena mínima, portanto, é aplicável o art. 58, do CPM, que estabelece que o mínimo da pena de reclusão é de um ano. O juízo sentenciante fixou a pena base em conformidade com o Código Penal Militar;

aplicando ao réu a reprimenda mínimo de 01 (um) ano de reclusão. IV. Confissão espontânea. Na segunda fase, as atenuantes não devem causar impacto no apenamento de forma a reduzi-lo aquém do mínimo legal, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Com o parecer – Não provimento.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0004179-85.2015.8.12.0019, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Rel. Juiz Waldir Marques, j: 12/09/2019, p: 19/09/2019). (g.n.)

Diante de toda a dinâmica e fatos descritos, não prospera a tese excludente de ilicitude em razão do estrito cumprimento do dever legal, ante o evidente excesso nos atos perpetrados pelo miliciano. Do mesmo modo, não há que se falar em ausência de dolo uma vez que, o contexto probatório revela vontade livre e consciente assumida pelo réu no risco da produção do resultado – lesionar a vítima –, ao efetuar os inúmeros disparos de arma de fogo em sua direção e em via pública.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva.

De ofício, reconheço a litispendência dos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, tão somente no que se refere ao réu Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva, devendo ser desconsiderados em seu favor quaisquer efeitos decorrentes da referida ação, com consequente extinção do feito sem exame do mérito, sob implicância de *bis in idem*.

Prevalecendo este, determino, com urgência, expedição de Ofício ao Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, com remessa da denúncia, sentença e do acórdão a que se refere os presentes autos de Ação Penal nº 0010314-65.2018.8.12.0001, para as providências pertinentes nos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, depois da manifestação das partes, notadamente com relação à situação processual do apelante Paulo Adailton Ribeiro Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime, e de ofício, reconheceram a litispendência dos Autos nº 0045055-68.2017.8.12.0001, tão somente no que se refere ao réu Paulo Adailton Ribeiro Souza Silva. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 17 de março de 2020.

1ª Seção Criminal

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002066-59.2018.8.12.0018/50000 - Paranaíba

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 28, LEI 11.343/2006 – POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – DESPENALIZAÇÃO – MAUS ANTECEDENTES – PROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO ÀS CONTRAVENÇÕES PENAIIS – POSSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS.

A posse de drogas para consumo pessoal sofreu despenalização com o advento da Lei 11.343/2006, o que não retira a natureza criminosa da conduta, devendo ser considerada na dosimetria da pena-base, sopesando negativamente os antecedentes criminais, ainda que o trânsito em julgado da condenação ocorra após a prática do crime sob julgamento.

O tratamento dispensado ao art. 28, da Lei de Drogas, guarda proporcionalidade se comparado às contravenções penais, já que essas infrações penais também se prestam a fundamentar juízo depreciativo dos antecedentes.

Embargos rejeitados. Com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Jean Carlos Queiroz Dias Junior, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal f. 308-318 que, por maioria, negou provimento ao seu recurso, nos termos do voto do Revisor, mantendo a condenação do embargante pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Pelas razões de f. 327-340, objetiva, em suma, a prevalência do voto minoritário proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que, de ofício, afastou da dosimetria penal o sopesamento negativo dos antecedentes criminais, reduzindo a pena-base.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer a f. 21-30, opina pela rejeição dos embargos opostos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Jean Carlos Queiroz Dias Junior, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (f. 308-318) que, por maioria, negou provimento ao seu recurso, nos termos do voto do Revisor, mantendo a condenação pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Pelas razões de f. 327-340, objetiva, em suma, a prevalência do voto minoritário, proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence que, de ofício, afastou da dosimetria penal o sopesamento negativo dos antecedentes criminais, reduzindo a pena-base.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer a f. 21-30, opina pela rejeição dos embargos opostos.

É o que basta para analisar a pretensão.

Dos antecedentes criminais e da redução da pena base.

Requer a defesa seja afastado o juízo depreciativo da moduladora dos antecedentes, nos termos do voto divergente.

Sob o fundamento de que as condenações anteriores pela prática do delito do art. 28 da Lei 11.343/2006 não são aptas a macular os antecedentes criminais, acrescentando que a condenação pelo crime de posse para uso de drogas é posterior à prática do crime de tráfico de drogas pelo qual foi mantida a condenação no acórdão, o voto vencido considerou neutra a moduladora dos antecedentes, como se vê:

“No presente caso, o sentenciado possui condenações definitivas anteriores aos fatos aqui retratados por posse de droga para consumo pessoal (Autos nº 0001263-13.2017.8.12.0018 e 0005245-06.2015.8.12.0018) e lesão corporal (Autos nº 0004745-71.2014.8.12.0018), sendo este último utilizado para agravar a pena na segunda fase.

Observadas tais premissas, tem-se que as condenações imposta nos Autos nº 0001263-13.2017.8.12.0018, 0002474-84.2017.8.12.0018 e 0005245-06.2015.8.12.0018 não devem ser utilizadas para macular os antecedentes, nem tampouco para caracterizar a reincidência, pois ainda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 tenha sido despenalizada e não descriminalizada, veja-se que essa conduta é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Além disso, não existe a possibilidade de converter essas penas em privativas de liberdade em caso de descumprimento.

Cabe ressaltar, outrossim, que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 configurar reincidência e tampouco antecedentes, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

Nesse sentido:

Conforme o recente entendimento deste Tribunal, “face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.” (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018) (STJ - HC 478.773/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019.

“Ademais, a condenação pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas nos Autos nº 0002474-84.2017.8.12.0018 é posterior aos fatos aqui retratados, sendo inviável a sua utilização para desabonar os antecedentes criminais.”

No que se refere às recentes decisões dos Tribunais Superiores que, mesmo considerando que o porte de droga para consumo pessoal não deixou de ser crime com o advento da Lei de Drogas, o que houve foi a despenalização da conduta, as decisões recentes têm sido vacilantes quanto ao alcance da condenação

criminal transitada em julgado pela prática da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11/343/2006 no que tange à reincidência criminal, principalmente sob o argumento de que é desproporcional quando comparada ao tratamento das contravenções penais, as quais são apenadas com mais rigor, inclusive, com prisão simples e/ou multas.

Apesar disso, tenho que tal divergência não se reflete no tratamento dos antecedentes criminais, pois o argumento de que o sopesamento da posse para uso de drogas desatende à proporcionalidade quando comparada aos efeitos da contravenção penal, não tem força nessa fase da dosimetria da pena, pois apesar de não configurar reincidência, a prática pretérita de contravenção penal e posterior de crime, o mesmo não ocorre em relação aos antecedentes, devendo tal infração penal ser considerada na aplicação da pena-base, atendidos os demais requisitos. Nesse sentido a jurisprudência:

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DELITO DE FURTO – PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – ACOLHIDO – CONDENAÇÃO POR CONTRAVENÇÃO PENAL APTA PARA VALORAR CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA AOS ANTECEDENTES – PEDIDOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – NEGADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Afastada a valoração da agravante da reincidência, pautada em condenação com trânsito em julgado posterior à data do delito objeto destes autos. II – **A condenação anterior com trânsito em julgado, pela prática de contravenção, apesar de não caracterizar reincidência em crimes, pode fundamentar a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes.** III – A valoração da circunstância judicial maus antecedentes impedem o abrandamento do regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3.º do CP. IV – Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela sanção restritiva de direitos, face a inobservância do requisito inicial do dispositivo legal do art. 44, III do CP.” (TJMS - APL: 00036544120178120017 MS 0003654-41.2017.8.12.0017, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 07/06/2019, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/06/2019). (g.n.)*

*“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – ATO OBSCENO – AUSÊNCIA DE PROVAS – CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CONTRAVENÇÃO – ANTECEDENTES – DOSIMETRIA. 1 - Na forma do art. 82, § 5º, da Lei 9.099/1995, a ementa serve de acórdão. Recurso próprio, regular e tempestivo. Recurso da acusação, que busca o aumentar a pena imposta. 2 - **Antecedentes. Condenação anterior pela prática de contravenção penal. A condenação anterior, com trânsito em julgado, por prática de contravenção não caracteriza reincidência. Todavia, é possível a exasperação da pena-base no caso, por esse fato revelador de maus antecedentes.** (AgRg no AREsp nº 896.312/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016). No caso, a condenação anterior registrada à fl. 19 indica a condenação pela prática de importunação ofensiva (art. 61 da LCP) com modus operandi assemelhado ao crime que ora se julga. 3 - (...).” (TJDF 20160710087712 DF 0008771-18.2016.8.07.0007, Relator: Aiston Henrique de Sousa, Data de Julgamento: 11/10/2018, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/11/2018 . Pág.: 374/383). (g.n.)*

Quanto à condenação definitiva ser posterior à prática do crime pelo qual foi condenado, tal questão não impede que seja maculada a moduladora dos antecedentes criminais, pois aqui importa o momento no qual o crime foi praticado, sendo anterior, fato pretérito, é irrelevante que a condenação tenha transitada em julgado após a prática do novo crime, objeto da condenação.

Sabe-se que a existência de antecedentes não mantém relação com a data do trânsito em julgado da decisão que analisa esse fato delituoso, ao contrário do que ocorre com a reincidência. Antecedentes penais são os registros de fatos pretéritos, juridicamente relevantes, praticados pelo acusado, que influenciam diretamente na fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do Código Penal.

O marco inicial para a constatação da existência de antecedentes é a data da sentença que está sendo prolatada.

Claro que, em atenção ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e ao enunciado das Súmulas 241 e 444 do STJ, somente podem ser considerados para fins de valorar negativamente os antecedentes as sentenças definitivas, e que não tenham sido empregadas, concomitantemente, para fins de reincidência.

A hipótese em discussão refere-se a pessoa que, na data da prolação da sentença, registra condenação transitada em julgado.

Ao fixar a pena-base o juiz deve conferir a data do trânsito em julgado da decisão anterior. Se anterior à data do fato agora sob análise, configurada estará a reincidência (artigo 63 do Código Penal), a ser valorada, exclusivamente, na segunda fase da dosimetria, como circunstância agravante, pois assim atende-se ao disposto pelos artigos art. 5º, LVII, da Constituição Federal, 61 e 68, do Código Penal, e à Súmula 241 do STJ.

Por outro lado, se o trânsito em julgado daquela decisão ocorreu depois da data da prática do crime ora analisado, embora seja impossível o reconhecimento da reincidência, é plenamente possível a consideração do fato para fins de valoração dos antecedentes, pois o conceito de maus antecedentes é mais amplo que o da reincidência, nesta hipótese, em realidade, não importa a data do trânsito em julgado, mas sim o fenômeno jurídico “trânsito em julgado”. E isto é assim porque, na primeira fase da dosimetria, por força da Súmula 444 do STJ, “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”.

Mas como a decisão transitou em julgado e não configura reincidência, possibilita juízo negativo dos antecedentes, exclusivamente na primeira fase da dosimetria. Nessa linha julgados do STJ (Grifei e reduzi ao necessário):

“PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – ROUBO TENTADO – ANOTAÇÃO CRIMINAL ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - (...). II - Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE nº 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe de 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que ‘O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes.’ (HC nº 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Ainda, menciono: HC nº 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017. III - Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. IV - Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não vejo como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes, notadamente porque, conforme anteriormente salientado, esta Corte Superior possui a compreensão, tanto na Quinta quanto na Sexta Turma, de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes. V - In casu, não identifico nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que, fundamentadamente, foi reconhecida a existência de maus antecedentes em desfavor do ora paciente. Habeas corpus não conhecido.” (STJ HC 459.858; Proc. 2018/0177657-1; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 04/09/2018; DJE 10/09/2018; Pág. 1113). (g.n.)

“PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA. (...) – MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS – MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA

PENA-BASE – CRIME ANTERIOR À PRÁTICA DELITIVA – TRÂNSITO EM JULGADO ENTRE OS FATOS E A SENTENÇA – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. (...). 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes. 5. **A condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.** Precedentes. 6. (...).” (STJ; HC 456.096; Proc. 2018/0155249-4; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 02/08/2018; DJE 15/08/2018; Pág. 1670). (g.n.)

“PENAL E PROCESSUAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PRESENÇA DE QUALIFICADORAS – UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRAS DUAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA – POSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DE MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO DELITO EM EXAME – VIABILIDADE. 1. (...). 6. Não se vislumbra ofensa à Súmula nº 444 desta corte de justiça, visto que a condenação definitiva por fato anterior ao imputado na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, não serve à configuração da reincidência, mas se presta a fundamentar validamente o aumento da pena-base, a título de maus antecedentes. 7. Habeas corpus não conhecido.” (STJ; HC 290.261; Proc. 2014/0052359-1; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJE 17/02/2016). (g.n.)

Também é esse o entendimento desta Corte:

“EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – FATOS ANTERIORES E TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS – REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA – REGIME PRISIONAL ALTERADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – CABÍVEL – PARCIALMENTE ACOLHIDOS. Apesar de comungar o entendimento pela possibilidade de a condenação criminal por fato anterior ao crime em julgamento, cujo trânsito em julgado seja posterior, configurar maus antecedentes, no caso em análise, identifico somente uma condenação hábil para caracteriza-la, porquanto há apenas uma condenação por fatos anteriores. Logo, deve ser utilizada na primeira fase do apenamento, contudo inservível para configurar a reincidência. (...).” (TJMS; EI-Nul 0023647-60.2013.8.12.0001; Seção Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 01/04/2016; Pág. 133).

Portanto, nos termos expostos, com o parecer, rejeito os embargos infringentes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

1ª Seção Criminal

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Revisão Criminal nº 1412178-25.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – SUPERVENIÊNCIA DE LEI PENAL MAIS BENIGNA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 66, INCISO I, DA LEP E DA SÚMULA 611, DO STF – CARÊNCIA DE AÇÃO.

Transitada em julgado a sentença condenatória, cabe ao juízo da execução a aplicação de lei penal benéfica superveniente, conforme preconizam o art. 66, I, da LEP e a súmula 611 do STF.

Carência de ação decretada, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, não conhecer da revisional. Unânime.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de revisão criminal interposta por Thiago de Assis Cavalcante, condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos delitos previstos no art. 15 e art. 16, *caput*, ambos da Lei nº 10.826/03, conforme acórdão proferido nos Autos nº 0006795-55.2013.8.12.0002.

Pelas razões de f. 01-07 objetiva a desclassificação do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, para o delito cominado no art. 12, do mesmo diploma legal, ao fundamento de que a arma de fogo por ele utilizada quando da prática do delito – pistola de calibre 9 mm – então considerada como de uso restrito, com a edição do Decreto-Lei nº 9.847/19 passou a ser considerada de uso permitido, estando caracterizada a *novatio legis in melius*. Subsidiariamente, requer a desclassificação do respectivo crime para o previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, com a alteração do regime prisional e o afastamento da hediondez.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 432-437, opina pelo conhecimento e provimento da revisão.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de revisão criminal interposta por Thiago de Assis Cavalcante, condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática dos delitos previstos no art. 15 e art. 16, *caput*, ambos da Lei nº 10.826/03, conforme acórdão proferido nos Autos nº 0006795-55.2013.8.12.0002.

Pelas razões de f. 01-07 objetiva a desclassificação do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, para o delito cominado no art. 12, do mesmo diploma legal, ao fundamento de que a arma de fogo por ele utilizada quando da prática do delito – pistola de calibre 9 mm – então considerada como de uso restrito, com a edição do Decreto-Lei nº 9.847/19 passou a ser considerada de uso permitido, estando caracterizada a *novatio legis in melius*. Subsidiariamente, requer a desclassificação do respectivo crime para o previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, com a alteração do regime prisional e o afastamento da hediondez.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 432-437, opina pelo conhecimento e provimento da revisão.

É o que basta para analisar a pretensão.

O pedido, porém, não pode ser conhecido.

A ação de revisão criminal, como excepcional que é por atacar a coisa julgada, tem aplicação restrita às hipóteses referidas pelo artigo 621, do CPP, assim redigido:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

In casu, a reforma pretendida não se enquadra em citado rol, eis que se refere à aplicação de lei posterior, mais benéfica, superveniente à condenação, matéria afeta ao juízo da execução penal (art.66, I, da LEP) e que desafia recurso próprio (agravo em execução penal).

Nesse sentido, preconiza o referido artigo 66, I, da Lei de Execuções Penais:

“Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

(...).”

No mesmo sentido é a súmula 611 do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Súmula nº 611, do STJ - “Transitada em julgado a condenação, compete ao Juízo da Execução a aplicação de lei mais benigna.”

Em casos análogos colhe-se da jurisprudência:

“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISO I CP)- RECURSO DEFENSIVO – DECOTE DA MAJORANTE RELATIVA AO USO DE ARMA (ART. 157, § 2º, INCISO I, CP)- NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – REESTRUTURAÇÃO DAS PENAS – NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA 611 DO STF. 1. como a Lei nº 13.654/2018 beneficia o réu que praticou roubo com emprego de outro instrumento ou mecanismo diferente da arma de fogo (novatio legis in melius), ela deverá retroagir para beneficiar os réus cujos crimes foram praticados anteriormente à mencionada lei. 2. Nos termos da súmula 611 do STF, compete ao juízo da execução a aplicação da lei penal posterior e mais benéfica, visto que a decisão que condenou o reeducando transitou em julgado e foi editada nova lei com redação mais favorável ao réu.” (TJMG - AGEPN: 10525170015537001 MG, Relator: Edison Feital Leite,

Data de Julgamento: 04/08/0019, Data de Publicação: 14/08/2019). Destaquei.

“REVISÃO CRIMINAL – QUADRILHA ARMADA – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – ART. 66, I, DA LEP E SÚMULA 611, DO STF – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 621, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. – Transitada em julgado a sentença condenatória, cabe ao Juízo da Execução a aplicação de lei penal benéfica superveniente, conforme preconizam o art. 66, I, da LEP e a súmula 611 do STF. - Ausentes os requisitos materiais do art. 621, do Código de Processo Penal, é de rigor o não conhecimento da ação revisional.” (TJMG - RVCR: 10000150487858000 MG, Relator: Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento: 10/12/0016, Grupo de Câmaras Criminais/3º Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: 27/01/2017). Destaquei.

Outro não é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – ÓBICES IMPOSTOS PELAS SÚMULAS Nº 501 DO STJ E 611 DO STF – IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 11.343/2006 – AFASTAMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 – FLAGRANTE ILEGALIDADE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...).

2. Consoante o enunciado da Súmula n 611 do Supremo Tribunal Federal, “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”. Portanto, transitada em julgado a sentença penal condenatória e não havendo sido apreciado pedido de aplicação retroativa da legislação pelo Juízo das execuções penais, sua análise pela Corte de origem configuraria indevida supressão de instância. (...).” (HC 325.918/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015). Destaquei.

No presente caso, não há informações nos autos de que o requerente tenha buscado a aplicação da lei penal mais benigna junto ao juízo da execução penal, não podendo este Sodalício se manifestar sobre a questão, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Registro, ainda, que a análise da matéria pelo juízo da execução é medida mais benéfica ao peticionário, porquanto sujeita o tema ao duplo grau de jurisdição.

Assim, ausentes os requisitos materiais do art. 621, do Código de Processo Penal, o autor é carecedor da ação proposta.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, decreto a carência da ação de revisão criminal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Não conheceram da revisional. Unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

3ª Câmara Criminal**Relator designado Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva****Apelação Criminal nº 0023231-87.2016.8.12.0001 - Campo Grande**

EMENTA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – PROVA IRREPETÍVEL – ART. 155, PARTE FINAL, DO CPP – LAUDO PERICIAL – IMPRESSÕES DIGITAIS DO APELANTE NA CENA DO CRIME – CONFISSÃO PARCIAL E RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA PELA VÍTIMA NA ESFERA POLICIAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS – MODULADORAS DO ART. 59 DO CP NEUTRALIZADAS – REGIME PRISIONAL – RECLUSÃO IGUAL OU INFERIOR A QUATRO ANOS – PRIMARIEDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – ART. 33, § 3º, “C”, DO CP – ABERTO IMPOSITIVO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS DO ART. 44 DO CP PREENCHIDOS – REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – VALOR MÍNIMO INDENIZÁVEL – PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA – ELEMENTOS INDICATIVOS DOS PREJUÍZOS CAUSADOS À VÍTIMA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DO EVENTO DANOSO – CUSTAS PROCESSUAIS – JUSTIÇA GRATUITA – ISENÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL.

O artigo 155 do CPP, parte final, possibilita a formação do convencimento do juiz com base em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, mesmo que produzidas exclusivamente na fase investigatória. O laudo de perícia papiloscópica, acompanhado de outros elementos que corroboram o resultado do exame, ainda que produzidos na fase policial, autorizam o édito condenatório.

Fixa-se a pena-base no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais são favoráveis.

A pena inferior a quatro anos de reclusão, aplicada a agente primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal, deve ser cumprida inicialmente no regime aberto, independentemente da gravidade da infração.

Faz jus ao benefício previsto no art. 44 do Código Penal, o agente que preenche, de forma cumulada, todos os requisitos lá mencionados.

Suspende-se por 5 (cinco) anos o pagamento das custas devidas pelo agente que demonstre sua hipossuficiência.

Nos termos do inciso IV do artigo 387 do CPP, o juiz é obrigado a fixar valor mínimo a título de ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Além de tal fixação ser efeito automático da sentença condenatória (inciso I do artigo 91 do Código Penal), havendo pedido expresso na denúncia e citação válida, o contraditório perfectibiliza-se com a prova relativa à autoria e materialidade, não se havendo falar em ausência de contraditório ou de defesa específica. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso (artigo 398 do CC e Súmula 54 do STJ).

Em parte com o parecer, dá-se parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, vencido o relator, que dava provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wagner Pereira de Souza contra a sentença de f. 154-158, complementada pelo *decisum* de f. 173, proferido pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que condenou o apelante à pena de m 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, por infração ao artigo 155 do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 195-210), a defesa postula pela absolvição do recorrente, sob o argumento de que inexistem provas suficientes para sustentar a condenação do apelante, de modo que, no seu entender, deve ser aplicado ao caso o princípio do *in dubio pro reo*.

Subsidiariamente, postula pela redução da pena-base para o mínimo legal, pela fixação do regime inicial menos severo, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela isenção ao pagamento de custas e pelo afastamento da reparação de danos à vítima.

Nas contrarrazões de f. 214-254, o representante ministerial em primeira instância pugnou pelo não provimento do recurso.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo desprovimento do apelo (f. 263-274).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wagner Pereira de Souza contra a sentença de f. 154-158, complementada pelo *decisum* de f. 173, proferido pelo juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que condenou o apelante à pena de 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, por infração ao artigo 155 do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 195-210), a defesa postula pela absolvição do recorrente, sob o argumento de que inexistem provas suficientes para sustentar a condenação deste, de modo que, no seu entender, deve ser aplicado ao caso o princípio do *in dubio pro reo*.

Subsidiariamente, postula pela redução da pena-base para o mínimo legal, pela fixação do regime inicial menos severo, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela isenção ao pagamento de custas e pelo afastamento da reparação de danos à vítima.

Nas contrarrazões de f. 214-254, a representante ministerial em primeira instância pugnou pelo parcial provimento do recurso, a fim de reduzir a pena aplicada ao apelante, fixar o regime semiaberto e conceder o benefício da justiça gratuita.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo desprovimento do apelo (f. 263-274).

É o relato do essencial. Passa-se ao exame do caso.

Narra a peça acusatória que:

“(...) no dia 24 de junho de 2015, por volta das 17h00min, na Rua Primola, nº 758, Jardim das Hortências, nesta comarca, o denunciado Wagner subtraiu, para si ou para outrem, com destruição ou rompimento de obstáculo coisas alheias móveis consistentes em 01 (um) aparelho de celular Motorola Moto G, cor preta; 01 (um) aparelho celular Iphone 4S, cor branca; 01 (uma) corrente de ouro juntamente com um pingente; 01 (um) par de brincos de ouro; 01 (uma) Makita Serramarmore Skill; 01 (uma) furadeira Boch; 01 (um) notebook, marca Positivo Stilo XR3000 CEL, 14 Polegadas CVDR/3D/W8 e 01 (uma) serra circular Boch, tudo avaliado em R\$ 3.480,00 (três mil, quatrocentos e oitenta reais), de propriedade da vítima Delmira Assis Carneiro da Silva.

Segundo restou apurado, no dia dos fatos, a vítima saiu para trabalhar e quando retornou à casa, percebeu que a porta da cozinha (fundos) estava aberta sendo que alguém forçou pelo lado de baixo e notou que seus bens foram subtraídos, mas ninguém foi visto entrando ou saído do local.

Foi realizado o exame de levantamento de impressões papilares em local laudo nº 10.78/2015/IIGP/MS, no qual foi constatado que as impressões digitais encontradas no local do delito são do denunciado Wagner. Confessou a prática dos fatos que lhe são imputados e narrou como praticou o delito. Afirmou que estava sozinho e pulou o muro lateral da casa e já no quintal, empurrou a porta da cozinha com as mãos e a danificou. Aduziu que subtraiu somente o notebook e posteriormente o trocou por 10 g de entorpecente, a saber: pasta base de cocaína, conforme consta às f. 66-67.” (f. 02-03)

Após o regular trâmite processual, sobreveio a sentença de f. 154-158, na qual o juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande julgou parcialmente procedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de condenar o ora recorrente à pena de 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa.

Consoante acima relatado, a defesa postula pela absolvição do recorrente por insuficiência de provas com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*.

Pois bem.

A materialidade delitiva está devidamente demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 08-09), laudo de perícia papiloscópica (f. 13-26), auto de avaliação indireta (f. 53-54) e relatório do inquérito (f. 80-81).

Contudo, inexistente qualquer prova judicial apta a alicerçar a condenação do recorrente.

No caso, embora o recorrente tenha confessado a prática delitiva na fase extrajudicial (f. 71-72) e o laudo de perícia papiloscópica (f. 13-26) tenha identificado fragmentos de impressões papilares produzidos pelo apelante no local do crime, não há prova judicial para subsidiar a autoria delitiva neste particular.

Isso porque a defesa e o Ministério Público Estadual desistiram da oitiva judicial da vítima (f. 118), ao passo que o recorrente foi considerado revel (f. 119-120).

Por certo, a acusação não se desincumbiu do ônus que lhe competia quanto à demonstração da autoria delitiva, pois apenas a ofendida foi arrolada na peça acusatória, porém esta não foi ouvida, conforme acima ressaltado.

Desse modo, a inexistência de elementos produzidos sob o crivo judicial inviabiliza a condenação do ora recorrente, porquanto esta não pode ser alicerçada apenas em elementos informativos, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Sobre a matéria, eis o que dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (g.n.)

Dentro dessa linha de compreensão, a sentença penal condenatória deve estar arrimada no acervo probatório produzido sob o crivo judicial, salvo as exceções expressamente previstas na norma supratranscrita, as quais não são evidenciadas neste particular.

Nesse aspecto, como é curial, o livre convencimento adotado em nosso ordenamento jurídico deve ser motivado.

Entretanto, não se trata de qualquer motivação, pois esta deve estar consubstanciada na prova produzida sob o crivo judicial.

Entendimento em sentido contrário, isto é, a admissão da condenação do apelante apenas com supedâneo em elementos produzidos através de procedimento inquisitivo seria o mesmo que tornar desnecessária a intervenção jurisdicional no exame das provas penais, limitando-se a atuação do julgador a aplicação da pena, sendo dispensável a própria instrução criminal.

Em caso semelhante ao presente, eis o posicionamento adotado por este Sodalício:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO POR ROUBO MAJORADO E TRÁFICO – CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL – AUSÊNCIA DE PROVA PRODUZIDA NA FASE JUDICIAL – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

I - Apesar de possuir elementos idênticos ao furto, o roubo é crime complexo, mais grave, que afronta dois bens jurídicos, o patrimônio e a integridade física/liberdade individual, assim a ausência de prova judicial de que houve agressão ou ameaça impossibilita a imputação do delito de roubo.

II - Ausentes provas sólidas para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é medida que se impõe, a teor do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, em consonância com o princípio in dubio pro reo.

III Recurso desprovido. Em parte com o parecer da PGJ.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0000900-39.2015.8.12.0004, Amambai, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 21/09/2017, p: 25/09/2017) (Destacou-se).

Em conclusão, sob a égide da Constituição Federal, impõe-se à sentença condenatória criminal uma sustentação por elementos fáticos e demonstráveis de modo objetivo para ultrapassar o patamar da dúvida razoável, cuja presença, diga-se de passagem, milita em favor do réu.

Portanto, considerando-se que não constam dos autos a existência de elementos probatórios hábeis a lastrear um édito condenatório, deve militar em favor do recorrente a dúvida em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, razão pela qual se faz impositiva a absolvição do apelante, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Diante da absolvição do recorrente, impõe-se, por consectário, o afastamento da condenação deste ao pagamento de custas, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal¹.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL – PROCESSUAL PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL LEVE (ART. 129, § 9º, DO CP) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DA DEFESA – PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – RÉU ABSOLVIDO – POSSIBILIDADE – CUSTAS AFASTADAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (TJSC; ACR 0003975-29.2017.8.24.0054; Rio do Sul; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Volnei Celso Tomazini; DJSC 14/06/2019; Pag. 415) (Destacou-se).

¹ “Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, **condenará nas custas o vencido.**” (Destacou-se).

Quanto ao prequestionamento levantado, a matéria controvertida foi analisada, integralmente, de maneira clara e objetiva, mostrando-se despcienda a expressa referência no acórdão de todas os dispositivos normativos ou princípios indicados pelos representantes do Ministério Público.

Face ao exposto, contra o parecer, deve-se dar provimento ao recurso defensivo, a fim de absolver Wagner Pereira de Souza por ausência de provas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, afastando-se, outrossim, a condenação ao pagamento de custas.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Revisor)

Trata-se de apelação criminal interposta por Wagner Pereira de Souza, condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime fechado, e 175 dias-multa, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal, bem assim ao pagamento da quantia de R\$ 3.480,00, a título de reparação por danos materiais devidos à vítima, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

Com a devida *venia*, ousou divergir do e. Relator, que, provendo o recurso, reformou a sentença e absolveu o apelante da imputação feita na denúncia com base no artigo 155 do CPP, por entender que não há prova judicializada.

Pleito absolutório.

Segundo a denúncia, no dia 24/6/15, por volta das 17h, no endereço constante na peça exordial, o denunciado Wagner subtraiu para si ou para outrem, com destruição ou rompimento de obstáculo, coisas alheias móveis, consistentes em um aparelho celular motorola, um celular *iphone* 4S, uma corrente de ouro com pingente, um par de brincos de ouro, uma makita serramarmore skilll, uma furadeira boch, um *notebook* marca positivo e uma serra circular boch, avaliados em R\$ 3.480,00.

Segundo dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal, o juiz formará sua livre convicção pela livre apreciação da prova produzida em juízo, não podendo, em hipótese alguma, fundamentar exclusivamente com base em provas colhidas no âmbito inquisitorial, salvo, entre outras, aquelas de caráter irrepetíveis.

Referida disposição legal possui, como se vê, duas partes bem distintas:

Pela primeira fica claro que as provas produzidas na fase policial, para fundamentar decreto condenatório, devem ser confirmadas em juízo.

A segunda parte, porém, estabelece duas exceções à regra geral, quais sejam: “*aquelas de caráter irrepetíveis*” e, no ponto em que refere “entre outras”, situa as provas de natureza cautelar e as produzidas de forma antecipada.

Portanto, o artigo 155 do CPP deve ser lido e analisado em sua integralidade, sem excluir nenhuma de suas duas partes.

No presente caso, pelo que se vê, aplicou-se apenas a primeira fase, excluindo as exceções estabelecidas pela segunda, principalmente prova de caráter irrepetível, ou seja, prova produzida na fase policial e que, seja por sua natureza, ou mesmo por algum percalço de caráter material, não pode voltar a ser produzida.

Confira-se, acerca de provas irrepetíveis e de natureza cautelar ou antecipadas, doutrina de Renato Brasileiro de Lima, “Manual de Processo Penal”, 3. ed. Editora Jus Podivm, 2015. p. 573:

“O art. 155 do CPP deixa entrever que é possível que o juiz forme sua convicção com base em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, ainda que estas tenham sido produzidas na fase investigatória.

Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido (...).

Prova não repetível é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória (...).

Por outro lado, provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância (...).”

E a jurisprudência destaca que qualquer elemento informativo que se encaixe em uma destas categorias (provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas), pode ser empregado como meio probatório exclusivo. Atente-se (reduzidas ao ponto e sem grifos na fonte):

*“PENAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – ART. 344 DO CP – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DESCABIMENTO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – OFENSA AOS ARTS. 155 E 386, VI E VII, DO CPP – NÃO OCORRÊNCIA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – DESCABIMENTO – SÚMULA Nº 7/STJ – **EMPREGO DE PROVA IRREPETÍVEL – RESSALVA DA PARTE FINAL DO ART. 155 DO CPP – FUNDAMENTO INATACADO** – SÚMULA Nº 283/STF – AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.”* (STJ; AREsp 1.259.467; Proc. 2018/0050214-0; PR; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 28/11/2018; DJE 30/11/2018; Pág. 9433). (g.n.)

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA – (...) PROVA IRREPETÍVEL – ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – (...) – 4. **Os documentos que instruem o inquérito policial gozam de presunção de legitimidade e de veracidade e, sendo prova irrepetível, podem ser utilizado como meio probatório exclusivo, consoante artigo 155, in fine, do Código de Processo Penal. 5. (...)**.”* (TRF 4ª R.; ACR 5001311-39.2017.4.04.7002; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 20/02/2019; DEJF 12/03/2019). (g.n.)

*“PENAL E PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – COLISÃO COM OUTROS VEÍCULOS – ESTACIONAMENTO – FOTOS – VÍDEOS – PROVA IRREPETÍVEL – SUFICIÊNCIA – ART. 155 DO CPP. (...). 1. **À luz do disposto no art. 155, do CPP a prova irrepetível pode formar o convencimento do magistrado ainda que produzida exclusivamente na fase extrajudicial.** 2. (...)”* (TJDF; APR 2016.03.1.022716-9; Ac. 114.4419; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Carlos Pires Soares Neto; Julg. 06/12/2018; DJDFTE 24/01/2019). (g.n.)

No caso destes autos houve a produção de prova de natureza irrepetível, qual seja a pericial, como se vê pelo laudo de f. 13-26, o qual identificou as impressões digitais do apelante na cena do crime e que, por certo, não há como ser reproduzido em juízo.

É certo que na fase judicial não se reinquiriu a vítima nem o próprio apelante, porém, tal fato não possui o condão de afastar a conclusão da perícia realizada logo após o fato criminoso, no local em que ocorreu, a qual esclareceu ter sido o apelante o autor do mesmo mediante conclusão de natureza científica, ou seja, através das impressões digitais do mesmo.

Tais impressões, como se sabe, são únicas, exclusivas, posto que inexistente pessoa com impressões digitais idênticas às de qualquer outra.

Aliás, o próprio apelante, ao ser interrogado (f. 71-72), confessou a prática delitiva, embora alegando ter subtraído apenas o notebook, afirmando ter entrado pelas portas do fundo para tal prática. Ou seja, ele admite ter estado no local do crime, onde foram colhidas suas impressões digitais.

Ademais, a prova vem apoiada no boletim de ocorrência de f. 8-9 e na palavra da vítima, Delmira Assis Carneiro da Silva, que declarou ter visto, por fotografia, a pessoa do apelante – Wagner Pereira de Lima – indicando como sendo ele o possível autor do crime, eis que já o viu na casa de seu vizinho Felipe, o qual já arrombou sua casa anteriormente (f. 51-52).

Portanto, através de perícia técnica (prova irrepetível), confissão extrajudicial e declarações da vítima na fase policial, restou provado que o apelante foi a pessoa que, subtraiu da casa da vítima todos os objetos referidos nestes autos, posto não ser crível que, após arrombar a porta e ingressar no recinto, tenha levado consigo apenas o notebook, pois nada o impediu de realizar a subtração com toda a naturalidade, posto que embora assim tenha declarado, não esclarece de que forma os demais objetos teriam sido retirados do local.

Tais elementos são mais que suficientes para atribuir ao apelante a prática delitiva mencionada na denúncia, não se havendo falar em pleito absolutório por ausência de provas.

Desta forma, contrariando o voto do eminente Relator, nego provimento ao recurso defensivo.

Pena-base.

Prosseguindo com a análise do presente recurso, vê-se que o apelante postula redução da pena-base ao mínimo legal. Segundo ele, os fundamentos adotados para atribuir juízo negativo às moduladoras dos antecedentes, conduta social, personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime são inadequados.

A sentença, ao efetuar a dosimetria da pena, considerou negativas referidas moduladoras, com base nos seguintes elementos (f. 156-157): para os antecedentes, em razão da vida pregressa; para a conduta social, por fazer do crime o seu meio de vida; para a personalidade vida propensa à prática criminosa, periculosidade e perseverante nessa prática; quanto aos motivos por não trabalhar honestamente e buscar vantagens às custas da vida, saúde e trabalho de outrem, e por fim, para as circunstâncias, em razão da gravidade pelo fato de o crime ter ocorrido na casa da vítima, tratando-se de asilo inviolável. Em razão disso, elevou a pena em 2 anos de reclusão, resultando fixada em 3 anos de reclusão.

O Princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

Para os antecedentes, em atenção ao Princípio Constitucional da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, bem como ao teor da Súmula 444 do STJ, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Daí decorre que somente se considera desfavorável a moduladora dos antecedentes quando há condenação transitada em julgado, que não incida, concomitantemente, em reincidência.

No caso dos autos, atento à ficha criminal de f. 124-125, a única condenação existente decorre de fato posterior, sendo, pois, imprestável para negativar a moduladora dos antecedentes, razão pela qual considero favorável a moduladora e decoto o acréscimo dela decorrente.

Para a conduta social e personalidade negativadas com base nas condutas criminais do apelante, sem dúvida que tais fundamentos não inadequados, e portanto, neutras, de sorte que os acréscimos delas decorrentes também devem ser decotados.

Na análise da conduta social deve-se considerar o comportamento do agente no meio social em que vive, na família e no trabalho, sem empregar atividades caracterizadas como criminosas, pois estas são objeto de outras moduladoras. É o que leciona Ricardo Augusto Schmitt, em “Sentença penal condenatória – teoria e prática, 8. ed. Editora Podivm, p. 129”, ensinando que a mesma:

“(...) difere-se dos antecedentes e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu sanção definitiva do Estado. A conduta social não se refere a fatos

criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita.”
(sem grifos na fonte).

Portanto, no caso dos autos, em que a circunstância foi considerada desfavorável exclusivamente com base na folha de antecedentes, a fundamentação é inadequada, obrigando ao decote do acréscimo dela decorrente.

Assim também em relação à personalidade, cuja moduladora não pode ser considerada desfavorável com base em antecedentes criminais.

Neste ponto retifico o entendimento até então adotado para, em razão da segurança jurídica e até por coerência sistêmica, acompanhar a decisão proferida pela Terceira Seção do STJ, no julgamento do EAREsp 1311636/MS, no qual referida Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser impossível considerar as múltiplas condenações em outras moduladoras, reservando-as exclusivamente ao campo dos antecedentes, os quais, em tal hipótese, poderão gerar acréscimo superior ao incidente nas demais. Eis a parte do julgado que aqui interessa:

“(…)

3 – A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios – referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.”

No campo dos motivos do crime, são 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. O objetivo de auferir lucro fácil é elemento constitutivo do tipo dos delitos contra o patrimônio, de maneira que não é fundamento idôneo para embasar juízo negativo de tal moduladora. Ademais, segundo consta, o apelante, depois de subtrair o bem (ou os bens), saiu com o propósito de efetuar a troca por drogas, circunstância que diz respeito à saúde, e portanto, não sendo caso de reprimenda. Logo, a circunstância também é neutra.

Por fim, quanto às circunstâncias do crime, esse vetorial relaciona-se aos elementos periféricos ao fato (forma de agir, estado anímico, objeto empregado, condições de tempo e local, duração da conduta, dentre outros), que indiquem maior censurabilidade da ação, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal. No caso vertente, o fato de o apelante ter entrado na residência e subtraído bens não são fundamentos que, por si só, justificam o agravamento da pena, posto que o ingresso na residência da vítima para efetuar a subtração nada mais é que elemento já previsto pelo tipo penal sob análise.

Por tais razões, uma vez afastadas todas as circunstâncias negativadas pela sentença, a pena-base é fixada no mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, convertida em definitivo, em razão da ausência de outras causas modificadoras. A confissão espontânea, embora presente, não produz efeito prático na sanção, eis que estabelecida no mínimo legal, e abaixo disso não pode ficar face ao princípio da reserva legal e da Súmula 231 do STJ.

Regime prisional.

O apelante postula regime prisional mais brando.

Tratando-se de pena igual ou inferior a 8 (oito) anos, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis e primariedade, o regime inicial deve ser eleito conforme a quantidade da pena, sem considerar a gravidade abstrata da infração.

É o que se extrai dos enunciados das Súmulas 440, do STJ, e 718, do STF:

“Súmula 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718 - A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

Sendo assim, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, e considerando que a pena foi fixada em 1 ano de reclusão, fixo o regime aberto para início do cumprimento da pena.

Pena substitutiva.

Atento à nova dosimetria da pena, verifica-se que o apelante preenche a todos os requisitos do citado dispositivo legal, fazendo, pois, jus ao benefício.

Sendo assim, substituo a pena corporal por uma restritiva de direitos, a ser definida pelo juízo da execução.

Custas processuais.

O apelante postula pela isenção do pagamento das custas processuais. Alega estar assistido pela Defensoria Pública desde o início da ação.

Ainda que entenda ser matéria de prova e, por isso, afeta ao juízo das execuções penais, para evitar desnecessários transtornos, curvo-me ao entendimento da maioria dos membros desta colenda Câmara, para acatar o pedido em relação àquele recorrente que, desde o início, foi assistido pela Defensoria Pública, presumindo-se, assim, hipossuficiente, de forma que, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, suspende-se o pagamento das custas processuais pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Ademais, no Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Estadual nº 3.779/09 determina, em seu art. 24, VI, f, serem isentos do recolhimento da taxa judiciária a Defensoria Pública de ofício e seus assistidos.

É o caso dos autos, foi desde o início da ação nomeou-se em face do apelante defensor dativo, como se vê a f. 103. Com efeito, ele vem sendo assistido pela Defensoria em todo o trâmite processual, comprovando desta forma sua hipossuficiência, a justificar pelo acolhimento do pedido.

Ademais, consta dos autos que ele é estudante, não havendo provas de possuir condições financeiras para arcar com tais despesas.

De tal forma, acolho a pretensão.

Danos materiais.

Por fim, postula o apelante pelo afastamento da reparação por danos materiais causados à vítima. Segundo ele, inexistente nos autos instrução específica para se apurar o valor mínimo do dano, além da ausência de provas.

De plano, insta destacar que a denúncia formula pedido de condenação ao pagamento de valor mínimo a título de reparação dos danos causados à vítima, como se vê a f. 1-4, nos seguintes termos:

“(...) Outrossim, como o crime contra o patrimônio praticado pelo denunciado lesionou direitos e garantias individuais da vítima, bem como os que concernem à proteção da própria sociedade, o Ministério Público Estadual requer, com fulcro no art. 387, IV do Código de Processo Penal, seja fixado valor mínimo de indenização devida à vítima, posto que o denunciado lhe causou prejuízos.”

Trata-se, portanto, de dar cumprimento ao inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, pelo qual, ao proferir sentença condenatória, o juiz *“fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”*

Como visto, a disposição traz em si um comando imperativo “fixará”, ou seja, determina que o magistrado fixe valor mínimo a título de reparação de danos, de maneira que ele é obrigado, pela lei, a proceder dessa forma, não lhe sendo lícito ignorar o pedido e, muito menos, tal determinação, pena de proferir sentença citra petita, ou seja, absolutamente nula.

Em decisão proferida no dia 09/08/16, a 6ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.585.684-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (Info 588), por unanimidade de votos, decidiu (destaques meus):

“RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSO PENAL – REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL – ART. 387, IV, DO CPP – ABRANGÊNCIA – DANO MORAL – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o quantum que refere-se ao dano moral. Recurso especial improvido.”

Trata-se, como se vê, de um paradigma de extrema importância que, por sua extensão e profundidade, esgota a questão, não deixando qualquer dúvida acerca da obrigatoriedade de fixação do valor mínimo, inclusive relativo ao dano moral, quando for o caso, exigindo apenas que, neste ponto, a decisão seja minimamente fundamentada.

Estes autos atendem a todas as exigências para a fixação do valor mínimo em favor da vítima, determinado pelo citado art. 387, IV, do CPP, pois contém: a) pedido expresso na denúncia, inclusive com o valor do dano; b) observância dos princípios do contraditório e ampla defesa (réu validamente citado); c) prova do valor dos danos causados (auto de avaliação indireta de f. 53-54 – R\$ 3.480,00).

Por tais fundamentos, tenho como certa a necessidade de a sentença penal condenatória fixar valor mínimo a título de indenização às vítimas, em decorrência dos prejuízos sofridos, não havendo falar-se em lesão às garantias necessárias ao exercício da ampla defesa e ao contraditório.

Como se trata de responsabilidade extracontratual, os juros de mora incidem a partir da data do evento danoso, nos termos do artigo 398 do CC e da Súmula 54 do STJ². Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – MATÉRIA JORNALÍSTICA – BLOG – VEICULAÇÃO – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA Nº 7/STJ – JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL – TERMO INICIAL – SÚMULA Nº 54/STJ. 1. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a alteração do valor da indenização por danos morais somente será possível quando este mostrar-se exorbitante ou irrisório, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, nos casos de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem fluir a partir

² “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

do evento danoso. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EDcl no REsp 1543750/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016). (g.n.)

Quanto ao termo inicial para contagem da correção monetária é o da data do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ.

Sendo assim, mantém-se a condenação, mesmo porque, quando das declarações da vítima (f. 51), afirmou não ter recuperado qualquer dos bens subtraídos.

São estes os fundamentos pelos quais, após discorrer sobre os dispositivos legais indicados a título de prequestionamento, com a *venia* do Relator, e em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para neutralizar as circunstâncias judiciais, suspender o pagamento das custas processuais pelo prazo de 5 (cinco) anos, e fixar a pena em 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, vencido o relator, que dava provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

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 janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0001518-25.2018.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS, PORTE/POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA OCULTAÇÃO DE BENS E VALORES PROVENIENTES DE INFRAÇÃO PENAL – RECURSO INTERPOSTO POR WAGNER RODRIGUES DE ALMEIDA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – TESE AFASTADA – PEDIDO DE APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – OBEDIÊNCIA À SÚMULA 231 DO STJ – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO – EFEITO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DESPROVIDO.

As provas formam um juízo de certeza acerca da ocorrência do delito – associar-se duas ou mais pessoas para o fim de traficar. O conjunto probatório produzido no processo se apresenta suficiente para confirmar a acusação imputada de associação para o tráfico, além das peculiaridades do caso em exame que demonstram circunstâncias que vão além do concurso de pessoas.

Ocultar bens, direitos e valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal é crime previsto na lei de lavagem de dinheiro, cujos bens jurídicos tutelados são a administração da justiça e a ordem socioeconômica e o sujeito passivo a coletividade (sociedade) que sofre com os impactos negativos provenientes da prática do crime.

O tráfico de drogas e a associação para o tráfico são sem dúvidas crimes antecedentes que geram grande quantidade de valores em espécie, servindo como forma de entrada de recursos ilícitos no sistema financeiro legal ou como forma de se ocultar a localização e propriedade do proveito financeiro ilícito.

A hipótese dos autos basta para a caracterização do delito na forma do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

É princípio geral do direito penal que o juiz não pode elevar a pena acima do máximo previsto no tipo penal, nem diminuí-la abaixo do mínimo legal. Logo, as atenuantes genéricas não autorizam a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 destina-se ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à traficância ou integre organização criminosa.

Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas (11.343/2006), torna-se inadmissível a incidência da causa de redução de pena pelo tráfico privilegiado.

O confisco é efeito secundário da condenação, previsto no art. 91, II, do Código Penal.

Essa medida tem por finalidade impedir a difusão de instrumentos adequados à prática de novos crimes e proibir o enriquecimento ilícito por parte do criminoso.

RECURSO INTERPOSTO POR TIAGO ALVES DA SILVA E SIDINÉIA HIPÓLITO SILVÉRIO – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – RECEPÇÃO E CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA OCULTAÇÃO DE BENS E VALORES PROVENIENTES DE INFRAÇÃO PENAL – PEDIDOS COMUNS – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – TESE

AFASTADA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL – PENA APLICADA MANTIDA – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR FORMULADO POR SIDINÉIA – PREJUDICADO – JÁ CONCEDIDO NA SENTENÇA – RECURSOS DESPROVIDOS.

O suporte fático e probatório, embasado nos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, é suficiente para ensejar a manutenção da condenação.

As provas formam um juízo de certeza acerca da ocorrência do delito – associar-se duas ou mais pessoas para o fim de traficar.

Para a averiguação do elemento subjetivo do crime de receptação, a conduta e os dados circunstanciais do evento delituoso devem ser observados.

Na hipótese, inviável o pleito de absolvição, porque as provas são suficientes de que os apelantes receptaram o bem e, que estaria plenamente ciente da condição ilegal do bem, seja pela sua própria natureza, seja pelas circunstâncias que envolveu o delito.

Resta evidente nas provas dos autos que os agentes agiram dolosamente, ou seja, tinham conhecimento da origem ilícita do bem, pelo que não há falar em absolvição.

Ocultar bens, direitos e valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal é crime previsto na lei de lavagem de dinheiro, cujos bens jurídicos tutelados são a administração da justiça e a ordem socioeconômica e o sujeito passivo a coletividade (sociedade) que sofre com os impactos negativos provenientes da prática do crime.

O tráfico de drogas e a associação para o tráfico são sem dúvidas crimes antecedentes que geram grande quantidade de valores em espécie, servindo como forma de entrada de recursos ilícitos no sistema financeiro legal ou como forma de se ocultar a localização e propriedade do proveito financeiro ilícito.

A hipótese dos autos basta para a caracterização do delito, na forma do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

No caso, apresentada fundamentação adequada para o julgamento desfavorável de circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59 do Código Penal, do art. 42 da Lei 11.343/2006 e art. 93, IX, da Constituição Federal, fica mantida a pena aplicada, como forma de reprovar o crime praticado.

O pedido de prisão domiciliar fica prejudicado porque já concedido na sentença pela magistrada prolatora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Acolheram a preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento aos recursos defensivos, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tratam-se de recursos de apelação criminal interpostos por Wagner Rodrigues de Almeida, Sidinéia Hipólito Silvério e Tiago Alves da Silva contra a sentença de f. 712-747 da juíza de direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS.

Wagner Rodrigues de Almeida foi condenado à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 1.220 (um mil, duzentos e vinte) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput* e art. 35, da Lei 11.343/2006, ao art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 e ao art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, na forma do art. 69, do Código Penal, pelo que, pelo recurso interposto às f. 772-786, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição da imputação pela prática dos crimes previstos no art. 35, da Lei 11.343/2006 e art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Alternativamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal; a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a restituição do veículo apreendido.

Sidinéia Hipólito Silvério foi condenada à pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 838 (oitocentos e trinta e oito) dias-multa e Tiago Alves da Silva foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 934 (novecentos e trinta e quatro) dias-multa, ambos por infração ao art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, ao art. 180, *caput*, do Código Penal e ao art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Tiago pelo recurso interposto às f. 842-855, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, IV e VI, do Código de Processo Penal.

Alternativamente, requer a redução da pena-base no mínimo legal.

Sidinéia, por sua vez, pelo recurso interposto às f. 856-870, também requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, IV e VI, do Código de Processo Penal.

Alternativamente, requer a redução da pena-base no mínimo legal e a manutenção da prisão domiciliar, com fundamento no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP.

O Ministério Público Estadual pelas contrarrazões de f. 790-827 e f. 1.021-1.056 requer o improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de f. 1.065-1.087, manifestou-se, opinando pelo não conhecimento do pedido formulado pela apelante Sidinéia de manutenção da prisão domiciliar, por falta de interesse recursal e pelo improvimento dos recursos interpostos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação criminal interpostos por Wagner Rodrigues de Almeida, Sidinéia Hipólito Silvério e Tiago Alves da Silva, qualificados nos autos, contra a sentença de f. 712-747 da Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS.

Narra a denúncia o seguinte:

“(…) Consta dos autos de inquérito policial em epígrafe que, no dia 02 de fevereiro de 2018, sexta-feira, por volta das 10h40min, na residência localizada na Rua Ana Queiroz Dutra nº 685, Jardim dos Ipês IV, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Wagner Rodrigues de Almeida tinha em depósito, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, droga, qual seja, 03 (três) tabletes contendo a substância conhecida popularmente como “maconha”, pesando, no total, 51g (cinquenta e um gramas), e um invólucro da substância conhecida vulgarmente como “cocaína”, pesando 50g (cinquenta gramas), substâncias estas proibidas em todo território nacional pela Portaria nº 344 da Secretaria Nacional da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12.05.1998, conforme auto de apreensão de f. 56-60 e exames preliminares de constatação de f. 64 e 66.

Consta dos autos, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado Wagner Rodrigues de Almeida foi surpreendido possuindo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, arma de fogo e munições de uso permitido, tratando-se de uma pistola, marca Taurus, calibre .380, com numeração suprimida, 34 (trinta e quatro) munições intactas de calibre .380 e 50 (cinquenta) munições intactas de calibre .38, aptos a efetuar disparos, conforme autos de apreensão de f. 56-60 e laudos periciais em anexo.

Consta dos autos, também, que, anteriormente a esses fatos, ao menos no período compreendido entre janeiro a fevereiro de 2018, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, os denunciados Tiago Alves da Silva, Sidinéia Hipólito Silvério e Wagner Rodrigues de Almeida associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico de drogas. Consta dos autos, ademais, que, ao menos no período compreendido entre janeiro a fevereiro de 2018, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, os denunciados Tiago Alves da Silva, Sidinéia Hipólito Silvério e Wagner Rodrigues de Almeida, em comum acordo de vontades, ocultaram a origem de valores provenientes diretamente da infração penal acima narrada, ou seja, associação para o tráfico de drogas.

Consta dos autos, ademais, que, ao menos no período compreendido entre janeiro a fevereiro de 2018, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, os denunciados Tiago Alves da Silva, Sidinéia Hipólito Silvério e Wagner Rodrigues de Almeida, em comum acordo de vontades, ocultaram a origem de valores provenientes diretamente da infração penal acima narrada, ou seja, associação para o tráfico de drogas.

Consta dos autos, por fim, que, no período compreendido entre 14 de outubro de 2016 e início do ano de 2018, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, os denunciados Tiago Alves da Silva e Sidinéia Hipólito Silvério, em comum acordo de vontades, adquiriram, em proveito próprio, um aparelho celular, cor dourado e modelo Galaxy J (auto de apreensão de f. 56-60), que sabiam ser produto de crime, crime este de roubo ocorrido no dia 14 de outubro de 2016, nesta cidade, tendo como vítima Luis Alexandre Rosa da Silva (boletim de ocorrência n° 3501/2016 em anexo).

Conforme apurado nos autos, na manhã do dia 02 de fevereiro de 2018, policiais do Setor de Investigações Gerais (SIG) local, que estavam nas imediações do Edifício do Fórum local, observaram quando a denunciada Sidinéia, que é convivente do denunciado Tiago há sete anos e com o qual fora denunciada por terem sido surpreendidos, na data de 25 de janeiro do corrente ano, nesta cidade, tendo em depósito, para fins de tráfico, maconha (Autos n° 0001342-46.2018.8.12.0021), bem como sobre quem recaíam denúncias de que, mesmo após a prisão de Tiago, deu continuidade à atividade criminosa, entrou na agência bancária da Caixa Econômica Federal.

Diante disso, os agentes públicos em questão aguardaram, defronte à citada agência bancária em referência, a saída da denunciada Sidineia e acionaram reforço policial.

Na sequência, os policiais observam que, após transcorridos, aproximadamente, trinta minutos, a denunciada Sidineia saiu da referida agência bancária e, de posse de uma bolsa e uma sacola, foi em direção ao veículo Chevrolet/Onix, cor prata, placas OWO-5640, que estava estacionado no estacionamento da agência bancária, quando lá entrou e permaneceu por alguns minutos, saindo, após, em uma bicicleta do local. Nesse momento, os policiais abordaram o condutor do veículo acima descrito, o qual foi identificado como sendo o ora denunciado Wagner, e, diante das fundadas suspeitas, vistoriaram o veículo logrando encontrar, num fundo falso, junto ao aparelho de som, a quantia em dinheiro no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nesse momento, os policiais abordaram o condutor do veículo acima descrito, o qual foi identificado como sendo o ora denunciado Wagner, e, diante das fundadas suspeitas, vistoriaram o veículo logrando encontrar, num fundo falso, junto ao aparelho de som, a quantia em dinheiro no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Concomitantemente, outra equipe de policiais abordou a denunciada Sidineia, que, incontinenti, admitiu aos agentes que foi ordenada pelo seu companheiro e ora denunciado Tiago a sacar a quantia em dinheiro em questão do banco para entregá-lo ao também denunciado Wagner.

Durante a abordagem do denunciado Wagner, os policiais o questionaram se ele possuía drogas em sua residência, quando ele veio a admitir ter alugado um imóvel para guardar drogas e armamento.

Ato contínuo, os agentes policiais dirigiram-se até o imóvel em questão, localizado na Rua Ana Queiroz Dutra nº 685, Jardim dos Ipês IV, nesta cidade, e, em buscas pelo local, lograram apreender a pistola .380 com numeração suprimida, que estava municiada com 16 (dezesseis) cartuchos, além de 18 (dezoito) munições de .380 e uma caixa contendo 50 (cinquenta) munições de calibre .38, bem como as porções de “cocaína” e “maconha” acima descritas.

Nesse imóvel, ainda, os agentes policiais apreenderam, entre outros objetos, uma balança de precisão nova, marca Tomate, um caderno contendo anotações relativas ao tráfico de drogas, 06 (seis) aparelhos celulares, além daquele de uso do denunciado Wagner.

Durante entrevista, o denunciado Wagner admitiu, aos policiais, que o dinheiro apreendido no veículo que estava em seu poder e que lhe foi entregue pela denunciada Sidineia era proveniente do tráfico de drogas e seria enviado para Campo Grande/MS, bem como que o veículo em comento foi adquirido com dinheiro proveniente do tráfico de drogas e para serviço do mesmo.

Na sequência, os policiais foram até a residência da denunciada Sidineia e lá encontraram duas folhas contendo anotações de valores e nomes, um caderno de cor vermelho contendo anotações e valores e outro caderno de cor verde contendo anotações e valores, sendo tais anotações indicando contabilidade de tráfico de drogas, um comprovante de saque bancário no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), datado de 02.02.2018 às 10h30min41s, da Caixa Econômica Federal (documento anexo), um cartão do banco Caixa Poupança em nome dela, uma motocicleta em nome dela, além de um aparelho celular marca Samsung, modelo J7, em relação ao qual se constatou tratar-se de produto de crime de roubo ocorrido nesta cidade.

Conforme apurado durante as investigações, o denunciado Wagner, apontado nos autos como montador de móveis inclusive por sua companheira Thais Rodrigues Bernardino da Silva, alugou do senhor Eromilto Dias de Almeida, pelo valor mensal de R\$ 1.000,00 (um mil reais), o imóvel localizado no endereço acima citado para servir de ponto de apoio para as atividades do grupo criminoso ligadas aos tráfico de drogas.

Nesse passo, constatou-se que, no interior do citado imóvel, havia poucos móveis, sendo uns novos, como um colchão e uma mesa de escritório com gavetas contendo vários elásticos geralmente utilizados para prender grandes quantidades em dinheiro pelas instituições bancárias (auto de apreensão de f. 106).

Ainda, conforme levantamento junto à vizinhança do referido imóvel, os policiais civis obtiveram informações de que a casa permanecia sempre fechada e nela só havia fluxo de variados veículos com homens, e não com família, normalmente no período noturno, que entravam e logo saíam de lá.

Nesse particular, ainda, o próprio denunciado Wagner confidenciou aos policiais que a residência em debate era utilizada como ponto de apoio da associação criminoso, pois ali era descarregado o entorpecente que era depois repassado para ser comercializado na região, bem como, também, guardado o dinheiro obtido com a mercancia de drogas.

Nessa esteira, é dos autos, também, que o veículo Chevrolet/Onix, cor prata, placas OWO-5640, ano/modelo 2013/2014, foi adquirido do senhor Josuel Aparecido Queiroz Honorato pelo denunciado Wagner, pela quantia em dinheiro de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco

mil reais) em data de 05 de janeiro de 2018 (documento de f. 124), veículo este utilizado por Wagner tanto para a realização de cobranças referentes ao tráfico de drogas, como para o transporte de valores e entorpecentes.

Tanto é assim que em tal veículo estavam instalados dois rastreadores veiculares, a indicar que o veículo usado pelo denunciado Wagner estava sendo, constantemente, monitorado durante o desempenho de tais funções.

Insta salientar, indicando a dedicação ao tráfico de drogas, que os denunciados Sidineia e Tiago, os quais convivem maritalmente há, aproximadamente, oito anos, já foram anteriormente juntos processados e condenados nos Autos nº 0001134-22.2011.8.12.0049 na Comarca de Água Clara/MS pela prática do crime de tráfico de drogas (documentos anexos), pois, em data de 30 de junho de 2011, na companhia de Paulo Henrique Oliveira Tosta, foram surpreendidos transportando 1kg (um quilograma) de pasta base de cocaína, bem como com a posse de comprovantes de depósitos de valores em dinheiro que totalizaram o valor de R\$ 28.606,67 (vinte e oito mil, seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos).

Ainda, na mesma senda, conforme acima anotado, os denunciados Sidineia e Tiago, no dia 25 de janeiro de 2018, nesta cidade, foram surpreendidos tendo em depósito, no quarto do casal, para fins de tráfico, droga, qual seja, um tablete de “maconha” pesando 90g (noventa gramas), após denúncias de que a residência era utilizada para a prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que, além da droga, os policiais militares apreenderam a vultosa quantia em dinheiro de R\$ 13.258,20 (treze mil, duzentos e cinquenta e oito reais e vinte centavos), sendo que desse valor R\$ 12.476,00 (doze mil e quatrocentos e setenta e seis reais) estavam dispostos em cédulas de valores diversos e o restante em moedas, as quais foram encontradas dentro de um ‘cofrinho de cerâmica’, uma balança de precisão e vários rolos de papel filme, objetos estes normalmente usados para embalar a droga em porções menores para comercialização.

(...)

Ademais, restou demonstrado nos autos que os denunciados não possuíam nenhuma fonte de renda lícita que lhes possibilitassem a vultosa movimentação financeira constatada. Assim, a investigação revelou nítida a atuação dos denunciados na associação para o tráfico de drogas e no crime de lavagem de capitais, pois, os denunciados associaram-se para a prática de tráfico de drogas e, com unidade de desígnios, ocultaram a origem dos valores provenientes dessa prática criminosa, e a serviço dessa atividade nefanda, inclusive movimentando-os na conta poupança nº 013.00005474-4, agência nº 3862, da Caixa Econômica Federal, de titularidade da denunciada Sidineia.

Assim, Sidineia, além de atuar no tráfico de drogas em conluio com seu companheiro e ora denunciado Tiago, tinha a especial incumbência de movimentar valores pertencentes à agremiação criminosa e angariados com o comércio ilícito de entorpecentes, sob as ordens de seu companheiro Tiago, em conta bancária de que era titular, além de adquirir bens móveis com o dinheiro arrecadado com essa prática criminosa, tudo de modo a viabilizar a lavagem de capitais e fomentar a continuidade da traficância.

Nesse sentido, importante frisar que a denunciada Sidineia, que declinou trabalhar em um salão de beleza em um bairro desta cidade, tem registrado em seu nome uma microempresa, cujo nome fantasia é ‘Néia Variedades’, além de uma motocicleta, Honda/Biz ES, ano/modelo 2010/2010, cor preta, placa HTR-5241, bem como um veículo, Toyota/Corolla XEI, ano/modelo 2012/2013, cor cinza, placas NRQ-0898, ou seja, patrimônio este incompatível com a atividade alegada por ela.

Já os denunciados Tiago e Wagner atuavam como agentes operacionais da organização criminosa, executando o recebimento, depósito e entrega de drogas, além de atender às demandas que ocorriam, inclusive utilizando-se da residência localizada no bairro Jardim dos Ipês alugada por Wagner, bem como na lavagem de capitais.”

Diante desses fatos, os apelantes foram denunciados pelo cometimento dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico, posse/porte de arma de fogo de uso restrito e ocultação de bens e valores.

Realizados os procedimentos processuais, sobreveio sentença que condenou os apelantes pela imputação da prática dos crimes em questão.

Wagner Rodrigues de Almeida foi condenado à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 1.220 (um mil, duzentos e vinte) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput* e art. 35, da Lei 11.343/2006, ao art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003 e ao art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, na forma do art. 69, do Código Penal.

Sidinéia Hipólito Silvério foi condenada à pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 838 (oitocentos e trinta e oito) dias-multa e Tiago Alves da Silva foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 934 (novecentos e trinta e quatro) dias-multa, ambos por infração ao art. 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, ao art. 180, *caput*, do Código Penal e ao art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Passo, então, ao exame dos pedidos formulados pelos apelantes nos recursos.

Os apelantes Wagner, Sidinéia e Tiago requerem, em pedido comum, a absolvição da imputação da prática dos crimes que lhes foram atribuídos.

Wagner requer a absolvição da imputação pela prática do crime de associação para o tráfico e pelo crime de ocultação de bens e valores, previstos, respectivamente, no art. 35, da Lei 11.343/2006 e art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Sidinéia e Tiago, por sua vez, requerem a absolvição da imputação pela prática do crime de associação para o tráfico, receptação e ocultação de bens e valores, previstos, respectivamente, no art. 35, da Lei 11.343/2006, art. 180, *caput*, do Código Penal e art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

Nesse ponto, passo, então, ao exame do pedido em questão, de forma conjunta, porque matérias correlacionadas.

Quanto à condenação pelo crime de associação para o tráfico.

O art.35 da Lei de Drogas diz respeito a associação para o tráfico de drogas.

Extrai-se a descrição desse tipo penal que, a reunião de pessoas para a prática do crime elencado nele, configura a associação criminosa.

No caso dos autos, imputou-se aos apelantes a associação para o tráfico de drogas.

Como se sabe e está explícito no próprio tipo penal, para a caracterização desse crime se exige a conjunção de duas ou mais pessoas para a prática de crime de tráfico de drogas. E também se exige uma estabilidade do vínculo, pois, sem esses elementos, haverá mero concurso de agentes.

É certo que, para a configuração do crime de associação para o tráfico, o tipo penal exige certo nível de organização e permanência, não sendo uma simples reunião de duas ou mais pessoas.

Sobre o delito penal sob exame, é de todo oportuno destacar os elucidativos ensinamentos dos professores Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalhos que, citando Vicente Greco Filho, estabelecem que¹:

“Poder-se-ia entender que também configuraria o crime simples concurso de agentes, porque bastaria o entendimento de duas pessoas para a prática de uma conduta punível, prevista naqueles artigos, para a incidência no delito agora comentado, em virtude da cláusula

¹ **Lei de drogas:** Lei 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012. p.139.

*‘reiteradamente ou não’. Parece-nos, todavia, que não será toda a vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo, de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria.” (destaquei).*

Diante desse contexto, restaram comprovadas a estabilidade e a permanência, circunstâncias que vão além do mero concurso de pessoas, no presente caso, com vistas a toda a dinâmica fático probatória.

A ampla prova produzida, tanto na fase investigativa quanto na fase judicial, a investigação policial, demonstra a estabilidade e a permanência dos apelantes na prática do crime de tráfico de drogas, ultrapassando a mera reunião ou o concurso de pessoas.

Está claro nos autos a estabilidade e a permanência de Wagner, Sidinéia e Tiago para a prática do crime de tráfico de drogas, evidenciada pelo fundo falso em som de carro, com rastreador, a grande quantidade de dinheiro apreendida (R\$ 50.000,00), a locação de imóvel para a prática de crime que servia como ponto de apoio para associação.

Como salientou o testemunho do Delegado de Polícia Ailton Pereira de Freitas, responsável pelas investigações, que os vizinhos do imóvel relataram que sempre pessoas diferentes frequentavam o local apenas a noite; não haviam móveis indicando que alguém morasse no local, onde foram encontradas armas, munições, maconha, cocaína e várias borrachas utilizadas para enrolar maços de dinheiro (f. 480-481).

No mesmo sentido o depoimento do policial civil Genildo Ferreira Bueno, que monitorou em investigação a apelante Sidinéia. Não se pode deixar de considerar ainda a quebra do sigilo bancário em nome de Sidinéia, com grande movimentação de dinheiro, sem comprovação de origem lícita (f. 515 – Autos nº 0000779-52.2018.8.12.00021 e Medida Cautelar nº 0000779-52.2018.8.12.0021)

A prova testemunhal confirma toda a dinâmica de como se deram os fatos com a prisão em flagrante de Sidinéia e de Wagner.

Portanto, o conjunto probatório produzido no processo apresenta-se suficiente para confirmar a acusação imputada de associação para o tráfico.

É certo que as circunstâncias do caso concreto indicam que os apelantes não estivessem agindo sozinho, integrando uma organização criminosa, sobretudo diante da grande quantidade de dinheiro apreendida e movimenta na conta corrente em nome de Sidinéia, a qual não tinha fonte de renda comprovada para a movimentação correspondente.

Nessa análise, deve ser ressaltado que, no processo penal, o pronunciamento de um juízo condenatório não precisa se respaldar, necessariamente, em elementos de prova direta. É também possível e lícito, à luz do ordenamento jurídico vigente, que a condenação encontre alicerce no contexto probatório indireto, com potencial destaque aos indícios, que é meio legítimo e idôneo de prova previsto e aceito pelo Código de Processo Penal (art. 239).

No presente caso, constata-se que a prova direta produzida nos autos, que repousa eminentemente nos depoimentos judiciais dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e pela investigação, está demonstrada a associação dos apelantes para a prática do crime de tráfico de drogas.

Nada obstante, a participação dos apelantes no contexto criminoso deflui claramente do farto conjunto indiciário existente no processo.

Assim, verifica-se que o conjunto probatório contido nos autos do processo é suficiente para ensejar um juízo condenatório, com demonstração de associação estável para a realização do crime de tráfico de drogas com grande movimentação financeira.

Portanto, fica mantida a condenação dos apelantes pelo crime de associação para o tráfico de drogas.

Quanto à condenação pelo crime de lavagem de dinheiro na ocultação de bens, valores e dinheiro.

Ocultar bens, direitos e valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal é crime previsto na lei de lavagem de dinheiro, cujos bens jurídicos tutelados são a administração da justiça e a ordem socioeconômica e o sujeito passivo a coletividade (sociedade) que sofre com os impactos negativos provenientes da prática do crime.

O tráfico de drogas e a associação para o tráfico são sem dúvidas crimes antecedentes que geram grande quantidade de valores em espécie, servindo como forma de entrada de recursos ilícitos no sistema financeiro legal ou como forma de se ocultar a localização e propriedade do proveito financeiro ilícito.

A hipótese dos autos basta para a caracterização do delito na forma do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98.

O caso dos autos conclama típica conduta de ocultar valores proveniente de infração antecedente (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

Aliás, como bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, o qual adoto como razões complementares de decidir:

“Averiguando a renda mensal do casal, verifica-se que ambos ocultaram o dinheiro ilícito, vez que compraram bens à vista com valores muito acima de suas remunerações, bem como não juntaram aos autos documentos comprovando a origem lícita do dinheiro. Os depoimentos prestados pelos policiais e pelas testemunhas foram repetidos em juízo e confirmados pelo conjunto probatório, possuindo força probante suficiente para embasar a condenação, conforme entendimento jurisprudencial:

(...).”

Assim, as provas coligidas ao processo são claras quanto à prática das condutas típicas descritas no *caput* do art. 1º, da Lei 9.613/1998 – ocultação de valores proveniente diretamente da prática do crime de tráfico de drogas.

Quanto à condenação pelo crime de receptação.

Para a averiguação do elemento subjetivo do crime de receptação, a conduta e os dados circunstanciais do evento delituoso devem ser observados.

Na hipótese, inviável o pleito de absolvição, porque as provas são suficientes de que os apelantes receptaram o celular encontrado na residência do casal, de procedência ilícita, e que estaria plenamente ciente da condição ilegal do bem, seja pela sua própria natureza, seja pelas circunstâncias que envolveu o delito.

Sobre o tema, o doutrinador Celso Delmanto explica que,

“(...) tanto na receptação própria como na imprópria (1ª e 2ª partes do caput) é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de adquirir, receber ou ocultar ou influir, sabendo tratar-se de produto de crime. Não basta o dolo eventual, sendo indispensável o dolo direto: que o agente saiba (tenha ciência, certeza) de que se trata de produto de crime.” (Código penal comentado. 3. ed. Renovar. p. 328).

Pelas circunstâncias do caso concreto resta evidente o conhecimento, pelos apelantes, da origem ilícita do celular, sem procedência e sem documentação, por preço bem inferior, devendo ser prestigiada a condenação, como posta na sentença.

Desse modo, fica mantida a condenação dos apelantes.

Mantida a condenação de todos os apelantes, nos termos da sentença, passo ao exame dos pedidos alternativos:

Do recurso interposto por Wagner Rodrigues de Almeida:

Alternativamente, Wagner requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal; da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a restituição do veículo apreendido.

Do pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

O apelante Wagner requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Com efeito, a magistrada da origem reconheceu a atenuante da confissão espontânea, somente deixando de aplicá-la em razão da pena já se encontrar no mínimo legal, para que não houvesse ofensa à Súmula 231, do STJ.

É princípio geral do direito penal que o Juiz não pode elevar a pena acima do máximo previsto no tipo penal, nem diminuí-la abaixo do mínimo legal. Nesse particular, leciona a Doutrina de forma interessante:

“As atenuantes genéricas também são de incidência obrigatória. De fato, diz o art.65, caput, que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena. (...). Além disso, as atenuantes genéricas, ainda que existem muitas delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Tais motivos levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”²

Fixação da pena abaixo do mínimo legal: utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art.65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se quando o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador.”³

Nesse sentido, também é a jurisprudência:

“PENA – CIRCUNSTÂNCIA LEGAL – MENORIDADE – LIMITE. A consideração da atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição.” (STF – HC 73.924-SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

“HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – CONDENAÇÃO – CAUSA DE AUMENTO – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA ARMA – MENORIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 231/STJ – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA – NÃO CONHECIMENTO.

2 MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. 7. ed. Método, 2013. p.664.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. RT, 2013. p.469.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do Habeas Corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte (EREsp nº 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi), vencida a Relatora, é prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, desde que verificada a existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento, como na hipótese.

3. As atenuantes genéricas não autorizam a redução da pena aquém do mínimo legal, conforme previsão da Súmula nº 231 desta Corte.” (STF - HC 174977/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Desse modo, as atenuantes genéricas não autorizam a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, o que comporta absoluta aplicação na situação particular.

Ademais, é oportuno mencionar que, no âmbito da sentença, apesar de ter sido reconhecida a atenuante da confissão espontânea, como bem ponderou a Magistrada sentenciante, a atenuante em questão não foi aplicada em razão da pena já ter sido fixada no mínimo legal.

Portanto, houve pleno atendimento aos princípios da proporcionalidade, da discricionariedade vinculada e, sobretudo, individualização da pena, de tal forma que não houve qualquer irregularidade no procedimento de dosimetria apto a justificar eventual redimensionamento da reprimenda penal imposta na origem.

Assim, nesse ponto, não há qualquer motivo plausível que seja capaz de ensejar o acolhimento da pretensão recursal, de modo que, portanto, a sentença deve ser mantida inalterada.

Do pedido de reconhecimento/aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Seguindo, nas razões recursais, o apelante sustenta também que faz jus ao reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

Quanto a esse aspecto, deve ser salientado que para que o réu possa fazer jus a essa diminuição, devem estar presentes 4 (quatro) requisitos cumulativos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; e d) não integração de organização criminosa.

Os dois primeiros requisitos - primariedade e bons antecedentes - submetem-se a uma avaliação estritamente objetiva, pois basta verificar a certidão de antecedentes criminais do agente para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos.

Os últimos requisitos - não dedicação às atividades criminosas e não integração de organização criminosa - a análise deve ser mais criteriosa e envolve uma apreciação subjetiva do magistrado a respeito do que pode ser entendido por “se dedicar às atividades criminosas” e “integrar organização criminosa”.

Para o não reconhecimento do tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, concluiu a magistrada que:

“A minorante especial prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na esteira da jurisprudência pátria, deve ser reconhecida em favor do verdadeiro iniciante no mundo do crime, o qual deve preencher todos os pressupostos, cumulativamente, ou seja, deve ser réu primário, portador de bons antecedentes, sem dedicação à atividades delituosas, nem participação em organização criminosa. Em outras palavras, o instituto não se presta a amparar o traficante contumaz ou envolvido habitualmente em atividades delituosas, passível de representar maior periculosidade social. Diante da ocorrência da prática do delito de associação para o tráfico de drogas, afasto a tese defensiva de aplicação do § 4º do artigo 33, dada a incompatibilidade de ambas as circunstâncias.”

A sentença deve ser mantida, pelos seguintes fundamentos:

A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 destina-se ao agente que, a despeito de ter praticado conduta relacionada ao tráfico de drogas, não se dedique à traficância ou não integre organização criminosa. Nesse sentido é a doutrina de Renato Marcão, que bem esclarece as razões dessa causa de diminuição:⁴

“A previsão do § 4º do art. 33 é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime.

Sob a égide da lei antiga, até por má aplicação do art. 59 do CP, na maioria das vezes o neófito recebia pena na mesma proporção que aquela aplicada ao agente que, conforme a prova dos autos, já se dedicava à traficância de longa data, mas que fora surpreendido com a ação policial pela primeira vez. Sendo ambos primários, de bons antecedentes etc., recebiam pena mínima, não obstante o diferente grau de envolvimento de cada um com o tráfico. Inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º, e ‘a minorante em questão tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que faz do tráfico o seu meio de vida’”.

Portanto, para avaliar se é cabível a aplicação dessa causa de diminuição da pena, é necessário analisar a conduta social do agente. Além disso, devem ser apuradas as circunstâncias em que o crime de tráfico de drogas se desenvolveu.

No caso, toda a dinâmica dos fatos e as peculiaridades do caso concreto, impedem, por si só, a concessão do benefício em questão.

A par disso, nos ensina Renato Marcão:

“Para fazer jus ao benefício, o réu deve satisfazer a todos os requisitos, cumulativamente. A ausência de apenas um determina a negar a benesse. A apreensão de expressiva quantidade de droga configura indicativo de que o agente é integrante de organização criminosa.” (Nesse sentido: STJ, HC 140.221-MS, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22-9-2009.”⁵)

O próprio apelante confirma que estava se dedicando à atividade criminosa (termo de depoimento de f. 480-481). O carro Ônix que foi apreendido na posse de Wagner, segundo o depoimento do Delegado Ailton Pereira de Freitas, estava com um fundo oculto no som do carro, onde foi encontrada a importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (f. 480-481).

Em seu testemunho o delegado condutor das investigações relata ainda que a casa locada por Wagner era típica casa de apoio, inclusive em local estratégico, onde foram encontradas as drogas apreendidas, as armas de fogo e munições. O carro Ônix apreendido na posse de Wagner era monitorado por rastreador.

Desse modo, das provas coligidas ao processo, as circunstâncias fáticas são indicadoras de que o apelante Wagner estava se dedicando a traficância e mais ainda participava de organização criminosa, tanto que por esse crime foi condenado e, por isso, deve ser mantida a sentença, já que isso é requisito legal impeditivo da benesse estabelecida pelo § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

Portanto, o apelante não faz jus ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois não preenche todos os requisitos necessários, considerando que como bem fundamentado na sentença impugnada, os elementos concretos são indicativos de que o apelante participava de organização criminosa.

Por isso, deve ser mantida a sentença.

Do pedido de restituição dos bens apreendidos.

4 MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: anotadas e interpretada. 8. ed. 2011. p. 184.

5 **Tóxicos**. anotada e interpretada. 8. ed. Saraiva. p. 184.

O confisco é efeito secundário da condenação, previsto no art. 91, II, do Código Penal.

Essa medida tem por finalidade impedir a difusão de instrumentos adequados à prática de novos crimes e proibir o enriquecimento ilícito por parte do criminoso.

Dessa forma, considerando que o art. 91, II, do Código Penal é expresso em estabelecer como efeito da condenação, a perda em favor da União, do instrumento do crime, no presente caso, diante das circunstâncias fáticas, não se tem dúvidas de que o veículo ônix foi utilizado como instrumento do crime.

Desse modo, fica mantida a sentença e afastado o pedido de restituição do bem apreendido.

Dos recursos interpostos por Tiago Alves da Silva e Sidinéia Hipólito Silvério:

Tiago e Sidinéia, em pedido comum, inclusive representados pelo mesmo advogado, ainda que em recursos separados, requerem a redução da pena aplicada no mínimo legal.

Sidinéia, por sua vez, em pedido exclusivo, requer a manutenção da prisão domiciliar, com fundamento no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP.

A Procuradoria-Geral de Justiça, arguiu, em preliminar, o não conhecimento do pedido da apelante Sidinéia quanto à manutenção da prisão domiciliar, por falta de interesse recursal.

Desde logo, acolho a preliminar arguida.

Quanto à prisão domiciliar, a sentença foi proferida no seguinte sentido:

“A sentenciada Sidinéia Hipólito Silvério, na audiência de custódia, teve a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar, conforme decisão de f. 60-62 do Auto de Prisão em Flagrante nº 0000967-36.2018.8.12.0800, apensado a esta ação penal. Desta forma, nos termos do artigo 317 e 318, inciso V, ambos do CPP, mantenho a prisão domiciliar e concedo à sentenciada o direito de permanecer sob essa circunstância prisional para efeito de recurso.”

Desse modo, acolho a preliminar de falta de interesse recursal, ficando prejudicado o respectivo pedido recursal, por já ter sido concedido pela magistrada prolatora da sentença.

Do pedido de redução da pena aplicada no mínimo legal formulado pelos apelantes Tiago e Sidinéia:

Para o exame desse ponto do pleito recursal, transcrevo o trecho da sentença, onde foi assentada a fundamentação no tocante à valoração das circunstâncias judiciais no âmbito da primeira fase da dosimetria da pena e demais fases:

“Tiago Alves da Silva:

- Da associação para o tráfico de drogas:

O delito em comento possui pena abstrata de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

1ª fase da fixação da pena.

Analisa-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade – o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado são normais ao tipo penal, não se influir no cálculo da pena; antecedentes – de acordo com as certidões acostadas aos autos às f. 363-393, verifica-se uma sentença condenatória nos autos nº 0003929-65.2009.8.12.0018 (f. 366-367), transitada em julgado em 09/06/2017, a qual utilizo para macular os antecedentes do acusado; conduta social e personalidade - não foram apuradas; motivos do crime – mera obtenção de lucro fácil, implícito na prática da infração; circunstâncias e consequências do crime – são as normais para o tipo penal, não mostrando

peculiaridades que possam interferir negativamente na aferição da pena; comportamento da vítima – trata-se de crime vago, de modo que, sendo sujeito passivo a coletividade, em nada contribuiu para a prática delitiva. No que tange às circunstâncias previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da droga não será valorada negativamente em razão da pequena quantidade de entorpecente apreendido; a quantidade da droga, qual seja, 51 g (cinquenta e uma gramas) de maconha, e um invólucro da substância conhecida vulgarmente como cocaína, pesando 50 g (cinquenta gramas), por não ser quantidade demasiada, deixo de valorá-la. Quanto à conduta social e personalidade do réu, reporto-me ao analisado acima. Assim, havendo circunstância judicial negativa (antecedentes), fixo a pena-base acima do mínimo legal em 3 (três) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 780 (setecentos e oitenta) dias-multa.

2ª fase da fixação da pena.

Não há atenuantes a serem reconhecidas. Reconheço a agravante da reincidência, haja vista a sentença condenatória nos Autos nº 0004949-52.2013.8.12.0018, transitada em julgado em 29/08/2016, pela prática do delito de tráfico de drogas (f. 367), apta, a configurar a reincidência.

Assim, agravo a pena em 1/6 (um sexto) e fixo-a na fase provisória em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 910 (novecentos e dez) dias-multa.

3ª fase da fixação da pena.

Não há causa de aumento ou de diminuição de pena a ser aplicada.

Assim, para o delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, torno a pena definitiva para Tiago Alves da Silva, qualificado nos autos, em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 910 (novecentos e dez) dias-multa.

- Da receptação:

O delito em comento possui pena abstrata de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

1ª fase da fixação da pena.

Analisa-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade – o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado são normais ao tipo penal, não se mostrando acentuado de modo a influir no cálculo da pena; antecedentes – de acordo com as certidões acostadas aos autos às f. 363-393, verifica-se uma sentença condenatória nos Autos nº 0003929-65.2009.8.12.0018 (f. 366-367), transitada em julgado em 09/06/2017, a qual utilizo para macular os antecedentes do acusado; conduta social e personalidade – não foram apuradas; motivos do crime – são comuns, implícito na prática da infração; circunstâncias e consequências do crime – são as normais para o tipo penal, não mostrando peculiaridades que possam interferir negativamente na aferição da pena; comportamento da vítima – trata-se de crime vago, de modo que, sendo sujeito passivo a coletividade, em nada contribuiu para a prática delitiva. Assim, havendo circunstância judicial negativa (antecedentes), fixo a pena-base no mínimo legal em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

2ª fase da fixação da pena.

Não há atenuantes a serem reconhecidas. Reconheço a agravante da reincidência, haja vista a sentença condenatória nos Autos nº 0004949-52.2013.8.12.0018, transitada em julgado em 29/08/2016, pela prática do delito de tráfico de drogas (f. 367), apta, a configurar a reincidência. Assim, agravo a pena em 1/6 (um sexto), e fixo-a na fase provisória em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

3ª fase da fixação da pena.

Não há causas de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas. Assim, para o crime previsto no artigo 180, caput, do Código Penal, torno a condenação para Tiago Alves da Silva, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

- Da ocultação de bens:

O delito em comento possui pena abstrata de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

1ª fase da fixação da pena.

Analisa-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade - o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado são normais ao tipo penal, não se mostrando acentuado de modo a influir no cálculo da pena; antecedentes - de acordo com as certidões acostadas aos autos às f. 363-393, verifica-se uma sentença condenatória nos Autos nº 0003929-65.2009.8.12.0018 (f. 366-367), transitada em julgado em 09/06/2017, a qual utilizo para macular os antecedentes do acusado; conduta social e personalidade - não foram apuradas; motivos do crime - são comuns, implícito na prática da infração; circunstâncias e consequências do crime - são as normais para o tipo penal, não mostrando peculiaridades que possam interferir negativamente na aferição da pena; comportamento da vítima - trata-se de crime vago, de modo que, sendo sujeito passivo a coletividade, em nada contribuiu para a prática delitiva.

Assim, havendo circunstância judicial negativa (antecedentes), fixo a pena-base no mínimo legal em 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

2ª fase da fixação da pena.

Não há atenuantes a serem reconhecidas. Reconheço a agravante da reincidência, haja vista a sentença condenatória transitada em julgado em 14/12/2013 nos Autos nº 0001134-22.2011.8.12.0049, pela prática do delito de tráfico de drogas (f. 394), apta a configurar a reincidência.

Assim, agravo a pena em 1/6 (um sexto), e fixo-a na fase provisória em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

3ª fase da fixação da pena.

Não há causas de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas. Assim, para o crime previsto no artigo 1º, caput, da Lei nº 9.613/98, torno a condenação para Tiago Alves da Silva, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

- Do concurso de crime:

O concurso material de crimes, descrito no artigo 69 do Código Penal, prevê que quando o agente mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido e em caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Desta feita, concludo a condenação de Tiago Alves da Silva, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade em 10 (dez) anos e 5 (cinco) dias de reclusão, e 934 (novecentos e trinta e quatro) dias-multa.

“Sidinéia Hipólito Silvério:

- Da associação para o tráfico de drogas:

O delito em comento possui pena abstrata de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

1ª fase da fixação da pena.

Analisam-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade - o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada são normais ao tipo penal, não se mostrando acentuado de modo a influir no cálculo da pena; antecedentes – de acordo com as certidões acostadas aos autos às f. 394-401, verifica-se uma sentença condenatória, a qual será utilizada na segunda fase da dosimetria da pena para efeitos de reincidência; conduta social e personalidade - não foram apuradas; motivos do crime – mera obtenção de lucro fácil, implícito na prática da infração; circunstâncias e consequências do crime – são as normais para o tipo penal, não mostrando peculiaridades que possam interferir negativamente na aferição da pena; comportamento da vítima – trata-se de crime vago, de modo que, sendo sujeito passivo a coletividade, em nada contribuiu para a prática delitiva.

No que tange às circunstâncias previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da droga não será valorada negativamente em razão da pequena quantidade de entorpecente apreendido; a quantidade da droga, qual seja, 51 g (cinquenta e uma gramas) de maconha, e um invólucro da substância conhecida vulgarmente como cocaína, pesando 50 g (cinquenta gramas), por não ser quantidade demasiada, deixo de valorá-la.

Quanto à conduta social e personalidade da ré, reporto-me ao analisado acima.

Assim, não havendo circunstância judicial negativa, fixo a pena-base no mínimo legal em 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

2ª fase da fixação da pena.

Não há atenuantes a serem reconhecidas. Reconheço a agravante da reincidência, haja vista a sentença condenatória transitada em julgado em 14/12/2013 nos Autos nº 001134-22.2011.8.12.0049, pela prática do delito de tráfico de drogas (f. 395), apta, a configurar a reincidência.

Assim, agravo a pena em 1/6 (um sexto), e fixo-a na fase provisória em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

3ª fase da fixação da pena.

Não há causa de aumento ou de diminuição de pena a ser aplicada. Assim, para o delito previsto no artigo 35, da Lei nº 11.343/06, torno a pena definitiva para Sidinêia Hipólito Silverio, qualificada nos autos, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

- Da receptação:

O delito em comento possui pena abstrata de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

1ª fase da fixação da pena.

Analisam-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade – o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada são normais ao tipo penal, não se mostrando acentuado de modo a influir no cálculo da pena; antecedentes – de acordo com as certidões acostadas aos autos às f. 394-401, verifica-se uma sentença condenatória, a qual será utilizada na segunda fase da dosimetria da pena para efeitos de reincidência; conduta social e personalidade – não foram apuradas; motivos do crime – são comuns, implícito na prática da infração; circunstâncias e consequências do crime – são as normais para o tipo penal, não mostrando peculiaridades que possam interferir negativamente na aferição da pena; comportamento da vítima – trata-se de crime vago, de modo que, sendo sujeito passivo a coletividade, em nada contribuiu para a prática delitiva. Assim, não havendo circunstância judicial negativa, fixo a pena-base no mínimo legal em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

2ª fase da fixação da pena.

Não há atenuantes a serem reconhecidas. Reconheço a agravante da reincidência, haja vista a sentença condenatória transitada em julgado em 14/12/2013 nos Autos nº 001134-22.2011.8.12.0049, pela prática do delito de tráfico de drogas (f. 395), apta, a configurar a reincidência.

Assim, agravo a pena em 1/6 (um sexto), e fixo-a na fase provisória em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

3ª fase da fixação da pena.

Não há causas de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas.

Assim, para o crime previsto no artigo 180, caput, do Código Penal, torno a condenação para Sidinéia Hipólito Silvério, qualificada nos autos, à pena privativa de liberdade em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

- Da ocultação de bens:

O delito em comento possui pena abstrata de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

1ª fase da fixação da pena.

Analisa-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade – o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta da acusada são normais ao tipo penal, não se mostrando acentuado de modo a influir no cálculo da pena; antecedentes – de acordo com as certidões acostadas aos autos às f. 394/401, verifica-se uma sentença condenatória, a qual será utilizada na segunda fase da dosimetria da pena para efeitos de reincidência; conduta social e personalidade – não foram apuradas; motivos do crime – são comuns, implícito na prática da infração; circunstâncias e consequências do crime – são as normais para o tipo penal, não mostrando peculiaridades que possam interferir negativamente na aferição da pena; comportamento da vítima – trata-se de crime vago, de modo que, sendo sujeito passivo a coletividade, em nada contribuiu para a prática delitiva.

Assim, não havendo circunstância judicial negativa, fixo a pena-base no mínimo legal em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

2ª fase da fixação da pena.

Não há atenuantes a serem reconhecidas. Reconheço a agravante da reincidência, haja vista a sentença condenatória transitada em julgado em 14/12/2013 nos Autos nº 0001134-22.2011.8.12.0049, pela prática do delito de tráfico de drogas (f. 395), apta, a configurar a reincidência.

Assim, agravo a pena em 1/6 (um sexto), e fixo-a na fase provisória em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

3ª fase da fixação da pena.

Não há causas de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas. Assim, para o crime previsto no artigo 1º, caput, da Lei nº 9.613/98, torno a condenação para Sidinéia Hipólito Silvério, qualificada nos autos, à pena privativa de liberdade em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

- Do concurso de crime:

O concurso material de crimes, descrito no artigo 69 do Código Penal, prevê que quando o agente mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja

incorrido e em caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Desta feita, concluo a condenação de Sidinéia Hipólito Silvério, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 838 (oitocentos e trinta e oito) dias-multa.”

A partir dos fundamentos acima transcritos, a Magistrada prolatora da sentença, na 1ª fase, exasperou as penas-bases de Tiago acima do mínimo legal, com base na valoração negativa dos antecedentes criminais, mantendo as penas-bases de Sidinéia no mínimo legal, diante da inexistência de circunstância judicial negativa.

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, cuja situação não configure reincidência, pelo não preenchimento dos requisitos do art. 64, I, do Código Penal. Não se admite, pois, como “maus antecedentes”, a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (S. 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.

No caso dos autos, pela simples análise da certidão de antecedentes criminais do apelante Tiago é possível notar a existência de mais de uma condenação criminal transitada em julgado. Diante desse contexto, é plenamente aceitável que seja, simultaneamente, considerada prejudicial a circunstância judicial dos antecedentes e, ainda, reconhecida a incidência da agravante da reincidência, esta na segunda fase da dosimetria, sem que tal expediente configure *bis in idem*. Esse entendimento, a propósito, encontra pleno amparo jurisprudencial, senão vejamos:

“HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – ALEGADO BIS IN IDEM NA ANÁLISE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – INOCORRÊNCIA – ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA – ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA COMPENSAR A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA.

1. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

2. Com relação à conduta social, entendida como comportamento do agente perante a sociedade, deve-se reconhecer que o Juízo sentenciante exarou fundamentação inidônea, pois, após observar que o Paciente possui péssimos antecedentes criminais, limitou-se a apontar para uma suposta “inclinação à delinquência”.

3. “Não configura bis in idem a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado, para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do paciente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria.” (HC 167.459/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 12/02/2012).

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a atuação do magistrado singular, nesse ponto, foi absolutamente adequada, devendo, pois, ser mantida a prejudicialidade atribuída à circunstância judicial dos antecedentes.

Na 2ª fase, tanto Tiago e Sidinéia são réus reincidentes, pelo que a pena foi elevada em 1/6.

Na 3ª fase, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição.

A par disso, apesar de não haver um critério objetivo para a exasperação da pena-base, até porque essa dosagem está relacionada a fatos concretos relacionados à conduta criminosa e à pessoa do acusado, prevalece a discricionariedade fundamentada para realizar a dosimetria da pena, desde que seja respeitado um critério proporcional e lógico, adequado ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX).

Deve ser assentado ainda, que no tocante à fixação da pena-base, não houve desproporcionalidade capaz de ensejar a redução da sanção penal estabelecida no âmbito da primeira etapa da dosimetria penal.

Desse modo, tenho que a elevação da pena aplicada aos apelantes Tiago e Sidinéia, no presente caso, considerando toda a dinâmica fático-probatória e as circunstâncias do caso concreto mostra-se razoável e adequada, como forma de reprovar e prevenir o crime praticado.

Enfim, apresentada fundamentação adequada para o julgamento desfavorável de circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59 do Código Penal, do art. 42 da Lei 11.343/2006 e art. 93, IX, da Constituição Federal, fica mantida as penas aplicadas na sentença, como forma de reprovar o crime praticado e prevenir a prática de crimes pelos apelantes Tiago, réu com antecedentes criminais e reincidência e Sidinéia, ré reincidente.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias discutidas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, acolho a preliminar arguida de não conhecimento do pedido de prisão domiciliar formulado pela apelante Sidinéia e nego provimento aos recursos interpostos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Acolheram a preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento aos recursos defensivos, 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, 21 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0013341-56.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – DELITO DE INJÚRIA – CRIME MILITAR – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA – REJEITADA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE – REFUTADA – TIPICIDADE DA CONDUTA MANTIDA – PLEITO ABSOLUTÓRIO E PERDÃO JUDICIAL NEGADOS – INCABÍVEL O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO INCISO II DO ART. 72, DO CPM – RECURSOS DESPROVIDOS.

O período compreendido entre os marcos interruptivos (20/03/2017 a 10/01/2019) é inferior ao prazo de 2 (dois) anos, não havendo que falar em prescrição retroativa.

Será crime militar, portanto de competência da justiça castrense, aquele cometido por militar em “*situação de atividade*”, significa dizer será crime a prática de conduta delituosa por militar que está no serviço ativo, ou seja, por militar que não se encontra na reserva, inexistindo qualquer relação com o fato de o agente estar ou não em serviço por ocasião do cometimento do ilícito, em observância ao art. 9º, inc. II, do CPM.

Não há que falar em atipicidade da conduta, ainda que se considere que os apelantes tenham cometido os delitos sob forte emoção, cediço que a exaltação emocional não tem o condão, por si só, de retirar a ilicitude dos atos praticados.

Não há falar em absolvição do apelante por ausência de provas sobre a autoria delitiva, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são tranquilos no sentido de ensejar a manutenção da condenação.

O instituto do perdão judicial não é aplicável ao rito castrense, considerando a especificidade do Código Penal Militar.

Não se mostra possível o reconhecimento da atenuante do art. 72, II, do Código Penal Militar, pleiteada pelo apelante Alex, pois é certo que “*a aplicação da atenuante prevista no art. 72, inciso II, do Código Penal Militar, referente ao comportamento meritório anterior do agente, só tem lugar quando demonstrada, nos autos, a prática de atos extraordinários ou heroicos na vida castrense pregressa daquele.*”

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostas por Alex Pereira de Souza (f. 474) e Jamil de Freitas Damaceno (f. 475) em face da sentença de f. 456-465, proferida pela Auditoria Militar de Campo Grande/MS, que os condenou pelo crime de injúria – art. 216, c/c art. 218, inciso IV, ambos do Código Penal Militar.

A defesa do apelante Alex, nas razões de f. 479-790 pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da prescrição retroativa; no mérito, pede a absolvição, alegando ausência de dolo na conduta; subsidiariamente, requer a aplicação da atenuante relativa ao meritório comportamento anterior.

A seu turno, o apelante Jamil, pela manifestação de f. 491-500 também apresenta tese preliminar, postulando que a Justiça Militar seja considerada incompetente para o julgamento do feito. No mérito, pugna pela absolvição, suscitando falta de provas e atipicidade do fato.

Nas contrarrazões de f. 510-517, o Ministério Público postula o desprovimento dos apelos.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 527-538) é pelo conhecimento e desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Alex Pereira de Souza (f. 474) e Jamil de Freitas Damaceno (f. 475), qualificados nos autos, em face da sentença de f. 456-465, proferida pelo magistrado da Vara da Auditoria Militar de Campo Grande/MS, que os condenou pelo crime de injúria (art. 216, c/c art. 218, inciso IV, ambos do Código Penal Militar).

A defesa do apelante Alex Pereira de Souza, nas razões de f. 479-790, pugna, preliminarmente, pelo reconhecimento da prescrição retroativa; no mérito, pede a absolvição, alegando ausência de dolo na conduta; subsidiariamente, requer a aplicação da atenuante relativa ao meritório comportamento anterior. Ao final, apresentou prequestionamentos.

A seu turno, o apelante Jamil de Freitas Damaceno, pela manifestação de f. 491-500 também apresenta tese preliminar, postulando que a Justiça Militar seja considerada incompetente para o julgamento do feito. No mérito, pugna pela absolvição, suscitando falta de provas e atipicidade do fato.

Nas contrarrazões de f. 510-517, o Ministério Público postula o desprovimento dos apelos.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 527-538) é pelo conhecimento e desprovimento.

Passo à análise dos recursos.

Inicialmente, a defesa do apelante Alex Pereira de Souza postula, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição retroativa.

Alega que restou configurada a ocorrência da prescrição retroativa vez que transcorrido lapso temporal superior a 2 (dois) anos (f. 483), precisamente entre a data do cometimento do fato (20/03/2017) e o recebimento da denúncia (10/01/2019).

Entretanto, conforme demonstrado pelo próprio apelante, o período compreendido entre os marcos interruptivos (20/03/2017 a 10/01/2019) é inferior ao prazo de 2 (dois) anos, não havendo que se falar em prescrição, razão pela qual a preliminar deve ser afastada.

A seu turno, o apelante Jamil de Freitas Damaceno, também em sede de preliminar, pugna a anulação de todos os atos do processuais, sob a alegação de que a justiça castrense não é competente para a questão eis que o delito teria sido cometido *“via aplicativo de WhatsApp, quando não uniformizados, em sua residência local não sujeito a administração militar e de folga.”*

Pois bem.

Sobre o tema, cumpre esclarecer que as atribuições da Justiça Castrense estão delineadas no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe:

“ § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”

Da leitura da mencionada norma constitucional, depreende-se com clareza que a justiça castrense estadual é competente para processar e julgar os crimes militares praticados por militares dos Estados, ressalvada a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil.

Ainda acerca desta questão, o artigo 9º, II, “a”, do Código Penal Militar, é categórico ao definir como delito sujeito à Jurisdição Militar “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados (...) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado (...)”.

Considera-se crime militar, o ilícito cometido por militar contra militar (alínea “a” inciso II, do art. 9º do CPM), independentemente da circunstância do delito da condição de serviço ou outra qualquer, podendo o sujeito ativo e passivo pertencerem à mesma ou a Arma diversa.

Em relação à questão Enio Luiz Rossetto preleciona que:

“(...) Militar em situação de atividade é aquele que está no serviço ativo (“na ativa”, “da ativa”, “em serviço ativo”, “em serviço na ativa”, “em atividade”), não importa se de folga, de férias, à paisana ou mesmo em local não sujeito à administração militar. Assim, se de folga o militar vier a cometer contra outro militar fato definido como crime no Código Penal Militar, o delito será castrense” (ROSSETTO, Enio Luiz. *In* Código penal militar comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.108).

Logo, considera crime militar o ilícito cometido por militar em “situação de atividade”, o que significa dizer que é crime a prática de conduta delituosa perpetrada por militar que está no serviço ativo, ou seja, que não se encontra na reserva, inexistindo qualquer relação com o fato de o agente estar ou não em serviço, por ocasião do cometimento do ilícito.

Nesse sentido:

“PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS – CRIME MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não há incompetência da Justiça Militar, uma vez que tanto o recorrente quanto as vítimas eram policiais militares da ativa, embora o acusado estivesse de folga durante a prática delitiva. 2. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no RHC 91473-RJ, 6ª Turma, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, J: 15/03/2018, P: 27/03/2018.)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – CRIMES PRATICADOS POR POLICIAIS MILITARES EM DIA DE FOLGA – CRIME MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. A competência para o julgamento de possível crime cometido por policiais militares contra vítima também militar em atividade recai sobre a Justiça Castrense, pois a hipótese se adéqua ao art. 9º, inc. II, do CPM.” (TJRO - RSE: 00935215020098220501 RO 0093521-50.2009.822.0501, Relator: Juiz José Jorge R. da Luz (em substituição ao Desembargador Valter de Oliveira), Data de Julgamento: 08/01/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 15/01/2015.)

No presente caso, sendo ambos apelantes militares da ativa, é de somenos importância o fato de os mesmos estarem ou não de folga por ocasião do cometimento do ilícito, razão pela qual, não há que se falar em incompetência da justiça castrense.

Acrescenta-se que, pelo critério legal *ratione personae*, desde que previsto como crime no Código Penal Militar, o fato havido entre militares da ativa praticado dentro ou fora das dependências do quartel, não importando o fato de os autores terem praticado o ilícito quando estava de folga, sendo impositiva a incidência do art. 9º, II, “a”, do CPM.

Rejeito, pois, as preliminares defensivas.

Passo, então, à análise do mérito.

Narra da denúncia que:

“Consta do presente inquérito policial militar que no dia 20 de março de 2017, por volta das 18 horas, utilizando do aplicativo denominado WhatsApp, nesta cidade e comarca de Campo Grande/MS, o denunciado Alex Pereira de Souza, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, injuriou a vítima Jamil de Freitas Damaceno, ofendendo-lhe sua dignidade e decoro.

Consta ainda, que no dia 20 de março de 2017, por volta das 18 horas, utilizando do aplicativo denominado WhatsApp, nesta cidade e comarca de Campo Grande/MS, o denunciado Jamil de Freitas Damaceno, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, injuriou a vítima Alex Pereira de Souza, ofendendo-lhe sua dignidade e decoro.

Segundo restou apurado neste procedimento, os denunciados na qualidade de alunos do Curso de Formação de Cabos da PMMS, promovido pela Academia da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, no dia acima mencionado, travaram uma discussão pelo aplicativo denominado WhatsApp, na qual utilizavam do grupo social denominado “1º Pelotão Pantanal”, que era constituído pelos alunos do referido curso.

Os fatos se iniciaram após o denunciado Alex Pereira de Souza, responsável por arrecadar os recursos para a confecção das camisetas da turma, postar no grupo que somente iria proceder às entregas das camisetas quando todos tivessem efetuado os pagamentos, momento em que começaram as ofensas entre ambos.

Na oportunidade, o denunciado Jamil de Freitas Damaceno proferiu os seguintes dizeres: ‘Nego é macho; Não um boiolinha que fica dando migué’; ‘Aiii minha enxaqueca, Gazela; Não posso interromper meu sono; Migue da porra; Diário de um Cefap; Querido diário, hoje saí mais cedo do cefap porque tava com enxaqueca...; Diário de um cefap; Querido diário, hoje eu tava de serviço na guarda, mas não puxei hora porque não posso interromper meu sono... Fim’. (f. 90-92).

Em resposta as ofensas praticadas pelo denunciado acima, Alex Pereira de Souza respondeu da seguinte forma: ‘Bixo... Não quero ficar discutindo à toa, se acha q estou fingindo algo cara... Te mando meus exames... E laudo da neuro... E tbm vários artigos da OMS explanando sobre enxaqueca. Cara nunca fui de acochambar serviço; ou se quer ficar inventando coisas... Tenho um laudo médico após um batalhão de exames que fiz... Após quase morrer em um acidente de carro devido a apagação causado por enxaqueca.’ (...). Ademais, ainda não contente com a atitude de seu companheiro de farda, o denunciado Alex Pereira de Souza continuou através de áudio enviado ao grupo ‘E outra, bicho. Você é só um preto que num tem nem o ensino médio direito nas costas. Eu tenho um laudo, eu tenho um acompanhamento de um neuro, neurologista que atesta que eu não posso interromper o sono. E se um neurologista fala isso, num é um preto filho da puta igual você que vai fala o contrário. Beleza?’ (laudo pericial f. 279-284).

A discussão somente se encerrou no dia 23 de março de 2017, quando o denunciado Alex Pereira de Souza enviou mensagens privadas ao denunciado Jamil de Freitas Damaceno, pedindo desculpas pelo acontecido e resolvendo tal situação (f. 95-96).

As testemunhas que presenciaram a discussão, quais sejam membros do referido grupo, confirmaram os fatos praticados pelos denunciados.

Inferre-se que tal conduta dos denunciados, resultou no registro de boletim de ocorrência, consequentemente publicação junto ao site de notícias do jornal 'Midiamax'(...)."

A materialidade do crime está evidenciada, notadamente pelos *prints* das conversas em que as ofensas foram proferidas (f. 95-101), laudo pericial de f. 284-289 e termos de inquirição de f. 207-209 e f. 251-253.

Dos pedidos absolutórios.

De início, a alegada ausência de validade das provas, salientada pela defesa do apelante Jamil, ao argumento de não foram objeto de análise de perícia técnica e que foram obtidas sem autorização judicial, deve ser refutada.

Há que ser salientado que era ônus da defesa contestar a veracidade das imagens, postulando diretamente a sua submissão à perícia técnica, por ser alegação trazida em benefício próprio.

Trata-se do ônus da prova atribuído a quem alega o fato, nos moldes do art. 296, *caput*, do Código de Processo Penal Militar:

"Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Realizada a diligência, sobre ela serão ouvidas as partes, para dizerem nos autos, dentro em quarenta e oito horas, contadas da intimação, por despacho do juiz."

Ademais, inexistem dúvidas quanto à veracidade das imagens e das conversas, posto que os próprios apelantes e as testemunhas Jolyeme Ferreira da Silva, Kleber Leite Quintana e Sidnei Barbosa da Silva, atestaram de forma segura a veracidade das injúrias e confirmaram o teor das capturas de tela.

Outrossim, o argumento de que as referidas imagens são provas ilícitas, pois obtidas sem autorização judicial, também deve ser refutado, posto que elas foram juntadas aos autos pelo próprio apelante Alex, voluntariamente, ao apresentar suas alegações escritas de f. 89-93.

Na sequência, quanto à autoria, as defesas dos apelantes postulam a absolvição por ausência de provas ou atipicidade da conduta.

Por se tratar de crime contra a honra, necessário se faz entender primeiramente o conceito de honra, e quais tipos de honra existem. Primeiramente, a honra é tratada como direito inviolável em nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X onde preceitua que *"São invioláveis a honra e a imagem das pessoas"*.

Partindo disso, fato que inclusive a Constituição Federal estabelece a honra humana, adentremos ao conceito do que seria exatamente a honra, nesse aspecto, Nucci¹ define o seguinte:

"É a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes. Ou seja, é a imagem positiva que as pessoas possuem de determinado cidadão."

Entretanto, o conceito de honra pode ser dividida em objetiva e subjetiva. A honra objetiva trata-se do julgamento que a sociedade faz de uma determinada pessoa pautada em diversos aspectos, tais como, integridade, reputação, honestidade, um bom conceito da pessoa, vale dizer que, é a imagem que a sociedade tem de determinada pessoa.

De outro lado, a honra subjetiva é um autojulgamento, ou seja, é o julgamento que a própria pessoa faz dela mesma, relacionado com sentimentos de autoestima, e autoimagem; é a opinião que a pessoa tem dela mesma, é como ela se vê perante a sociedade. Trata-se de pensamentos da pessoa tais como honestidade, trabalhador, responsabilidade, inteligência, beleza, lealdade, entre outros atributos. Nucci conceitua como *"senso ligado à dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou ao seu decoro (correção moral)."*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 15. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Há também a distinção entre “honra comum” e “honra especial”, ou seja, a primeira seria inerente a qualquer pessoa; enquanto que a honra especial está relacionada a determinados grupos sociais. Por exemplo, chamar um militar de covarde seria honra especial, por sua vez chamar uma pessoa de burra, seria honra comum.

Acerca do crime objeto de análise destes autos, Júlio César de Assis e Guilherme Souza Nucci esclarecem que:

“(...) A injúria é crime militar impróprio (ratione legis).

(...)

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, militar ou civil. É aquele que ofende a outrem na dignidade ou decoro.

Por sua vez, o sujeito passivo é tão somente a pessoa física, já que o Código apenas a ela se refere (“alguém”)

Injuriar é humilhar, achincalhar, ofender, ridicularizar, atentar contra a honra.

É o crime que se caracteriza pela ofensa à honra subjetiva da pessoa, que constitui o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de cada um.

É crime doloso, caracterizado pelo animus injuriandi.” (ASSIS, Jorge César. Comentários ao Código Penal Militar. P.478. 7ª ed. Juruá)

“(...) injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente, xingar). No caso presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma (...).” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 675).

No presente caso, considerando que o crime se aperfeiçoa no momento em que atinge o decoro e a dignidade, tendo sido constatado efetivas situações desprimorosas no grupo de *WhatsApp*, não há que falar em atipicidade da conduta, ainda que se considere que os apelantes tenham cometido os delitos sob forte emoção, cediço que a exaltação emocional não tem o condão, por si só, de retirar a ilicitude dos atos praticados.

Quanto às autorias, estas estão devidamente comprovadas nos autos, notadamente pelo *prints* das conversas em que as ofensas foram proferidas (f. 95-101), bem como do laudo pericial de f. 284-289.

Ademais, ainda na fase investigativa os apelantes reconheceram, em seus respectivos termos de inquirição de f. 207-209 (Alex Pereira de Souza - “...em relação aos citados as ofensas eram reais e de cunho constrangedor perante a Turma do CFC”) e f. 251-253 (Jamil de Freitas Damaceno - “(...) não se recordando neste momento do teor da brincadeira, e outro no grupo de *WhatsApp* do Pelotão, quando utilizou os termos “Preto filha da puta”(...)”), as injúrias perpetradas.

Seguindo essa linha, constata-se que em juízo (f. 395), os apelantes confirmaram a prática dos crimes, conforme transcrição dos depoimentos:

“(...) Alex Pereira de Souza - ‘Juiz - a respeito desses fatos descritos na denúncia o senhor gostaria de esclarecer alguma coisa? Alex - Eu acho que já está tudo esclarecido nos autos, tanto as questões que me motivaram a chegar a ofender o cabo Damaceno, mas se o senhor tiver alguma dúvida eu terei o maior prazer de responder. Juiz Militar - Quais foram as consequências administrativas que o senhor sofreu após esse fato? Alex - Eu já sofri bastante. De início, umas das coisas era que eu era um dos homenageados para a Medalha de Tiradentes, por conta das ações sociais que eu faço tanto na PM quanto fora da PM, e acabei não recebendo. Até entendo a questão, do Estado não poder me contemplar com ela. Posteriormente também, como punição administrativa, recebi 10 dias de detenção. Juiz Militar - O senhor concluiu o curso? Alex - Eu fiquei mais 7 meses, depois do curso, dentro do CEFAP esperando ser julgado.’

Jamil de Freitas Damaceno - 'Juiz - Além dos fatos descritos na denúncia, o senhor gostaria de esclarecer algo mais? Jamil - Esclarecer que esse fato ocorreu durante o curso de formação. Nós ficávamos cerca de 10 horas na sala de hora, e havia brincadeira de todas as partes. Aí que eu fiz, acabei sendo ofendido, com ofensas de cunho racial, né. E era um ambiente de cunho escolar, mesmo sendo uma unidade militar, nós convivíamos num ambiente acadêmico. Tinha diversas brincadeiras, todo mundo brincava e também estavam sujeitos a brincadeiras. Foi assim que se desenvolveu essa situação. Juiz Militar - Damaceno, quais foram as consequências administrativas que você sofreu, pelo CEFAP e instituição? Jamil - Teve um procedimento que eu sofri uma repreensão no batalhão, e no CEFAP eu respondi uma sindicância. Juiz Militar - E sua formatura, foi prejudicada? Jamil - Não, senhor.'

Na mesma trilha, as testemunhas ratificaram, em juízo (f. 374), os depoimentos prestados no IPM, confirmando, desse modo, a narrativa constante da denúncia:

Testemunha Julyeme Ferreira da Silva - 'Juiz - Sobre esses fatos envolvendo os policiais militares Alex Pereira de Souza e Jamil de Freitas Damaceno, o senhor foi ouvido no IPM. Se recorda dessa oitiva? Julyerme - Sim, senhor. Juiz - O senhor confirma as informações prestadas naquela ocasião? Julyerme - Sim, senhor.'

A testemunha Julyeme confirmou o depoimento prestado no no IPM – f. 231-233.

“Testemunha Kleber Leite Quintana - 'Juiz - Sobre esses fatos envolvendo os acusados Alex Pereira de Souza e Jamil de Freitas Damaceno, o senhor foi ouvido no IPM. Se recorda dessa oitiva? Kleber - Sim. Juiz - O senhor confirma as informações prestadas naquela ocasião? Kleber - Sim senhor.’”

A testemunha Kleber confirmou o depoimento prestado no no IPM – f. 247-249.

“Testemunha Sidnei Barbosa da Silva - 'Juiz - Sobre os fatos envolvendo o PM Alex Pereira de Souza e Jamil de Freitas Damaceno, o senhor foi ouvido no IPM. Se recorda? Sidnei - Sim, me recordo. Juiz - O senhor confirma as informações prestadas naquela ocasião? Sidnei - Sim, confirmo.’”

A testemunha Sidnei confirmou o depoimento prestado no IPM – f. 242-244.

Notadamente quanto ao dolo, conforme bem salientado na sentença (f. 461):

“Na data dos fatos, houve uma contenda entre os acusados no mencionado grupo de WhatsApp, inicialmente a respeito da entrega de algumas camisetas pela qual o Cb Alex Souza ficou responsável, culminando na conversa juntada às f. 269-271, extraída da captura de tela de celular (print):

Damaceno: Nego é macho

Não é um boiolinha que fica dando migué

Alex: hahahahah Bixo... Onde que eu fico dando migué?

Cara... Antes de falar merda vê oq fala cara

(...)

Acho que um cara que passa 8 anos estudando medicina mais 2 de residência e 4 de especialização em neurologia ppde falar mais se eu to ou não de 'migue' mais que um preto q mal tem o ensino médio... Ainda mais depois de teocentos exames

Damaceno: Aiii minha enxaqueca

Gazela

Não posso interromper o sono Migue da porra Diário de um Cefap

Querido diário, hoje sai mais cedo do cefap porque tava com enxaqueca...

Diário de um Cefap

Querido diário, hoje eu tava de serviço na guarda, mas não puxei hora porque não posso interromper meu sono... Fim (...)

Em seguida, o denunciado Cb Alex Souza enviou um áudio no grupo direcionado ao Cb Damaceno, cuja transcrição extrai-se do laudo pericial de f.284-289:

M1 – E outra, bicho. Você é só um preto que não tem nem o ensino médio direito na, nas costas. Eu tenho um laudo, eu tenho um acompanhamento de um neuro, neurologista que atesta que eu não posso interromper o sono. E se um neurologista, neurologista fala isso num é um preto filho da puta igual você que vai falá o contrário. Beleza?

Após alguns dias, na data de 06 de abril de 2017, todos os envolvidos foram surpreendidos com uma notícia veiculada pela imprensa local (f.68), a qual relatava que o Cb PM Damaceno havia registrado boletim de ocorrência na Polícia Civil descrevendo os fatos, notícia esta intitulada: ‘Policiais brigam em grupo de WhatsApp e todo mundo termina na delegacia.’”

Não se tratou, portanto, a despeito dos argumentos defensivos, de “meros comentários” ou “desabafos provocados”, porquanto Jamil dolosamente debochou da moléstia “enxaqueca” de seu companheiro Alex, tendo utilizado termos extremante ofensivos e enquanto que o apelante Alex, também com nítidos fins ofensivos, chegou a utilizar lamentáveis termos referentes à raça, procurando depreciar o corréu Jamil pela cor de sua cútis.

Do mesmo modo, o vertente caso, deve ser salientado que o apelante Jamil, ao receber as injúrias, deu início ao procedimento investigatório que ensejou a presente ação penal.

Restou configurado, portanto a autoria dos apelantes na prática do delito previsto no art. 216 do Código Penal Militar. É irrefutável também concluir que o contexto probatório comprova a ocorrência de todas as elementares do crime de injúria, inclusive no que tange ao *animus injuriandi* por parte dos ofensores, sendo de rigor a manutenção da condenação.

Por derradeiro, de modo subsidiário, a defesa requer a concessão do perdão judicial em favor do apelante Jamil, aduzindo que este perpetró injúrias apenas em resposta àquelas proferidas por Alex.

Razão não assiste à defesa.

Não há que falar em aplicação de perdão judicial, pelo fato de ausência de previsão na legislação militar, sendo, portanto, vedada a sua outorga no âmbito da Justiça Castrense.

Seguem os julgados:

“APELAÇÃO – LESÃO CORPORAL – DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO – PERDÃO JUDICIAL – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – AGRAVANTE DO § 1º DO ART. 210 do CPM. 1. O instituto do perdão judicial não é aplicável ao rito castrense, considerando a especificidade do Código Penal Militar. 2. Circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 3. Formação técnica e conhecimento das regras de segurança no manuseio de arma de fogo caracterizam condições para a incidência da agravante do § 1º do art. 210 do CPM. Recurso conhecido e não provido. Decisão por maioria.” (STM - AP: 00000450320147040004 MG, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, Data de Julgamento: 02/02/2016, Data da Publicação: 29/02/2016 Vol: Veículo: DJE)

“APELAÇÃO – HOMICÍDIO CULPOSO (CPM, ART. 206) – DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO EM RECINTO FECHADO – NEGLIGÊNCIA – PERDÃO JUDICIAL – INAPLICABILIDADE. (...) 3. A legislação militar não prevê o instituto do perdão judicial.

Não há que falar em interpretação por analogia ao Código Penal, uma vez que não se constata lacuna a ser suprida. 4. Negado provimento ao apelo defensivo. Decisão unânime.” (STM. Apelação nº 0000039-41.2012.7.08.0008, Relator: Lúcio Mário de Barros Góes, J: 03/03/2015, P: 13/03/2015.)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL MILITAR – HOMICÍDIO CULPOSO – PERDÃO JUDICIAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL – ANALOGIA – INAPLICABILIDADE – LACUNA LEGAL INEXISTENTE. 1. A analogia, ainda que in bonam partem, pressupõe lacuna, omissão na lei, o que não se verifica na hipótese, em que é evidente no Código Penal Militar a vontade do legislador de excluir o perdão judicial do rol de causas de extinção da punibilidade. 2. Ainda que fosse o caso de aplicação da analogia, necessário seria o exame do conjunto fático-probatório para perquirir a gravidade ou não das consequências do crime para o paciente, o que é inviável na via estreita do writ. 3. Ordem denegada.” (HC 116254, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, Processo Eletrônico DJe-158 Divulg 13-08-2013 Public 14-08-2013).

Outrossim, ainda que eventualmente fosse possível aplicar a medida em tela, ainda assim não seria cabível, posto que injúrias de Jamil não foram proferidas como resposta imediata às de Alex, tal como argumentou a defesa, pois foi o primeiro quem iniciou as ofensas, provocando o segundo e chamando-o de “boiolinha” (f. 95) e “gazela” (f. 96).

Por fim, a defesa do apelante Alex, subsidiariamente, requer, seja aplicada a atenuante descrita no art. 72, II, do CPM (“ser meritório seu comportamento anterior”), e que esta seja compensada com as agravantes descritas na alínea “g e l”, do inciso II, do art. 70, do CPM, com fulcro no art. 75 do CPM, reduzindo a pena ao mínimo legal.

É cediço que a referida benesse só tem lugar quando efetivamente demonstrada no processo a prática de atos extraordinários ou heroicos na vida castrense pregressa do agente.

In casu, os elogios existentes na ficha funcional (f. 359-365) não se mostram extraordinários ou denotam atos de elevada bravura.

Não bastasse, o apelante ainda possui registro de condutas desabonadoras praticadas em serviço (f. 366-369), circunstância que, a toda evidência, denota lamentáveis desvios de conduta, de forma que não se mostra possível o reconhecimento da referida minorante.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes não merecem qualquer abordagem específica, haja vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito as preliminares defensivas de ocorrência de prescrição retroativa e incompetência da justiça militar e, no mérito, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos 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 Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso em Sentido Estrito nº 0001117-09.2017.8.12.0038 - Nioaque

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO E FAVORECIMENTO PESSOAL – RECURSO DE LUCIENE FRANCO DOS SANTOS – PRELIMINARES – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRIMADOS DA PARIDADE DAS ARMAS, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NULIDADES NÃO CONFIGURADAS – REJEITADAS – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA DOS DELITOS – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE – CONEXÃO COM O CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL – QUESTÕES A SEREM APRECIADAS NO MÉRITO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO DESPROVIDO.

O julgador pode deferir ou indeferir a produção de provas, o que se insere em seu poder discricionário de destinatário delas.

Não há falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa, uma vez que o indeferimento da oitiva das testemunhas ocorreu de modo fundamentado.

A expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal, *ex vi* do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal.

A juntada de documentos pelo Ministério Público em momento anterior às alegações finais não gera nulidade do processo.

Para ser declarada a nulidade do ato processual é necessário que se demonstre, de forma objetiva, o prejuízo efetivamente sofrido pela parte, o que incorreu no caso em tela.

Havendo indícios de que a recorrente participou do homicídio da vítima, deve ser mantida a pronúncia.

Verificado que o crime de favorecimento real ocorreu no mesmo contexto fático do homicídio, resta patente a conexão, prevalecendo a competência do Tribunal do Júri para julgá-lo.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – RECURSO DE MARIELLI SIMÕES BURGO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – LEGÍTIMA DEFESA – AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTÁVEL – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – QUESTÕES A SEREM APRECIADAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO DESPROVIDO.

Pairando sérias dúvidas sobre a ocorrência da legítima defesa ou da inexigibilidade de conduta diversa, torna-se inadmissível a absolvição sumária, porque nessa fase impera o princípio do *in dubio pro societate*, impondo-se, por isso, a manutenção da pronúncia, para submeter a recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Na fase da pronúncia, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer arrimo nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio *in dubio pro societate*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de janeiro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Luciene Franco dos Santos e Marielli Simões Burgo, qualificadas nos autos, foram pronunciadas como incursoas nos arts. 121, § 2º, I (torpe), c/c 29 do Código Penal e a primeira também pelo art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal) (f. 3.567-3.572).

Luciene levanta preliminares de violação dos primados da paridade das armas, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pedindo a nulidade processual, com o consequente retorno dos autos para a colheita de provas.

No mérito, pede a impronúncia dos delitos de homicídio qualificado e favorecimento pessoal sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), já que conviveu 22 anos com a vítima, não existindo provas de que mantinha uma relação homoafetiva com a corré Marielli, nem que dopava a vítima com remédio, tratando-se de mera invenção; ademais, a vítima foi morta em ato instantâneo, enquanto avançava contra a corré, portando um facão, a fim de tirar-lhe a vida, momento em que ela efetuou os disparos para se defender, não havendo unidade de desígnios e nenhuma premeditação; os depoimentos de algumas testemunhas não condizem com a verdade dos fatos e os laudos periciais; não há provas de que auxiliou a corré a fugir, a qual se retirou do local sozinha (f. 3.620-3.678).

Marielli pede, em suma, a absolvição sumária, por ter agido em legítima defesa (art. 415, IV, CPP), alegando que não tinha a intenção deliberada de matar a vítima, agindo motivada pela intenção de defender a própria vida.

Alternativamente, pede a absolvição pela inexigibilidade de conduta diversa, já que não tinha outro meio disponível no momento a não ser se valer da arma de fogo para se defender da injusta e atual agressão da vítima, a qual era forte, alta, agressiva e veio em sua direção armada com um facão, dizendo que iria matá-la, logo após ter agredido sua esposa Luciene.

Subsidiariamente, pede o afastamento da qualificadora do motivo torpe, por não ter restado configurada, não havendo o mínimo respaldo probatório de possível conluio para matar a vítima, tendo somente atirado nela para se defender, porque ela veio em sua direção, furiosa, segurando um facão e dizendo que iria lhe matar (f. 3.591-3.619).

Em contrarrazões, o órgão ministerial requereu o improvimento dos recursos (f. 3.712-3.766).

Em juízo de retratação, a magistrada manteve a decisão (f. 3.769).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e improvimento dos recursos defensivos (f. 3.783-3.805).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta no aditamento à denúncia que:

“Segundo restou apurado no Inquérito Policial nº 149/2017, na Ação Penal nº 0001117-09.2017.8.12.0038, bem como no procedimento investigatório criminal acostados ao presente feito, que, no dia 10 de julho de 2017, entre 00h00 e 02h30 da madrugada, na Fazenda São Francisco, localizada na área rural de Nioaque/MS, a denunciada Marielli Simões Burgo, em unidade de desígnios e comunhão de esforços com a denunciada Luciene Franco dos Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, matou a vítima Reinaldo Martins de Souza, desferindo-lhe dois disparos de arma de fogo, os quais foram a causa efetiva de sua morte. No mesmo contexto fático, a denunciada Luciene Franco dos Santos auxiliou a denunciada Marielli a subtrair-se à ação de autoridade policial. (...)” (f. 933-938).

Luciene Franco dos Santos e Marielli Simões Burgo, qualificadas nos autos, foram pronunciadas como incurso nos arts. 121, § 2º, I (torpe), c/c 29 do Código Penal e a primeira também pelo art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal) (f. 3.567-3.572).

Luciene Franco dos Santos levanta preliminares de violação dos primados da paridade das armas, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pedindo a nulidade processual, com o consequente retorno dos autos para a colheita de provas.

No mérito, pede a impronúncia dos delitos de homicídio qualificado e favorecimento pessoal sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), já que conviveu 22 anos com a vítima, não existindo provas de que mantinha uma relação homoafetiva com a corré Marielli, nem que dopava a vítima com remédios, tratando-se de mera invenção; ademais, diz que a vítima foi morta em ato instantâneo, enquanto avançava contra a corré, portando um facão, a fim de tirar-lhe a vida, momento em que ela efetuou os disparos para se defender, não havendo unidade de desígnios e nenhuma premeditação; os depoimentos de algumas testemunhas não condizem com a verdade dos fatos e os laudos periciais; não há provas de que auxiliou a corré a fugir, a qual se retirou do local sozinha (f. 3.620-3.678).

Marielli Simões Burgo pede, em suma, a absolvição sumária, alegando ter agido em legítima defesa (art. 415, IV, CPP), dizendo que não tinha a intenção deliberada de matar a vítima, agindo motivada pela intenção de defender a própria vida.

Alternativamente, pede a absolvição pela inexigibilidade de conduta diversa, já que não tinha outro meio disponível no momento a não ser se valer da arma de fogo para se defender da injusta e atual agressão da vítima, a qual era forte, alta, agressiva e veio em sua direção armada com um facão, dizendo que iria matá-la, logo após ter agredido sua esposa Luciene.

Subsidiariamente, pede o afastamento da qualificadora do motivo torpe, por não ter restado configurada, não havendo o mínimo respaldo probatório de possível conluio para matar a vítima, tendo somente atirado nela para se defender, porque ela veio em sua direção, furiosa, segurando um facão e dizendo que iria lhe matar (f. 3.591-3.619).

Das preliminares.

Luciene levanta preliminares de violação dos primados da paridade das armas, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pedindo a nulidade processual, com o consequente retorno dos autos para a colheita de provas.

Após analisar todas as questões trazidas pela defesa, entendo que não houve prejuízo algum à defesa, não havendo, portanto, falar em nulidade, estando os autos prontos para a pronúncia.

Ademais, todas as preliminares foram detalhadamente abordadas e rebatidas no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, razão pela qual, adoto-o como razões complementares de decidir, *in verbis* (f. 3.787-3.792):

“(…)

Em sede preliminar, é cediço que a decisão pela oitiva de qualquer testemunha é discricionária do julgador, devendo ser considerada a necessidade da prova para a busca da verdade real¹. O julgador pode deferir ou indeferir a produção de provas, o que se insere em seu poder discricionário de destinatário delas².

Assim, muito embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, é certo que ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte³.

Outrossim, à luz da norma inscrita no art. 563, do Código de Processo Penal e da Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal⁴, a orientação consolidada é no sentido de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, exige-se, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte⁵.

Na espécie, a defesa da recorrente Luciene Franco dos Santos, alega, em síntese, que no curso do feito instrutório, a magistrada a quo indeferiu a realização de provas essenciais para a completa elucidação dos fatos, ‘malferindo por isso os cânones constitucionais do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV, LV, CF), por isso a sentença de pronúncia deve ser anulada e os autos retornarem para instância a quo para correta produção probatória’, quais sejam, a oitiva das testemunhas Sr. José Roberto Teixeira e Sr. Nelson Cintra Ribeiro, bem como a expedição pelo Juízo de ofício às entidades bancárias para que respondessem as questões levantadas pela defesa.

Nada obstante, não há falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa, uma vez que o indeferimento da oitiva das testemunhas ocorreu de modo fundamentado, conforme se depreende da decisão de f. 2.607-2.611, in verbis:

‘Assim, em análise ao requerimento, entendo que a produção da presente prova é irrelevante ao processo, uma vez que as testemunhas indeferidas não presenciaram os fatos descritos na denúncia, tratando-se de testemunhas indiretas (não oculares) do delito. Quanto à justificativa inserida pela defesa, que tais testemunhas trariam informações acerca da condição pessoal do casal, verifico que as demais testemunhas já ouvidas até o presente, já esclareceram sobre o tema, tornando apenas protelatório os atos advindos do presente requerimento.

Por outro lado, verifico que o processo encontra-se na fase final de instrução (atualmente, com mais de 20 oitivas), restando apenas a realização das oitivas de duas testemunhas, não sendo razoável a protelação na fase instrutória, com oitivas desnecessárias e irrelevantes. Entendo ainda, que não haverá prejuízo à defesa, tendo em vista que apesar de não serem ouvidas nesta fase, as testemunhas indeferidas poderão ser ouvidas em plenário, caso seja requerido pela defesa’. - grifou-se.

Colhe-se, ainda, da decisão de f. 1.365-1.369 que ‘o próprio advogado afirmou que caso este Juízo não acolhesse na íntegra seu pedido, desistiria da oitiva destas duas testemunhas. Assim, como não são testemunhas oculares do fato, e sendo que outras foram arroladas para descreverem a conduta da ré, não há prejuízo para a Defesa; (...)’. grifou-se.

Igualmente, quanto aos pedidos de expedição de ofício as instituições bancárias e de desentranhamento dos depoimentos da testemunha Tiago Louveira Ferreira juntos aos presentes autos, a juíza singular motivadamente indeferiu os pleitos, nos seguintes termos:

*‘(...) Quanto ao pedido de expedição de ofício as instituições bancárias visando averiguar a existência de apólice de seguro de vida ou assemelhado em nome do Sr. Reinaldo Martins de Souza, tendo como beneficiária a ré Luciene Franco dos Santos, **informo que tal informação já foi obtida por este juízo, através de ofício enviado ao Banco Bradesco, o qual junto aos autos neste momento, sendo desnecessária nova diligência a esse respeito.***

***Indefiro, por enquanto, o pedido de desentranhamento do depoimento da testemunha Tiago Louveira Ferreira.** Isso porque, apesar das alegações trazidas pela defesa da acusada Luciene, a oitiva da testemunha foi realizada sim, sob o crivo do contraditório, tendo em vista que na época da confecção da prova, a denúncia tinha sido ofertada apenas em face da acusada Marielli, sendo neste momento, importante a sua manutenção nos autos. A respeito de ser temerário e contrário aos demais depoimentos colhidos durante a instrução processual, tenho que isso será analisado durante a confecção da sentença, sendo importante salientar, que caso seja confirmado que trata-se de declaração falsa, esta magistrada poderá determinar o desentranhamento da oitiva dos autos ao proferir a sentença. Ademais, o § 2º, do art. 342 do Código Penal, disciplina que o agente poderá retratar-se do falso testemunho até a sentença, o que não ocorreu até o momento’. - grifou-se.*

No tocante à alegação defensiva de que a prolação da sentença de pronúncia antes do cumprimento da carta precatória expedida para a oitiva da testemunha Giovana Chacarosqui Torchi, ‘implica em nulidade absoluta do julgado guerreado’, eis que ‘o prejuízo à defesa é perene, pois deixou de ter a oportunidade de firmar o contraditório sobre o depoimento da Sra. Giovana Chacarosqui Torchi’, não merece acolhimento.

Explica Norberto Avena que a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal, ex vi do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal⁶.

Conforme estabelece o referido dispositivo, a instrução processual não fica suspensa ou se interrompe, e tampouco o julgamento é adiado, em razão da expedição de carta precatória. Retornando tardiamente, mesmo depois da sentença, a precatória deve ser juntada aos autos, disponibilizando-se o teor da prova colhida para eventual apreciação em segundo grau⁷.

E mais, da simples leitura do dispositivo acima, conclui-se que inexistente, no presente caso, cerceamento de defesa, uma vez que há previsão expressa de que a expedição da carta precatória não suspenderá a instrução criminal, podendo o magistrado, portanto, dar regular prosseguimento ao feito, abrindo vista para a apresentação de alegações finais, sendo possível, inclusive, julgar a causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado⁸.

Ademais, de se observar que sequer a juíza sentenciante fez menção aos dizeres da testemunha Giovana colhidos na fase inquisitorial (f. 3.567-3.572). E diante disso, não há evidência de prejuízo decorrente do fato suscitado, sem o que não há de se proclamar a nulidade processual.

Por fim, a defesa aponta afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa em face da apresentação dos extratos bancários e cheques constantes às f. 2.812-2.836, pelo Ministério Público na fase processual prevista no art. 402, do Código de Processo Penal.

A alegação não procede, data venia, haja vista que os documentos foram submetidos ao crivo do contraditório, o que afasta sua ilegalidade, porquanto anexados aos autos antes da abertura de prazo para a defesa apresentar suas alegações finais, dando-lhe plena oportunidade, portanto, para o exercício da ampla defesa. Não bastasse, infere-se que a defesa tomou conhecimento dos documentos juntados aos autos e os impugnou às f. 3.296-3.300, tendo a magistrada a quo motivadamente indeferido o pedido de desentranhamento dos documentos formulado pela defesa da ré Luciene Franco dos Santos (f. 3.340-3.341).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ‘A juntada de documentos pelo Ministério Público em momento anterior às alegações finais não gera nulidade do processo⁹.’

Portanto, não há que se falar em nulidade processual por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

(...).”

Por tais razões, rejeito as preliminares arguidas.

Como se vê, as alegações da defesa, no tópico das preliminares, ficaram somente no campo a alegação, sem demonstração concreta de prejuízo concreto à defesa da ré, como bem analisado pela Procuradoria de Justiça. A magistrada, ao indeferir os pedidos formulados pela defesa, o fez devidamente fundamentado em elementos contidos no processo.

Assim, não tendo ficando demonstrado qualquer prejuízo à defesa, ficam superadas essas questões postas como preliminares, pelo que rejeito as preliminares.

Do mérito.

É assente que para a prolação da decisão de pronúncia basta a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação, nos termos do que dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal, não sendo necessário um juízo de convencimento definitivo, como na prolação de um decreto condenatório.

A materialidade do fato delituoso está demonstrada, dentre outros elementos contidos nos autos, pelo auto de exibição e apreensão de uma pistola Glock 9mm, uma espingarda calibre .12mm, 14 munições intactas .380mm (f. 18); laudo pericial das armas de fogo (f. 40-51, 958-970); laudo de exame necroscópico da vítima Reinaldo Martins de Souza (f. 64-71, 971-978); laudo de exame em local de morte violenta (f. 72-90, 939-957) e laudo de reprodução simulada dos fatos (f. 1.127-1.172).

Já a autoria/participação das recorrentes pode ser extraída dos depoimentos das testemunhas e informantes, bem como da confissão de Marielli (f. 27-30, 140-141, 913, 2.747).

Consta nos autos que o casal Luciene e Reinaldo, vulgo “Caburé”, residia na Fazenda Santo Antonio da Cava, no município de Guia Lopes da Laguna, e que ele possuía outra fazenda, São Francisco, em Nioaque, local em que frequentavam aos finais de semana.

Alguns meses antes dos fatos, o casal passou a manter amizade com a recorrente Marielli e sua convivente Juliene (médica), que também residiam em Guia Lopes da Laguna.

No final de semana em que ocorreram os fatos contidos na denúncia e no aditamento, dia 08/07/17, o casal Luciene e Reinaldo convidou Giovana e seu amigo Gabriel (estudantes da faculdade de veterinária), para passearem na fazenda São Francisco, em Nioaque, bem como a recorrente Marielli, que levou consigo o sobrinho Brendon e o amigo Tiago, vulgo “Preto/Nego”.

O final de semana transcorreu tranquilo, foram realizados churrascos, pescarias, passeios a cavalo. A recorrente Marielli afirmou que, desde a tarde de domingo, pretendia ir embora, mas acabou prorrogando sua saída para a noite.

No domingo à noite, os convidados e Luciene, fizeram mais um churrasco, ingeriram bebida alcoólica, oportunidade em que a vítima Reinaldo permaneceu em seu quarto. A sobrinha de Marielli, Lara, de 05 anos de idade, queria ir ao local e Brendon foi buscá-la em uma fazenda próxima.

Há indicativos de que a vítima Reinaldo chamou a recorrente Luciene para dormir, mas ela continuou na varanda com a recorrente Marielli, mesmo após vários convidados terem ido se deitar.

A recorrente Luciene foi para o quarto e, após a meia-noite, dia 10/07/17, a vítima Reinaldo passou a discutir com ela e, segundo ela, teria lhe desferido um tapa no rosto, momento em que ela teria dito “*para Caburé, por que você está me batendo?*”

A testemunha Giovana, que dormia em um sofá-cama na sala da residência, junto com o amigo Gabriel, escutou a discussão do casal, acordou este e passou a querer ir embora do local, pedindo carona para a recorrente Marielli, que estava acordada e lhe disse que era normal eles brigarem.

Tiago e Brendon também estavam na sala neste momento. Como a mala de Giovana estava no quarto do casal, após bater à porta, dizendo que iria embora, ela ingressou no local, pegou seus pertences e voltou para a sala.

A partir deste momento, foram narradas diversas versões diferentes pelas recorrentes e pelas testemunhas presenciais.

Algumas dizem que a vítima Reinaldo teria vindo à porta do quarto, portando uma pistola, dizendo que ninguém iria embora do local, momento em que teria entrado em luta corporal com Marielli e deixado a arma de fogo cair ao chão, que foi recolhida por Gabriel. Brendon e Tiago separaram os dois. Em seguida, Marielli teria ido para a varanda da frente da residência, local em que Gabriel entregou-lhe a pistola, e a vítima teria ido à cozinha e se armado com um facão, vindo em direção de Marielli, desferindo-lhe dois golpes de facão na cabeça, momento em que ela teria efetuado dois disparos de pistola em sua direção, um no tórax e outro na mandíbula, que foram a causa de sua morte.

A testemunha Tiago Louveira Ferreira afirma que a vítima teria vindo à porta do quarto e discutido com Marielli, porque não queria que ela levasse Giovana embora, entrando em luta corporal com ela, momento em que a pistola de Marielli caiu de seu bolso e foi recolhida por Gabriel. Brendon e Tiago separaram os dois. Em seguida, Marielli teria ido para a varanda da frente da residência, local em que Gabriel entregou-lhe sua pistola, e a vítima foi na direção dela, desarmada, momento em que ela teria efetuado dois disparos em sua direção, um no tórax e outro na mandíbula, que foram a causa de sua morte (f. 100-111 e 743).

A testemunha Gabriel Oliveira da Silva, por sua vez, afirmou que a arma de fogo utilizada no crime pertencia a Marielli, havia caído do bolso dela no momento da luta, tanto que pegou e entregou para ela em seguida; viu, ainda, que a vítima portava um facão no momento em que recebeu o disparo, mas não a viu avançando contra Marielli com a arma, apenas dito *“atira em mim se você for mulher, abriu os braços e ela atirou”* (f. 552, 744, 2.704).

Já as testemunhas Brendon, Tiago, Giovana e a recorrente Luciene negam que tenham visto o momento dos disparos, afirmando que só “ouviram”, pois ou correram da varanda ou estavam em outro cômodo da residência (f. 31-33, 910; 100-111, 743; 552, 744; 19-20, 2.736).

Após os fatos, os presentes também forneceram versões conflitantes sobre a sequência do crime.

Alguns dizem que, após os disparos, a recorrente Marielli deixou a arma de fogo na varanda, pediu desculpas para a corré Luciene, que estava na sala, e já fugiu do local em sua camionete Ranger, de cor branca, momento em que Luciene teria telefonado para a polícia e todos permaneceram aguardando a chegada desta (recorrentes Luciene e Marielli, Giovana, Brendon - 19-20, 2.736; 27-30, 140-141, 913, 2.747; 552, 744; 31-33, 910).

Outros dizem que, após os disparos, a recorrente Marielli deixou a arma de fogo na varanda, pediu desculpas para a corré Luciene, que estava na sala, e ambas recorrentes passaram a conversar com todos os presentes para que narrassem a mesma versão dos fatos, ou seja, que Marielli havia agido em legítima defesa, pois “Caburé” tinha ido na direção dela, armado com o facão. Em seguida, Luciene teria dito a Marielli que deveria passar na outra fazenda (Santo Antonio da Cava), em Guia Lopes da Laguna, a fim de pegar a arma de fogo da vítima e dinheiro (cerca de R\$ 25.000,00) para empreender fuga. Luciene, ainda, teria aguardado Marielli fugir e somente após passados 20 ou 30 minutos é que telefonou para a Polícia, o que ocorreu às 03:45 horas (f. 13 e testemunha policial Marcelo Dehn Freitas – f. 149), permanecendo as testemunhas no local (declaração da testemunha Tiago Louveira – f. 100-111 e 743).

A vítima veio a óbito por *“hemorragia interna e externa por politraumatismo, provocada por ferimento por arma de fogo (f. 65).”*

As recorrentes Luciene e Marielli, apesar de afirmarem que foram agredidas fisicamente pela vítima, não realizaram exame de corpo de delito.

Segundo o policial civil Alexandre Gustavo Dehn Moreira, quando chegaram ao local dos fatos, já havia um advogado ali, que se apresentou como tal (Márcio José Lopes Souza, cunhado de Luciene – f. 1.278), bem como foram apreendidas 14 munições intactas de calibre .380mm, no banheiro da vítima, não sendo localizada a arma de fogo respectiva, bem como uma espingarda calibre .12, sem nenhuma munição (f. 623-627, 743, 2.553).

Segundo a perita que elaborou o laudo de exame em local de morte violenta, *“havia uma faca distando aproximadamente 42 (quarenta e dois) centímetros do pé direito da vítima, não apresentando compatibilidade com a posição da vítima sugerindo que foi inserida na cena do sinistro (...). (f. 81).”*

Extraí dos elementos contidos nos autos que há informações de que, logo após o crime, a recorrente Marielli foi até a Fazenda Santo Antonio da Cava e, apressadamente, pegou um embrulho do interior da residência e colocou em sua camionete, deixando um cofre aberto, o qual ficava no quarto da vítima Reinaldo, fugindo, em seguida (conforme testemunhas Raimundo do Nascimento e Sebastião Vieira – f. 2.553).

Consta nos autos que as recorrentes Luciene e Marielli vinham mantendo um relacionamento homoafetivo, inclusive trocando beijos e carícias na frente de algumas pessoas (conforme testemunhas Tiago Louveira Ferreira, Gabriel Oliveira da Silva, Zuma Martins Barcelos, Gilberto Ferreira de Souza, Raimundo do Nascimento, Gabriel Salinas Achucarro e Maria Helena Vieira Fernandes – f. 100-111, 743; 552, 744, 2.704; 2.556; 909, 2.553 e 274-280) e que a vítima havia descoberto este fato alguns meses antes de sua morte (conforme testemunhas Odilon Barbosa de Souza e Roberto Barbosa de Souza - f. 619-622, 1.274; 1.278).

Há elementos de que a vítima possuía um patrimônio elevado, era auxiliada por Luciene em sua administração e havia contratado um seguro de vida, cuja única beneficiária seria ela, no valor de quase R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais - f. 3.149-3.157), bem como firmado um contrato de parceria agrícola com a recorrente Marielli e um terceiro, no dia 08/05/17 (dois meses antes dos fatos), havendo suspeitas de falsificação da assinatura de Reinaldo (laudo – f. 3.428-3.445).

Desta forma, havendo versões conflitantes quanto à existência da legítima defesa, pairando sérias dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 25 do Código Penal, cabe ao júri, juiz natural, dizer se realmente é aceitável a referida tese, pois nesta fase, não está plenamente segura, situação que cabia à defesa demonstrar.

No caso, como a defesa não demonstrou de forma segura a ocorrência das excludentes da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) e da ilicitude (legítima defesa), deve ser mantida a pronúncia, pois somente quando a prova produzida é robusta, clara e conclusiva é que se pode retirar o caso da apreciação por parte do Tribunal do Júri, situação esta que, a meu ver, não ocorre na hipótese em tela.

A impronúncia da recorrente Luciene só seria possível se houvesse juízo de certeza, ou seja, estivesse provado que não era partícipe do fato (art. 414 CPP), o que inócorre no caso em tela.

Desta forma, diante de uma análise necessária dos autos, mas sem aprofundar o exame do mérito, até mesmo por ser cabível nesta fase uma análise profunda e definitiva do conjunto probatório e o ingresso no mérito, constata-se que deve ser mantida a pronúncia a fim de que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri possa fazer esse exame definitivo, por ser o juízo natural para esse fim.

Por ser admissível, diante das circunstâncias, o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe, compete ao Conselho de Sentença, julgá-la, não se justificando subtrair-lhe a competência.

Como a infração previstas no art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal) ocorreu no mesmo contexto fático do homicídio, ou seja, nas mesmas circunstâncias de tempo, resta patente a conexão, prevalecendo a competência do Tribunal do Júri para julgá-los.

A respeito, o STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – LEGÍTIMA DEFESA – SÚMULA 284/STF – FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO – SÚMULA 182/STJ – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É inviável o agravo que deixa de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ.

2. Ademais, no caso concreto, o Tribunal de origem, soberano na análise do conjunto fático-probatório, manteve a sentença de pronúncia dos acusados, ao argumento de que não há prova incontroversa da excludente de legítima defesa, sendo inviável, portanto, a absolvição sumária pretendida. Afirmou, ainda, a existência de indícios suficientes de autoria. Desconstituir o julgado, para acolher a tese de legítima defesa é inviável na via eleita, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no AREsp 351.781/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 12/08/2015).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – EXCLUDENTE DE ILICITUDE – RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA – AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTÁVEL – IN DUBIO PRO SOCIETATE – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO – VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – DESCABIMENTO – PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO – PRECEDENTES – PRETENSÃO RECURSAL – SÚMULA 7/STJ – INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A ENSEJAR A REFORMA DA DECISÃO.

1. A pronúncia é decisão interlocutória mista em que o magistrado declara a viabilidade da acusação por duplo fundamento, ou seja, por se convencer da existência de um crime e da presença de indícios de que o réu possa ser o autor (art. 413 do CPP).

2. Adverte a jurisprudência desta Corte que, em casos duvidosos e controvertidos, hipótese dos autos, deve a alegação de legítima defesa ser submetida à apreciação do Tribunal do Júri, juízo natural constitucionalmente instituído para julgar os crimes dolosos contra a vida, em que as provas, inclusive as testemunhais, serão analisadas com maior amplitude e liberdade, devido à aplicação, na fase do judicium accusationis, do princípio in dubio pro societate.

3. Por conseguinte, afastar as conclusões do acórdão para reconhecer a excludente de ilicitude, demandaria, seguramente, o revolvimento do material fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, ante o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. Havendo nos autos motivação suficiente quanto à existência de indícios da qualificadora do homicídio, consistente na utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima, não há falar na sua exclusão; logo, a desconstituição de tal entendimento atrai a incidência, mais uma vez, do óbice da Súmula 7/STJ 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no AREsp 316.069/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 25/09/2014).

“OMISSÃO NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TESES APRECIADAS E DECIDIDAS PELO TRIBUNAL A QUO – INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 619, DO CPP – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

1. Não há que se falar em violação ao art. 619, do Código de Processo Penal quando o Tribunal a quo, mesmo que de forma sucinta, aprecia as teses da defesa, até porque no momento da pronúncia é vedada a incursão aprofundada no mérito da causa, sob pena de invasão da competência constitucional do Tribunal do Júri.” (STJ, REsp 1171788/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

“CRIMINAL – HC – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRONÚNCIA – CONEXÃO – PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – O RÉU SE DEFENDE DOS FATOS – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA – INOCORRÊNCIA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – NULIDADE NÃO CONFIGURADA – CONVICÇÃO DO MAGISTRADO FORMADA POR OUTRO ELEMENTOS PROBATÓRIOS – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO LAUDO NO JULGAMENTO PELO JÚRI – ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que se alega ausência de correlação entre a denúncia e sentença de pronúncia, incompetência do Tribunal do Júri para apreciação do delito imputado ao réu, violação a parte final do art. 410 do CPP por inexistência da abertura de novo prazo à defesa e falta de materialidade para o delito descrito no art. 10, caput da Lei nº 9.437/96.

O acusado defende-se dos fatos apontados na denúncia e não da tipificação nela aposta, sendo que, neste ponto, a exordial acusatória delineou claramente a conduta do acusado, que portava arma de fogo, não restando sua defesa em nada prejudicada.

Reconhecida a conexão entre os delitos deve prevalecer a competência do júri sobre a de outro órgão da jurisdição comum.

Não comprovada a alegação de ausência de intimação da sentença de pronúncia, não resta demonstrado qualquer prejuízo à Defesa que exerceu suas atribuições plenamente, inclusive interpondo o recurso em sentido estrito contra a sentença de pronúncia.

Não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo objetivamente comprovado para a defesa.

É imprópria a alegação de nulidade em razão da ausência de laudo pericial na prolação da sentença de pronúncia, se o decisum foi suficientemente fundamentado quanto à caracterização da materialidade e autoria do delito, sobressaindo a convicção do julgador embasada em outros elementos probatórios.

Correta a decisão do Magistrado quando utiliza em sua decisão elementos presentes nos autos para a comprovação da materialidade do crime, tais como o próprio interrogatório do réu, as declarações da vítima e das testemunhas.

V. Ordem denegada.” (HC 57.116/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 501).

Nesse sentido, também já decidiu este Sodalício:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE IMPRONÚNCIA E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E ADMISSÃO DA QUALIFICADORA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A pronúncia se caracteriza por um exame superficial do elenco probatório e, nesse contexto, havendo dúvidas razoáveis quanto à versão defensiva, torna-se necessário sujeitar o réu a julgamento pelo soberano Tribunal Popular, em homenagem ao princípio in dubio pro societate.

Em regra, as qualificadoras devem ser levadas ao plenário, só podendo serem suprimidas à apreciação do Júri quando totalmente descabidas e dissociadas do conjunto probatório, em homenagem ao princípio in dubio pro societate, o que não ocorreu no caso em apreço. Assim, havendo indícios de que o crime ocorreu em razão de discussão entre as partes por dívida, mantém-se a qualificadora do motivo fútil.

Para que se justifique a impronúncia, sob o argumento da negativa de autoria, é necessária total ausência de indícios de autoria, que possa ser identificada de maneira fácil pelo Juiz da causa criminal. Havendo mínimo indício de autoria, como na espécie, deve ser o réu submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.” (TJMS, Relator Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 0001740-62.2010.8.12.0024, j. 14/01/13).

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – ALMEJADA NULIDADE DO DECISUM – AUSÊNCIA DO DISPOSITIVO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL – MERA IRREGULARIDADE – NORMA EXPRESSAMENTE NARRADA NA DECISÃO – AMPLA DEFESA EXERCIDA NA SUA PLENITUDE – REJEITADA – PEDIDO DE IMPRONÚNCIA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATIS – PRESENÇA DO ANIMUS NECANDI – DECISÃO MANTIDA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORAS – MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES QUE NÃO SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES – NÃO ACOLHIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGREGAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (...) Restando suficientemente demonstradas nos autos a materialidade e a autoria delitiva, bem como havendo fortes indícios de que os réus tenham agido com animus necandi ao investir contra a vítima, ceifando-lhe a vida com diversos golpes de faca, necessário se faz o julgamento pelo Tribunal Popular, em obediência ao princípio do in dubio pro societatis, não havendo falar em impronúncia.

É pacífico na jurisprudência que as qualificadoras mencionadas na denúncia só devem se decotadas da pronúncia quando manifestamente improcedentes. (...)” (TJMS, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, 2ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 1600067-33.2012.8.12.0000, j. 17/12/12).

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO, SEQUESTRO E CÁRCERE E QUADRILHA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA AUTORIA – PRETENSA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DOS DELITOS CONEXOS – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – NÃO PROVIDO.

Inexistindo prova inequívoca para a absolvição, impronúncia ou desclassificação, aplica-se o princípio in dubio pro societate, cabendo ao Júri a avaliação e comparação dos elementos e do contexto como um todo, proferindo julgamento de mérito e optando pelo que lhes parecer mais verossímil e adequado.

Não prospera a pretensa descaracterização das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, que neste momento processual, somente poderia ocorrer se houvesse prova cabal que as desconstituíssem, pois sabidamente, na fase da pronúncia, deve tão somente ser analisada a admissibilidade ou não da acusação, sem imiscuir-se no mérito da causa. No caso dos autos, na forma como se deram os fatos, não há como afastá-las de plano. Assim, ao juiz monocrático cabe tão somente proclamar admissível ou não a acusação, sem contudo invadir o mérito da causa, o que se dá em homenagem ao princípio constitucional do juiz natural, que, em casos tais, é o Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, “d”). (...)” (TJMS, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, 1ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 0003148-89.2012.8.12.0001, j. 11/03/13).

Diante do exposto, com o parecer, rejeito as preliminares e nego provimento aos recursos defensivos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos 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, 28 de janeiro de 2020.

1ª Seção Criminal

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Revisão Criminal nº 1412089-02.2019.8.12.0000 - Miranda

EMENTA - REVISÃO CRIMINAL – ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93 – DOSIMETRIA DA PENA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – MÉRITO – PENA-BASE – READEQUAÇÃO – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – NULIDADE NÃO EVIDENCIADA – PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A revisão criminal, prevista no art. 621 do CPP, prescinde de maior rigorismo formal, bastando que o pedido se subsuma às hipóteses autorizadoras da ação revisional.

Em razão da aplicação do princípio da especialidade, a pena prevista na Lei de Licitações deve prevalecer sobre a aplicada no Código Penal, o que enseja, no presente caso, a retificação da reprimenda nos termos do que dispõe o art. 99 da Lei nº 8.666/93.

A alegação se consubstancia em *error in judicando* que pode acarretar a reforma da sentença, e não *error in procedendo* apto a declarar a nulidade do *decisum*. Além do mais, a jurisprudência é firme no sentido de que “a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, julgar parcialmente procedente unânime.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Denis da Maia ajuíza revisão criminal, com pedido de liminar, contra condenação sofrida nos Autos nº 0000945-88.2007.8.12.0015, à pena de 03 anos de detenção e 10 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 06 salários mínimos em prol do Conselho da Comunidade de Miranda-MS e prestação de serviços à comunidade, razão de uma hora de trabalho para cada dia de condenação.

Afirma que: a condenação contrariou expressamente o disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 99 do mesmo diploma legal, pois “*acabou por misturar o tipo penal da condenação previsto na Lei nº 8.666/93 com a pena prevista para crimes descritos no Código Penal*”; o requerente foi condenado por um tipo penal, mas foi aplicada pena de outro, em razão de ter sido aplicada a pena de multa prevista no art. 49 do Código Penal e não a prevista no art. 99 c/c art. 89, ambos da Lei de Licitações; o requerente foi condenado a pagamento de multa ao Fundo Penitenciário, porém, esta não se encontra prevista no tipo penal; ao adotar a técnica de substituição da pena do tipo, por outra prevista apenas no Código Penal, o juízo se absteve do trabalho de calcular a pena prevista no art. 89 da Lei de Licitações, que fixava a multa em percentual restrito

de 2% a 5% do valor do dano, e como destinatária a Fazenda Municipal; o juiz não fixou o valor do dano e tampouco a multa prevista.

Argumenta que a gravidade do erro é de ato de afronta a texto expresso de lei e, por consequência, a sentença deve ser anulada.

Requer a concessão de tutela de urgência com a suspensão da execução penal nos Autos nº 0000955-15.2019.8.12.0015.

A liminar foi indeferida p. 2.305 – 2.306.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da revisional e, no mérito, parcial provimento, apenas para readequar a pena de multa fixada, corrigindo-se o erro material de aplicação, em consonância com os critérios do art. 99 da Lei nº 8.666/93.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Denis da Maia ajuíza revisão criminal, com pedido de liminar, contra condenação sofrida nos Autos nº 0000945-88.2007.8.12.0015, à pena de 03 anos de detenção e 10 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida em regime inicial aberto, sendo, ao final, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 06 salários mínimos em prol do Conselho da Comunidade de Miranda-MS e prestação de serviços à comunidade, razão de uma hora de trabalho para cada dia de condenação.

Afirma que: a condenação contrariou expressamente o disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 99 do mesmo diploma legal, pois *“acabou por misturar o tipo penal da condenação previsto na Lei nº 8.666/93 com a pena prevista para crimes descritos no Código Penal”*; o requerente foi condenado por um tipo penal, mas foi aplicada pena de outro, em razão de ter sido aplicada a pena de multa prevista no art. 49 do Código Penal e não a prevista no art. 99 c/c art. 89, ambos da Lei de Licitações; o requerente foi condenado a pagamento de multa ao Fundo Penitenciário, porém, esta não se encontra prevista no tipo penal; ao adotar a técnica de substituição da pena do tipo, por outra prevista apenas no Código Penal, o juízo se absteve do trabalho de calcular a pena prevista no art. 89 da Lei de Licitações, que fixava a multa em percentual restrito de 2% a 5% do valor do dano, e como destinatária a Fazenda Municipal; o juiz não fixou o valor do dano e tampouco a multa prevista.

Argumenta que a gravidade do erro é de ato de afronta a texto expresso de Lei e, por consequência, a sentença deve ser anulada.

Requer a concessão de tutela de urgência com a suspensão da execução penal nos Autos nº 0000955-15.2019.8.12.0015.

A liminar foi indeferida f. 2.305-2.306.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da revisional e, no mérito, parcial provimento, apenas para readequar a pena de multa fixada, corrigindo-se o erro material de aplicação, em consonância com os critérios do art. 99 da Lei nº 8.666/93.

Rejeito a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça.

Conforme se infere dos autos, a condenação imposta ao requerente já transitou em julgado, de modo que eventual erro judiciário somente pode ser questionado por meio da revisão criminal.

A revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal, prescinde de maior rigorismo formal, bastando que o pedido se subsuma às hipóteses autorizadoras da ação revisional.

In casu, o requerente sustenta que a dosimetria da pena foi fixada de forma contrária ao texto expresso da lei penal (inciso I do artigo 621 do CPP).

Assim, aplica-se ao caso o entendimento desta Corte no sentido de que:

“(...) a revisão criminal pode ser admitida, quando se tratar de reapreciação de provas ou da pena aplicada, de acordo com o princípio in favor rei, que prestigia a interpretação mais benéfica ao réu, e porque a inexistência de análise dos mesmos argumentos em recurso de Apelação não é prevista como pressuposto do pleito revisional.” (Seção Criminal - Agravo Regimental em Revisão Criminal nº 2012.000520-3/0001-00 – Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 24.4.2012).

Do voto proferido pelo Desembargador Claudionor Miguel Abss, Relator designado, colhem-se as seguintes orientações:

“(...) Vê-se, portanto, que o reexame probatório, bem como a nova apreciação da dosimetria da pena, são perfeitamente compatíveis com a Revisão Criminal, mormente quando se trata da hipótese prevista no inciso I, do art. 621, do CPP, em que o requerente busca demonstrar a contrariedade da condenação em relação à evidência dos autos.

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos, ou se a pena foi estabelecida de acordo com o que autoriza o sistema normativo pátrio.

Por derradeiro, vale esclarecer que não há, na legislação, nenhuma forma de interpretar a revisão criminal como uma ‘terceira apelação’, porquanto, se esse entendimento pudesse ser efetivamente levado a cabo, seria completamente desconcertante a própria existência dessa ação em favor do réu, que pressupõe justamente o trânsito em julgado de decisão judicial como requisito essencial para o seu ajuizamento.”

Sendo assim, rejeito a preliminar e conheço da ação revisional.

No mérito, assiste razão parcial ao requerente.

O requerente postula a nulidade da sentença condenatória, ao argumento de que a pena aplicada pelo magistrado sentenciante não estava expressamente prevista na Lei nº 8.666/93, mas sim, no Código Penal, o que invalidaria o édito condenatório.

Pois bem. Observa-se da sentença combatida, que a pena de multa foi fixada de acordo com os critérios previstos no art. 49 do Código Penal, veja-se:

“(...) 3.1. Circunstâncias Judiciais

Mostrando-se favoráveis as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal, isto é, em 3 (três) anos de detenção e multa de 10 (dez) dias-multa, equivalendo cada dia-multa ao valor unitário 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, ante à ausência de comprovação da capacidade econômica do acusado.

3.2. Circunstâncias atenuantes, agravantes e causas de aumento e diminuição de pena e pena definitiva

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes nem causas de diminuição ou aumento de pena a considerar, razão pela qual torno definitiva a reprimenda penal em 3 (três) anos de detenção e multa de 10 (dez) dias-multa, equivalendo cada dia-multa ao valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, ante à ausência de comprovação da capacidade econômica do acusado. (...)” (f. 1318-1319)

Ocorre que, a Lei nº 8.666/93 prevê a aplicação de pena de multa diferenciada aos crimes nela previstos, calculada em razão do valor do contrato licitatório, ou celebrado com a indevida dispensa ou inexigibilidade de licitação, destinado à Fazenda o produto de sua arrecadação, consoante dispõe o art. 99 do mesmo diploma legal *in verbis*:

“Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.”

Desta forma, em razão da aplicação do princípio da especialidade, a pena prevista na lei de licitações deve prevalecer sobre a aplicada no Código Penal, o que enseja, no presente caso, a retificação quanto ao seu critério de aplicação e à sua destinação.

Todavia, tal circunstância não conduz à nulidade da r. sentença condenatória, pois não se trata de condenação do recorrente à pena não prevista no tipo penal, mas mero equívoco material quanto ao seu critério de fixação, já que o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 comina, expressamente, a pena de multa.

Assim, a alegação se consubstancia em *error in iudicando* que pode acarretar a reforma da sentença em sede recursal, e não *error in procedendo* apto a declarar a nulidade do *decisum*.

Além do mais, a jurisprudência é firme no sentido de que as nulidades relativas devem ser alegadas na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Logo, mostra-se cabível a readequação da pena de multa, que deverá ser fixada no mínimo legal de 2% sobre o valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação a ser destinado ao Município de Miranda, porém, considerando o trânsito em julgado da condenação, o valor a ser executado não deve ultrapassar àquele fixado na sentença impugnada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, encaminho voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça, a fim de conhecer a revisão criminal e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido revisional, apenas para readequar a pena de multa fixada, em consonância com os critérios previstos no art. 99 da Lei nº 8.666/93.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Julgaram parcialmente procedente unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2019.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0043318-74.2010.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – NEUTRALIZAÇÃO DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE – ACOLHIDA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA – SÚMULA 231 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

A fundamentação vaga e genérica, não constitui elemento idôneo à exasperação da pena-base, uma vez que não possui lastro em elementos fáticos, colhidos dos autos, aptos a demonstrar a gravidade concreta do delito. O cidadão deve responder pelo que fez (Direito penal do fato) e não pelo que é (malfadado Direito Penal do autor). Logo, o estilo de vida, as convicções pessoais e o ser do sujeito não podem servir como fundamento para responsabilização criminal ou mesmo agravamento da pena. Segundo a orientação contida no En. Sum. 444 do STJ, “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”, a qualquer título, pois ofensivo ao princípio de presunção de inocência. Não há confundir antecedente com personalidade ou conduta social, haja vista que o primeiro tem caráter objetivo, verificável mediante simples certidão, enquanto as demais são eminente subjetivas e dependem, respectivamente, de profunda análise técnica da psiquê do acusado e sobre o papel do réu na comunidade. Em atenção ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais (CRFB/88 – art. 93, IX), o julgador não pode majorar a pena tomando uma circunstância judicial por outra sem demonstrar a necessidade de maior reprovação.

Não obstante a lei não estabeleça um critério fixo para sua aplicação, deixando ao prudente arbítrio do julgador, o entendimento majoritário é de que o *quantum* referente às agravantes e atenuantes não deve ir além dos limites relativos às majorantes e minorantes (1/6).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Wilson Correa de Arruda interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juiz de direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande (f. 588-92), que acolheu a decisão proferida pelo Conselho de Sentença e o condenou pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 65, I e III, ‘d’, do Código Penal, em 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Requer, em síntese, a redução da pena-base e que seja majorada a fração de redução de pena pela incidência das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa (f. 615-629).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 1.849-1.859).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (f. 1.865-1.871).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Wilson Correa de Arruda interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juiz de direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande (f. 588-592), que acolheu a decisão proferida pelo Conselho de Sentença e o condenou pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 65, I e III, 'd', do Código Penal, em 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Requer, em síntese, a redução da pena-base e que seja majorada a fração de redução de pena pela incidência das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa (f. 615-629).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 1.849-1.859).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (f. 1.865-1.871).

O recurso deve ser provido.

Infere-se da denúncia que:

“(...) Consta do presente inquérito policial que no dia 15 de maio de 2010, por volta das 22h30m, na Rua dos Cafezais, próximo ao estabelecimento comercial conhecido como “conveniência do Seu João”, bairro Jardim das Macaúbas, em Campo Grande-MS, o denunciado Wilson Corrêa de Arruda, utilizando-se de uma arma de fogo, efetuou disparos contra a vítima Ewerton Ferreira dos Santos, causando-lhe o resultado morte.

Consta, ainda, que o denunciado Wilson Corrêa de Arruda cometeu o crime por motivo torpe, porquanto agiu com a intenção de vingar anterior desentendimento existente entre ele (denunciado) e a vítima Ewerton Ferreira dos Santos.

Apurou-se, também, que o denunciado Wilson Corrêa de Arruda, na prática do crime de homicídio, utilizou-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, consistente em ter efetuado os disparos de arma de fogo pelas costas da vítima Ewerton Ferreira dos Santos, vindo a atingi-la (...).”

Inicialmente, importante ressaltar que embora o acusado tenha sido assistido por advogada particular (C. B. G.), a mesma não compareceu à sessão do Tribunal do Júri realizada na data de 28/03/2018, razão pela qual lhe foi aplicada multa de dez salário mínimos e adiado o julgamento.

Tendo em vista que a advogada não compareceu à sessão, tampouco apresentou motivos para justificar sua ausência, foi nomeado Defensor Público para a defesa do acusado, que vem acompanhando o presente feito, tendo interposto recurso de apelação (f. 596 – 21/05/2018) e apresentado razões recursais (f. 615-629 – 01/11/2018).

Todavia, em 08/01/2019, por intermédio da advogada já constituída, o apelante interpôs recurso de apelação e requereu que as razões recursais fossem apresentadas nesta instância (f. 1.223-1.224).

Contudo, tal apelo não comporta conhecimento, em razão da preclusão consumativa (nesse sentido: STJ - EDcl no AREsp 524.872/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017; AgRg no HC 376.120/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 24/02/2017, dentre outros).

Feitas essas considerações, passo à análise do recurso.

A defesa requer sejam neutralizadas as moduladoras da culpabilidade, conduta social e personalidade do agente, as quais foram exasperadas pelos seguintes argumentos:

“(...) Passo a fixar a pena, sistema trifásico (art. 68 do CP).

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são amplamente favoráveis.

Não registra antecedentes.

Todavia, a sua culpabilidade é reprovável, uma vez que desferiu diversos disparos na vítima, atingindo-a duas vezes, perna esquerda e no lado esquerdo de seu tronco, o que bem demonstrou a sua vontade de matá-la.

Os motivos e as circunstâncias do crime (motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima) já foram reconhecidos pelos jurados como qualificadoras. Assim, o motivo serve para qualificar o delito e a outra qualificadora será apreciada como circunstância judicial.

A conduta social e a personalidade lhe desfavorecem, pois há notícias nos autos de que voltou a delinquir, sendo processado por outro crime de homicídio praticado na comarca de Nioaque, vide f. 512-3.

As consequências do crime são típicas da espécie.

Diante dessas circunstâncias judiciais, fixa-se a pena-base em 15 (quinze) anos de reclusão.

Na segunda fase, reduzo 6 (seis) meses por cada atenuante supracitada (confissão e menoridade), totalizando 1 (um) ano.

Na terceira fase, não existem causas de diminuição e aumento para avaliação.

Portanto, fica condenado, em definitivo, à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão.

(...).”

Como se vê, foram consideradas desfavoráveis ao apelante a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e a circunstâncias do crime.

Na hipótese, a culpabilidade do apelante foi tida por desfavorável “*uma vez que desferiu diversos disparos na vítima, atingindo-a duas vezes, perna esquerda e no lado esquerdo de seu tronco, o que bem demonstrou a sua vontade de matá-la*”, o que tornaria a conduta praticada por ele mais reprovável. Porém, tal fundamentação, por ser vaga e genérica, não constitui elemento idôneo à exasperação da pena-base, uma vez que não possui lastro em elementos fáticos, colhidos dos autos, aptos a demonstrar a gravidade concreta do delito.

Nesse sentido, colhe-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DOSIMETRIA – CULPABILIDADE – CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial

deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. 4. In casu, as instâncias ordinárias limitaram-se a afirmar que a culpabilidade do agente foi acentuada. Todavia, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena, como se constata na espécie. 5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer a pena em 12 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.” (HC 520.822/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 30/10/2019)

Além do mais, as circunstâncias judiciais da culpabilidade e personalidade também devem ser neutralizadas.

Conforme reiteradamente tenho defendido nesta Corte,

“(...) o cidadão deve responder pelo que fez (Direito penal do fato) e não pelo que é (malfadado Direito Penal do autor). Logo, o estilo de vida, as convicções pessoais e o ser do sujeito não podem servir como fundamento para responsabilização criminal ou mesmo agravamento da pena, merecendo ser neutralizado o aumento decorrente da circunstância judicial da conduta social.(...)” (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0046595-25.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Minha Relatoria, j: 25/09/2018, p: 27/09/2018).

Ademais, colhe-se que a reprovação foi fundamentada no fato de que *“há notícias nos autos de que voltou a delinquir, sendo processado por outro crime de homicídio praticado na comarca de Nioaque”*.

Ocorre que, a sentenciante deixou de observar a orientação contida no En. Sum. 444 do STJ, segundo a qual, *“é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”,* a qualquer título, pois ofensivo ao princípio de presunção de inocência.

Noutro giro, mesmo aos partidários da possibilidade de uso da referida moduladora para agravamento da pena, devo lembrar que não há confundir antecedente com personalidade ou conduta social, haja vista que o primeiro tem caráter objetivo, verificável mediante simples certidão, enquanto as demais são eminente subjetivas e dependem, respectivamente, de profunda análise técnica da psiquê do acusado e sobre o:

“(...) papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, dentre outros, (...) o magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí por que a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante à instrução¹.”

Logo, em atenção ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais (CRFB/88 – art. 93, IX), por certo que o julgador não pode majorar a pena tomando uma circunstância judicial por outra sem demonstrar a necessidade de maior reprovação.

Neutralizadas as referidas circunstâncias judiciais, deve a pena-base ser devolvida ao patamar de 13 anos de reclusão.

Por fim, assiste razão à defesa ao requerer a majoração da fração de redução de pena pela incidência da confissão espontânea e menoridade relativa para 1/6, pois não obstante a Lei não estabeleça um critério fixo para sua aplicação, deixando ao prudente arbítrio do julgador, o entendimento majoritário é de que o *quantum* referente às agravantes e atenuantes não deve ir além dos limites relativos às majorantes e minorantes (1/6).

Guilherme de Souza Nucci leciona que:

¹ *In Individualização da pena*. 4. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 164.

“Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina deve a pena ser atenuada, porém sem qualquer menção ao montante.

Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), afinal serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com o que o humor do juiz prepondere ora num sentido, ora noutro.

(...)

A única maneira de se assegurar fiel cumprimento à elevação efetiva ou à redução eficaz da pena, na segunda fase de individualização, é a eleição de um percentual, que, como já dissemos, merece ser fixado em um sexto. (...).” (in Individualização da pena 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 189)

Desta forma, a pena intermediária deve ser reduzida para 12 anos de reclusão.

Ressalvo que, embora entenda inexistir vedação legal para redução da pena aquém do mínimo legal, deixo de adotar o proceder, uma vez que a pena resultante seria insuficiente para a reprovação e prevenção do delito no caso concreto (art. 59, *caput*, do CP), bem como porque a aludida diminuição serviria apenas para gerar expectativas efêmeras de reforma, ponderada a jurisprudência contrária que ainda prevalece sobre o assunto (Sum. 231 do STJ).

Na terceira fase, não incidem causas de aumento ou diminuição, portanto, fica a pena definitiva em 12 anos de reclusão.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso defensivo, restando a pena definitiva de Wilson Correa de Arruda em 12 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado fixado na sentença.

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. 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, 21 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0021245-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES DEFENSIVAS – FURTO QUALIFICADO – PEDIDO DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DE UM RÉU PELO PERDÃO JUDICIAL OU DIMINUIÇÃO DA PENA PELA COLABORAÇÃO PREMIADA – DESCLASSIFICAÇÃO DE FURTO CONSUMADO PARA TENTADO – IMPOSSIBILIDADE – TEORIA DA *AMOTIO* – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – QUALIFICADORA DO EMPREGO DE CHAVE FALSA – MANUTENÇÃO – PLEITO DE UM DOS RÉUS PARA REDUÇÃO DA PENA POR PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – INDEFERIDO – REDUÇÃO DA PENA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – ACOLHIMENTO – APLICAÇÃO RAZOÁVEL EM RAZÃO DE DUAS ATENUANTES – RECURSO DE UM RÉU NÃO PROVIDO – RECURSO DO CORRÉU PROVIDO PARCIALMENTE COM EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DE OFÍCIO AO COAUTOR.

A colaboração efetivada pelo réu trata-se de mera confissão, que não se confunde com a delação prevista na Lei nº 9.807/99, por não haver indícios de que se enquadra nas situações legalmente previstas, não há como conceder os benefícios do referido instituto.

Pela teoria da *apprehensio ou amotio*, consumação do crime patrimonial se dá com a inversão da posse sobre o bem, não se exigindo que seja mansa, pacífica ou por longo período. Se o objeto subtraído foi encontrado após a subtração na posse de um dos réus, inclusive com decurso de pequeno lapso temporal, não há falar em tentativa de furto.

Inviável o acolhimento da pretensão para reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal se, mesmo sendo o réu menor na data dos fatos, sendo-lhe contado em metade o referido prazo, não decorreu o lapso temporal exigido para a extinção de punibilidade.

A confissão dos réus de que a chave utilizada na subtração da motocicleta era também usada em outros veículos, aliada ao laudo pericial confirmando que tal objeto se trata de chave original que sofreu alteração com processo abrasivo para calçar em vários veículos, resta configurado o emprego de chave falsa, devendo ser mantida a respectiva qualificadora.

Tratando-se de coautoria, é prescindível que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo, bastando que a sua conduta típica isoladamente tenha sido essencial para a realização do fato praticado, o que resta demonstrado pela prévia combinação entre os agentes para a subtração, com a colaboração de um agente em levar o corréu ao local dos fatos e fornecer-lhe a chave falsa para consumação do delito, sendo impossível se falar, nessa situação, em participação de menor importância.

O reconhecimento de duas atenuantes permite a redução da pena em patamar superior àquele maior previsto para causas de aumento e diminuição (1/6), devendo ser aplicável de modo razoável, sendo inviável a diminuição da pena aquém do mínimo legal (Súmula nº 231), conforme pacífica jurisprudência, ressalvado entendimento do Relator. Extensão da decisão ao corréu que não impugnou o mesmo capítulo da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Negaram provimento unânime ao recurso de Luiz Henrique

de Oliveira Vilela. Decisão contra o parecer. Proveram parcialmente o recurso de José Rafael Bento Arante Ferreira a fim de aumentar a redução da pena na segunda fase da dosimetria. E de ofício, estenderam a decisão ao corréu Luiz Henrique de Oliveira Vilela. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Luiz Henrique de Oliveira Vilela e José Rafael Bento Arante Ferreira recorrem da sentença proferida pelo juiz de direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que os condenou pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, III e IV, do CP), cada um à pena de 2 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime aberto, e 44 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Luiz Henrique de Oliveira Vilela requer a extinção de sua punibilidade pela concessão do perdão judicial ou a diminuição da pena, com base no art. 13, I, ou art. 14, ambos da Lei nº 9.807/99, ante a delação realizada. Subsidiariamente pleiteia a desclassificação do crime de furto qualificado consumado para a forma tentada alegando que não ocorreu a posse mansa e pacífica da *res furtiva* (f. 239-246).

José Rafael Bento Arante Ferreira pede a extinção de sua punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa. Subsidiariamente pelo o afastamento da qualificadora do emprego de chave falsa, o reconhecimento da participação de menor importância, com redução da pena em 1/3, conforme previsão do art. 29. § 1º, do CP, o aumento da redução da pena na segunda fase da dosimetria em razão das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa, compensando-as com o aumento aplicado pelas qualificadoras do crime (f. 254-267).

As contrarrazões foram apresentadas (f. 271-281).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recuso (f. 291-320).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Luiz Henrique de Oliveira Vilela e José Rafael Bento Arante Ferreira contra sentença proferida pelo juiz de direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que os condenou pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, III e IV, do CP), cada um à pena de 2 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime aberto, e 44 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Os recorrentes foram denunciados com base nas seguintes asserções:

“Narra o incluso caderno inquisitivo que, no dia 24 de maio de 2017, por volta das 19h40min, os denunciados José Rafael Bento Arante Ferreira e Luiz Henrique de Oliveira Vilela, cientes da ilicitude do fato e da reprovabilidade de suas condutas, subtraíram para si, com emprego de chave falsa, uma motocicleta de propriedade de Maicon da Rocha de Oliveira.

Segundo consta, na data e hora dos fatos, a vítima Maicon estacionou a sua motocicleta Honda/Fan 150, placa NRK-6542, de cor preta, em frente da empresa onde trabalha, denominada Rochas Caldos e Sopas, que fica localizada na Avenida Nossa Senhora do Bonfim, em frente ao numeral 810, Bairro Novos Estados, nesta capital, sendo que por volta de 19h46min percebeu que o seu veículo havia sido furtado.

Em seguida, a vítima comunicou o furto de sua motocicleta para uma guarnição da Guarda Municipal, que em diligências nas intermediações da Rua Olímpio Klawke acabou cruzando com o veículo que estava sendo conduzido por um indivíduo que, após a sua abordagem, foi identificado como sendo o denunciado Luiz Henrique, e confessou a prática do furto de referida motocicleta, relevando ainda ter utilizado para tanto uma chave micha, isto é, falsa, para dar partida na motocicleta, a qual foi apreendida juntamente com mais duas chaves michas que estavam no seu bolso, conforme f. 30.

Ademais, em diligências no local dos fatos, os guardas municipais ficaram sabendo através de câmeras de segurança da empresa em que a vítima trabalha que Luiz Henrique praticou o referido crime com o auxílio de um comparsa, que utilizando uma motocicleta vermelha teria levado o mesmo até o local dos fatos.

Diante de tais constatações, Luiz Henrique acabou confessando que praticou o furto em tela na companhia do denunciado José Rafael, residente na Rua Eugenia Lima, nº 1.691, Bairro Nova Lima, nesta capital.

Em diligência no referido endereço, os guardas municipais acabaram encontrando José Rafael, que, por sua vez, confessou a prática delitiva. No local ainda fora apreendida a motocicleta vermelha utilizada pelos autores, isto é, uma Honda/CG 150 Titan, placa HSM-4613, conforme f. 31.

Interrogado pela autoridade policial Luiz Henrique (f. 06) e José Rafael (f. 07) confessaram que, após se encontrarem em uma conveniência, saíram com a motocicleta Honda/CG 150 Titan, placa HSM-4613, de cor vermelha, pertencente a este último para praticarem furtos de motocicletas, sendo que, ao avistarem a motocicleta da vítima Maicon, Luiz Henrique desceu da garupa da motocicleta de José Rafael e, utilizando uma chave micha, subtraiu o veículo. Ato contínuo, cada um dos autores iria seguir para sua residência, no entanto, Luiz Henrique acabou sendo abordado pela guarda municipal.

A res furtiva foi apreendida à f. 30, avaliada em R\$ 5.365,00 às f. 34-35 e, posteriormente, encaminhada ao Detran/MS à f. 47, tendo em vista possuir vários débitos junto ao referido Órgão de Trânsito, conforme f. 43-45.”

Encerrada a instrução sobreveio sentença condenatória, nos termos acima mencionados, contra a qual recorrem ambos os réus.

Luiz Henrique de Oliveira Vilela requer a extinção de sua punibilidade pela concessão do perdão judicial ou a diminuição da pena, com base no art. 13, I, ou art. 14, ambos da Lei nº 9.807/99, ante a delação realizada. Subsidiariamente pleiteia a desclassificação do crime de furto qualificado consumado para a forma tentada alegando que não ocorreu a posse mansa e pacífica da *res furtiva* (f. 239-246).

José Rafael Bento Arante Ferreira pede a extinção de sua punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa. Subsidiariamente pelo afastamento da qualificadora do emprego de chave falsa, o reconhecimento da participação de menor importância, com redução da pena em 1/3, conforme previsão do art. 29 § 1º, do CP, o aumento da redução da pena na segunda fase da dosimetria em razão das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa, compensando-as com o aumento aplicado pela qualificadora do crime (f. 254-267).

As contrarrazões foram apresentadas (f. 271-281).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recuso (f. 291-320).

Passo à análise de cada recurso individualizadamente:

- Do recurso de Luiz Henrique de Oliveira Vilela:

Luiz Henrique de Oliveira Vilela requer a extinção de sua punibilidade pela concessão do perdão judicial ou a diminuição da pena, com base no art. 13, I, ou no art. 14, ambos da Lei nº 9.807/99, ante a delação realizada.

A pretensão não deve ser acolhida.

A colaboração efetivada trata-se de mera confissão, que não se confunde com a delação prevista na lei, conforme bem observado na sentença recorrida, vejamos:

*“(...) Preliminarmente, a defesa de **Luiz Henrique de Oliveira Vilela** requereu fosse aplicada, à hipótese, a Lei nº 9.807/99, qual seja a Lei de Proteção Especial a Vítimas e Testemunhas.*

O Diploma, outrossim, foi erigido para atender a contexto específico, qual seja a ‘proteção requerida por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal’ (art. 1º da Lei nº 9.807/99).

*Seus arts. 13 e 14 versam sobre a delação premiada do acusado que, “sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal”, desde que atendidos os seguintes requisitos **cumulativos**: identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, localização da vítima com vida e recuperação total ou parcial do produto do crime.*

Vê-se que, malgrado a Lei nº 9.807/99 não apresente ou mesmo indique quais crimes estariam submetidos a seu âmbito de proteção, admitindo-se, em tese, seu reconhecimento quando da prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), o legislador, sem qualquer dúvida, pretendeu que os benefícios da norma fossem reconhecidos a acusados que, de alguma forma, pudessem ter suas segurança e integridade física ameaçadas pela efetiva colaboração com as autoridades ou, talvez, que estivessem inseridos em contexto criminoso tão significativo que sua ajuda seria imprescindível à elucidação das condutas perpetradas, como, por exemplo, no crime de integrar organização criminosa.

Tal entendimento se depreende do art. 13, parágrafo único, e art. 15, ambos da Lei nº 9.807/99, in verbis:

*‘Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a **natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.***

(...)

*Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, **medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.**’*

*Este, obviamente, não é o caso dos autos, consistindo a indicação do coautor, por **Luiz Henrique de Oliveira Vilela**, em mera confissão.*

Ainda, a Jurisprudência é assente no sentido de que se deve demonstrar, em instrução processual, que a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, a localização da vítima com vida e a recuperação total ou parcial do produto do crime não poderiam ser obtidos por diligências ordinárias da Autoridade Policial ou outros meios, que não a delação premiada do acusado.

(...)

Pela visualização do sistema de segurança do estabelecimento em que trabalhava a vítima Maicon da Rocha Oliveira, foi possível constatar a existência de coautor, prescindindo-se da informação trazia pelo réu.

*Logo, afasto a incidência da Lei nº 9.807/99, quer para declarar a extinção da punição da punibilidade do acusado **Luiz Henrique de Oliveira Vilela**, quer para reduzir sua pena, nos termos do art. 13 e art. 14 do mesmo Diploma.” (f. 202-205). (grifos originais).*

Com efeito, além de não haver nenhum indício de que o réu se enquadrava na conceituação das pessoas protegidas pela Lei 9.807/99, nos termos do art. 1º (proteção requerida por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal”, a identificação de que havia um corréu no cometimento do crime também poderia ocorrer mediante as imagens das câmeras, como de fato também ocorreu, tendo o réu apenas contribuído na identificação do acusado, sem efetuar de modo efetivo e voluntário na investigação, até mesmo porque, somente o fez após ser preso em flagrante na posse da *res furtiva*.

Melhor sorte não lhe assiste quanto ao pedido de desclassificação do crime da modalidade consumada para tentada.

Ficou comprovado nos autos que o réu somente foi preso em flagrante na posse do bem após cerca de vinte minutos de sua subtração.

Ressalte-se que pela teoria da *apprehensio ou amotio*, aplicável ao caso, a consumação do crime patrimonial se dá com a inversão da posse sobre o bem, não se exigindo que seja mansa, pacífica ou por longo período.

Nesse sentido:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – FURTO – CONSUMAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA POSSE MANSO E PACÍFICA DA COISA – DECISÃO IMPUGNADA EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO INCIDÊNCIA – CRIME PRATICADO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR – ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA – ORDEM DENEGADA. I – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a consumação do furto ocorre no momento da subtração, com a inversão da posse da res, independentemente, portanto, de ser pacífica e desvigiada da coisa pelo agente. Precedentes. II – O elevado grau de reprovabilidade de conduta criminosa praticada por militar no interior de organização militar impede a aplicação do princípio da insignificância. III – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre na situação sob exame. IV – Habeas Corpus denegado.” (STF. HC 135674, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/09/2016, Processo Eletrônico DJe-218 Divulg 11-10-2016 Public 13-10-2016).

Ou seja, na hipótese o crime foi consumado porque comprovado que a motocicleta estava na posse de um dos réus após a subtração, inclusive tendo decorrido determinado lapso temporal de posse mansa e pacífica do bem.

Do recurso de José Rafael Bento Arante Ferreira:

José Rafael Bento Arante Ferreira pede a extinção de sua punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Ainda que o réu seja menor na data dos fatos, sendo-lhe contado em metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115, do CP, não decorreu o lapso temporal exigido para a extinção de punibilidade sob tal fundamento.

Nos termos do art. 110, § 1º, do CP,

“(...) § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.”
(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).”

Na hipótese, a pena privativa de liberdade aplicada foi de 2 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, a qual prescreve em oito anos, nos termos do art. 109, VI, do CP, cujo prazo reduzido em metade por força do art. 115, do CP, ainda não transcorreu entre os marcos interruptivos da prescrição.

A prescrição foi interrompida pelo recebimento da denúncia ocorrido em 08/06/2017 (f. 80-83) e, posteriormente, pela publicação da sentença condenatória recorrível, que se deu em 22/08/2019 (certidão de f. 222).

Subsidiariamente pede pelo o afastamento da qualificadora do emprego de chave falsa.

Não lhe assiste razão.

Segundo leciona Cleber Masson¹,

“(...) chave falsa é qualquer instrumento, com ou sem forma de chave, de que se vale o agente para fazer funcionar, no lugar da chave verdadeira (utilizada por quem de direito), o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo semelhante, permitindo ou facilitando a subtração do bem.”

Continua o doutrinador asseverando que:

“O conceito de chave falsa compreende:

(a) a chave copiada da verdadeira, sem autorização do seu titular;

(b) a chave diferente da verdadeira, mas modificada para abrir uma fechadura;⁷⁵ e

(c) a gazua, isto é, qualquer objeto, com ou sem forma de chave, capaz de abrir uma fechadura sem arrombá-la ou destruí-la, a exemplo dos grampos, mixas, chaves de fenda etc.” (destaquei).

Disso decorre a conclusão que, com o uso de chave falsa, o mecanismo de fechadura funciona normalmente com o instrumento contrafeito, tal como se original fosse.

Na hipótese, o laudo pericial constatou que:

“(...) as chaves examinadas podem ser consideradas chaves michas (chave falsa ou gazua) (...) eficaz para abrir a trava de direção e/ou girar o chaveiro de ignição (dar partida) de um veículo a depender da destreza do operador e do estado de conservação que se encontram os mecanismos do chaveiro (...) e das características particulares dos mesmos. As chaves michas enviadas a exame tratavam-se de chaves originais de motocicleta que sofreram processo abrasivo do metal, permitindo ocasionalmente calçar em vários tipos de veículos a depender da situação em que se encontra o mecanismo do chaveiro de ignição do veículo (...).” (f. 107).

Além disso, os réus confessaram em juízo que a chave utilizada para subtração da motocicleta era usada em outros veículos, ou seja, confirma-se que a modificação realizada nas mesmas tinha objetivo ilícito.

Logo, estando a confissão dos réus corroboradas pelas demais provas relativamente ao emprego de chave falsa, é de rigor a manutenção da respectiva qualificadora.

¹ **Direito penal esquematizado:** parte especial. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 2.

O recorrente pleiteia, ainda, redução da pena em 1/3, conforme previsão do art. 29, § 1º, do CP.

Embora a defesa alegue que houve participação de menor importância da recorrente, não lhe assiste razão.

Tratando-se de coautoria, é prescindível que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo, basta que a sua conduta típica isoladamente tenha sido essencial para a realização do fato praticado, o que se demonstrou no caso.

Conforme acima mencionado, o réu confessou que combinou o furto com o corréu, o levou até o local da subtração e forneceu a chave falsa utilizada para o acionamento da motocicleta, devendo ser também ser responsabilizado pelo resultado, pois teve participação efetiva na consumação do delito.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

“PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – DOSIMETRIA – CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO – FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO – COAUTORIA – ELEMENTAR DO CRIME DE ROUBO – PRÉVIO AJUSTE ENTRE OS AGENTES PARA A PRÁTICA DELITIVA EVIDENCIADO – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Se as instâncias ordinárias reconheceram ser o réu coautor do crime de roubo, pois ele teria concorrido, de forma determinante, para o resultado criminoso, não podendo a sua conduta ser tida por acessória, maiores incursões acerca da matéria a fim de desconstituir tal conclusão e reconhecer a incidência do redutor previsto no § 1º do art. 29 do Código Penal demandariam revolvimento detido do acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável em sede de habeas corpus.

6. Em atendimento à teoria monista ou unitária adotada pelo estatuto repressor penal, malgrado o paciente não tenha praticado a violência elementar do crime de roubo, conforme o entendimento consagrado por este Superior Tribunal de Justiça, havendo prévia convergência de vontades para a prática de tal delito, a utilização de violência ou grave ameaça, necessárias à sua consumação, comunica-se ao coautor, mesmo não sendo ele o executor direto do gravame.

7. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, com o fim de decotar o aumento da pena-base pela valoração negativa da personalidade e da conduta social do paciente para os crimes de roubo e posse de arma de fogo com numeração suprimida, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da reprimenda.” (STJ. HC 371.559/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018)

Melhor sorte assiste em parte ao recorrente quanto ao pedido de aumento da redução da pena na segunda fase da dosimetria, na qual foram reconhecidas as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa e aplicada a redução em 1/6 (f. 214-215).

Ainda que seja esse o patamar estabelecido pela maior parte da jurisprudência como razoável, “considerando que esse é o menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição da pena” cf - STF AP470/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12.12.2013; RHC – 118433/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/10/2013; HC 116888/PR, Re. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06.08.2013, RHC107213/RS – Rel. Min. Carmem Lúcia, julgado em 07/06/2011), na hipótese em que há o reconhecimento de duas atenuantes o percentual pode ser elástico.

Entretanto, tal proceder não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, em observância à pacífica jurisprudência (Súmula nº 231, do STJ), a qual aplico apenas para evitar expectativas efêmeras ao réu.

Portanto, nesse caso o reconhecimento das duas atenuantes leva a redução a pena em 9 meses de reclusão e 43 dias-multa, o que resulta na redução da pena no mínimo legal, de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, que torno definitiva na ausência de outras moduladoras.

O mesmo entendimento deve ser estendido, de ofício, ao corréu, que se encontra na mesma situação (f. 216-217) e, partindo a pena-base de 2 anos e 9 meses de reclusão e 53 dias-multa, a reduzo também no mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, que torno definitiva na ausência de outras modificadoras.

Para ambos mantém-se o regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos da sentença.

Ante o exposto, encaminho o voto no sentido de:

Com o parecer, negar provimento ao recurso de Luiz Henrique de Oliveira Vilela;

Contra o parecer, dar provimento parcial ao recurso de José Rafael Bento Arante Ferreira a fim de aumentar a redução da pena na segunda fase da dosimetria, tornando-a definitiva em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, mantendo demais comandos decisórios;

De ofício, estender a decisão ao corréu Luiz Henrique de Oliveira Vilela para aumentar a redução da pena na segunda fase da dosimetria, tornando-a definitiva em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, mantendo demais comandos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime ao recurso de Luiz Henrique de Oliveira Vilela. Decisão contra o parecer. Proveram parcialmente o recurso de José Rafael Bento Arante Ferreira a fim de aumentar a redução da pena na segunda fase da dosimetria. E de ofício, estenderam a decisão ao corréu Luiz Henrique de Oliveira Vilela. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

3ª Câmara Criminal

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0004209-21.2018.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, MUNIÇÕES E ACESSÓRIOS DE USO RESTRITO E DISPARO DE ARMA DE FOGO – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INCABÍVEL – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICÁVEL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ARTIGO 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO – POSSIBILIDADE – CRIME ÚNICO RECONHECIDO ENTRE OS DELITOS DO ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/03 – PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – ACOLHIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Associando os depoimentos colhidos aos autos e o laudo pericial, extrai-se a certeza da ocorrência do disparo efetuado, restando isolada a negativa de autoria do réu.

O princípio da consunção deve ser aplicado nos casos em que há uma sucessão de condutas com existência de um nexo de dependência, portanto, referido princípio o crime fim absorve o crime meio. No caso em discussão, denota-se que o apelante possuía a arma há mais de um ano, portanto, o crime de posse de arma já estava consumado antes mesmo da data dos fatos, tendo em vista que a posse de arma é crime permanente, abstrato e de mera conduta, consumando-se pelo simplesmente fato de o agente possuir a arma. Assim, as condutas em análise não foram praticadas no mesmo contexto fático, pois se aperfeiçoaram em momentos distintos e com desígnios independentes.

O Decreto nº 9.847/2019, publicado em 25/06/2019, previu novo regramento para aquisição, cadastro, registro, porte e comercialização de armas de fogo e de munição. A portaria nº 1.222 do Comando do Exército, publicada em 12/08/2019, regulamentou aludido decreto, estabelecendo-se que a pistola Glock – G-17 e munições de calibre 9mm passaram a configurar como de uso permitido. Assim, tratando-se de inovação legislativa favorável ao réu, impõe-se a desclassificação do delito para posse irregular de arma de fogo, munições e acessórios de uso permitido.

Diante da desclassificação, mostra-se impositivo o reconhecimento de crime único entre as imputações relativas ao artigo 12 da Lei nº 10.826/03.

Deve-se compensar integralmente a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, independentemente desta ser genérica ou específica, ressalvando, porém, a preponderância da multirreincidência.

Recurso parcialmente provido, 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, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Eduardo Garcia dos Santos contra a sentença de f. 183-191, que o condenou pela prática do crime previsto nos artigos 12, 15 e 16, da Lei nº 10.826/03, c/c artigo 69 do Código Penal, à pena de 01 (um) ano de detenção a ser cumprida em regime semiaberto, e à pena de 06 anos de reclusão em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa.

A defesa busca pela absolvição do apelante acerca da imputação por disparo de arma de fogo, ante a ausência de prova, ou alternativamente pela aplicação do princípio da consunção ou absorção, requer, ainda, a desclassificação do delito de posse de munição de uso restrito ou proibido e, o redimensionamento da pena aplicada com o consequente abrandamento do regime inicial do cumprimento da pena (f. 213-222).

O *Parquet* pugna pelo desprovimento do recurso (f. 228-238).

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer pelo parcial provimento do recurso, com a compensação da agravante de reincidência com a atenuante da confissão espontânea e a desclassificação do crime tipificado no artigo 16 da Lei 10.826/03 para o delito descrito no artigo 12 do mesmo diploma legal (f. 248-262).

VOTO(19/12/2019)

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Eduardo Garcia dos Santos contra a sentença de f. 183-191, que o condenou pela prática do crime previsto nos artigos 12, 15 e 16, da Lei nº 10.826/03, c/c artigo 69 do Código Penal, à pena de 01 (um) ano de detenção a ser cumprida em regime semiaberto, e à pena de 06 anos de reclusão em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa.

Segundo consta da denúncia de f. 01-03:

“(...) no dia 06 de outubro de 2018, por volta das 21h50min., na Rua Projetada B, nº 120, Cohab Santa Rita de Cássia, nesta cidade, o denunciado Eduardo Garcia dos Santos possuiu e portou arma de fogo, do tipo pistola, Glock G-17, calibre 9mm, de uso restrito, com dois carregadores, 78 (setenta e oito) munições de diversos calibres todos deflagrados, 01 (um) chumbo para recarregar munição e 124 (cento e vinte e quatro) munições diversas, todos sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de apreensão de f. 27. Ainda nas mesmas circunstâncias de data, hora e local, o denunciado Eduardo Garcia dos Santos disparou arma de fogo em lugar habitado, conforme boletim de ocorrência de f. 20-22. Apurou-se que na data dos fatos o denunciado Eduardo Garcia dos Santos ameaçou três adolescentes que estavam na rua brincando, tendo esfregado a arma de fogo no rosto de um deles e desferido coronhadas na cabeça de outro. Na sequência, o denunciado entrou em sua residência e disparou com a arma de fogo. Diante dos fatos, os adolescentes informaram seus genitores, que acionaram a polícia, que se deslocou até o local. Já na casa do denunciado, foram encontradas 01 (uma) arma de fogo, modelo pistola Glock/G-17, calibre 9mm, número de série 78560, com dois carregadores; 109 (cento e nove) munições calibre 9mm; 13 (treze) munições calibre .38, 02 (duas) munições calibre .32; 78 (setenta e oito) cartuchos de diversas munições de calibres variados deflagradas; além de materiais diversos para o fim de recarga de munições, como consta no auto de apreensão de f. 27 (...).”

A defesa busca pela absolvição do apelante acerca da imputação por disparo de arma de fogo, ante a ausência de prova, ou alternativamente pela aplicação do princípio da consunção ou absorção, requer, ainda,

a desclassificação do delito de posse de munição de uso restrito ou proibido e, o redimensionamento da pena aplicada com o consequente abrandamento do regime inicial do cumprimento da pena (f. 213-222).

O representante do *Parquet* pugna pelo desprovimento do recurso (f. 228-238).

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer pelo parcial provimento do recurso, com a compensação da agravante de reincidência com a atenuante da confissão espontânea e a desclassificação do crime tipificado no artigo 16 da Lei 10.826/03 para o delito descrito no artigo 12 do mesmo diploma legal (f. 248-262).

É o resumo dos fatos, passa-se a análise da pretensão recursal.

Da absolvição do crime de disparo de arma de fogo

A defesa pugna pela absolvição da apelante sob o manto ausência de provas quanto ao disparo para assegurar o édito condenatória.

O apelo não comporta acolhimento.

Primeiramente destaca-se que a materialidade do delito restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 05-06), boletins de ocorrência (f. 25-27 e 29-30), auto de apreensão (f. 32-33) e laudos periciais (f. 65-81 e 131-170), bem como pelos depoimentos colhidos na fase inquisitiva e sob o crivo judicial.

A autoria também restou demonstrada conforme se descreverá.

O apelante admitiu a aquisição da arma de fogo e das munições há cerca de um ano atrás, na cidade de Campo Grande, pelo valor de R\$ 3.000,00, contudo nega a prática de disparo de arma de fogo, alegando que não se lembra muito bem dos fatos (arquivo audiovisual de f. 183).

Por sua vez, a testemunha M. H. B. da S., afirmou que estava próximo à casa do apelante, sendo que este veio, de inopino, apontar-lhes uma arma de fogo, proferindo ameaças, sendo que saíram correndo, vindo a ouvir um disparo (arquivo audiovisual de f. 183).

Neste sentido, também é o depoimento de D. J. F., o qual afirmou que no dia dos fatos, o réu apontou a arma de fogo para ele e seus amigos, dando uma coronhada em N., no desenrolar dos acontecimentos ouviu um disparo de arma, tendo certeza que fora desferido pelo apelante no portão da casa deste (arquivo audiovisual de f. 183).

O policial militar Jeferson Cássio Dias, declarou que foram chamados para atender a ocorrência e, após diligências, encontraram o apelante em estado de embriaguez deitado em sua cama, ao passo que a arma estava carregada e próxima a cama do referido agente (arquivo audiovisual de f. 183).

Mesmo rumo é o depoimento do policial José Bernado Neto (arquivo audiovisual de f. 183).

Aludidos depoimentos vão ao encontro do resultado da perícia realizada na arma, o qual é positivo na detecção de nitratos provenientes da combustão de pólvora.

As testemunhas de defesa Osmarino Malagute e Alessandro Rodrigues Ferreira não contribuíram para o deslinde dos fatos.

Destarte, a conjugação entre o laudo pericial e os depoimentos colhidos sob o crivo judicial não deixa remanescer dúvida quanto à ocorrência do disparo efetuado pelo apelante.

Desta forma, deve ser mantida sua condenação pelo disparo de arma de fogo.

Do princípio da consunção entre o crime de porte de arma de fogo de uso restrito e o crime de disparo de arma de fogo.

Vencido o argumento de insuficiência probatória acerca do disparo de arma de fogo, a defesa busca a aplicação do princípio da consunção.

Novamente não lhe alcança a razão.

O princípio da consunção deve ser aplicado nos casos em que há uma sucessão de condutas com existência de um nexo de dependência, portanto, referido princípio o crime fim absorve o crime meio.

Neste desenrolar, conforme denota-se do depoimento do apelante, que este possuía a arma há mais de um ano, portanto, conclui-se que o crime de posse de arma já estava consumado antes mesmo da data dos fatos, tendo em vista que a posse de arma é um crime permanente, abstrato e de mera conduta, consumando-se pelo simplesmente fato de possuir a arma.

Destarte, conclui-se que as condutas em análise não foram praticadas no mesmo contexto fático, pois se aperfeiçoaram em momentos distintos e com desígnios independentes.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – LATROCÍNIO TENTADO E PORTE DE ARMA DE FOGO – VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – AUSÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS EM ELEMENTOS QUE REFOGEM AO TIPO PENAL – CONSUNÇÃO – INEXISTÊNCIA – AUTONOMIA DAS CONDUTAS – SÚMULA 7/STJ – RECURSO DESPROVIDO.

(...) Consta do acórdão recorrido que o próprio réu declarou que adquiriu a arma em momento anterior ao fato delituoso com a finalidade de defender-se de uma suposta ameaça de policiais e não para cometer o crime em comento. Assim o porte ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo e, para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma minuciosa análise do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Incidência do enunciado nº7 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no AREsp 1328102/RN, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018) (Destacou-se)

Portanto, inaplicável o aludido princípio neste caso particular, razão pela qual a sentença objurgada deve ser mantida.

Da desclassificação do crime do artigo 16 da Lei 10.826/03 para o delito do artigo 12 do mesmo diploma legal.

Com o advento do Decreto nº 9.847/2019, publicado em 25/06/2019, foi estabelecido novo regramento para aquisição, cadastro, registro, porte e comercialização de armas de fogo e de munição.

Referido decreto estipula em seu artigo 2º, I:

“Artigo 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - arma de fogo de uso permitido - as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam:

a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules;

b) portáteis de alma lisa; ou

c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules (...). ”

Por sua vez, a portaria nº 1.222 do Comando do Exército, publicada em 12/08/2019, que regulamentou o aludido decreto, firmou que a pistola Glock – G-17 e munições de calibre 9mm, passaram a configurar como de uso permitido.

Destarte, tratando-se de *novatio legis in mellius*, mostra-se possível a retroatividade da referida norma para abarcar o presente caso, e, por consectário, possibilitar a desclassificação da conduta de posse ilegal de arma de uso restrito para posse irregular de arma de fogo de uso permitido (artigo 12 da Lei 10.826/03).

Nesse aspecto, eis o entendimento adotado por este Sodalício:

“APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – ART. 16 DA LEI 10.826/03 – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – ART. 202 DO CPP – VALIDADE – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – RELEVANTE VALOR PROBANTE – CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO – POSSIBILIDADE – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – DECRETO Nº 9847/19 – TIPIFICAÇÃO READEQUADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - 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, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório quando excluem a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do CPP.

II - O Decreto nº 9.785/19 alterou a classificação de diversas munições, que deixaram de ser consideradas de uso restrito e passaram a ser de uso permitido. Tratando-se de inovação legislativa favorável ao atente, deve ser aplicada, implicando na desclassificação do delito.

III – Com o parecer. Recurso parcialmente provido.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0006779-62.2017.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 29/08/2019, p: 02/09/2019) (Destacou-se)

“APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 157, § 2º, II E § 2º-A, I; ARTIGO 155, § 1º E § 4º, I; ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CÓDIGO PENAL; ARTIGO 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; E ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03 – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES DE ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – INCABÍVEL – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – READEQUAÇÃO DA TERCEIRA FASE DA REPRIMENDA DO DELITO DE ROUBO MAJORADO – MANTIDA CAUSA DE AUMENTO DO DELITO DE FURTO – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO ARTIGO 16 PARA O ARTIGO 14, AMBOS DA LEI Nº 10.826/03 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – DE OFÍCIO – ESTENDIDO EFEITOS DA READEQUAÇÃO DA PENA DO DELITO DE ROUBO AO CORRÉU.

Demonstradas pelas provas do feito a participação do agente nos crimes de roubo majorado e associação criminosa, mantém-se a condenação nos termos da sentença. A presença de duas causas de aumento da Parte Especial (artigo 157, § 2º, II e § 2º-A, I, do CP) e ausência de fundamentação na sentença para aplicação cumulativa, torna necessária a readequação da pena, a fim de que, na terceira fase da dosimetria, incida apenas aquela que mais eleve a reprimenda que, no caso, é a prevista no artigo 157, § 2º-A, I, do CP. Pena readequada e estendido efeitos ao corrêu, nos termos do artigo 580 do CPP. Para a

incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 155, § 1º, do CP, basta que a infração ocorra durante o repouso noturno, como no caso em apreço, posto que é período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas, veículos e estabelecimento comercial. O Decreto Presidencial nº 9.847, que entrou em vigor na data de 25 de junho de 2019, alterou o Estatuto do Desarmamento, sendo que o artefato apreendido com o agente (pistola .9mm), que era considerado de uso restrito, passou a ser considerado de uso permitido, sendo de rigor, portanto, a desclassificação para a conduta do artigo 14 da Lei nº 10.826/03.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0001381-70.2018.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 20/08/2019, p: 22/08/2019) (destacou-se)

Destarte, opera-se a desclassificação da conduta de posse ilegal de arma de uso restrito para posse irregular de arma de fogo de uso permitido (artigo 12 da Lei nº 10.826/03) e, por consectário, considero as imputações relativas ao artigo 12 da Lei nº 10.826/03 como crime único, providência esta que será adotada no momento oportuno, qual seja, aquele reservado a dosimetria da pena.

Da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O apelante propugna pela compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência específica.

Pois bem.

Com efeito, embora tenha apreciado casos anteriores em que ocorrera a prevalência da reincidência específica sobre a atenuante da confissão espontânea, constata-se que a Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, por força de precedente vinculante da Terceira Seção, vêm compensando integralmente as referidas circunstâncias.

Nesse sentido:

“PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO MAJORADO – RECEPÇÃO E PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO – PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE.

1. A decisão agravada está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, assentada pela ‘Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do habeas corpus nº 365.963/SP, em 11/10/2017, [em que se] firmou a compreensão da ‘possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multireincidência.’ (HC nº 507.017/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe 11/6/2019, grifei).

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1813431/MT, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019) (Destacou-se).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – FURTO QUALIFICADO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO – COMPATIBILIDADE ENTRE A FORMA QUALIFICADA DO CRIME DE FURTO E A CAUSA DE AUMENTO DO § 1º DO ART. 155, DO CP – DOSIMETRIA – COMPENSAÇÃO CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – POSSIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Esta 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 - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do habeas corpus nº 365.963/SP, em 11/10/2017, firmou a compreensão da ‘possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multirreincidência.’

III - Conforme o entendimento consolidado no Resp 1.193.194/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal é compatível com as qualificadoras objetivas do crime de furto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.” (HC 507.017/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019) (Destacou-se).

Sendo assim, até mesmo por coerência sistêmica, mostra-se salutar a observância do referido entendimento, a fim de preservar a segurança jurídica, mantendo-se a jurisprudência estável, uniforme e coerente.

Nesse caminhar, colhe-se o recente posicionamento adotado por esta Colenda Terceira Câmara Criminal:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE ROUBO – CONDENAÇÃO – INSURGÊNCIA PARCIAL – PRETENDIDA REDUÇÃO DO PATAMAR ATRIBUÍDO A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – **PRESENÇA DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – APROVEITAMENTO DA CONFISSÃO PARA A DECISÃO CONDENATÓRIA – PEDIDO PROCEDENTE – **PRETENDIDA COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE** – CONSEQUENTE REDIMENSIONAMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA, INCLUSIVE DA PENA DE MULTA – PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE – APELANTE COM REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

*A alegada desatenção ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea merece procedência, visto que a confissão extrajudicial, mesmo que retratada em juízo, foi efetivamente considerada pela Magistrada na prolação da sentença condenatória, **sendo imperativo que se reconheça referida atenuante, aplicando-se a pretendida compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, uma pela outra, sem ressalvas.** A pena de multa, em consequência do redimensionamento da dosimetria penal, também foi modificada proporcionalmente. Quanto a pretendida modificação do regime inicial de cumprimento de pena (regime fechado), a reincidência específica do apelante, impede seu abrandamento para regime mais benéfico, sendo o regime fechado suficiente e adequado à reprovação do delito perpetrado pelo apelante. 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 parcialmente provido.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0025958-82.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 19/07/2019, p: 23/07/2019) (Destacou-se).*

Portanto, impõe-se o provimento do recurso defensivo para compensar a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea.

Da nova dosimetria

Reconhecida a desclassificação da conduta de posse ilegal de arma, munição e acessório de uso restrito para posse irregular de arma de fogo, munição e acessório de uso permitido e a compensação integral da agravante de reincidência específica com a atenuante da confissão espontânea, passa-se a nova dosimetria do apelante.

Consoante anteriormente ressaltado, a desclassificação do crime do artigo 16 da Lei nº 10.826/03 torna cogente o reconhecimento de crime único em relação às imputações relativas ao artigo 12 da Lei nº 10.826/03

Artigo 12 da Lei nº 10.826/03 (Crime único).

Na primeira fase, mantém-se a valoração das circunstâncias do crime, haja vista a apreensão de 109 (cento e nove) cartuchos de munição de uso restrito intactos e cerca de 14 (quatorze) deflagrados, de modo que a pena-base deve ser fixada em 01 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, compenso-as, de modo que a reprimenda intermediária resta 01 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, a qual torno definitiva por inexistirem causas de aumento ou de diminuição de pena.

Artigo 15 da Lei nº 10.826/03.

Na primeira fase, não havendo circunstâncias a serem consideradas, fixa-se a pena em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, compenso-as, de modo que a reprimenda intermediária resta em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a qual torno definitiva por inexistirem causas de aumento ou de diminuição de pena.

Em razão do concurso material, deve-se aplicar as penas definitivamente no patamar de 01 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção e 02 (dois) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa.

Do regime inicial de cumprimento da pena

Mostra-se incabível o pedido de abrandamento do regime inicial prisional.

Da leitura do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, vislumbra-se que os fatores determinantes na escolha do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, qual seja, a reincidência, quantidade da pena aplicada e as circunstâncias judiciais, remetendo aos critérios previstos no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Neste particular, ao analisar a sentença objurgada, verifica-se que os regimes iniciais mais severos foram fixados corretamente, pois fundados na reincidência do apelante.

Desse modo, frente a existência da referida circunstância revela-se necessária e adequada a imposição de regime mais gravoso do que o permitido, a princípio, em razão do total da pena aplicada, nos termos da Súmula 719 do STF.

No que se refere ao prequestionamento levantado, deve-se frisar que a matéria controvertida foi analisada, integralmente, de maneira clara e objetiva, mostrando-se despicienda a expressa referência no acórdão de todas as normas indicadas pelas partes.

Diante do exposto, com o parecer, deve-se dar parcial provimento ao recurso defensivo para desclassificar a conduta do artigo 16 da Lei nº 10.826/03 para o delito do artigo 12 do mesmo diploma legal, compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência específica e, de ofício, reconhecer a existência de crime único entre as imputações do artigo 12 da Lei nº 10.826/03, fixando-se a reprimenda definitivamente em 01 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, em regime semiaberto, e 02 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em razão do pedido de vista formulado pelo revisor, Des. Luiz Cláudio Bonassini após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (19/12/2019)

O Sr. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. (revisor)

Pedi vista dos autos para melhor analisar os fatos e as provas.

Feito isto, hei por bem acompanhar integralmente o voto do relator.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

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 janeiro de 2020.

3ª Câmara Criminal

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0046100-10.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL – PRELIMINAR MINISTÉRIO PÚBLICO DE 1ª INSTÂNCIA – NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA ADEQUAÇÃO DA AÇÃO PENAL À LEI Nº 13.964/19 – NÃO ACOLHIDA – RECURSO DEFENSIVO – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO – RESSARCIMENTO DA VÍTIMA – CHEQUE PÓS-DATADO – DOLO MEDIANTE ARDIL DEVIDAMENTE COMPROVADO – AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – POSSIBILIDADE – PENA-BASE REDUZIDA – SUBSTITUIÇÃO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – CONCEDIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se olvida de que a introdução da condição de procedibilidade estabelecida na Lei 13.964/19 constitui situação mais benéfica ao recorrente, o que, a princípio, permitiria a sua aplicação ao caso vertente. Entretanto, para obstar uma desconexão ou desorientação do processo, quando uma lei modificadora passa a exigir determinada formalidade anteriormente não prevista, a exemplo da representação, deve-se utilizar um sistema que leve em consideração as fases processuais postulatória e instrutória. No caso em discussão, a fase instrutória da ação penal já havia sido encerrada quando da vigência da lei posterior, razão pela qual a preliminar ministerial não comporta acolhimento.

O robusto conjunto probatório evidencia que o agente praticou o crime de estelionato, mediante ardil, restando ainda demonstrado o prejuízo e a obtenção de vantagem indevida, sendo impositiva a manutenção da condenação, mormente quando o depoimento em juízo, resta isolado e destituído de qualquer comprovação (art. 156 do CP).

Inviável falar em atipicidade da conduta devido ao ressarcimento do prejuízo à vítima, pois, no mínimo, suportou um prejuízo de R\$ 4.000,00, conforme suas declarações. Ainda que assim não fosse, têm-se que o apelante somente logrou êxito em sua ação em razão do emprego das cártulas sabidamente desprovidas de lastro. Portanto, o delito restou consumado no encerramento do negócio, ocasião em que o apelante recebeu o carro negociado e entregou os cheques como forma de pagamento, os quais foram aceitos pela vítima, beneficiando-se o agente desta situação, portanto o ressarcimento do dano não tem condão de afastar a tipicidade do delito.

Por sua vez, a atipicidade por ser a cártula emitida pós-data, destaca-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que alegada atipicidade somente é reconhecida na hipótese de não haver conduta fraudulenta por parte do agente, o que, como visto, não é o caso dos autos, pois restou demonstrado o dolo do apelante em obter vantagem ilícita em prejuízo alheio no momento da emissão fraudulenta do cheque, restando configurado o estelionato na modalidade fundamental.

O magistrado *a quo* exasperou a pena-base valorando negativamente as circunstâncias do crimes, sob o fundamento de que o apelante manteve, não só a vítima, mas também outra pessoa em erro com o propósito de lograr êxito no intento delitivo. Contudo, a fundamentação declinada pelo juízo sentenciante não desborda da normalidade do tipo penal relativo ao estelionato, de modo que a referida vetorial deve ser neutralizada.

Em parte contra o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de março de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de apelação criminal interposta por Raphael Vieira de Oliveira contra a sentença de f. 807-821, que julgou procedente a denúncia, condenando-o à pena de 02 anos de reclusão e 53 dias-multa, em regime aberto, pelo delito capitulado no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 837-852), requereu a absolvição do delito por insuficiência de provas e, subsidiariamente, o afastamento da valoração negativa das circunstâncias do crime, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 892-903, onde o *Parquet* pugna pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça apresentado às f. 949-960, opinando pelo desprovimento da apelação.

O representante ministerial em primeira instância apresentou petição de intervenção ministerial às f. 962.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Raphael Vieira de Oliveira contra a sentença de f. 807-821, que julgou procedente a pretensão contida na denúncia, condenando-o à pena de 02 anos de reclusão e 53 dias-multa, em regime aberto, pelo delito capitulado no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 837-852), requereu a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, o afastamento da valoração negativa das circunstâncias do crime, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 892-903, onde o *Parquet* propugna pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça apresentado às f. 949-960, opinando pelo desprovimento da apelação.

O representante ministerial em primeira instância apresentou petição de intervenção ministerial às f. 962.

É o resumo dos fatos, passa-se a análise do recurso.

Preliminar da intervenção ministerial

Por meio da petição de f. 962, o representante ministerial em primeira instância defende a necessidade de conversão do julgamento em diligência, a fim de que a vítima seja intimada para, se assim desejar, oferecer representação, tendo em vista o § 5º do artigo 171 do CP, incluído pela Lei nº 13.964/19.

Pois bem.

Com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), o crime de estelionato passou a ser processado mediante ação pública condicionada à representação, com exceção das hipóteses em que o ofendido for a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

Por certo, não se olvida de que a introdução da referida condição de procedibilidade constitui situação mais benéfica ao recorrente, o que, a princípio, permitiria a sua aplicação ao caso vertente.

Entretanto, para obstar uma desconexão ou desorientação do processo, quando uma lei modificadora passa a exigir determinada formalidade, como a representação, anteriormente não exigida, deve-se utilizar um sistema que leve em consideração as fases processuais postulatória e instrutória.

Referido raciocínio é extraído do art. 6º da Lei de introdução ao Código de Processo Penal, art. 90 da lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e 2º do Código de Processo Penal (isolamento dos atos processuais).

Desse modo, considerando-se que, neste particular, a fase instrutória da ação penal já havia sido encerrada quando da vigência da lei posterior, razão pela qual esta não pode ser aplicada ao caso.

Em abono dessa conclusão, colhe-se o escólio de Gustavo Badaró¹:

“Os processos que já estavam com a fase instrutória iniciada quando a lei entrou em vigor deverão seguir sob o império da lei antiga, até a sentença.” (Destacou-se).

Portanto, a preliminar suscitada pelo representante ministerial em primeira instância não comporta acolhimento.

Do mérito:

Pois bem, consta da denúncia de f. 01-03:

“(...) que no dia 15 de setembro de 2017, por volta de 15h, o denunciado Raphael Vieira de Oliveira, cientes da ilicitude do fato e da reprovabilidade de suas condutas, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da vítima Claudemir de Souza Silva, mantendo-o em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Segundo consta, na data dos fatos, no Lava Jato Castelo Branco, situado à Avenida Castelo Branco, 438, Bosque de Avilan, nesta capital, o denunciado entregou dois cheques à vítima, sendo cada um no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), em troca do veículo Corsa Wind, placas HRN-0120, ano 1994/1995, todavia, ao serem depositados, ambos voltaram por insuficiência de fundos. Ao entrar em contato com o acusado, Claudemir não obteve êxito em encontrá-lo. As lâminas de cheques de nº UA-000019/20, conta corrente nº 26786-1, agência 8600, Banco Itaú, entregues pelo denunciado à vítima (f. 07 do IP Físico), são de titularidade de Sophia Gracieli dos Santos Matheus. Inquirida, f. 28-29 do IP Físico, Sophia relatou que abriu referida conta para que Raphael pudesse utilizá-la na compra de veículos e em investimentos no lava jato de propriedade desse, ocasião em que passou o cartão e a senha para o denunciado, todavia, não o entregou nenhum talão de cheque. Conforme laudo pericial às f. 48-54 do IP físico, o padrão gráfico de Sophia não corresponde com o presente nas lâminas de cheques entregues à vítima (...).”

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 112.

Após o devido processamento, sobreveio a sentença de f. 807-821:

“(...) Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na denúncia, para o fim de condenar Raphael Vieira de Oliveira pela prática do crime tipificado no art. 171, caput, do Código Penal. IV – Da Fixação da Pena: Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes não lhe prejudicam, já que inexistem informações nos autos acerca de eventual sentença condenatória anterior com trânsito em julgado sem o condão de gerar reincidência; não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do condenado; da mesma forma, a personalidade do agente não foi objeto de prova nos autos; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias devem aumentar a pena-base, já que o acusado valeu-se da conta corrente de terceira pessoa para a prática delitiva, mantendo em erro não apenas a vítima Claudemir de Souza Silva, como também a testemunha Sophia Gracieli dos Santos Matheus, a quem propôs a abertura da conta pela quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais); as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; o comportamento da vítima não lhe prejudica. Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 02 (dois) ano de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa. Na segunda fase, não restaram caracterizadas atenuantes ou agravantes. Dessa forma, mantenho a pena já fixada, quedando-se a pena intermediária em 02 (dois) ano de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa. Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno a pena definitiva em 02 (dois) ano de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa. Fixo o valor unitário do dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (setembro/2017), 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 (15/09/2017). Fixo o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme preceitua o art. 33, § 2º, c, do CP. (...).”

Inconformado, o réu busca sua absolvição, alegando insuficiência probatória e, subsidiariamente pelo afastamento da valoração negativa das circunstâncias do crime e, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Da absolvição

O apelante busca sua absolvição sob o fundamento de ausência de dolo, uma vez que não agiu com intenção de fraudar ou induzir a vítima a erro, apenas repassou à Claudemir cheques de terceiros como pagamento da negociação do carro Corsa Wind. Sustenta, ainda, que a vítima foi ressarcida do prejuízo, parte por uma transação de TED feita pelo réu e, parte pelo pagamento de R\$ 3.000,00 realizado pelo último adquirente do veículo em questão. Ademais, a frustração do pagamento de cheque pré-datado não caracteriza o crime de estelionato.

Contudo, seu pleito não merece acolhida.

Nas lições de Cleber Masson²:

“(...) estelionato é crime patrimonial praticado mediante fraude (...) o agente utiliza o engano ou se serve deste para que a vítima, inadvertidamente, se deixe espoliar na esfera do seu patrimônio. A fraude, consiste, portanto, na lesão patrimonial por meio de engano.”

Neste contexto, analisa-se as provas produzidas.

A materialidade delitiva está consubstanciada pelo boletim de ocorrência à f. 07-08, Termo De Exibição E Apreensão (f. 09-10, Exame pericial de f. 61-68 e pelas provas testemunhais produzidas nos autos.

A autoria também é certa e recai sobre a pessoa do ora apelante de forma indubitosa, conforme segue.

² **Direito Penal:** parte especial (arts. 121 a 212). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 510. v. 2.

A vítima Claudemir de Souza Silva, em juízo, informou que realizou negociação de um veículo Corsa Wind, com o réu, pelo valor de R\$ 7.000,00, recebendo como pagamento duas lâminas de cheque no valor de R\$ 3.500,00 cada. Quando da compensação do primeiro cheque, este foi devolvido por insuficiência de fundos. Assim, em contato com Raphael, este lhe falou que resolveria a situação através de um TED, contudo realizou somente uma simulação, lhe enviando o comprovante por *whatsapp*, porém o dinheiro nunca caiu em sua conta bancária. Posteriormente a este fato, nunca mais conseguiu contato com o réu. (arquivo audiovisual de f. 731)

Por sua vez, a testemunha Sophia Gracieli dos Santos Matheus, declarou em juízo que Raphael lhe pediu para abrir uma conta bancária em seu nome para que ele pudesse movimentá-la, que referida manobra seria necessária pois ele não tinha nome limpo para abrir mencionada conta, afirmou que para tanto receberia a quantia de R\$ 3.000,00, dinheiro este que nunca lhe foi repassado. Informou, ainda, que após a formalização da abertura da conta bancária, repassou o cartão e a senha do banco a Raphael, sendo que a conta sempre foi de movimentação exclusiva deste. Quando começaram a surgir os problemas relativos às folhas de cheque emitidas em seu nome, foi ao banco para encerrar a conta e lá foi-lhe explicado que qualquer pessoa de posse do cartão e da senha do banco tem a possibilidade de emitir folhas de cheques. (arquivo audiovisual de f. 731)

A testemunha Ricardo Carvalho de Araújo, em seu depoimento judicial, esclareceu que comprou o carro através de um anúncio de vendas no site da OLX, procurou a vítima para regularizar a documentação do carro, já que este estava em seu nome, quando ficou sabendo do ocorrido. Aduz que comprou o veículo de terceira pessoa e não do réu, sendo que a negociação se deu por R\$ 6.000,00, sendo a entrada de R\$ 3.000,00 e que o restante quando houvesse a regularização do documento. Assim, para solucionar seu problema, propôs à vítima lhe pagar os R\$ 3.000,00 restante, o que foi aceito pela vítima. (arquivo audiovisual de f. 731)

Com relação ao depoimento do Policial Militar Adriano Gomes Garcia Souza, nada esclareceu sobre o caso em questão, porém trouxe aos autos a notícia de que há vários registros policiais contra o apelante com o mesmo *modus operandi* do delito aqui em análise, inclusive em outros Estados. (arquivo audiovisual de f. 731)

Por fim, o apelante Raphael Vieira de Oliveira, em juízo, nega a prática delitiva, narrando que por problemas financeiros não pode arcar com o compromisso assumido perante a vítima. Aduz, ainda, que pagou, através de TED, o primeiro cheque devolvido no valor de R\$ 3.000,00. (arquivo audiovisual de f. 761)

Destaque-se, ainda, o laudo pericial de exame grafotécnico de f. 61-68, o qual atesta que a assinatura aposta nas lâminas de cheque possuem divergências com o padrão gráfico da titular da conta bancária Sophia Gracieli dos Santos Matheus.

No caso em apreço, restou claro tratar-se de estelionato, pois o réu, mediante engodo, praticou um golpe contra a vítima, obtendo lucro fácil e indevido às custas do patrimônio alheio, sendo indubitável que, ao contrário do sustentado pela defesa, o apelante agiu com vontade de ludibriar a vítima.

Ora, o réu, em ocasião anterior ao golpe, induziu Shopia a criar uma conta corrente no banco Itaú, para sua exclusiva utilização, e, quando da posse do cartão e da senha bancária, imprimiu as lâminas de cheques, utilizadas na negociação do veículo versado, sem qualquer intenção de provisionar o pagamento junto à instituição financeira.

Por certo, diante do conjunto probatório amealhado aos autos, mostra-se incabível o acolhimento do pleito absolutório, pois por mais que a defesa refute o dolo ou a prática criminosa, o acervo probatório evidencia o contrário, inclusive porque a negativa de autoria em juízo do apelante veio desprovida de qualquer prova, necessária para desconstituir o harmônico acervo probatório dos autos, em que pese este ônus lhe coubesse em razão da sua negativa (art. 156 do CPP).

No que concerne à atipicidade da conduta, devido ao ressarcimento do prejuízo à vítima, ressalta-se que após os fatos a vítima ainda suportou um prejuízo de R\$ 4.000,00, conforme suas declarações.

E, mesmo que assim não fosse, têm-se que o apelante somente logrou êxito em sua ação em razão do emprego das cártulas sabidamente desprovidas de lastro. Portanto, o delito restou consumado no encerramento do negócio, ocasião em que o apelante recebeu o carro negociado e entregou os cheques como forma de pagamento, os quais foram aceitos pela vítima, beneficiando-se o agente desta vantagem.

Neste sentido:

*“RECURSO EM HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – ESTELIONATO – RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA DE ARREPENDIMENTO EFICAZ OU CRIME IMPOSSÍVEL – CONSUMAÇÃO – **ARREPENDIMENTO POSTERIOR: CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DESCABIMENTO – REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.***

O arrependimento posterior do agente, que é causa obrigatória de redução de pena? hipótese dos autos?, não se confunde com a figura do arrependimento eficaz, que impede a consumação do crime.

A consumação do delito de estelionato operou-se com a compra de relógio com cartão de crédito pertencente a outrem.

3. A reparação do dano anteriormente ao recebimento da denúncia não extingue a punibilidade, podendo, apenas, minorar a pena aplicada ao agente do delito.

4. Não se trata de crime impossível quando o recorrente obteve, de fato, a vantagem ilícita e a vítima experimentou o prejuízo, não se tratando de caso de trancamento da ação penal.

5. O reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, com vistas a desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias, soberanas em matéria de prova, refoge à competência desta Corte.

6. Recurso desprovido.” (RHC 17.106/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 30/10/2008, DJe 17/11/2008) (destacou-se)

Este também é o entendimento expressado neste e. Tribunal:

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – INDEFERIDA – PROVAS SUFICIENTES DO DOLO DO AGENTE – **RESSARCIMENTO PARCIAL DO PREJUÍZO QUE NÃO DESCARACTERIZA DO CRIME** – RECURSO NÃO PROVIDO. Deve ser mantida a condenação do réu se as provas produzidas nos autos são suficientes para concluir que o cometeu o crime de estelionato, por ter obtido para si vantagem ilícita no recebimento de quantia monetária a título de sinal em venda de imóvel, para a qual não tinha mais autorização do proprietário para a intermediação, e nunca teve anuência para o recebimento de valores, restando consignado o dolo em sua conduta. **O ressarcimento do prejuízo da vítima de estelionato não descaracteriza o delito.**” (TJMS. Apelação Criminal nº 0031718-85.2012.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 17/04/2018, p: 19/04/2018) (destacou-se)*

Mesmo caminho é trilhado pela alegada atipicidade por ser a cártula pós-datada, convém destacar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que a atipicidade é reconhecida na hipótese de não haver conduta fraudulenta por parte do agente, o que, como visto, não é o caso dos autos, pois restou demonstrado o dolo do apelante em obter vantagem ilícita em prejuízo alheio no momento da emissão fraudulenta do cheque, restando configurado o estelionato na modalidade fundamental.

Neste sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO – SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – FRAUDE POR MEIO DE CHEQUE FALSIFICADO EM NOME DE TERCEIRO – DOLO DEMONSTRADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – AUSÊNCIA DE INTERESSE – PENA-BASE MANTIDA NO MÍNIMO LEGAL – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – DESCABIDA – DECLARAÇÕES NÃO FORAM UTILIZADAS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – REGIME PRISIONAL – NÃO ACOLHIDO – ART. 33, § 2º, “C” REGIME SEMIABERTO SUFICIENTE PARA REPRESSÃO DO DELITO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – AFASTADO – RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO (ART. 44, II, CP E SÚMULA 269 STJ) – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. I- Comprovado nos autos as condições objetivas do tipo, como também o elemento subjetivo do crime de estelionato, qual seja, obtenção de vantagem ilícita por parte do Apelante, com manifesto dolo, e o fez mediante entrega de lâmina de cheque falsificada, oriunda de uma conta bancária inexistente, incorreu, in casu, na prática do delito previsto art. 171, caput, do Código Penal. II- O juiz sentenciante manteve a pena-base o mínimo legal previsto do artigo 171 do CP. Logo, não há interesse recursal em rever a pena-base. III- Não tendo as declarações do Apelante contribuído para a formação do convencimento do juízo, não há falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. IV- Nos termos do art. 33, § 2º, ‘c’ e Súmula 269 do STJ, correta a sentença que fixou regime semiaberto. V- Incabível a pretensão de substituição da pena segregadora por restritiva de direito, por se tratar de Réu reincidente (art. 44, II, CP).” (TJMS. Apelação Criminal nº 0021478-03.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 22/11/2019, p: 03/12/2019)

Deste modo, totalmente inconcebível o pleito absolutório fundado na ausência ou insuficiência de provas, ante o robusto conjunto probatório amealhado aos autos, bem como, constatada a má-fé do agente na consumação do delito, ficando afastada as atipicidades das condutas pelo ressarcimento posterior da vítima e por emissão de cheque pós-datado.

Assim, a condenação de Raphel pelo crime previsto no art. 171, *caput*, deve ser mantida.

Quanto à redução da pena-base:

Subsidiariamente, pugna a defesa pelo afastamento da valoração negativa das circunstâncias do crime, razão lhe assiste.

Ao estabelecer a reprimenda base acima do mínimo legal, o juiz justificou a sua elevação nos seguintes termos, *verbis*:

“(...) analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes não lhe prejudicam, já que inexistem informações nos autos acerca de eventual sentença condenatória anterior com trânsito em julgado sem o condão de gerar reincidência; não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do condenado; da mesma forma, a personalidade do agente não foi objeto de prova nos autos; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias devem aumentar a pena-base, já que o acusado valeu-se da conta corrente de terceira pessoa para a prática delitiva, mantendo em erro não apenas a vítima Claudemir de Souza Silva, como também a testemunha Sophia Gracieli dos Santos Matheus, a quem propôs a abertura da conta pela quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais); as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; o comportamento da vítima não lhe prejudica. Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 02 (dois) ano de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.”

O magistrado *a quo* exasperou a pena-base valorando negativamente as circunstâncias dos crimes, sob o fundamento de que o apelante manteve, não só a vítima, mas também outra pessoa em erro a fim de lograr êxito no intento delitivo.

Contudo, a fundamentação declinada pelo juízo sentenciante não desborda da normalidade do tipo penal relativo ao estelionato, de modo que a referida vetorial deve ser neutralizada.

Sobre esta questão, cita-se:

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ESTELIONATO – CONDENAÇÃO – RECURSO DA DEFESA – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – PLEITO DEFENSIVO QUE IGNOROU A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA COMO MARCO INTERRUPTIVO – PRAZO PRESCRICIONAL CALCULADO COM BASE NA PENA CONCRETIZADA NA SENTENÇA – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 109, V, E 117, I E IV, DO CÓDIGO PENAL – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – PROVA TESTEMUNHAL EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS, INCLUSIVE COM A CONFISSÃO DO ACUSADO – DESNECESSIDADE DE EXAME GRAFOTÉCNICO – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. Age com nítido intuito de auferir vantagem patrimonial, em detrimento de outrem, aquele que se utiliza de documento de terceiro, abre conta em agência bancária, obtém talonário de cheque e adquire objetos da vítima, induzindo-a em erro, subsumindo-se a conduta, deste modo, à figura delitiva prevista no art. 171, caput, do Código Penal. QUESTÕES CONHECIDAS DE OFÍCIO – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIR A PERSONALIDADE – MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL – MÁ CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA ERRONEAMENTE NO LUGAR DE MAUS ANTECEDENTES – ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. Não deve ser valorada negativamente a personalidade quando não existirem elementos concretos acerca do seu desvirtuamento. Do mesmo modo, não devem ser consideradas para o aumento da pena basilar os motivos e as circunstâncias do crime quando estas não se afastarem da linha da normalidade. Havendo condenação com trânsito em julgado que não se presta à valoração negativa da conduta social mas sim dos antecedentes, cabível sua adequação de ofício. CORREÇÃO DE ERROS MATERIAIS NA SENTENÇA – RETIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL DO DELITO E FIXAÇÃO DO VALOR RELATIVO AO DIA-MULTA. Tendo o juiz, apesar da fundamentação da sentença, indicado erroneamente a capitulação do delito e o valor relativo ao dia-multa, cumpre à instância superior proceder à correção, de ofício, uma vez que materializa mero erro material, não influenciando no resultado do julgamento. RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJSC, Apelação Criminal nº 2010.040704-7, de Pinhalzinho, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 06-09-2012).

Deste modo, a vetorial relativa às circunstâncias do crime deve ser decotada.

Nova dosimetria

Considerando o decote da valoração das circunstâncias do delito, a pena-base do apelante deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

E por não haver circunstâncias atenuantes ou agravantes, tampouco causas de aumento ou diminuição de pena, torna-se a pena definitiva em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Em regime inicial aberto.

Considerando que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, não se tratando de réu reincidente e a pena final é inferior a quatro anos, mostram-se presentes os requisitos do artigo 44 e seguintes do Código Penal, de modo que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direito, a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento aventado, tenho que a matéria foi amplamente discutida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivo legal.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por Raphael Vieira de Oliveira, decotando-se a valoração das circunstâncias do crime, de modo a conduzir a pena definitivamente ao patamar de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

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, 12 de março de 2020.

3ª Câmara Criminal

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0026097-97.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LATROCÍNIO – INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO OU EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES C/C LESÃO CORPORAL CULPOSA SEGUIDA DE MORTE, OU AINDA, ROUBO TENTADO C/C HOMICÍDIO CULPOSO – RECONHECIMENTO DA TENTATIVA – INAPLICABILIDADE – DELITO CONSUMADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – ROUBO QUALIFICADO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E CONSISTENTE – ART. 244-B, DO ECA – CORRUPÇÃO DE MENORES – CONDENAÇÃO MANTIDA – CRIME FORMAL – ROUBO QUALIFICADO – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

Não tendo ocorrido situação a qual, por suas circunstâncias, possibilite que os acusados incorram em erro, acreditando tratar-se de hipótese autorizativa para atuar em legítima defesa, não há falar em reconhecimento da legítima defesa putativa.

No caso em julgamento, entendo que o dolo de subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, restou suficientemente comprovado nos autos, o que obsta a almejada desclassificação para o crime de homicídio culposo ou exercício arbitrário das próprias razões c/c lesão corporal culposa seguida de morte, ou ainda, roubo tentado c/c homicídio culposo.

Com efeito, ocorrendo a morte da vítima, torna-se irrelevante a ocorrência ou não da subtração do bem, sendo mesmo caso de latrocínio consumado, nos termos do disposto na Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal, afastando-se portanto, o pleito pelo reconhecimento da forma tentada do delito de latrocínio.

Nos crimes contra o patrimônio, entre eles o roubo, a firme palavra da vítima, quando corroborada por outros elementos e em coesão com as demais provas e dos abalizados indícios amealhados ao longo da instrução, são provas mais do que suficientes para alicerçar o decreto condenatório, não havendo que se cogitar em absolvição.

Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o crime tipificado no art. 1º, da Lei nº 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, introduzido pela Lei nº 12.015/2009, é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção de menores, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de dezoito anos.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.

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, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de março de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de apelação criminal interposta por Douglas Aparecido Cardoso contra a sentença de f. 392-440, que julgou procedente a denúncia condenando-o à pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, 04 (quatro) meses de detenção e 108 (cento e oito) dias-multa, pela prática dos crimes de roubo majorado, latrocínio, corrupção de menores e uso de documento alheio, em regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade de reclusão, e o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade de detenção.

Em razões recursais de f. 456-500, a defesa pugna pelo reconhecimento da legítima defesa putativa, isentando o réu de pena, nos termos do artigo 20, § 1º, do Código Penal. Alternativamente, requer a desclassificação da conduta de Douglas para a prevista no artigo 121, § 3º, do Código Penal ou para a prevista no artigo 345 c.c artigo 129, § 3º, do mesmo *Códex*, ou ainda para a prevista no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, c.c artigo 121, § 3º, também do Código Penal. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da forma tentada do crime de latrocínio, diminuindo a pena na fração máxima de 2/3, nos termos do artigo 14, inciso II, do Código Penal. Ainda, quanto aos fatos 01 e 02, seja reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea prestada em sede extrajudicial.

Quanto ao fato 03, requer seja o apelante absolvido quanto, em razão da frágil prova quanto à existência do crime de corrupção, bem como por tratar-se de menor já corrompido, quedando-se em crime impossível. Subsidiariamente, requer seja reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea prestada em sede extrajudicial.

O *Parquet*, em sede de contrarrazões recursais de f. 512-528, pugna pelo conhecimento e improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 540-559, manifesta-se pelo improvimento do recurso interposto por Douglas Aparecido Cardoso. Elabora prequestionamento.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Douglas Aparecido Cardoso contra a sentença de f. 392-440, que julgou procedente a denúncia condenando-o à pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, 04 (quatro) meses de detenção e 108 (cento e oito) dias-multa, pela prática dos crimes de roubo majorado, latrocínio, corrupção de menores e uso de documento alheio, em regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade de reclusão, e o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade de detenção.

Segundo consta da denúncia de f. 01-05:

“(...) 1º e 2º Fatos:

Narra o incluso caderno inquisitivo que, no dia 25 de maio de 2018, por volta das 20 horas, o denunciado Douglas Aparecido Cardoso, acompanhado do adolescente infrator J. V. V. V., cientes da ilicitude do fato e da reprovabilidade de suas condutas, subtraíram para si, mediante grave ameaça e violência exercida com emprego de arma de fogo, sendo a violência consistente em 03 (três) disparos de arma de fogo que resultou a morte da vítima Fernando Alle dos Santos.

Narra-se ainda que o denunciado Douglas Aparecido e o adolescente infrator J. V., nas mesmas circunstâncias, cientes da reprovabilidade de suas condutas, subtraíram para si, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, coisas alheias móveis pertencentes à vítima Luciano Paredes Rodrigues, consistente em uma carteira masculina com documentos pessoais, cartões bancários, a quantia de R\$ 530,00 (quinhentos e trinta reais) e um aparelho celular Samsung J5 (f. 12 do IP físico).

3º Fato:

Também narra o incluso caderno inquisitivo que o denunciado Douglas Aparecido Cardoso, ciente da ilicitude dos fatos e da reprovabilidade de sua conduta, corrompeu o adolescente infrator J. V. V. V. a com ele praticar a referida infração penal.

4º Fato:

Ainda narra o incluso caderno inquisitivo que, uma semana após o 1º, 2º e 3º fatos, o denunciado Douglas Aparecido Cardoso, ciente da ilicitude do fato e da reprovabilidade de sua conduta, usou como próprio documento de identidade alheio, pertencente à Fábio Aparecido Vicente (tio materno do adolescente J. V. V. V.).”

Em síntese, a defesa pugna pelo reconhecimento da legítima defesa putativa, isentando o réu de pena, nos termos do artigo 20, § 1º, do Código Penal. Alternativamente, requer a desclassificação da conduta de Douglas para a prevista no artigo 121, § 3º, do Código Penal ou para a prevista no artigo 345 c.c artigo 129, § 3º, do mesmo *Códex*, ou ainda para a prevista no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, c.c artigo 121, § 3º, também do Código Penal.

Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da forma tentada do crime de latrocínio, diminuindo a pena na fração máxima de 2/3, nos termos do artigo 14, inciso II, do Código Penal. Ainda, quanto aos fatos 01 e 02, seja reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea prestada em sede extrajudicial.

Quanto ao fato 03, requer seja o apelante absolvido em razão da frágil prova quanto à existência do crime de corrupção de menor, bem como por tratar-se de menor já corrompido, quedando-se em crime impossível. Por fim, requer seja reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea prestada em sede extrajudicial.

1º e 2º fatos (latrocínio e roubo):

Pois bem. Analisando detidamente os autos, de toda prova coligida, a condenação pelos delitos de roubo e latrocínio devem ser mantidas.

A testemunha Giovani Alves Soares, investigador da polícia judiciária, em juízo (f. 295), declarou que: primeiramente foram ao local do crime, fizeram coletas de materiais, especialmente imagens de câmeras, sendo que tais imagens chamando-lhes a atenção para um casaco utilizado por um dos autores, o qual seria o mesmo utilizado em um assalto ocorrido dias antes em uma farmácia. Nas imagens é possível ver a entrada do autor rendendo o comerciante, posteriormente, o menor tenta subtrair algo do bolso e a vítima reage. O menor avisa Douglas da reação da vítima, então, este em posse de uma arma de fogo desferiu disparos que ceifou a vida da vítima Fernando. A investigação durou cerca de 6 meses, primeiramente, encontraram o adolescente através de redes sociais. As vítimas declararam que a fotografia do adolescente muito se assemelhava com um dos autores do delito. Assim que o adolescente foi apresentado, ele contou sua versão dos fatos, confirmando que o seu comparsa trata-se de Douglas, alcunha “Baleado”. Quanto a Douglas, este fora detido no interior de São Paulo, sendo que na oportunidade confessou a autoria do delito, inclusive, relatou sobre o tiro que deu na própria mão. O apelante declarou ainda, que os assaltos eram realizados de bicicleta, sendo as vítimas escolhidas aleatoriamente. Por fim, não tem conhecimento sobre agiotagem.

A testemunha André Carvalho Bitencourt, investigador da polícia judiciária, em juízo (f. 295), declarou que: existiam umas imagens que mostravam toda a ação criminosa na conveniência, onde dois homens chegavam no local abordando as pessoas, Douglas, o qual portava a arma de fogo teria rendido algumas

vítimas no fundo do estabelecimento, enquanto o adolescente J. V. levava a mão ao bolso da vítima, esta o repeliu. Após, Douglas dirigiu-se à frente da conveniência, onde aconteceram os fatos que acabou por ceifar a vida de Fernando. Dias antes, houve um roubo na farmácia, em ação similar. Em pesquisa nas redes sociais depararam-se com o adolescente J. V., e as testemunhas confirmaram que este assemelhava-se com o autor. Quando o menor foi apresentado, confessou a prática delituosa, tendo este informado que conheceu “Baleado”. Os delitos eram cometidos a esmo, sem prévia organização. Um dos tiros, inclusive, atingiu a mão de Douglas. Apresentaram versões divergentes, mas confessaram os delitos do roubo da farmácia e do latrocínio. J. V. disse que os dois locais foram escolhidos ao acaso, enquanto Douglas disse que já conheciam a conveniência. Em nenhum momento Douglas ou J. V. mencionaram sobre qualquer dívida.

A testemunha Terezinha Alle dos Santos Ribeiro, irmã da vítima, em juízo (f. 295), relatou que: estavam sentados conversando numa mesa na parte interna da conveniência, seu irmão foi chamado pelo funcionário, após instantes, entrou seu irmão sob a mira de Douglas com a arma em punho, dizendo, *‘calma isso é um assalto’*, sendo que foi caminhando com a arma apontada para seu irmão Fernando. Nessa situação de tensão, não viu o comparsa. Em determinado momento, em fração de minutos, seu irmão tentou segurar a mão de Douglas, que segurava a arma, e nisso Douglas disparou, seu irmão caiu, e ele disparou pelo menos mais uma vez com a vítima caída no chão, e empreendeu fuga. A declarante estava de frente para quem chegava na conveniência. O autor estava de boné e jaqueta. Não ouviu a conversa do autor com Fernando. Descreveu sobre o reconhecimento feito na delegacia, sendo que a declarante, e seu esposo reconheceram Douglas.

A testemunha Anibal Ribeiro da Silva, cunhado da vítima, em juízo (f. 295), relatou que: estava no local no dia dos fatos, o funcionário chegou dizendo para todos ficarem calmos, pois estavam anunciando um assalto, momento em que entrou um assaltante com a arma na mão falando *‘ninguém olha pra mim e ergue as mãos’*, já apontando a arma para o Fernando, e o conduzindo para um “canto”. O declarante só ouviu Valdivino dizer para Fernando não reagir. Ficou em estado de choque, não olhou mais, escutou um tiro, jogou-se no chão, e com o segundo e terceiro tiro correu para dentro da conveniência. Retornou apenas quando viu o assaltante ir embora, e recorda-se apenas que Fernando deu o último suspiro. Ligou para as autoridades. Foi correndo para a rua, momento em que viu uma viatura da PM e pediu ajuda. Não viu discussão entre Douglas e Fernando. Do primeiro disparo para os demais houve uma pequena pausa, acredita que depois do primeiro tiro teve uma luta corporal, pois ficou muita bagunça no local. Descreveu sobre o reconhecimento na delegacia, e confirmou que sua esposa e o declarante reconheceram Douglas. Não ouviu o menor dizendo que Fernando poderia estar armado. Não sabe se Fernando ficava com muito dinheiro. Acredita que Fernando não reagiria pelo que o conhecia há quase 30 anos. Não tem conhecimento se Fernando teria problemas financeiros ou amorosos.

A testemunha Luiz Felipe Viana Ramires, funcionário do estabelecimento, em juízo (f. 295), relatou que: no dia dos fatos entraram dois indivíduos na conveniência, um deles armado, anunciou o assalto, ordenando que as vítimas colocassem as mãos na cabeça, dirigindo-se aos fundos do local. O adolescente dirigiu-se ao caixa, e ao verificar se Fernando estava com dinheiro, colocando a mão no bolso em seu bolso, foi repellido pela vítima. Com isso, comunicou ao comparsa sobre a possibilidade de Fernando estar armado. Nesse momento, Douglas rendeu Fernando e o conduziu para o “fundo” do estabelecimento. Douglas teria questionado à vítima se estaria armada, tendo Fernando negado. O declarante não estava mais olhando. Quando ouviu o disparo, olhou de relance e viu que Douglas e Fernando se seguravam, abaixou-se e correu para os fundos, não viu mais nada. O menor foi quem pegou os pertences de Luciano. Não sabe como eles chegaram na conveniência. Toda a ação foi muito rápida. Fernando guardava dinheiro nos bolsos. Nunca viu Fernando emprestando dinheiro a juros. Nunca tinha visto os autores, acredita que eles não conheciam o local.

A testemunha Margarete Mendes de Souza, em juízo (f. 295), relatou que: estava na conveniência no momento do delito. Assim que sentaram, entrou o funcionário dizendo que estava tendo um assalto na sequência entrou o indivíduo armado ordenando que todos colocassem as mãos na cabeça. Esse mesmo indivíduo conduziu Fernando para os fundos, ficaram atrás da declarante. Não viu nada, mas ouviu algumas coisas. Ouviu uns barulhos, e na sequência um tiro, assim se jogou embaixo da mesa, ouviu mais uns 3 ou 4 tiros, em seguida o assaltante correu, Fernando caiu, tentaram reanimá-lo, mas sem êxito. Após, chamaram as autoridades. Recorda-se que o assaltante pediu para Fernando ajoelhar-se e mostrar o que tinha. Não viu o

outro assaltante. Quanto ao reconhecimento na delegacia, reconheceu rapidamente, não teve dúvidas quanto à identificação do assaltante. Seu marido também fez o reconhecimento, e também não teve dúvidas quanto ao reconhecimento de Douglas. Não ouviu ninguém falando que Fernando poderia estar armado. Fernando não emprestava dinheiro a juros.

A vítima Luciano Paredes Rodrigues, em juízo (f. 295), relatou que: tinha recém chegado na conveniência, pediu uma cerveja para Fernando, logo em seguida entrou um homem armado, anunciou o assalto, e mandou todo mundo colocar as mãos na cabeça, e vitimou Fernando. Estava sentado de frente para a porta. Quando foi anunciado o assalto, o declarante colocou a mão na nuca e olhou para baixo. Levaram seu celular e carteira, que estavam em cima da mesa. A princípio, entrou um indivíduo, e depois outro de estatura mais baixa. Não ouviu conversa entre os assaltantes. O menor teria falado que Fernando estava “com graça”, assim, Douglas conduziu a vítima para o fundo, e mandou ajoelhar com a mão na nuca, nesse momento Fernando entrou em luta corporal, em seguida saíram os disparos. O declarante estava de costas e não viu quem começou a agressão. Quando retornou Fernando estava deitado no chão ensanguentado e agonizando. Quanto ao reconhecimento, não teve nenhuma dúvida quanto à autoria. No primeiro momento a vítima não reagiu, daí quando foi mandado ajoelhar, acredita que a vítima reagiu.

O adolescente J. V. V. V., na fase extrajudicial (f. 105-107),

“(...) que, após os fatos continuou conversando com seu comparsa através do facebook de Stefanny, afirmando que referida pessoa no dia 25.05.2018 novamente convidou o declarante para praticar outro roubo; que, informa que novamente era seu comparsa quem estava portando a arma de fogo, a mesma utilizada no primeiro roubo, tratando-se de uma calibre 357, cor preta, com cabo de madeira, afirmando que se não está enganado tinha uma índia ou algo parecido desenhado no cabo; que, esclarece que o segundo roubo ocorreu em uma conveniência localizada no bairro Vila Morumbi, afirmando que o comércio foi escolhido aleatoriamente por seu comparsa; que, afirma que inicialmente passaram em frente ao local e seu comparsa disse que iriam roubar a conveniência, oportunidade em que largaram as bicicletas há algumas quadras do local e se dirigiram até o comércio; que, o declarante afirma que novamente seu comparsa entrou armado e anunciou o roubo, afirmando o declarante foi até o caixa e percebeu que a vítima estava escondendo algo, tendo dito a seu comparsa ‘cara, ele tá escondendo algo’, oportunidade em que seu comparsa começou a gritar com a vítima e ameaçá-la, afirmando que a vítima reagiu e seu comparsa então efetuou disparos contra o mesmo; que, ainda assim, a vítima tentou ir em direção ao comparsa do declarante, oportunidade em que foram efetuados outros disparos contra o mesmo, tendo o declarante e seu comparsa empreendido fuga, largando até o mesmo o dinheiro roubado durante a fuga; que, o declarante afirma que durante a reação da vítima seu comparsa efetuou vários disparos, informando que inclusive atingiu acidentalmente a própria mão, acertando três dedos; (...).”

O apelante Douglas Aparecido Cardoso, na fase extrajudicial (f. 178-179),

“(...) uma semana após assaltarem a farmácia afirma que decidiu, com João, roubarem uma conveniência localizada na rua Assunção, 589, vila Morumbi, o que foi feito no dia 25/05/2018, as 20hs e novamente deixaram as bicicletas uma quadra da conveniência; que no assalto a conveniência o interrogando estava usando uma bermuda jeans, blusa cinza, tênis preto e boné azul; que interrogado entrou normalmente na conveniência e o revólver estava na cintura, embaixo da camisa; quando viu a vítima Fernando Alle dos Santos sacou o revólver e mostrou a arma para ele; afirma que não falou nada para Fernando durante o assalto; que Fernando segurou o interrogado e entraram em luta corporal, sendo assim, para se defender, efetuou aproximadamente três disparos na direção da vítima, inclusive um disparo atingiu sua mão esquerda e lesionou dois dedos do interrogado, mas temendo ser preso, não procurou nenhum posto de saúde nem hospital para tratar dos ferimentos na sua mão; que após efetuar os disparos saiu correndo da conveniência, (...).”

Em juízo (f. 315), confessou que de fato efetuou os disparos que ceifou a vida de Fernando. Relatou que: sua convivente à época, Stefany teria pego um dinheiro a juros com a vítima Fernando. Assim, foi à conveniência para “tirar satisfação”, mas como não conhecia, J. V. o levou. Foram de bicicleta. J. V. teria

colocado a mão na cintura de Fernando, este repeliu a ação, o interrogando ficou nervoso com a atitude, ordenou que Fernando ajoelhasse no chão, a vítima recusou-se, neste momento uma mulher gritou, desviou-se, e a vítima foi “para cima”, lutaram, e a arma disparou, acertando na vítima e na sua mão. Estava embriagado no momento. J. V. que conseguiu a arma de fogo. Negou o roubo do celular ou de dinheiro. Confessou que utilizou o RG do tio de J. V. para pegar o ônibus a São Paulo. Já possuía condenação por porte de arma e roubo.

Pelo conjunto probatório acima amealhado, não resta dúvida acerca da autoria e materialidade delitiva que recaem sobre o ora apelante, eis que o édito condenatório foi fundando em depoimentos testemunhais prestados sob o crivo do contraditório e ampla defesa, aliados às demais provas produzidas, respeitando-se dessa forma, o estabelecido no art. 155 do CPP.

Nas duas ocasiões em que fora interrogado, o apelante Douglas incorreu em notória contradição buscando claramente tentar se afastar de sua responsabilidade criminal.

Na fase extrajudicial, o apelante confessou a prática do delito de latrocínio na conveniência, no qual vitimou fatalmente a vítima Fernando, inclusive, no interrogatório relatou de maneira detalhada como se deu a empreitada criminosa.

O adolescente ****, em sua declaração na fase inquisitiva, confirmou que no dia dos fatos entraram na conveniência, escolhida de maneira aleatória, sendo que Douglas em posse de uma arma de fogo anunciou o assalto.

Durante o desenrolar do roubo, Douglas começou a gritar com a vítima e ameaçá-la, afirmou ainda, que a vítima teria reagido, e então, seu comparsa efetuou disparos contra a mesma. Ainda assim, a vítima tentou lutar, oportunidade em que foram efetuados outros disparos, tendo o declarante e seu comparsa empreendido fuga, deixando até o mesmo o dinheiro roubado.

As declarações do adolescente encontram-se em consonância com os depoimentos prestados pelas testemunhas Terezinha, Anibal, Luiz Felipe, Margarete e Luciano, os quais, foram uníssomos em afirmar que Douglas, munido com uma arma de fogo, entrou na conveniência anunciando um assalto.

As declarações prestadas pelas testemunhas, apesar de algumas divergências, em razão do que cada um visualizou no momento do delito pela posição em que se encontravam, foram coerentes quanto ao fato de que tratava-se claramente de um delito de roubo, pois Douglas em posse de uma arma de fogo, entrou no local anunciando um assalto e ordenando que todos colocassem as mãos na cabeça.

Assim, apesar de Douglas negar que a intenção era cometer o delito de roubo, inicialmente, apresentou versão frágil, contraditória e pouco crível do fato, completamente divorciada da realidade comprovada nos autos.

Em oposição, registra-se os depoimentos policiais, isentos de má-fé, os quais constituem relevante elemento de prova e pressupõe, portanto, de incólume credibilidade, não podendo ser depreciado tão somente em razão do ofício exercido pela testemunha, consoante doutrina e jurisprudência pátrias, não se tratando, como quer fazer crer a defesa, de “*testemunhas de ouviu dizer*”, posto que participaram ativamente das diligências e investigações do crime.

Destaca-se dos depoimentos dos policiais, que em nenhum momento durante as investigações tiveram conhecimento sobre a versão de que a companheira de Douglas havia feito um empréstimo com a vítima Fernando, e por este motivo, o autor dirigiu-se ao estabelecimento.

Outrossim, as declarações do adolescente que confirmou o intuito do delito de roubo, bem como, os depoimentos das testemunhas que presenciaram todo o deslinde da ação criminosa, ao contrário do afirmado pela defesa, há provas concretas e suficientes para manter a condenação do apelante pelo crime de latrocínio, nos termos da sentença prolatada.

Com efeito, consigna-se que o delito de latrocínio trata-se de crime complexo, composto de duas condutas distintas, uma voltada ao patrimônio da vítima, outra à sua integridade física.

No caso em tela, não remanescem dúvidas quanto à intenção dos autores, restando cabalmente demonstrado que entraram na conveniência com nítido intuito de cometer o delito de roubo.

Nesse contexto, quanto aos pedidos de desclassificação para o crime de homicídio culposo ou exercício arbitrário das próprias razões c/c lesão corporal culposa seguida de morte, ou ainda, roubo tentado c/c homicídio culposo, cediço que o delito previsto no artigo 157, § 3º (segunda parte) do Código Penal, constitui um tipo penal qualificado pelo resultado morte, em que se exige o dolo na conduta antecedente, no caso a de roubo, e dolo ou culpa na subsequente (morte).

No caso em julgamento, entendo que o dolo de subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, restou suficientemente comprovado nos autos, o que obsta a almejada desclassificação para o crime de homicídio culposo ou exercício arbitrário das próprias razões c/c lesão corporal culposa seguida de morte, ou ainda, roubo tentado c/c homicídio culposo.

Com efeito, ocorrendo a morte da vítima, torna-se irrelevante a ocorrência ou não da subtração do bem, sendo mesmo caso de latrocínio consumado, nos termos do disposto na Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal:

“(...) Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.”

Para melhor elucidação, o ilustre doutrinador Cleber Masson:

“(...) Essa posição se revela possível em razão da redação do art. 157, § 3º, II, do Código penal, ao estatuir que da violência “resulta a morte”. Não se exige a efetiva subtração. Basta seja a morte consequência da violência empregada para a subtração. Além disso, o latrocínio é crime qualificado pelo resultado, razão pela qual é cabível falar-se em consumação no momento da produção do resultado agravador.” (MASSON, Cleber. Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212) 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 402. v. 2)

Desse modo, constatando-se que os fatos narrados na denúncia coincidem com a prova coletada nos autos, não há que se falar em desclassificação do delito, tampouco do reconhecimento da forma tentada.

Desta feita, verificada a autoria do apelante pela prática do delito de latrocínio, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

De igual modo, não merece prosperar a tese defensiva de absolvição do réu, em virtude da incidência da excludente de ilicitude referente à legítima defesa putativa.

Configura-se a legítima defesa putativa, quando o agente, por erro justificado pelas circunstâncias, representa uma situação de fato que objetivamente não existe e, por supor tal condição, acredita que sua conduta está em conformidade com o Direito.

Na realidade, o sujeito se imagina em situação de legítima defesa e reage a esta suposta agressão injusta. No caso dos autos, nada disso ficou provado.

Em relação ao instituto, a respeitável doutrina penal entende que:

“(...) No tocante ao aspecto subjetivo daquele que se defende, a legítima defesa pode ser: (...) b) Putativa ou imaginária: é aquela em que o agente, por erro, acredita existir uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Exemplo: ‘A’ foi jurado de morte por ‘B’. Em determinada noite, em uma rua escura, encontram-se. ‘B’ coloca a mão no bolso, e ‘A’, acreditando que ele iria pegar uma arma, mata-o. Descobre-se, posteriormente,

que 'B' tinha a intenção de oferecer-lhe um charuto para selar a paz. 18 Tribunal de Justiça de Minas Gerais O fato típico praticado permanece revestido de ilicitude (...).” (MASSON. 2014. p. 426/427).

In casu, entretanto, não se vislumbra hipótese autorizadora do ato ilícito praticado pelo réu, que efetuou os disparos com o intuito de defender-se da vítima.

Consoante exposto alhures, a versão sustentada pela defesa, no sentido de que Douglas acreditava que Fernando estivesse armado, não encontra suporte nos autos.

Segundo a declaração do adolescente ****, este teria dito a Douglas que Fernando estava escondendo algo, e não que ele estivesse armado.

Até mesmo Douglas, em seu interrogatório em juízo, relatou que assustou-se com uma mulher que gritava, distraíndo-se, oportunidade em que a vítima tentou reagir, tendo o apelante desferido os disparos, de maneira totalmente desproporcional à reação da vítima.

Acrescenta-se que pelos relatos das testemunhas, após o primeiro tiro desferido por Douglas, mesmo já repelindo eventual reação da vítima, o mesmo desferiu mais 4 disparos, contrariando a tese defensiva.

Deste modo, não há falar em ocorrência de legítima defesa putativa, sendo a manutenção do édito condenatório medida de rigor.

Ainda, pugna a defesa pela absolvição do apelante quanto ao roubo praticado em face da vítima Luciano Paredes, em razão da insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Pois bem. Analisando detidamente os autos, de toda prova coligida, a condenação pelo delito de roubo deve ser mantida.

Com efeito, nos crimes contra o patrimônio, entre eles o roubo, a firme palavra da vítima, quando corroborada por outros elementos e em coesão com as demais provas e dos abalizados indícios amealhados ao longo da instrução, são provas mais do que suficientes para alicerçar o decreto condenatório, não havendo que se cogitar em absolvição.

Assim, aproveitando os depoimentos já elencados anteriormente, e de todas as provas carreadas aos autos, especialmente o depoimento da vítima Luciano e da testemunha Luiz Felipe, depreende-se que, além da materialidade, a autoria do delito de roubo restou incontroversa, não prosperando a tese defensiva de insuficiência probatória da autoria delitiva.

3º Fato (Corrupção de menor):

No que tange ao pedido de absolvição do crime de corrupção de menores, melhor sorte não assiste à defesa.

Isso porque é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de dezoito anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no artigo 1º, da Lei nº 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, introduzido pela Lei nº 12.015/2009.

A matéria, aliás, encontra-se pacificada segundo o verbete sumular nº 500, do Superior Tribunal de Justiça, que estatui, *in verbis*:

“(...) A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.”

Importante salientar que o artigo 1º, da Lei nº 2.252/54, que visa a proteção do menor, deve ser interpretado conjuntamente com os supervenientes direitos e garantias minoristas inseridos na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo o dispositivo 3º, da Lei nº 8.069/90, à criança e aos adolescentes são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social.

Neste contexto, infere-se que o fim a que se destina a tipificação do delito previsto no artigo 1º, da Lei nº 2.252/54, é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora abrange tanto à inocência moral do menor como à formação moral da criança e do adolescente, consistente na abstenção da prática de infrações penais.

É cediço que a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida. Considerar não configurado o crime de corrupção de menores pelo simples fato de o adolescente ter ingressado na seara infracional equivale a qualificar irreversível o caráter do imputável, pois não pode mais ser corrompido, em razão da prática de atos infracionais.

A propósito, a própria Egrégia Seção Criminal deste Tribunal, já decidiu nesse mesmo sentido:

“EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO DE MENOR – CRIME FORMAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – EMBARGOS REJEITADOS.

Escorreita a condenação pela prática do crime previsto no art. 244-B do ECA quando os agentes praticaram crime de roubo com adolescente, pois o crime é formal, dispensando a comprovação da efetiva corrupção.

Embargos rejeitados. De acordo com o parecer.” (Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Corumbá; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 25/05/2016; Data de registro: 30/05/2016; Outros números: 7355422014812000850000)

Destarte, impõe-se a manutenção da condenação de Douglas, pela prática do crime previsto no artigo 244-B, do ECA, mantendo-se a pena fixada em sentença.

Confissão extrajudicial:

Ainda, pugna a defesa o reconhecimento da atenuante da confissão extrajudicial na segunda fase da dosimetria da pena.

Para tanto, sustenta que o apelante faz jus ao reconhecimento da atenuante em questão, ante sua confissão realizada na fase extrajudicial, mesmo que retratada em juízo.

Cumprе destacar que:

“(…) É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu. Precedentes.” (STJ. HC 160.777/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/06/2013.)

No caso, não há que se aplicar a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, uma vez que a confissão do apelante, colhida na fase extrajudicial e retratada em Juízo, não foi utilizada como prova para embasar a condenação, a qual está lastreada em outras provas constantes dos autos.

Por oportuno:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO – REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – DEPOIMENTO NÃO UTILIZADO COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO – REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA VEDADO NA ANGUSTA VIA DO HABEAS CORPUS – ROUBO – CAUSA DE AUMENTO – EMPREGO DE ARMA DE FOGO – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS COMPROVANDO O EMPREGO DO ARTEFATO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incidirá a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que haja retratação da confissão extrajudicial em juízo, desde que o depoimento tenha concorrido para a condenação, o que não ocorreu no caso em julgamento.

2. Esta Corte é firme na compreensão de que, se a confissão espontânea não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias e não corroborou para a condenação, a desconstituição do que ficou estabelecido ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório produzido ao longo da marcha processual, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, marcado pela celeridade e pela sumariedade na cognição.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento de que é dispensável 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 no caso concreto, em que há declaração da vítima e das testemunhas atestando o seu emprego.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no HC 348.277/MS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 26/02/2019)

Por derradeiro, quanto aos prequestionamentos aventados, tem-se que a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais.

Diante com o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Douglas Aparecido Cardoso, mantendo-se incólume a decisão proferida pelo magistrado singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

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, 19 de março de 2020.

1ª Câmara Criminal

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0800750-50.2014.8.12.0007 - Cassilândia

EMENTA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – ART. 89, § 6º DA LEI 9.099/1990 – AFASTADA

Ocorrendo a transação no curso do processo, o prazo prescricional ficará suspenso, voltando a correr da decisão que revogou o *sursis* processual, por exegese do artigo 89, § 6º da Lei 9.099/1990 e artigo 112, I, do Código Penal.

MÉRITO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS – AFASTADO – PROVAS SUFICIENTES – *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

As provas documentais e testemunhas comprovam que a ré apropriou-se de valores que não eram seus, após induzir em erro as vítimas.

Demais disso o comportamento da ré no decorrer do feito é contraditório, porquanto ora transaciona no sentido de devolver os valores apropriados, ora alega que não o fez. Portanto, têm-se que o processo penal não se compraz com comportamentos contraditórios, (*venire contra factum proprium*).

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, afastaram a preliminar de prescrição e, no mérito, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Graziela Enderle Banak interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 1415-1423) que julgou procedente a denúncia, condenando-a como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 74 (setenta e quatro) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto.

Irresignada com a sentença, a apelante pugna pela sua reforma, para o fim de absolvê-la das imputações descritas na denúncia (f. 1438-1464).

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pede pelo desprovimento do recurso (f. 1474-1487).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 1498-1506), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Às f. 1508-1513 a defesa da ré peticiona requerendo a extinção da punibilidade, pelo advento da prescrição. A PGJ manifesta-se favoravelmente ao pleito em f. 1518-1519.

O feito é convertido em diligência (f. 1521), pela constatação de causa de interrupção da prescrição, com manifestação das partes (apelante f. 1538-1542 e MP f. 1529-1532).

Novo parecer da Procuradoria Geral de Justiça (f. 1552-1555) pela rejeição do pedido de prescrição e pela reiteração do parecer de f. 1498-1506.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Graziela Enderle Banak interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo com a sentença que acolheu a pretensão punitiva deduzida pelo Ministério Público, e condenou a apelante pela prática do delito previsto no artigo 171, *caput*, do Código Penal, em decorrência dos seguintes fatos narrados na denúncia (f. 01-04):

“Consta do incluso procedimento de investigação criminal que, nos dias 18 de abril, 20 de maio, 18 de junho, todos do ano de 2.013, nesta cidade de Cassilândia, os denunciados Ermizio Miranda de Freitas, Graziela Enderle Banak e Matheus Ramos Moura, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, em unidade de desígnios, mediante concurso de pessoas, obtiveram para si, em prejuízo alheio, induzindo e mantendo em erro, mediante artifício três senhoras idosas.

Foi apurado que as vítimas idosas Sebastiana Ribeiro de Souza, Luzia Ribeiro de Souza e Dorvalina Ribeiro de Souza são pessoas humildes, sem instrução, analfabetas, de pouco conhecimento, uma vez que sempre residiram em propriedade rural, afastada da cidade.

Diante dessa vulnerabilidade, o coautor Ermizio, cuidador de fato das vítimas, contratou os advogados Matheus e Graziella, para juntos se aproveitarem dessa situação.

Segundo consta, os advogados Matheus e Graziela intermediaram a venda da antiga fazenda, de propriedade das idosas, que foi vendida pelo valor de R\$ 600.000,00.

Após a venda, parte desse dinheiro foi utilizado para adquirir outro imóvel para as idosas, um sítio, pelo valor de R\$ 350.000,00, pago em três parcelas, restando, assim, o valor R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), da diferença da venda e aquisição dos imóveis.

Porém, após averiguar, as vítimas, além de nunca terem tido acesso a esse dinheiro, também, em nenhum momento, movimentaram a conta, por conta de suas próprias vontades.

Ao que se apurou, para induzirem em erro as idosas, Ermizio e Graziella levavam ao banco somente uma das irmãs, Dona Sebastiana, com a desculpa de que era para efetuar o pagamento referente à aquisição do sítio, no entanto, pegavam o “dedo” da idosa, que por ser analfabeta, servia de assinatura, e lá sacavam os valores.

Denota-se que para encobertar a prática criminosa, eles sacavam uma quantia acima do valor da parcela do sítio, e destinavam uma parte para o pagamento da aquisição do imóvel e outra eles destinavam para a conta de Matheus Ramos.

Assim, no dia 18 de abril de 2013 sacaram o total de R\$ 237.953,4, (duzentos e trinta e sete mil e novecentos e cinquenta e três reais), sendo que R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil) foi destinado à compra do sítio, e R\$ 60.000 (sessenta mil) foi transferido para a conta do coautor Matheus Ramos.

Novamente, no dia 25 de maio de 2013 foi feito um saque, no valor de R\$ 175.025,70, assim, mais uma vez, os denunciados se aproveitando da situação, transferiram R\$ 90.000 (noventa mil), para pagar da aquisição do sítio, e R\$ 85.000,00 para a conta de Matheus Ramos.

Finalmente, no dia 18 de junho de 2013, sacaram os valores de R\$ 170.025,70 e R\$ 4mil reais, efetuando o pagamento de R\$ 90.000, referente à terceira parcela da aquisição do sítio, sendo que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) foi transferido para a conta de Matheus Ramos.

No total, os coautores desviaram R\$ 237.004,8 (duzentos e trinta e sete mil reais) das idosas.

Diante dessa situação, o Ministério Público requereu medidas protetivas de urgência, sendo deferida pela m.m. juíza.

Ante o exposto, o Ministério Público denuncia, Ermizio Miranda de Freitas, Graziela Enderle Banak e Matheus Ramos Moura como incurso nas penas do artigo 171, caput, c/c 61, II, alíneas 'h' em continuidade delitiva, todos do Código Penal."

Diante de tais fato e, após os regulares trâmites procedimentais, sobreveio da sentença condenatória que fixou a pena em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 74 (setenta e quatro) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto.

Irresignada com a sentença, a apelante pugna pela sua reforma, para o fim de absolvê-la das imputações descritas na denúncia. Posteriormente argui que a pretensão punitiva está prescrita.

Assim, por uma questão de ordem no enfrentamento das matérias deduzidas, passo ao enfrentamento da prejudicial de mérito (prescrição).

Defende a apelante que a pretensão punitiva encontra-se prescrita, porquanto decorridos mais de quatro anos entre a publicação da sentença e que não pode ser prejudicada pela demora na revogação da suspensão do processo.

Pois bem. Compulsando o caderno processual, vê-se que a sentença foi publicada em 25/09/2018 (f. 1423). Desse modo, a pena fixada na sentença condenatória, de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, que deve ser considerada para efeito de cálculo de prescrição, a teor a Súmula 146, do STF e art. 110 do CP, que disciplinam:

"Súmula 146: A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Art. 110, do CP - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente."

No caso em tela, como a pena aplicada foi inferior a dois anos, aplica-se o prazo prescricional previsto no art. 109, V, do CP, ou seja, em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

Outrossim, também se observa que na data 17 de agosto de 2015 (f. 591-2), a apelante foi beneficiada com a suspensão condicional do processo, a qual foi revogada em 08 de junho de 2016 (f. 758-759).

Assim, defende a apelante que *"a decisão de revogação da suspensão condicional do processo demorou tempo excessivo e incompatível com o caso em epígrafe. Portanto, Em casos como este a doutrina tem percebido que, o estudo acerca da suspensão ad eternum da prescrição penal nos casos de suspensão condicional do processo deve ser considerado, sob pena de ignorar a principiologia que rege o instituto em comento."*

Razão alguma lhe assiste.

Com efeito, de acordo com o artigo 89, § 6º, da Lei 9.099/1990 “§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.”

Não bastasse tal dispositivo legal, têm-se o art. 112, I, do Código Penal, que expressamente prevê:

“Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;” (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (g.n.)

No presente caso:

Entre o recebimento da denúncia (28 de abril de 2014), a data da suspensão do processo (17 de agosto de 2015), decorreram 01 (um) ano, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias.

A prescrição ficou suspensa entre 17 de agosto de 2015 e 08 de junho de 2016 (data da revogação da suspensão - art. 112, I, CP), voltando a correr em 09 de junho e teria seu termo *ad quem* em 19.02.2019.

A sentença foi proferida em 25.09.2018, ou seja, antes do termo final da contagem da prescrição.

Portanto, entre os marcos interruptivos não decorreu prazo suficiente para fulminar a pretensão punitiva do estado, pelo que, afasta-se a preliminar arguida pela apelante.

Afastada a preliminar, passo ao enfrentamento da matéria de fundo deduzida em defesa.

E, aqui, observo que a apelante sustenta que não praticou nenhum ilícito penal, pelo que a sentença merece reforma, porquanto a mesma afrontou o princípio da presunção de inocência, dada a ausência de prova do cometimento do crime.

De novo, razão alguma lhe assiste.

Com efeito, analisando a prova dos autos, restou comprovado pelas provas documentais e testemunhais que, na forma fundamentada na sentença, que “*a ré, aproveitando-se do fato das vítimas serem analfabetas, as induziu em erro, fazendo-as realizar transferências bancárias para contas de terceiras pessoas (Dr. Matheus), cuja conta era movimentada pela ré, acreditando que tais transferências seriam para pagamento de um sítio adquirido ou para pagamento de suas necessidades básicas, quando, na verdade, parte era para pagamento do sítio e a outra parte, que foi transferida para a conta de Matheus, ficou sem destinação comprovada nos autos.*”

As provas documentais dos autos comprovaram que os valores foram transferidos para a conta de Matheus Ramos Moura (f. 48-50), administrada pela ré, conforme confessado pela própria mesma, conforme seu depoimento disponível pelo sistema audiovisual às f. 639-640.

No caso, foi vendido o imóvel rural denominado Fazenda 3 irmãs, pelo valor de R\$600.000,00, com a prestação de contas (compra de sítio, pagamento dos honorários contratados, despesas cartório, etc), restou um valor não comprovado de destinação no valor de R\$125.000,00.

Ora, como muitíssimo bem ponderado pela sentenciante:

“Caberia à ré comprovar a destinação dada ao saldo de R\$ 125.000,00, que restou da venda da fazenda Garimpeiro, pois foi ela quem, acompanhando as idosas ao banco, para que estas colocassem as suas digitais, realizava a transferência do dinheiro depositado na conta delas para outras contas, entretanto, a ré disse ter entregado tal dinheiro ao cuidador de fato

das idosas, Sr. Ermízio, sem qualquer comprovação nos autos, mas apenas a palavra da ré. De se salientar que, sendo a ré uma advogada experiente, deveria saber que o Sr. Ermízio não era o representante legal das idosas, as quais não haviam sido interditadas. Assim, não teria amparo legal em repassar qualquer dinheiro a ele, devendo ter deixado referido saldo depositado na conta bancária das idosas, sendo que, assim não o fazendo, mas, ao contrário, tendo repassado tais valores para a conta de uma terceira pessoa (Matheus), conta esta que era movimentada pela ré, presume-se que, em verdade, ficou com referido dinheiro e o usou em benefício próprio em prejuízo das idosas.”

Não se pode olvidar, também que, a ré efetuou acordo de suspensão do feito e uma das condições era a devolução dos valores apropriados indevidamente. Então pergunta-se: se a ré não praticou o ato ilícito que lhe foi imputado, como, então, poderia devolver os valores?

E mais: não cumprindo o acordo, a apelante foi aos autos às f. 669-670 e lançou os seguintes argumentos tentando justificar o atraso no cumprimento da transação:

“MM Juíza, conforme consta em ata de audiência do dia 18 de agosto deste ano, a requerente aceitou os termos da suspensão do processo mediante o preenchimento de certas condições, sendo que um desses encargos seria o reparo do valor monetário.

Especificamente a condição restou assim definida:

Ressarcimento do dano às vítimas, no valor de R\$165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil), dividido em duas parcelas, a primeira de R\$.50.000,00 (cinquenta mil reais) em 60 dias, e o restante, sendo R\$115.000,00 (cento e quinze mil) em 120.

Ocorre Senhora Juíza que tal condição se mostra impossível de ser realizada neste momento. Explico.

O negócio entabulado com a advogada e o cuidador Ermízio previa prazo de 03 (três) anos. Não temos como abater o gado que foi arrendado com tal dinheiro, pois assim, o prejuízo seria desproporcional para a requerente.

Veja bem Excelência, o que a requerente está pleiteando é uma dilação de prazo para devolução do dinheiro. De maneira nenhuma quer apropriar-se dos valores.

Desta maneira, apresenta duas propostas para devolução do valor de R\$ 165.000,00:

(...)

No mesmo tom é o petitório de f. 746-7:

Conforme atestado médico anexo, a Acusada estava enferma e sem condições de realizar qualquer negociação, motivo pelo qual não pode efetuar o depósito nesse prazo concedido pela r. decisão, e será necessário que se conceda mais um prazo.

Ademais, consoante esclarecido na audiência de suspensão condicional do processo, bem como em depoimento prestado pela Acusada, o dinheiro da transação discutida nos autos foi, com anuência do também Acusado Ermízio, investido em gado. Ocorre que os bezerros estariam aptos ao abate diante do acordado na época, com 20@, não tendo atingido referido peso.

Sendo assim, o que poderia fazer é a entrega do gado ao equivalente do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), eis que a Acusada apenas aceitou a suspensão condicional do processo, pelo contrato que se comprometeu, sendo que não teria prejuízos. No entanto, a inadimplência, a crise, tudo assolou o país inteiro, e o gado ainda não chegou ao peso esperado, não estando liberado para o abate por conta da exigência mínima pedida pelos frigoríficos, além do que há também pastagem fraca e ruim, prejudicando a engorda do gado.

Portanto, somente com mais alguns meses para se ter o mínimo permitido, conseguindo-se um equilíbrio natural.

E, considerando que o compromisso não foi de gado, mas sim em espécie devido às idosas não terem estrutura para cuidados com esse tipo de gado, até mesmo pela necessidade de que o dinheiro não ficasse desvalorizado e nem depositado em conta bancária, com extremos riscos de desvios, saques indevidos, em razão da simplicidade delas. Importante ser destacado que a chácara que as idosas adquiriram não tinha capacidade para comportar o gado, tanto foi feito esse investimento a época, onde tudo restou autorizado pelo cuidador, e por ele ter participado e anuído.

E para as idosas receberem esse gado na propriedade rural não tem como, pois não existe capacidade para comportar a quantidade, precisa-se de notas de entrada, inscrições de produtor rural, etc, além de que o gado está em outro estado.

Enfim, devido à crise e as dificuldades políticas que o país enfrenta, não foi possível o abatimento do referido gado até o momento, motivo pelo qual se pede a concessão de mais um prazo de 40 (quarenta) dias para depósito, o valor de R\$ 25.000,00, e depois, mais 40 (quarenta) dias, para depositar os outros R\$ 25.000,00, reparcelando-se o valor da suspensão condicional do processo.” (g.n.)

Estamos, portanto, diante de um comportamento contraditório. Logo, não é por demais lembrar que o processo penal não se compraz com comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*).

Portanto, outra conclusão não há senão a de que a ré apropriou-se de valores que não eram seus, após induzir em erro as vítimas. Como corolário, a conduta é típica àquela prevista no art. 171, CP.

Diante do exposto, com o parecer ministerial conheço do recurso de apelação, afasto a preliminar de prescrição e, no mérito, nego provimento ao apelo interposto por Graziela Enderle Banak.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar de prescrição e, no mérito, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

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 Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Criminal

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0800741-16.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVOS – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – REJEITADA – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS NAS ESCUTAS TELEFÔNICAS – REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – REJEITADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES ACERCA DO CRIME DE ESTELIONATO – RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – PROVAS SUFICIENTES – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – RECONHECIDA – RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que as alegações finais apresentadas pelo Ministério Público no processo criminal seja feita de forma intempestiva, ante o princípio da *pas de nullité sans grief*, vigente no processo penal, somente haverá de se declarar a nulidade do feito, caso reste comprovado o efetivo prejuízo decorrente, o que não se verificou no caso concreto.

No caso concreto não há que se falar em inépcia da denúncia, posto que a conduta dos réus foi regularmente descrita, com todos os detalhes e circunstâncias dos fatos, bem como que a questão sobre se tais fatos constituem ou não o crime, trata-se de matéria de mérito.

O STF tem entendimento firmado no sentido de que a ausência de transcrição integral dos diálogos interceptados e a falta da juntada dos áudios respectivos não refletem prejuízo à defesa dos acusados, que poderiam ter solicitado a juntada de transcrição de algum trecho específico, sendo que, no caso concreto, não houve qualquer objeção dos réus quanto à correção das citações das conversas, tampouco arguíram qualquer impedimento quanto ao amplo acesso ao conteúdo integral das interceptações realizadas.

No presente caso não há que se falar em ausência de fundamentação para a inclusão do número de telefone do apelante no pedido de interceptação telefônica, visto que houve decisão consignando a necessidade de prorrogação da medida, com a inclusão de novas linhas, pois estas teriam entrado em contato com as linhas investigadas, aparentando ter envolvimento com os delitos investigados, bem como que esse seria o único meio para se apurar quem eram todos os envolvidos e a forma como se dava a prática criminosa.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que, a despeito de contrariar a literalidade do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, a limitação do prazo para a realização de interceptações telefônicas não constitui óbice ao deferimento da medida excepcional por período superior a 15 dias, desde que haja circunstanciada justificação, com específica indicação da indispensabilidade de tal prazo.

No caso concreto verificou-se que as pessoas, apontadas na denúncia como vítimas, demonstraram que, na verdade, concordaram com as condutas ilícitas praticadas pelos acusados no intuito de beneficiarem-se também ilicitamente na obtenção de carteiras de habilitação fraudadas porque não conseguiam ser aprovados nos exames aplicados pelo Detran, razão pela qual não é possível a condenação dos acusados quanto a suposta prática do crime de estelionato.

Provas suficientemente a autoria e materialidade do crime de falsificação de carteira de habilitação, deve ser mantida a condenação dos acusados em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal.

No caso concreto, entre o recebimento da denúncia e a publicação, decorreu prazo superior a 04 (quatro) anos, não tendo ocorrido nenhuma das causas suspensivas/impeditivas ou interruptivas da prescrição (art. 116 e 117 do Código Penal) de modo que o reconhecimento da extinção da punibilidade dos réus, nos termos do art. 107, IV, do CP, é medida que se impõe. Nos termos do art. 580, do CPP, os efeitos do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado deve ser estendida aos demais corréus, haja vista que foram condenados ao mesmo *quantum* de pena, 01 (um) ano de reclusão, por infração ao art. 288, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, rejeitaram as preliminares de nulidade. No mérito, negaram provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual, Ronaldo e Geraldo; deram parcial provimento aos apelos de Ivan e Humberto para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição quanto ao crime de associação criminosa, e; na forma do art. 580 do CPP, estenderam este provimento em favor dos demais condenados.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual (f. 3481 e 3493-3512), Ronaldo Teles de Menezes (f. 3535-3557), Ivan Costa dos Reis (f. 3644-3645 e 3739-3752), Geraldo de Oliveira (f. 3532 e 3657-3667) e Humberto de Campos Silva (f. 3654 e 3668-3678), contra a sentença (f. 3357-3475), que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, já qualificados, nas penas do art. 288 do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

O Ministério Público Estadual apresentou razões recursais (f. 3493-3512), arguindo que todas as vítimas eram pessoas humildes, em sua maioria idosas e trabalhadores rurais, com pouca ou nenhuma instrução, não tendo contato significativo com a leitura ao longo da vida, tudo indicando que, de fato, desconheciam o caráter criminoso da conduta dos réus, ora apelados. Assim, pugna pela reforma da sentença, no sentido de se condenar também os apelados Ivan Costa dos Reis, Humberto Campos Silva e Ronaldo Teles de Menezes como incurso nas penas do art. 171, *caput*, CP, por treze vezes, Geraldo de Oliveira como incurso no art. 171, *caput*, CP, por onze vezes e Gilmar Rabelo Ferreira como incurso no art. 171, *caput*, CP, por doze vezes, mantendo-se inalterada a condenação dos apelados pela prática do crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal.

Os apelados Gilmar Rabelo Ferreira, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto Campos Silva, Geraldo de Oliveira e Ivan Costa dos Reis, apresentaram suas contrarrazões, respectivamente, às f. 3518-3530, f. 3558-3589, f. 3593-3601, f. 3602-3612 e f. 3739-3742.

O apelante Ronaldo Teles de Menezes, em suas razões de apelação (f. 3535-3557), sustenta que as alegações finais do *Parquet* foram apresentadas intempestivamente, gerando prejuízos à defesa do apelante;

que a denúncia é inepta, face a falta de descrição pormenorizada dos supostos fatos delituosos; que o *Parquet* utilizou-se de prova resultante unicamente de interceptações telefônicas, devendo, portanto, ser acolhida a preliminar de nulidade.

No mérito afirma que não praticou o delito previsto no art. 288, *caput*, do CP, pelo qual foi condenado, bem como que não houve demonstração do requisito objetivo de concurso necessário de no mínimo 4 (quatro) pessoas para o surgimento do crime de quadrilha ou bando, descrito no art. 288 do Código Penal.

Aduz que não existem provas do envolvimento do apelante com os demais corréus, além de Ivan e Humberto, para a prática delitiva, tampouco que teriam se reunido de forma permanente para o cometimento de crimes. Ressalta que nos autos existem apenas ilações que não podem ser utilizadas como suporte para um edito condenatório.

Contrarrazões às f. 3625-3643.

O apelante Geraldo de Oliveira (f. 3532 e 3657-3667) afirma que é pessoa analfabeta, vive exclusivamente de seu trabalho como diarista rural e possui reputação ilibada. Ressalta que jamais se associou aos corréus para a prática criminosa, tampouco tem conhecimento de como qualquer dos fatos ocorreram.

Assinala que inexistente nos autos prova apta a comprovar que o apelante tenha participado da prática delitiva e que o juízo *a quo* interpretou de forma equivocada o depoimento da testemunha Valdemir Ferreira da Silva, bem como a reação tida por familiares do recorrente ao saber que seu nome estava envolvido em crimes que jamais cometeu.

Aduz que o Ministério Público não se desincumbiu de seu ônus acusatório, bem como que não há provas produzidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, que indiquem, sem sombra de dúvida, que o apelante tenha praticados os delitos apontados na denúncia, ou a intenção de praticar qualquer ato criminoso, mormente porque nenhuma das vítimas o reconhece como a pessoa através da qual teria contratado a aquisição da CNH falsificada.

Adverte que ainda que se admita a prática delituosa, faltaria o requisito objetivo ligado à quantidade de pessoas, eis que efetivamente em relação ao apelante somente se relacionam 2 (duas) pessoas, inexistindo qualquer prova que evidencie que o recorrente conhecesse os demais corréus.

Assim, pugna pela reforma da sentença, a fim de absolver o apelante por ter restado comprovado que não concorreu para a prática delituosa, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Contrarrazões às f. 3687-3700.

O apelante Humberto de Campos Silva, em suas razões de apelação (f. 3668-3678), preliminarmente, defende a nulidade das escutas telefônicas relacionadas ao apelante, por ausência de fundamentação, haja vista que em nenhum momento foi indicado os motivos que justificassem a inclusão de seu telefone no pedido de escuta.

Alega que inexistente na denúncia a transcrição dos diálogos interceptados nas escutas telefônicas. Assim, dada a ausência da gravação das escutas, restou prejudicado seu direito à ampla defesa, devendo, portanto, a denúncia ser julgada improcedente.

No mérito sustenta que as condutas narradas em desfavor do apelante não constituem crimes, tampouco comprovam seu envolvimento com os demais corréus.

Ressalta que nenhuma das supostas vítimas conhecem o apelante, bem como que o testemunho do PRF Fábio Henrique Soares, colhido na fase inquisitorial, não pode ser utilizado como fundamentação para uma condenação, mormente porque se refere a manifestação de opinião e não de relato de fatos. Salienta, ainda, que no REsp 1.070.482-BA, o STJ afastou a possibilidade de condenação com base em provas produzidas exclusivamente na fase de inquérito policial.

Defende que também improcede a acusação de que o apelante seria um facilitador de ações ilícitas junto ao DETRAN-MT, pois não exerceu o cargo de coordenador de trânsito, haja vista que foi nomeado no dia 22/01/2013 e exonerado no dia 28/01/2013, de modo que não teria como criar qualquer vínculo com a instituição.

Subsidiariamente, defende a tese da prescrição, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Contrarrazões às f. 3687-3700.

Por sua vez, o apelante Ivan Costa dos Reis (f. 3739-3752), alega, em fase de preliminar, a ilegalidade das interceptações telefônicas. No mérito sustenta que não há provas de que o apelante tenha se associado aos demais corréus com o fim de cometer crimes.

Ressalta que para a tipificação da associação criminosa, a associação deve ser estável e permanente, o que não restou comprovado pelo conjunto probatório produzido nos autos.

Assevera que o juízo *a quo* não se atentou à previsão do art. 109, V, CP, deixando de aplicar a prescrição punitiva do Estado, que no caso concreto operou-se na data de 21/05/2017. Assim, tendo em vista que a sentença foi proferida há mais de 06 (seis) meses após a decorrência do prazo previsto no artigo acima indicado, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao crime de associação criminosa imputado ao apelante.

Contrarrazões às f. 3763-3806.

A Procuradoria-Geral de Justiça, mediante parecer (f. 3811-3840), opina: 1) pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual de 1º Grau, para o fim de se condenar Ivan Costa dos Reis (treze vezes), Ronaldo Teles de Menezes (treze vezes), Humberto de Campos Silva (treze vezes), Gilmar Rabelo Ferreira (onze vezes) e Geraldo de Oliveira (onze vezes); 2) pelo desprovimento dos recursos interpostos por Ronaldo Teles de Menezes, Geraldo de Oliveira, Humberto de Campos Silva e Ivan Costa dos Reis; e, 3) pelo acolhimento do prequestionamento suscitado pelo representante do *Parquet* de 1º Grau, a fim de que a Colenda Primeira Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça se pronuncie, de forma explícita e fundamentada, sobre a contrariedade e negativa de vigência aos artigos 41 e 110, § 1º, ambos do Código Penal, transcrevendo-o no v. Acórdão.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual (f. 3481 e 3493-3512), Ronaldo Teles de Menezes (f. 3535-3557), Ivan Costa dos Reis (f. 3644-3645 e 3739-3752), Geraldo de Oliveira (f. 3532 e 3657-3667) e Humberto de Campos Silva (f. 3654 e 3668-3678), contra a sentença (f. 3357-3475), que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, já qualificados, nas penas do art. 288 do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

O dispositivo da sentença objurgada restou assim redigido:

*“Posto isto, julga-se parcialmente procedente a denúncia para condenar **Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira**, já qualificados, nas penas do art. 288 do Código Penal.*

A seguir é feita a dosimetria da pena.

1) Ivan Costa dos Reis

*Apreciando as fases da fixação da pena, inexistem elementos (f. 2054-2055) para alterar a pena base que resta estabelecida em **1 ano de reclusão** e é substituída por pena uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.*

*Ao réu é reconhecido o **direito de apelar em liberdade**, eis que assim respondeu ao processo.*

II) Ronaldo Teles de Menezes

*Apreciando as fases da fixação da pena, inexistem elementos (f. 2056-2057) para alterar a pena base que resta estabelecida em **1 ano de reclusão** e é substituída por pena uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.*

*Ao réu é reconhecido o **direito de apelar em liberdade**, eis que assim respondeu ao processo.*

III) Humberto de Campos Silva

*Apreciando as fases da fixação da pena, inexistem elementos (f. 2058-2059) para alterar a pena base que resta estabelecida em **1 ano de reclusão** e é substituída por pena uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.*

*Ao réu é reconhecido o **direito de apelar em liberdade**, eis que assim respondeu ao processo.*

IV) Gilmar Rabelo Ferreira

*Apreciando as fases da fixação da pena, inexistem elementos (f. 2060-2063) para alterar a pena base que resta estabelecida em **1 ano de reclusão** e é substituída por pena uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.*

*Ao réu é reconhecido o **direito de apelar em liberdade**, eis que assim respondeu ao processo.*

V) Geraldo de Oliveira

*Apreciando as fases da fixação da pena, inexistem elementos (f. 2064-2065) para alterar a pena base que resta estabelecida em **1 ano de reclusão** e é substituída por pena uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.*

*Ao réu é reconhecido o **direito de apelar em liberdade**, eis que assim respondeu ao processo.*

Custas pelos réus.

P.R.I.

Com o trânsito em julgado, lance-se os nomes dos réus no rol de culpados, procedam-se as comunicações necessárias, inclusive ao TRE. Recolham-se, se for o caso, os mandados de prisão expedidos.

Transitado em julgado para o Ministério Público, intime-se este para manifestação acerca da prescrição, intem-se as defesas dos réus e, após, conclusos.

Oportunamente, arquivem-se com as cautelas devidas.” (g.n.)

Passo à análise dos recursos.

Da preliminar de nulidade das alegações finais do ministério público estadual.

O réu Ronaldo Teles de Menezes alega nulidade processual, em face da apresentação intempestiva das alegações finais do Ministério Público, gerando prejuízos à defesa do apelante.

Pois bem. Em que pese a alegação do apelante, consoante bem ressalta do na sentença objurgada, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que, ainda que as alegações finais apresentadas pelo Ministério Público no processo criminal seja feita de forma intempestiva, ante o princípio da *pas de nullité sans grief*, vigente no processo penal, somente haverá de se declarar a nulidade do feito, caso reste comprovado o efetivo prejuízo decorrente. Confira-se:

*“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA E SUSPENSÃO DO FEITO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO PACIENTE – DILIGÊNCIA JÁ DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU – POSSIBILIDADE DE POSTERIOR OFERECIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA O SUPOSTO CO-AUTOR – INTEMPESTIVIDADE DAS ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS PELO PARQUET – MERA IRREGULARIDADE – PRAZO IMPRÓPRIO – PRONÚNCIA – INDÍCIOS – **IN DUBIO PRO SOCIETATE**. I - A ação de habeas corpus só pode ser impetrada quando se constatar coação ilegal atual ou iminente à liberdade de locomoção do paciente. II- In casu, o pedido de investigação da participação de terceiro no crime já foi deferido em primeira instância. Outrossim, a não-suspensão do processo em virtude do deferimento da diligência não caracteriza ato atentatório à liberdade de locomoção do paciente, pois a tese de co-autoria, se confirmada, não elidirá sua suposta culpa e, ademais, o Ministério Público poderá oferecer nova denúncia contra o co-autor do crime, caso surjam elementos de convicção para tanto. **III - A apresentação intempestiva das alegações finais pelo Ministério Público configura mera irregularidade, pois o prazo especificado no Código de Processo Penal é impróprio.** IV - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade do delito, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate*. V- Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.”* (HC 123.544/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/06/2009, DJe 03/08/2009) (g.n.)

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DO DELITO – NECESSIDADE DE REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA Nº 7/STJ – ARTIGO 480 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MATÉRIA NÃO DECIDIDA PELA CORTE ESTADUAL – SÚMULAS NºS 282 E 356/STF – RECEPÇÃO QUALIFICADA. APLICABILIDADE. ALEGAÇÕES FINAIS – INTEMPESTIVIDADE – PEÇA OBRIGATÓRIA – NULIDADE RELATIVA – NÃO-COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO – NÃO-ALEGAÇÃO OPPORTUNO TEMPORE – AGRAVO IMPROVIDO. 1. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 2. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF, Enunciado nº 282). 3. “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” (Súmula do STF, Enunciado nº 356). **4. Em relação à intempestividade das alegações finais interpostas pelo Ministério Público, afora inexistir nulidade qualquer, por necessários que são, mesmo fora do prazo, os pronunciamentos legais do Ministério Público e, assim, as alegações finais no processo criminal, por função do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada oportuno tempore, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.** 5. O ilícito tipificado no parágrafo 1º do artigo 180 do Código Penal substancia forma qualificada de receptação, por função, não, do tipo subjetivo, que se aperfeiçoa já com o dolo eventual, mas, sim, da sua prática no exercício de atividade comercial ou industrial. 6. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 884.710/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 18/08/2008). (g.n.)*

*“PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME DO ART. 344 DO CP – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – ART. 386, VI, DO CPP – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS N.ºs 282 E 356 DO STF – PRELIMINARES – NULIDADE DE SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – CERCEAMENTO DE DEFESA – MATÉRIA PRECLUSA. 1. A condenação pela prática do crime previsto no art. 344, do CP, transitada em julgado para Acusação, à pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, tem prazo prescricional de 4 (quatro) anos de prescrição, nos termos do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, do CP. 2. O termo inicial da contagem do prazo prescricional fixou-se na data de publicação da sentença condenatória, em 29/03/1999. O termo final se deu em 28/03/2003, o que se impõe o reconhecimento da extinção da punibilidade Estatal, pela prescrição da retensão punitiva superveniente, com respeito ao crime previsto no art. 344, do CP. 3. **O art. 563, do CPP, estabelece que a nulidade somente será decretada se houver comprovado prejuízo para a defesa ou para a acusação. In casu, verifica-se que a apresentação intempestiva das alegações finais pela Acusação não configurou nulidade da sentença, uma vez que não houve prejuízo algum para a defesa.** 4. Incabível a alegação de cerceamento de defesa, na via do especial, haja vista que o Recorrente tendo a oportunidade de se manifestar a respeito da questão, em sede de alegações finais, não o fez, o que caracteriza a ocorrência de preclusão. 5. Declaração, de ofício, da extinção da prescrição da pretensão punitiva superveniente Estatal, referente ao crime previsto no art. 344 do CP. 6. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp 347.611/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 306). (g.n.)*

No caso em tela, o apelante limitou-se a alegar a intempestividade das alegações finais apresentadas pelo Ministério Público Estadual e que o prejuízo decorreria da extensão do processo, bem como das alegações finais apresentadas.

Verifica-se, assim, que não houve a demonstração do efetivo prejuízo, posto que o apelante sequer indicou em relação à qual tópico, matéria, não teve tempo hábil para se manifestar de forma adequada, limitando-se a afirmar de forma genérica que a extensão do processo e da peça processual lhe causaram prejuízo.

Com efeito, não havendo demonstração do efetivo prejuízo à defesa, não há que se falar em nulidade.

Posto isso, rejeito a preliminar.

Da preliminar de inépcia da denúncia

O réu/apelante Ronaldo Teles de Menezes arguiu a inépcia da Denúncia, alegando que não contém descrição minuciosa dos fatos, a demonstrar onde e quando os acusados teriam se reunido para se associarem para a prática de crimes.

Pois bem. Analisando detidamente a denúncia (f. 10-108) verifica-se que ao contrário do afirmado pelo recorrente, houve sim a descrição da conduta praticada pelo apelante, que comprovariam sua participação no esquema delituoso. Senão vejamos alguns trechos da citada peça processual:

“(…)

Feitas tais ponderações iniciais, passaremos a tecer maiores comentários quanto à participação de Ronaldo e Humberto no esquema delituoso.

Primeiro, quanto à participação de Ronaldo Teles de Menezes no grupo criminoso, tem-se que é sócio-proprietário da Autoescola Novo Milênio e exerce a função de 1º Tesoureiro do Sindicato de Autoescolas de Mato Grosso.

Este corréu mantém diversos diálogos com Ivan, sempre a respeito de procedimentos relativos à habilitação, tais como taxas para obter habilitação e o Registro Nacional de Carteira de Habilitação (RENACH).

Assim, no dia 26 de fevereiro de 2013, por volta das 15h50min, Ivan questiona Márcia, sócia de Ronaldo Teles de Menezes na Autoescola Novo Milênio, se havia algum RENACH ali, sendo que ela responde afirmativamente.

(...)

Na sequência, por volta das 16h01min, Ivan diz a pessoa identificada como Rose que conseguiu três RENACH, em branco, sendo que esta informa que o cadastramento de dados seria feito no DETRAN.

(...)

No dia seguinte Ronaldo afirma a Ivan que só pode utilizar um RENACH. Pode-se verificar que o um RENACH era de indivíduo já falecido e o outro apresentava uma restrição, uma vez que a pessoa já tinha entrado com o processo de habilitação no Estado de Mato Grosso do Sul. (f. 35-37)

(...)

No áudio de índice 2050632, Ronaldo garante que consegue fazer uma CNH por Sinop/MT, mesmo a pessoa residindo em Rondônia, bem como aduz que consegue retirar as pontuações dos documentos de habilitação através de sua autoescola:

Índice : 2050632

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6599726014

Localização do Contato :

Data : 9/4/2013

Horário : 08:35:26

Observações : @ HNI X Ronaldo

Transcrição : HNI pergunta se CNH de Rondônia consegue fazer em Sinop e Ronaldo diz que sim. HNI ainda pergunta da pontuação e Ronaldo diz que ele tira os pontos pela autoescola dele, por que ele “tem um jeitinho”. HNI pergunta se Ronaldo mandou “aquela carteira” ontem e Ronaldo diz que vai mandar “o negócio hoje, pela Savana Tur”. Ronaldo reforça que é para HNI só mandar a cópia da CNH que ele resolve por lá (Cuiabá).

Ronaldo Teles de Menezes também é da região de Fátima do Sul/MS e faz habilitações para clientes deste Estado:

Índice : 2018089

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6799360888

Data : 1/4/2013

Horário : 16:06:39

Observações : @@ Neto X Ronaldo

Transcrição : Neto pergunta como andam os negócios deles; Ronaldo diz que dia 2 já apronta ela, que vai fazer com a autoescola de um amigo; Neto diz que está com duas na mão esperando a vez para mandar (CNH?) e pergunta como está a troca de categoria; Ronaldo diz que faz do mesmo jeito, mas que de B só vai para D e para ser E tem que ser primeiro categoria C; Neto pergunta quanto Ronaldo cobra; Ronaldo diz 'não, isso aí tem que ver com o cara lá certinho, porque isso eu não consigo ela não'; Ronaldo diz que está arrumando o MSN e amanhã vai entrar lá, que está fazendo o 'Face' também e manda o convite para Neto.

Índice : 2035367

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6799360888

Data : 6/4/2013

Horário : 10:00:00

Observações : @ Ronaldo X Neto

Transcrição : Neto pergunta se chegou o negócio (CNH???) e Ronaldo fala que não, que hoje ele não abre. Neto fala que mandou na quarta-feira. Ronaldo vai na Autoescola mais tarde e vai ver se o correio deixou na caixinha. Neto fala que dificilmente vai estar na caixinha porque carta registrada não deixa na caixa. Ronaldo fala que agora só terça, porque segunda é feriado em Cuiabá. Ronaldo fala que mês que vem vai dar uma pulo aí.

Índice : 2055484

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6799360888

Localização do Contato :

Data : 10/4/2013

Horário : 12:52:55

Observações : @Neto de Vicentina X Ronaldo

Transcrição : Neto pergunta como estão as coisas e Ronaldo fala que a coisa está feia (sobre a prisão de Ivan). Neto é de Vicentina. (f. 39-41)

(...)

Em conversa com Ivan, Ronaldo Teles (usando telefone do sindicato de centros de formação de condutores) pediu que trouxesse para Jateí/MS a encomenda para Fabinho:

Índice : 1932328

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo : 6599747618

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6599640137

Localização do Contato :

Data : 8/2/2013

Horário : 13:40:32

Observações : @ Ronaldo X Ivan

Transcrição :Ronaldo fala o ‘coisa’ do Fabinho, Ivan diz: ‘ta com você? (...) Eu levo essa porra aí (Ivan indo passar carnaval em Jateí/MS) (...) e se tiver mais lá, você da conta de fazer?’ Ronaldo diz:_ ‘eu é que dou’

Após a prisão de Ivan Reis, os clientes de Ronaldo Teles no Estado de Mato Grosso do Sul ligam para o mesmo preocupados:

Índice : 2051192

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6796314119

Localização do Contato :

Data : 9/4/2013

Horário : 10:52:45

Observações : @ Ronaldo X HNI

Transcrição :HNI pergunta o que aconteceu por lá e Ronaldo diz que nada. HNI diz que ‘a casa caiu aqui, véi. Foi um ‘Paraguai’ lá da Vila Rica. Fez carta de motorista tomo no c.’ HNI pergunta se fizeram (CNH) com Ronaldo e este diz que não, que só faz aula teórica. HNI diz que Ivan foi preso, e também foram presos o pessoal da usina que ele vendeu as CNH’s. Ronaldo se mostra surpreso (mesmo já sabendo da notícia) e diz que vai ligar para Ivan. HNI diz que levaram o enrabichado do buteco da Nildinha (Gilmar) e ainda fala que Gilmar é que era o chefe.

Índice : 2051779

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6796314119

Localização do Contato :

Data : 9/4/2013

Horário : 12:41:23

Observações : @HNI X Ronaldo

Transcrição :Comentam sobre a prisão de Ivan, que já passou na cadeia. HNI pergunta se vai dar problema para ele porque ele viu sobre curso MOPP (Movimentação Operação produtos perigosos). Ronaldo fala que não. HNI fala que não aguenta cadeia. (f. 42-44)

(...)

Foi captado ainda diálogo em que a pessoa de Agda Eduarda Salcedo questiona Humberto de Campos Silva como seu irmão faria para renovar a carteira de habilitação sem passar pelos tramites legais, ao que este solicita que o irmão da mesma o procure depois do feriado de carnaval. (f. 47)

(...)

Consultando os sistemas existentes, pode-se perceber que José Augusto Salcedo, irmão de Agda, teve sua carteira nacional de habilitação renovada após o Carnaval, mais precisamente no dia 18/02/2013. (f. 48)

(...)

Nos termos dos áudios 1946958 e 1951148, Humberto foi questionado por terceiros se haveria possibilidade de o mesmo solucionar o problema de obtenção de algumas habilitações: (f. 48)

Humberto de Campos Silva, sócio proprietário da Autoescola Girassol e ex-diretor do DETRAN-MT, usa sua influência para agilizar processos naquele departamento: (f. 49)

(...)

Foram monitorados ainda diálogos entre Humberto e sua secretária a respeito de documentação apreendida na residência de Ivan que seria relacionada à Autoescola Girassol: (f. 58)

(...)

A documentação em questão foi citada ainda no áudio de índice 2077720:

Índice : 2077720

Operação : CNH Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6599813383

Localização do Contato :

Data : 15/4/2013

Horário : 17:36:13

Observações : @ Humberto X Ronaldo

Transcrição :Humberto diz que o documento que aparece na foto e na filmagem é o requerimento mesmo. Humberto diz que o documento foi impresso numa impressora colorida e provavelmente foi apreendido na casa do Ivan, porque Ivan não devolveu a via de Humberto. Humberto diz que se trata de um curso feito em Campinópolis. Humberto diz que não tem nada a ver com ele e diz que gostou porque a corregedoria acompanhou tudo. Ronaldo concorda com tudo e dizem que a honra deles está em jogo e tem que ser tudo investigado mesmo.

Assim que foi colocado em liberdade, Ivan entra em contato com Ronaldo, para marcar uma reunião no dia seguinte (13/04/2013), no escritório de advocacia dele, e chamar Humberto:

Índice : 2064720

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6799726561

Localização do Contato :

Data : 12/4/2013

Horário : 18:11:58

Observações : @@ Ronaldo X Ivan - marcar reunião chamar Humberto

Transcrição :Ivan pergunta se Ronaldo conversou com Jesuino. Ronaldo diz que não e Ivan diz que amanhã estará lá (Cuiabá/MT) e fala para se encontrarem no escritório por volta de nove (...) dez horas e é para Ronaldo chamar Humberto.

Ronaldo então entra em contato com Humberto, agendando a reunião, conforme orientação de Ivan:

Índice : 2064952

Operação : CNH

Nome do Alvo : Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo : 6599640137

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6599813383

Localização do Contato :

Data : 12/4/2013

Horário : 18:48:49

Observações : @ Humberto e Ronaldo reunião amanhã com Ivan

Transcrição :Ronaldo avisa Humberto que Ivan chega amanhã e marcou reunião às 9:00 horas no escritório de Jesuino

Nos termos do áudio de índice 2064762, Humberto diz a indivíduo alcunhado de Doia que a prisão de Ivan foi em decorrência de CNHs que são lavadas, sendo impressas outras por cima e que o esquema criminoso estava escancarado no Mato Grosso:

Índice : 2064762

Operação : CNH

Nome do Alvo : Humberto - DETRAN

Fone do Alvo : 6599813383

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6699081122

Data : 12/4/2013

Horário : 18:19:41

Observações : @Doia X Humberto-falam sobre prisão Ivan

Transcrição :Dóia (Teodoro) pergunta se é verdade que prenderam Ivan. Humberto confirma e fala que foi por causa de ‘carteira fria que a turma lava papel lá (?) e imprime outra em cima’, Ivan seria o chefe. Foram buscar ele de helicóptero e levaram para Mato Grosso do Sul. Humberto diz que Ivan já foi solto ontem a noite e não ficou nem 05 dias e foi o GAECO e a PRF. Falam que Ivan não tem juízo e pode perder a OAB e vai fazer o que nessa idade. Falam que é habilitação lavada e foi falado que há forte indício de funcionários do DETRAN e Humberto questiona ‘como que o MPE fala um negócio desses’ porque o papel poderia ser de pessoas que a autoescola não entregou (e lavaram e colocaram dado de outras pessoas em cima). Humberto diz que certificado do MOPP ‘tava igual água, derramado lá’. Humberto fala que ‘estava checando lá e aparece um documento (...)requerimento que tem a logo da Girassol (autoescola de sua propriedade)’ e diz que pode ter sido falsificado (e estava na casa de Ivan?) e que deve ser mandado para a corregedoria (DETRAN MT) apurar. Fala que do Mato Grosso foi só o Ivan e diz que ‘estava muito escancarado esse troço aí’ e direto tem notícia de cara que foi preso.

Humberto conversou ainda com pessoa identificada como Lori, questionando se foi feito o acerto com o Ivan, pois o mesmo deveria ser dispensado o quanto antes, uma vez que ele andava conversando demais:

Índice : 2079457

Operação : CNH

Nome do Alvo : Humberto - DETRAN

Fone do Alvo : 6599813383

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 6599346314

Localização do Contato :

Data: 16/4/2013

Horário: 10:18:55

Observações: @ Humberto X Lori - Dispensa Ivan

Transcrição: Humberto pergunta se Lori já acertou com Ivan, pois quanto antes dispensá-lo é melhor porque ele anda conversando demais. Lori vai essa semana em Cuiabá e conversarão melhor.

Após a reunião com Ivan, Humberto e Ronaldo ficam sabendo que estavam sendo monitorados também e passam a arquitetar suas defesas: (f. 59-63)

(...)

Ainda, depreende-se do arcabouço probatório produzido durante as investigações que, para o esquema de emissão de CNHs falsas, o grupo conta com a colaboração de diversos aliciadores, tais como Marcos Roberto Machado Lima (vulgo ‘Marquinhos’), Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira (vulgo ‘Toinho’). Enquanto o primeiro é o responsável pela captação de clientes no Estado de Mato Grosso, mais especificamente na região de Nortelândia, os dois últimos, são responsáveis pela captação de clientes no Estado de Mato Grosso do Sul. (f. 66).” (g.n.)

Como se observa, não há que se falar em inépcia da denúncia, posto que, consoante ressaltado na sentença, a conduta dos réus foi regularmente descrita, com todos os detalhes e circunstâncias dos fatos, bem como que a questão sobre se tais fatos constituem ou não o crime, trata-se de matéria de mérito.

Posto isso, rejeito a preliminar.

Da preliminar de nulidade da denúncia por ausência de transcrição dos diálogos interceptados nas escutas telefônicas.

O réu/apelante Humberto de Campos Silva alega que não existe transcrição dos diálogos interceptados nas escutas telefônicas, prejudicando seu direito de ampla defesa.

Pois bem. Conforme bem salientado pelo juízo *a quo*, não há obrigatoriedade de degravação da interceptação telefônica, cujas conversas foram citadas de forma resumida, sendo que em nenhum momento os réus apontaram incorreções em suas citações.

A propósito, em relação à matéria, o STF tem entendimento firmado no sentido de que a ausência de transcrição integral dos diálogos interceptados e a falta da juntada dos áudios respectivos não refletem prejuízo à defesa dos acusados, que poderiam ter solicitado a juntada de transcrição de algum trecho específico, sendo que, no caso concreto, conforme exposto na sentença, não houve qualquer objeção dos réus quanto à correção das citações das conversas, tampouco arguíram qualquer impedimento quanto ao amplo acesso ao conteúdo integral das interceptações realizadas.

Confira-se alguns precedentes da Suprema Corte:

“HABEAS CORPUS – 2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA – DETERMINAÇÃO QUE RESTOU INFRUTÍFERA, ANTE A INEXISTÊNCIA DE TERMINAL LIGADO AO PACIENTE – ARGUIÇÃO IRRELEVANTE – 3. PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO EM RELAÇÃO AO PACIENTE – MEDIDA NÃO PRORROGADA EM DESFAVOR DO PACIENTE – ARGUIÇÃO

IRRELEVANTE – 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO – CONSIDERAÇÕES CONSTANTES DOS AUTOS NO SENTIDO DE QUE A MEDIDA ERA A ÚNICA HÁBIL A APURAR A RESPONSABILIDADE PELO FATO – REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO – 5. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PEÇAS NOS AUTOS DO PROCESSO – MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO JUÍZO DE ORIGEM – POSSÍVEL CAUSA PARA RESTAURAÇÃO DE AUTOS – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DA ALEGAÇÃO DE FORMA DIRETA VIA HABEAS CORPUS – 6. **DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES** – 7. INÉPCIA DA DENÚNCIA – A PEÇA DESCREVE A ALEGADA CONTRIBUIÇÃO DO PACIENTE PARA OS FATOS – NÃO ESTÁ BASEADA APENAS NA QUALIDADE DE DIRETOR DA COMPANHIA – PETIÇÃO APTA – 8. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE MANIFESTA DA CONDUTA QUANTO AO ART. 96, V, DA LEI 8.666/93 – NARRATIVA DA DENÚNCIA CORRESPONDENTE AO TIPO PENAL – MATÉRIA A SER APRECIADA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL – 9. CONSUNÇÃO ENTRE DELITOS – MATÉRIA A SER APRECIADA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL – 10. DENEGADA A ORDEM.” (HC 130729, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 07/11/2017, Processo Eletrônico DJe-288 Divulg 13-12-2017 Public 14-12-2017). (g.n.)

“EMENTA: INQUÉRITO – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA EMPRESTADA – DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM A MEDIDA E SEU COMPARTILHAMENTO JUNTADAS AOS AUTOS – AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS E DISPONIBILIZAÇÃO DOS ÁUDIOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – SUFICIÊNCIA DA DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS ALUDIDAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA – COMPARTILHAMENTO COM AÇÃO PENAL RELATIVA A CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO MAJORADA (ART. 89, CAPUT, C/C ART. 84, § 2º, AMBOS DA LEI 8.666/1993) – DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – NÃO DEMONSTRAÇÃO – ATIPICIDADE – IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (ART. 6º, 2ª PARTE, DA LEI 8.038/1990). 1. Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afigura-se suficiente, para adimplir a determinação do art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1995 e assegurar o direito de defesa dos acusados, o acesso à gravação dos diálogos aludidos pela denúncia, sendo dispensável a disponibilização de todo o material oriundo da interceptação telefônica (HC 91.207-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 21.9.2007; INQ 2.424, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26.3.2010; RHC 117.265, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 26.5.2014; INQ 4.023, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 1º.9.2016). 2. Esta Corte já assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios colhidos por meio de interceptação telefônica autorizada judicialmente com processos criminais nos quais imputada a prática de crime punível com detenção (RE 810.906-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 14.9.2015; AI 626.214-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 8.10.2010; HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ de 4.3.2005), e até mesmo com processos de natureza administrativa (RMS 28.774, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 25.8.2016). 3. Não é inepta a denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, os fatos em tese delituosos e as condutas dos agentes, com as devidas circunstâncias, narrando de maneira clara e precisa a imputação, segundo o contexto em que inserida. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do ‘elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida’ (INQ 2.688, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 12.2.2015). No caso, pelo que se colhe dos autos é possível se afirmar, desde logo, que não se encontra presente essa circunstância volitiva, o que revela a atipicidade, determinando inclusive a improcedência da acusação, nos termos do art. 6º, 2ª parte, da Lei 8.038/1990. 5. Acusação julgada improcedente.” (Inq 3967, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, Acórdão Eletrônico DJe-101 Divulg 15-05-2017 Public 16-05-2017). (G.n.)

“EMENTA: INQUÉRITO – IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 20 DA LEI 7.492/1986, 1º, VI, DA LEI 9.613/1998, E 288, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – LICITUDE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATÓRIA – PRELIMINARES REJEITADAS – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS – SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE – ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O conteúdo dos autos, incluídos os áudios das interceptações telefônicas utilizadas pela acusação, foi disponibilizado para a defesa, o que basta para que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. 2. À luz dos precedentes do STF, o art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996 deve ser interpretado no sentido de que a transcrição integral é somente de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer os fatos da causa penal (cf. Inq 2424, Pleno, DJe de 26-03-2010). Não há notícia de que a defesa tenha solicitado a juntada de transcrição de algum trecho específico ou de que lhe fora negado amplo acesso ao conteúdo integral das interceptações realizadas. 3. O Supremo Tribunal Federal possui clara orientação no sentido de que são válidos os elementos probatórios indicativos da participação de pessoas detentoras de prerrogativa de foro no evento criminoso colhidos fortuitamente no curso de interceptação telefônica envolvendo indivíduos sem prerrogativa de foro. A validade dos elementos colhidos estende-se até mesmo em relação à identificação de outras práticas criminosas que não eram objeto da investigação original, desde que lícitamente realizada e devidamente autorizada por juízo competente ao tempo da decisão. Precedentes. 4. Esta Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que as decisões sejam devidamente motivadas e observem o prazo de 15 (quinze) dias entre cada uma delas, como ocorreu na espécie. Precedentes. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a fundamentação per relationem constitui motivação válida e não ofende o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República. Precedentes. 6. A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 7. Denúncia que contém a adequada indicação da conduta delituosa imputada, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. 8. Presença de substrato probatório mínimo em relação à materialidade e autoria. 9. O tipo penal previsto no art. 20 da Lei 7.492/1986 consuma-se no momento da aplicação dos recursos de financiamento em finalidade diversa daquela prevista em contrato. Ademais, o tipo penal ‘admite o concurso de pessoas, tanto na forma de coautoria quanto de participação [...]’ bastando, para tanto, que se avalie a intenção dos mesmos, já que o dolo é o elemento subjetivo do tipo’ (HC 81852, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ de 14-06-2002). 10. Denúncia recebida.” (Inq 2725, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, Acórdão Eletrônico DJe-195 Divulg 29-09-2015 Public 30-09-2015). (g.n.)

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – OFERECIMENTO DE DENÚNCIA – IMPUTAÇÃO DOS SEGUINTE CRIMES: DL 201, ART. 1º, I; CP, ARTS – 288, 297 E 359-D; LEI 8.666/93, ART. 89; LEI 9613/98, ART. 1º, V, § 1º, I E § 2º, I – AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – LICITUDE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATÓRIA – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS – SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE – ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O conteúdo dos autos, incluídos aí todas as decisões e os áudios das interceptações telefônicas utilizadas pela acusação, foi disponibilizado para a defesa, o que basta para que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. Eventuais irregularidades no processo de cópia das peças podem ser facilmente sanadas com mero pedido do interessado. 2. À luz dos precedentes do STF, o art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996 deve ser interpretado no sentido de que a transcrição integral é somente de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer os fatos da causa penal (Inq 2.424, DJe de 26/3/2010). Não há notícia de que a defesa tenha solicitado a juntada de transcrição de algum trecho específico ou de que lhe fora negado amplo acesso ao conteúdo integral das interceptações realizadas. 3. A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo

Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 4. Denúncia que contém a adequada indicação da conduta delituosa imputada, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. 5. Presença de substrato probatório mínimo em relação à materialidade e à autoria. 6. As partes podem arrolar até oito testemunhas, por fato imputado, sem prejuízo de oitiva de outras a critério do juízo. 7. Denúncia recebida.” (Inq 4022, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, Acórdão Eletrônico DJe-188 Divulg 21-09-2015 Public 22-09-2015). (g.n.)

Por essa razão, rejeito a preliminar.

Da preliminar de nulidade da interceptação telefônica

Os réus, ora apelantes, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva e Ivan Costa dos Reis, sustentam a nulidade das escutas telefônicas.

O apelante Humberto argumenta que o número de seu telefone foi incluso no pedido de escuta sem qualquer justificativa, posto que o juízo autorizou a prorrogação da escuta em relação aos números anteriores, sem fundamentação para a inclusão de novos números, restringindo-se a indicar as novas ativações. Assinala que na sentença combatida também não foram indicados os motivos para a inclusão do número de telefone do apelante no pedido de escuta. Ressalta, ainda, que não houve produção de outras provas em seu desfavor. Assim, entende que o recurso deve ser provido, para absolver o apelante, dada a nulidade da prova utilizada para fundamentar a condenação.

O apelante Ronaldo afirma que, nos termos do art. 2º, II, da Lei 9.296/96, não é admitida a interceptação telefônica quando a prova puder ser produzidas por outros meios. Assim, no caso em tela a medida feriu o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal. Ressalta que a medida restringiu seu direito fundamental à intimidade e liberdade de comunicação, bem como que, mesmo existindo outros meios menos invasivos, nenhum outro tipo de prova foi juntada aos autos.

O apelante Ivan aduz que as escutas telefônicas foram ilegais, eis que em desacordo com a Lei 9.296/96, já que a prorrogação automática jamais foi permitida.

Assevera que a citada Lei é taxativa ao determinar o prazo máximo de duração da escuta telefônica, qual seja, 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período, em caso de indispensabilidade do meio de prova. Ressalta que no caso em tela, o juízo deixou de fundamentar as prorrogações da medida, determinando a renovação automática.

Assim, entende que o processo deve ser anulado desde o recebimento da denúncia e determinado o desentranhamento dos autos de todas as provas obtidas através das referidas interceptações, nos termos do art. 564, IV, do Código de Processo Penal.

Pois bem. Quanto a alegação do réu/apelante Humberto, no sentido de que não houve fundamentação para a inclusão do número de seu telefone no pedido de escuta, não lhe assiste razão, pois ao contrário do defendido pelo recorrente, a decisão de f. 1620-1623, consignou que as provas colhidas até aquele momento eram suficientes para demonstrar a necessidade de prorrogação da medida, com a inclusão de novas linhas, pois estas teriam entrado em contato com as linhas investigadas, aparentando ter envolvimento com os delitos investigados, bem como que esse seria o único meio para se apurar quem eram todos os envolvidos e a forma como se dava a prática criminosa.

Portanto, não há que se falar em ausência de fundamentação para a inclusão do número de telefone do apelante no pedido de interceptação telefônica.

Quanto a alegação de que não houve produção de outras provas, além da interceptação telefônica, a fundamentar sua condenação, importa esclarecer que se trata de tese atinente ao mérito e, portanto, será analisado em tópico específico.

Por sua vez, o apelante Ronaldo sustenta que, nos termos do art. 2º, II, da Lei 9.296/96, não é admitida a interceptação telefônica quando a prova puder ser produzidas por outros meios. Ocorre que consoante acima exposto, a na decisão judicial de f. 1620-1623, restou esclarecido que a medida em questão se mostrava como o único meio para se apurar quem eram todos os envolvidos e a forma como se dava a prática criminosa.

A propósito, não se exige prova irrefutável da impossibilidade de se colher evidências do crime por outros meios, bastando a demonstração de indícios mínimos da autoria e das condições que tornariam a apuração do crime impossível ou mais difícil de ser realizado por outros meios. Nesse sentido:

“EMENTA: AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – HOMICÍDIO QUALIFICADO, POR DUAS VEZES (ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV) – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL FUNDAMENTADA (ART. 5º, INCISO XII, CF) – LEI 9.296/1996 – REQUISITOS AUTORIZADORES PREENCHIDOS – ÚNICO MEIO DE PROVA – MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM – OFENSA AO ART. 93, INCISO IX, DA CF/1988 NÃO CARACTERIZADA (TEMA 339) – FUNDAMENTAÇÃO SUSCINTA – AUSÊNCIA DE ILICITUDE – DECISÃO MONOCRÁTICA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, a interceptação telefônica dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional), que, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.296/96, deverá ser expedida pelo juiz competente para a ação principal, em decisão devidamente fundamentada que demonstre sua conveniência e indispensabilidade. Precedentes. 2. No caso em questão, estão presentes os requisitos autorizadores da quebra do sigilo telefônico do recorrido, pois (a) a existência dos indícios de autoria, devidamente demonstrada e (b) a imprescindibilidade da interceptação por se tratar de provas incapazes de serem coletadas em medida judicial diversa, como por exemplo uma busca e apreensão. 3. Esta Suprema Corte já se manifestou no sentido de que é lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Precedentes. 4. Esta Corte entendeu, no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), que a Constituição da República exige acórdão ou decisão fundamentados, ainda que sucintamente. A fundamentação da decisão do Juízo de origem se ajusta às diretrizes desse precedente. 5. A decisão impugnada diverge do entendimento firmado por esta CORTE que considera não haver nulidade na decisão que, embora sucinta, tenha apresentado fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico. Precedentes. 6. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico no sentido de que, ‘quando se trata de jurisprudência dominante, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão, sem que se configure afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, tendo em vista a interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte. Precedente: AI nº 858.084/MS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe de 21/5/13’ (RE-QO 839.163/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, publicado em 10/02/2015). 7. Agravo interno a que se nega provimento.” (RE 1052094 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 22/06/2018, Processo Eletrônico DJe-153 Divulg 31-07-2018 Public 01-08-2018). (g.n.)

“EMENTA: HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – INSTRUÇÃO CRIMINAL – INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS – DECRETAÇÃO – ILEGALIDADE – ALEGAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – NECESSIDADE DA MEDIDA – DEMONSTRAÇÃO – INDÍCIOS DE AUTORIA – EXISTÊNCIA – APURAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO PASSIVA – LEI 9.296/1996 – REQUISITOS – PREENCHIMENTO – ORDEM DENEGADA. I – Consoante assentado pelas instâncias antecedentes, não merece acolhida a alegação de ilicitude da interceptação telefônica realizada e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. II – A necessidade da medida foi devidamente demonstrada pelo decisum questionado, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 9.296/1996. III – Improcedência da alegação de que a decisão que decretou a interceptação telefônica teria se baseado unicamente em denúncia anônima, pois decorreu de procedimento investigativo prévio. IV – O Plenário desta Corte já assentou não ser necessária a juntada do conteúdo integral das gravações de

interceptações telefônicas realizadas, bastando que sejam degravados os trechos que serviram de base ao oferecimento da denúncia. Precedente. V – Este Tribunal firmou o entendimento de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas, por mais de uma vez, desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade do prosseguimento das investigações. Precedentes. VI – Recurso improvido.” (RHC 117265, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, Processo Eletrônico DJe-099 Divulg 23-05-2014 Public 26-05-2014) (g.n.)

“EMENTA: HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – INSTRUÇÃO CRIMINAL – INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS – DECRETAÇÃO – ILEGALIDADE – ALEGAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – NECESSIDADE DA MEDIDA – DEMONSTRAÇÃO – INDÍCIOS DE AUTORIA – EXISTÊNCIA – APURAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CONCUSSÃO – LEI 9.296/1996 – REQUISITOS – PREENCHIMENTO – ORDEM DENEGADA – I – Consoante assentado pelas instâncias antecedentes, não merece acolhida a alegação de ilicitude da interceptação telefônica realizada e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. II – A necessidade da medida foi devidamente demonstrada pelo decisum questionado, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 9.296/1996. III – Como é cediço, em crimes como o de concussão, o réu não age às claras, ao contrário, perpetra sua ação na surdina, de modo que a coleta da prova da prática do fato típico torna-se mais difícil, o que justifica, dessa forma, a decretação da questionada interceptação telefônica, porque seria o único meio de prova possível no caso. Precedentes. IV – Improcedência da afirmação de que a decisão que decretou a interceptação telefônica teria se baseado unicamente em denúncia anônima. V – Ordem denegada.” (HC 113597, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, Processo Eletrônico DJe-161 Divulg 16-08-2013 Public 19-08-2013) (g.n.)

Com efeito, visto a necessidade da utilização da medida para a coleta de provas, dado ao modo como agiam os réus, resta justificada a interceptação telefônica no caso em tela.

Por fim, no tocante à alegação feita pelo réu/apelante Ivan, de que as escutas telefônicas foram ilegais, posto que as prorrogações foram realizadas de forma automática, também não merece acolhimento.

Acerca da matéria o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que as exigências formais da medida não devem ser interpretadas de modo a tornar inviável ou inútil seu emprego como meio de obtenção de provas, desde que a flexibilização observe o núcleo da garantia constitucional objeto da proteção, isto é, a vedação de ofensa ao direito à privacidade, sem justificativa jurídica plausível e sem delimitação cronológica.

Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – PRAZO SUPERIOR A QUINZE DIAS – EXCEPCIONALIDADE INVESTIGAÇÃO COMPLEXA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que, a despeito de contrariar a literalidade do art. 5º da Lei n. 9.296/1996, a limitação do prazo para a realização de interceptações telefônicas não constitui óbice ao deferimento da medida excepcional por período superior a 15 dias, desde que haja circunstanciada justificação, com específica indicação da indispensabilidade de tal prazo (HC 421.914/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/3/2019, DJe 26/3/2019). 2. No caso destes autos, a complexidade da organização e o número de pessoas envolvidas justificam, de maneira adequada e suficiente, a necessidade de autorização da medida por prazo superior ao indicado pela lei. 3. A autorização da medida foi precedida de atos de investigação que descortinaram organização criminosa complexa, envolvendo o pagamento de propina a servidores da Receita Federal com vistas à liberação de cargas sem a devida fiscalização e à facilitação de tramitações ilícitas de mercadorias, de modo que está adequadamente justificada a necessidade da medida invasiva, não havendo que

se falar em violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RHC 106.364/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 14/06/2019)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – NECESSIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PRORROGAÇÕES – EXCESSO – NÃO OCORRÊNCIA – LEGITIMIDADE. (...) 7. Embora a Lei 9.296/1996 preveja prazo de 15 (quinze) dias para o monitoramento telefônico, renovável por igual período, não há nenhum limitante à possibilidade de renovação das prorrogações, uma vez que as interceptações podem se estender por períodos bem superiores ao previsto em lei, como na hipótese presente, desde que devidamente fundamentada a sua necessidade. 8. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. (STF, RHC 88.371/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/02/2007). (...)” (AgRg no REsp 1690808/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018)

No caso concreto, analisando os documentos juntados com a denúncia, constata-se que houve 04 (quatro) decisões judiciais autorizando a quebra do sigilo telefônico, pelo prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período (f. 1128-1132, f. 1346-1347, f. 1485-1488 e f. 1620-1623), o que foi efetivado conforme informado nos Relatórios de f. 1138-1290, f. 1360-1438, f. 1498-1573 e f. 1698-1773.

Nos referidos relatórios foi informado que a interceptação se fazia necessária para a investigação e desarticulação de organização criminosa que vinha atuando junto ao DETRAN e Centros de Formação de Condutores, praticando supostos crimes de Falsificação de Documento Público, Uso de Documento Falso e Corrupção Ativa e Passiva, entre outros, envolvendo várias pessoas e agentes públicos.

Destarte, não há que se falar em ilegalidade das prorrogações das escutas telefônicas efetuadas nestes autos, justificadas pela complexidade e peculiaridades do caso concreto.

Posto isso, rejeito as preliminares.

Do mérito dos recursos interpostos pelos acusados e pelo ministério público estadual

Inconformado com a sentença proferida pelo juízo *a quo*, o *Parquet* requer a sua reforma, para o fim de condenar os réus, ora apelados, nas penas do art, 171, *caput*, do Código Penal.

Os acusados, ora apelantes, por sua vez, afirmam inexistir provas suficientes para suas condenações em relação ao delito tipificado no art. 288, do Código Penal.

Observada a clareza e a percuciência da bem lançada sentença, para não incidir em redundância, mantenho-a por seus próprios fundamentos¹, razão por que a transcrevo a seguir para também embasar este julgado, *in verbis*:

“(…)

Durante as investigações, às f. 124-129, o acusado Ivan afirmou em resumo o que segue: i) faz uso da linha móvel (65) 8406- 9942, sendo que possui familiares em Jateí/MS de onde é natural; ii) não é sócio-proprietário de autoescola e nem exerce função no Centro de Formação de Condutores de MT; iii) no período de 1998 até 2010 foi instrutor na Autoescola Girassol, em Cuiabá/MT e depois 2010 dedicou-se exclusivamente à advocacia; iv) fez esta opção porque percebeu que no ramo de Autoescolas são praticadas várias irregularidades com as quais não concordava; v) por trabalhar no ramo de Autoescolas por muitos anos

¹ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. UTILIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA COMO RAZÃO DE DECIDIR PELO ACÓRDÃO. POSSIBILIDADE. 2.- Segundo a jurisprudência desta Corte, é lícito do Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirmar. (...) (AgRg no AREsp 242.059/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 29/08/2013)

e por ser pessoa bastante conhecida na região de Fátima do Sul/MS, constantemente era procurado por pessoas ali residentes interessadas em comprar carteiras de habilitação; vi) a maioria das pessoas que o procuravam eram sitiantes que possuíam pouco estudo e não conseguiam passar no exame teórico, apesar de dirigirem com facilidade; vii) encaminhava os interessados em comprar habilitações para o Centro de Formação de Condutores de MT e, depois, não tinha informações do que acontecia; viii) não sabe dizer o nome dos envolvidos com a venda de habilitações e conhece Antônio Neto Moreira, residente de Jateí/MS, que o procurou por estar interessado em adquirir habilitação, sendo que o encaminhou para o CFC/MT, tendo conhecimento que Antonio Neto pagou R\$ 1.200,00 pelo documento; ix) não sabe quem forneceu a habilitação para Antonio Neto e não conhece Leandro Gomes de Souza; x) conhece Humberto de Campos Silva que é proprietário da Autoescola Girassol, onde o declarante trabalhou como instrutor teórico, sabendo que ele faz parte da Diretoria do Centro de Formação de Condutores de MT desde 2003; xi) atualmente Humberto DE CAMPOS ocupa a função de Vice-presidente e foi nomeado Diretor de Habilitação do DETRAN/MT no início do ano, mas acabou sendo exonerado dias depois por ser dono de Autoescola; xii) não sabe se Humberto DE CAMPOS está envolvido com venda de habilitações; xiii) conhece Ronaldo Teles de Menezes desde a infância e mantém relação de amizade com ele, sabendo é Tesoureiro do Sindicato dos Centro de Formação de Condutores de MT; xiv) Ronaldo também é proprietário da Autoescola Milenium e manteve contato telefônico com Ronaldo para obter formulário (RENACH) para dar entrada em pedido de habilitação diretamente no DETRAN/MT com a finalidade de atender conhecidos, mas não cobrou nada; xv) conhece Marcos Roberto Machado Lima, também conhecido como 'Marquinhos', com quem tem amizade e este pediu-lhe que intermediasse a compra de habilitações, tendo se recusado e encaminhou Marquinhos para tratar diretamente com os responsáveis pelo CFC/MT; xvi) não sabe informar se houve negociação envolvendo a compra e venda de habilitações por Marquinhos, mas este angariou clientes para o declarante para ingressar com ação revisional, sendo que tratou por telefone de valores com Marquinhos, mas sempre referentes à ação revisional; xvii) conhece Gilmar Rabelo Ferreira, residente em Jateí/MS é vizinho a casa da mãe do declarante, o qual encaminhou para o declarante pessoas interessadas em adquirir habilitação, bem como trocar de categoria, sem passar pelos exames exigidos; xviii) **não teve envolvimento direto com a emissão desses documentos, mas apenas repassou aos interessados o contato dos responsáveis pelo CFC/MT**, não sabendo informar se a negociação entre os interessados e o CFC/MT se concretizou; xix) **levou levou documentos de pessoais de conhecidos residentes em Jateí/MS para Cuiabá/MT em razão de pedido de auxílio na emissão de CNH's**; sendo que manteve os documentos em casa por não querer se envolver com irregularidades; xx) nunca deu entrada em nenhum processo de habilitação, tampouco atuou diretamente em negociações envolvendo a venda de habilitações; xxi) ouviu dizer que há convivência de servidores do DETRAN/MT com o esquema de venda de habilitações, sendo que, sem tal convivência, pela experiência que tem no ramo, acredita ser difícil a emissão e venda desses documentos.

Conforme o áudio do interrogatório do réu **Ivan** em juízo (f. 2970), este admitiu parcialmente os fatos, dizendo que: i) estava envolvido na venda de carteiras de habilitação falsas e que recebia R\$ 300,00 por cada documento, havendo servidores do Detran envolvidos cujos nomes não se lembra; ii) logo após, em seu interrogatório, afirmou que o valor era de R\$ 1.500,00 (11:55/12:00); iii) intermediou a obtenção de 3 documentos, levando documentos ao Detran, sendo que, depois, disse que eram 4 ou 5 documentos que tratou a intermediação; iv) intermediou a carteira falsa para Antonio Neto e Valdemar, não se lembrando dos demais para quem intermediou as carteiras falsas, mas depois admitiu que Augusto lhe pagou R\$ 600,00 pela carteira falsa; v) aqueles que obtiveram a carteira falsa sabiam que se tratava de documento falso e não foram enganadas; vi) Humberto e Gilmar não tem envolvimento nos fatos e não fez parte de associação criminosa; vii) Caio mandou-lhe documentos pelo correio com o intuito de fazer carteira falsa, mas não pegou dinheiro dele e iria cobrar depois, sendo que manteve contato pessoal com Caio; viii) não lembra quem é Cícero José da Silva, Gileno, João Vieira da França; Antonio Vieira de França; Joel, Jovenal, Valdir e, com relação a Marina, ela queria eliminar pontos da carteira dela, mas nada foi feito nada, não tendo qualquer relação com carteira falsa; ix) participou dos fatos em razão de dificuldade financeira.

Lendo o interrogatório do réu **Ivan**, perante a autoridade policial e em juízo, até mesmo sem analisar as demais provas, é certo que conhecia os réus, tendo envolvimento com eles no que diz respeito à falsificação de carteira de habilitação.

Na fase inquisitorial (f. 138-142), o acusado **Gilmar** afirmou o que segue em resumo: i) que faz uso da linha móvel (67) 9664-0564 e trabalha atualmente como servente de pedreiro, não tendo concluído a 5ª série do ensino fundamental; ii) conhece **Ivan** Costa dos Reis de Jateí, pois, embora resida em Cuiabá/MT, vai a Jateí para visitar a mãe dele, Srª Delíria; iii) morava com sua companheira ao lado da casa da Srª Delíria e costumava visitá-la porque ela é idosa e mora sozinha; iv) a companheira do depoente, Enilda Laurinda da Silva, auxiliava a Srª Delíria sempre que ela necessitava, pagando contas e fazendo-lhe companhia, de modo que o depoente também tinha contato com a Srª Delíria; v) Ivan é amigo de Enilda e quando ele ia a Jateí, conversava com ele e também mantinham contatos através de telefone celular; vi) **sabia que Ivan é advogado e que também ‘fazia habilitação’**, tendo conversado com Ivan acerca da CNH de um conhecido do depoente, cujo nome não se recorda e que atendia pelo apelido de Rolinha, o qual necessitava de habilitação categoria ‘AD’ para trabalhar; vii) **eles acertaram o pagamento em R\$ 2.000,00, sendo que metade foi pago em dinheiro à vista e a outra metade quando Ivan entregou documento, sendo que Rolinha tinha dificuldade para obter a CNH porque ‘não tinha leitura’ e falou com Ivan a respeito porque ouviu dizer que ele conseguia tirar mesmo assim**; viii) **não aliciava pessoas para obterem CNH falsa em Cuiabá/MT através de Ivan, apenas as pessoas chegavam no depoente para que intermediasse a obtenção das CNHs porque era amigo de Ivan e era conhecimento público que ele ‘tirava CNH’**; ix) **recebeu as mensagens de Ivan com os dados acerca do endereço e da conta corrente dele**, entretanto, não encaminhou a ele nenhum correspondência, apenas depositou parte do dinheiro da moto no valor de R\$ 993,00 e, depois da conversa que mantiveram, Ivan foi a Jateí e conversou pessoalmente com o conhecido do depoente, acertando diretamente com ele sobre a CNH; x) **não recebeu nenhum benefício nem dinheiro ou comissão por ter intermediado a contratação de Ivan para obtenção de CNHs, afirmando que apenas quis fazer um favor**; xi) ao tomar ciência do teor das conversas gravadas nos dias 1º/02/2013 (índice 1921954 e 1921965) e 6/02/2013 (índice 1929088) reafirma que não aliciou clientes para Ivan e indicou-lhe um conhecido para providenciar a CNH e que não depositou valores referentes a CNH na conta de Ivan, pois o pagamento foi feito pelo interessado para Ivan em Jateí; xii) **não recebeu R\$ 1.000,00 que seriam pagos a Ivan, apenas mencionou que estava com tal valor porque o ‘rapaz’ estava com o dinheiro para entregar a Ivan**; xiii) Ivan entregou pessoalmente a CNH expedida pelo Detran de Cuiabá/MT para Rolinha em Jateí, após o pagamento de R\$ 2.000,00; xiv) **o diálogo que manteve com Ivan diz respeito a ‘outro negócio, não tem nada a ver com habilitação’**; xv) Ismael da Silva Rocha é de Dourados e o depoente intermediou a venda de uma moto Titan, 2002, de Ivan para Ismael, pelo valor de R\$2.600,00, recebendo R\$ 100,00 de comissão, sendo que esta comissão do depoente foi paga em dinheiro pelo Ivan; xvi) não se recorda quem é a outra pessoa a que se refere na mesma conversa (índice 1924132); xvii) na conversa que manteve com Ivan no dia 8/2/13 em que mencionam a pessoa de Ismael, tratam da referida compra e venda da motocicleta, pois Ivan teria que trazer o recibo para ser assinado; xviii) **conversou com Ivan no dia 12/2/13 (índice 1938134) sobre a outra CNH para um rapaz de Dourados, cujo nome não se lembra e de quem recebeu R\$1.000,00, sendo que entregou pessoalmente para Ivan, juntamente com os documentos de tal pessoa, para que ele providenciasse a CNH categoria AB**; xix) **não se recorda exatamente do dia em que entregou o dinheiro e os documentos para Ivan, mas ‘deve ser’ próximo da data em que conversou com ele a respeito do negócio, sendo que a CNH dessa pessoa de Dourados não foi entregue e a pessoa que a solicitou pagou apenas a metade do valor combinado que era R\$2.000,00 no total**.

Já, em juízo (f. 2946), o acusado **Gilmar** manteve-se em silêncio, mas, analisado seu interrogatório acima, prestado perante a autoridade policial, resta claro seu envolvimento em esquema criminoso envolvendo a compra e venda de carteiras de habilitação falsas.

É oportuno salientar que o réu **Gilmar** é comerciante, proprietário de açougue, como respondeu durante sua qualificação em juízo, não se tratando por certo de pessoa simplória que não sabia a ilicitude da sua conduta e de seu amigo Ivan.

Perante a autoridade policial, o acusado **Geraldo** afirmou o que segue resumidamente (f. 528-531): i) reside na região de Vicentina/MS há mais de 40 anos; que na região é mais conhecido como 'Toinho', sendo que estudou até o 1º ano do ensino fundamental; ii) conheceu Ivan em Cuiabá/MT numa festa de aniversário da sua sobrinha e ficou sabendo que a família dele era de Jateí/MS; iii) **não é amigo de Ivan, mas já conversou com ele por telefone**, sendo que possui um vizinho de nome **Valdemir, a quem chama de 'Demizão'**, sendo pessoa simples e que 'trabalha no mato'; iv) em data que não se recorda, conversou com 'Demizão' que lhe contou que Ivan Costa dos Reis teria ido em sua residência para tratar de **'um assunto de carteira'**, mas não deu mais detalhes sobre este assunto; v) **'Demizão' reside em casa sem numeração, sendo que por esta razão, este lhe pediu permissão para utilizar seu endereço para corresponder-se com Ivan e, como achou que não havia nada de errado, concordou;** vi) **presenciou conversas por telefone entre 'Demizão' e 'Ivan', a respeito de 'carteira' que se referia à habilitação para conduzir veículo, sendo que emprestou seu telefone celular para ambos conversarem;** vii) 'Demizão' e Ivan tratavam de documentos e do envio de fotografias para este e acredita que seriam para 'fazer a carteira', **tendo inclusive se comprometido a entregar pessoalmente fotografias 3x4 de 'Demizão' para Ivan, a pedido do daquele, tratando-se de favor porque sempre passava perto da casa da mãe de Ivan em Jateí/MS;** viii) **recebeu em sua residência um envelope remetido por Ivan para entregar a 'Demizão', mas não sabe o que era, sendo que em certa ocasião perguntou para Ivan, por telefone e a pedido de 'Demizão', quando iria sair a 'Carteira', tendo Ivan dito que faria o possível para que saísse rápido;** ix) **'Demizão' não possui telefone e, por isso, telefona para Ivan para saber da 'Carteira' e, na maioria das vezes, Demizão' estava ao lado ouvindo a conversa;** x) não sabe informar se 'Demizão' acertou valores com Ivan, **mas acredita que sim;** xi) nega que estivesse intermediando a venda de habilitações por Ivan e nunca encaminhou a Ivan pessoas interessadas em comprar habilitações, sendo que desconhecia as atividades de Ivan; xii) não conhece a pessoa de Gilmar Rabelo Ferreira.

Em juízo (f. 2975), o acusado **Geraldo** afirmou que: i) **não conhece o réu Ivan, Ronaldo, Humberto, nem Gilmar;** ii) não conversou com telefone entre o interrogando e Ivan; iii) não sabe porque está sendo acusado deste fato e não tem carteira de habilitação; iv) sua esposa chama-se Alzenir e, certa feita, ao chegar em casa, havia a conversa de que seria sido preso por conta dos fatos; v) quem lhe contou foi sua mulher, mas não sabe quem falou para sua esposa que o interrogando seria preso; vi) chegou em casa e viu que sua esposa tinha quebrado os telefones porque ficou nervosa, mas não sabe de nada sobre os fatos e nem porque está sendo envolvido nos fatos; vii) não conhece as testemunhas arroladas pela acusação; viii) trabalha em uma fazenda como diarista em trabalho braçal, sendo analfabeto, não sabendo ler ou escrever; ix) uma vez emprestou o celular para 'Demizão' e não sabe para quem telefonou; xi) nunca foi pra Cuiabá e nem manteve contato com algum dos outros réus por telefone; não lembra seu número de telefone; não sabe de quem se trata os números 9668-3120 e 65-9974-7618, sendo que não conhece Wilson Pádua Rodrigues.

Embora a negativa do acusado **Geraldo**, ao ser interrogado em juízo, chama a atenção que, na presença de seu advogado e perante o Ministério Público, afirmou seu claro envolvimento nos fatos.

Com efeito, admitiu que foi até Cuiabá, que conhecia o réu Ivan, que ajudou seu conhecido Demizão a conseguir uma carteira de habilitação com Ivan. Ao mais, de forma inverossímil, admitiu que 'emprestava' seu endereço para Demizão conversar com Ivan sobre a carteira de habilitação, inclusive recebendo documentos, encaminhados para Ivan, e entregando para Demizão.

Da mesma forma, no Ministério Público e na presença de seu Advogado na fase investigativa, admitiu que emprestou seu telefone para Damizão ligar para Ivan e, de maneira pouco convincente, disse que falava algumas vezes com Ivan por telefone enquanto, **na maioria das vezes, Demizão estava ao seu lado para tratar da carteira de habilitação.**

O fato é que o réu **Geraldo**, ao ser ouvido perante o Ministério Público, acompanhado de Advogado, admitiu seu envolvimento nos fatos, não havendo como acreditar que, graciosamente, emprestou seu endereço e seu telefone, inclusive telefonando mais de uma vez para Ivan, tudo para tratar da carteira de habilitação de Demizão, seu conhecido, a qual era falsa.

O acusado **Humberto** não foi interrogado na fase investigativa e em juízo (f. 2970), negou as acusações da denúncia, dizendo que não integrou a organização criminosa. Ao mais, afirmou que: i) era proprietário da Autoescola Girassol e foi nomeado para o cargo de diretor de habilitação no DETRAN, mas permaneceu no cargo apenas uma semana, sendo exonerado; ii) foi presidente do sindicato de autoescolas e Ivan foi funcionário da autoescola Girassol como professor teórico; iii) **Ivan trabalhou na autoescola por uns seis anos, mantendo relação comercial com Ronaldo porque ele era dono de autoescola, mas não conhece Gilmar e nem Geraldo**; iv) a sua autoescola fornecia aula teórica e não tinha acesso à sistema pra fazer habilitação, sendo incumbência do CFCD; v) não conhece as vítimas de Estelionato.

As interceptações telefônicas deixam claro o envolvimento de Humberto no fato criminoso, inclusive tendo relação próxima com o Ivan, sendo que, durante as investigações, afirmou às expressas que era o caso de 'dispensar' Ivan. Além do mais, restou evidente a influência que tinha perante o DETRAN, não havendo dúvidas de seu envolvimento na associação com os demais réus para a prática criminosa.

O réu **Ronaldo** também não foi ouvido na fase inquisitorial e em juízo (f. 3151), disse o que segue: i) é instrutor de autoescola e nega seu envolvimento com os fatos, sendo que conhece Ivan porque trabalharam juntos; ii) fez 3 pedidos de RENACH para Ivan, o que fazia para todos no Estado de Mato Grosso; iii) o RENACH era fornecido pelo o DETRAN após a entrega de documentos pessoais (RG, CPF, endereço); iv) no caso da habilitação de Rondônia por Sinop, tem cliente em todo o Estado, sendo que se pode obter habilitação onde quiser, inclusive em outro estado; v) é o DETRAN quem decide se há impedimento ou não para expedir o RENACH e não tem atribuições para tanto; vi) constatado o impedimento para obter habilitação, caberia ao DETRAN analisar se haveria impedimento na expedição do RENACH; vii) hoje cada autoescola pode tirar o RENACH em seu próprio estabelecimento; viii) entregou os documentos no Detran e não sabia que uma pessoa era falecida; ix) o Ivan foi quem lhe entregou os documentos da pessoa falecida; x) qualquer cidadão pode abrir um processo junto ao DETRAN para requerer a emissão de RENACH, sendo o registro de habilitação instruído com dados pessoais, sendo realizados os exames para dar continuidade ao processo, não havendo custo para tirar os 3 RENACH para Ivan; xi) fez o pedido de RENACH para Ivan pela amizade que tinham e não conhece esse 'Marquinhos' mencionado na interceptação telefônica; xii) soube que Ivan e os outros réus trabalhavam com emissão de carteiras de habilitação falsas; xiii) sobre a conversa com Fabinho, ocorreu depois que Ivan foi preso; xiv) nunca esteve associado pra praticar esses crimes de estelionato e falsificação de habilitação; xv) pensou que estes três RENACH que tirou para Ivan estavam regulares e não sabia que tratavam de pessoa falecida/impedida; xvi) além do Ivan, conhece o Humberto e o Geraldo, mas não conhece Gilmar; xvii) tem relação comercial com o Humberto porque este era presidente do sindicato e o interrogando participava da chapa, sendo que, quando foi tesoureiro, o Humberto já não era presidente do sindicato, mas vice-presidente; xviii) o Geraldo é amasiado com sua tia, ou seja, é tio do interrogando por consideração; xix) cada carteira que você leva da autoescola, tem uma comissão sobre este documento e, destes três RENACH, uma pessoa era falecida e a outra tinha impedimento, sendo obtido apenas um RENACH; xx) Ivan não fez o pedido de emissão de RENACH no DETRAN porque não era diretor de autoescola, mas sim o interrogando; xxi) não sabe porque Ivan não pediu ao diretor da autoescola em que ele trabalhava para efetuar o protocolo dos pedidos de RENACH; xxii) não existe RENACH em branco e desconhece porque Ivan disse 'RENACH em branco', não sabendo a razão do impedimento de um dos RENACH; xxiii) qualquer um faz processo para pedir suspensão de pontuação em carteira de habilitação, sendo que não conhece esse 'Neto' e não se recorda da conversa que teve com ele; xxiv) não sabe quem é 'Ramão' e depois da prisão do Ivan, houve uma reunião com o Humberto para entenderem a situação, não sabendo quem é 'Adriano' e 'Valdemir Ferreira da Silva'; xxv) não conhece nenhuma das pessoas arroladas como vítimas de estelionato.

Durante as investigações, conforme análise da prova oral e principalmente documental, restou evidente o envolvimento do réu Ronaldo na prática delitiva em comento com vínculo firme entre Ivan e Humberto.

Feita a análise inicial do interrogatório dos réus, serão resumidas a seguir as declarações das pretensas vítimas, além do depoimento das testemunhas.

Esclareça-se que, ao final, ainda será novamente objeto de apreciação a autoria dos réus em cotejo com a prova oral colhida na instrução probatória e adiante apreciada.

Na fase investigativa, a pretensa vítima **Valdemir Ferreira da Silva, vulgo Demizão** (f. 539-543), afirmou que: i) é tratorista, estudou até o 3º ano do ensino fundamental, tendo dificuldade para ler e escrever; ii) já **tentou tirar habilitação regularmente pelo DETRAN em duas oportunidades, mas foi reprovado em ambas no exame teórico**; iii) em 2011 foi procurado em sua residência por um homem que se dizia advogado, apresentando-se como 'Dil', bem como indagou se pretendia obter habilitação; iv) explicou que já tinha tentado duas vezes retirar habilitação, mas havia sido reprovado e este lhe disse que **daria 'um jeito' para obter a habilitação sem fazer os testes exigidos pelo DETRAN**, cobrando R\$ 2.000,00 cujo pagamento deveria ser feito na entrega do documento; v) aceitou a proposta e forneceu cópia de seus documentos pessoais e fotografias 3x4 e, cerca de 60 dias depois, compareceu na sua residência um homem de cor morena escura para entregar a Carteira de Habilitação, **entregando-lhe R\$ 2.000,00**, mas não era o advogado e sim terceiro que não conhecia; vi) passou a fazer uso da Carteira Nacional de Habilitação, que aparentava ser verdadeira, não sabendo informar onde foi emitida; vii) meses depois foi até o DETRAN de Vicentina para obter informações sobre multas em seu nome, sendo informado que a habilitação não constava nos registros do DETRAN, sendo retida sua habilitação; viii) procurou o advogado, cuja mãe residia em Jateí/MS, tendo obtido o telefone de Ivan que seria o advogado responsável pela emissão da CNH; ix) ligou para Ivan para pedir esclarecimentos sobre a apreensão de sua habilitação, tendo dito que o documento era legítimo, mas que iria emitir nova habilitação e dias depois o mesmo apareceu na sua residência cobrando R\$ 4.000,00 pelo documento; x) concordou de pagar o valor, sendo que dias depois **fez o depósito de R\$ 4.000,00** na conta indicada do Banco do Brasi e que acredita que ainda tenha em sua residência o comprovante; xi) Ivan disse para o declarante que, depois de feito o depósito, iria remeter a habilitação o mais rápido possível, tendo enviado para Ivan, pelos correios, cópia de seus documentos pessoais; xii) **possui como vizinho Geraldo de Oliveira, também conhecido como 'Toinho' e, pelo que sabe, conhecia 'Toinho' conhecia Ivan**; xiii) pediu para 'Toinho' ligar para Ivan para verificar a situação da habilitação e acredita que 'Toinho' tenha ligado para Ivan para tratar do assunto, mas aquele não intermediou a compra da habilitação e apenas contactou Ivan a pedido do declarante para saber como estava a situação do documento; xiv) fez o depósito na conta de Ivan em agosto de 2012, não se recordando exatamente o dia e por vários meses cobrou o documento de Ivan, mas não recebeu nenhum retorno; xv) em 2010 envolveu-se em um acidente de trânsito em Vicentina e a Polícia Militar anotou os dados da sua habilitação referente ao primeiro documento entregue por Ivan, mas não foi retido.

A pretensa vítima foi ouvida em juízo (f. 2598), dizendo que conhece Ivan e Geraldo, mas não conhece Ronaldo, Gilmar e nem Humberto. **Admitiu que obteve carteira de habilitação que não era legal porque não fez exame, pagando por ela R\$ 6.200,00. Acertou a compra da carteira com o próprio Ivan, o qual entregou carteira de habilitação para pessoas que trabalham na usina.** Não recebeu a nova CNH prometida por Ivan depois que a primeira foi apreendida, não tendo mantido contato com Geraldo a respeito desta habilitação, sentindo-se lesado por Ivan, sendo que tentou obter a habilitação e foi reprovado. Admitiu que conhecia os procedimentos para obter habilitação, mas não sabia que era errado o procedimento de entregar o dinheiro e a cópia dos documentos para obter a carteira, sendo que não realizou nenhum exame para obter sua habilitação.

A tal vítima afirmou que não teve contato com Ronaldo e nem com Humberto. Afirmou que **'encontrou' Geraldo na rua e pediu para este emprestar o telefone para ligar para Ivan para tratar a respeito das fotos necessárias para a habilitação. Então, Geraldo ligou para Ivan e passou o telefone para o depoente, tendo posteriormente deixado as fotos com Geraldo que as entregou na casa da mãe do Ivan.**

Às f. 548-552, a apontada vítima **Paulo Sérgio da Silva Rocha** esclareceu o que segue: i) utiliza o telefone (67) 9941-4070 que está cadastrado em nome da sua esposa Aline

Silva de Andrade; ii) possui uma motocicleta, mas não tem carteira de habilitação, sendo que Aline possui habilitação; iii) como trabalha o dia inteiro, inclusive aos domingos, não tinha tempo para dar entrada em sua CNH aqui em Dourados e ouviu comentários de que em Jateí havia uma pessoa que providenciava a documentação e foi conversar com Gilmar; iv) seu irmão, Ismael da Silva Rocha, trabalhava na granja em Jateí e ficou sabendo que Gilmar fazia habilitações e acredita que Ismael tirou a habilitação dele através de Gilmar; v) não sabia que as habilitações que Gilmar fazia eram falsas, sendo que conversou com Gilmar e ele disse que o valor da habilitação era R\$2.200,00, sendo R\$1.050,00 na entrada e o restante quando recebesse o documento; vi) Gilmar disse que a carga horária seria registrada em Cuiabá/MT e não era necessário fazer prova, sendo verdadeiro o documento; vii) entregou para Gilmar R\$1.050,00 em dinheiro e não pegou recibo, deixando o restante, R\$1.150,00, com seu irmão Ismael para entregar para Gilmar quando chegasse a CNH; viii) antes disso Gilmar pediu R\$150,00 para pagar o sedex para mandar os documentos para Cuiabá/MT e depois pegou o restante do dinheiro, tendo Gilmar dito que a carteira seria de Mato Grosso, mas poderia renová-la depois em qualquer local porque o documento era verdadeiro; ix) não sabe quem era essa pessoa com quem Gilmar tratava em Cuiabá/MT e em Jateí havia muitos comentários de que Gilmar providenciava as carteiras de habilitações de Mato Grosso; x) Gilmar pegou com Ismael o restante do dinheiro e a sua habilitação seria da categoria AD; xi) entregou para Gilmar cópia de sua carteira de identidade, do CPF e uma foto 3x4 e não sabia que as fotografias para a CNH são tiradas no DETRAN; xii) não conhece Ivan Costa dos Reis.

Em juízo, a pretensa vítima Paulo (f. 2734) confirmou as declarações apresentadas perante o Ministério Público no sentido de que entregou os valores ao acusado Gilmar na tentativa de obter carteira de habilitação, mas não recebeu o documento. Ao mais, confirmou que seu irmão Ismael conseguiu carteira de habilitação através de Gilmar. Afirmou desconhecer os demais réus.

A outra pretensa vítima, Edilson Ferreira Cândido, declarou o seguinte (f. 554-556): i) é trabalhador rural com carteira assinada, estudou até o 2º ano do ensino fundamental, sabendo assinar o nome, não possui veículo e nem carteira de habilitação, sendo que nunca solicitou a expedição de tal documento e nem conhece Jateí; ii) não conhece Ivan da Costa Reis e nem Gilmar Rabelo Ferreira e, em data que não se recorda, foi abordado por pessoa cujo nome não sabia e que lhe perguntou se tinha interesse em obter carteira de habilitação; iii) respondeu que não poderia tirar a CNH porque não possuía estudo e esta pessoa lhe disse que não precisava fazer nenhuma prova; iv) a pessoa estava num veículo Gol e, mostrada ao depoente a fotografia de Gilmar Rabelo Ferreira, extraída da internet, reconhece-o como sendo a pessoa com quem tratou sobre a CNH; v) Gilmar disse ao declarante que o valor da CNH era R\$1.000,00 para ser pago em duas vezes, sendo a primeira à vista, e o restante quando o declarante recebesse o documento; vi) marcou com Gilmar para ele retornar no mesmo local no dia seguinte e, conforme o combinado, Gilmar retornou e entregou-lhe a cópia dos seus documentos pessoais e duas fotografias 3x4; vii) Gilmar disse que a carteira de habilitação seria feita em Mato Grosso e que em noventa dias entregava o documento para o declarante; viii) o prazo passou e não teve mais contato com Gilmar, sendo que não sabia seu telefone e nem endereço; ix) a categoria da carteira que seria fornecida por Gilmar ao declarante seria para conduzir caminhão, sendo que apenas dirige um trator existente na propriedade rural; x) mostrada ao declarante a fotografia apreendida, o declarante reconhece que é recente e que estava inclusive com a mesma camisa que está usando hoje.

Em juízo, a aludida vítima Edilson Ferreira Cândido declarou em resumo que (f. 2678): i) dois senhores chegaram no local de trabalho do depoente, perguntando se tinha interesse em obter uma carteira de habilitação e respondeu que sim porque tinha vontade de ter habilitação; ii) disseram que eram necessários os documentos e o pagamento de R\$1.500,00, respondendo só sabia assinar o primeiro nome; iii) já havia dirigido um trator velho na propriedade rural; iv) reconheceu Gilmar como um dos indivíduos com quem conversou, sendo que os indivíduos não se identificaram naquele dia e não disseram o nome deles.

Na fase investigativa e em juízo, a pretensa vítima **João Vieira França**, declarou que (f. 559-561, 2629): i) **possui propriedade rural** e trabalha com suínos e laticínios, estudou até o 2º ano do ensino fundamental, sabe ler pouco, **possui e dirige uma camioneta Hillux, mas nunca teve habilitação**; ii) no início do ano estava na praça de Jateí, junto com seu filho **Antônio Vieira França**, que é surdo-mudo, quando aproximou-se um homem, de cerca de 30 anos, apresentando-se como Mano' e dizendo que era despachante; iii) esta pessoa perguntou se tinha interesse em tirar carteira de habilitação, tendo dito que sim assim como seu filho; iv) 'Mano' estava de moto e levou os documentos do declarante e de Antônio para tirar cópia, retornando em seguida, tendo-lhe dito que **custaria R\$ 5.000,00**; v) quando 'Mano' foi à sua casa buscar as fotos, no dia seguinte, não estava em sua casa e quem as entregou para 'Mano' foi Antonio; vi) não conhece Ivan, Gilmar, Geraldo e Ronaldo; vii) Gileno Ferro da Silva é seu genro, mora em Belo Horizonte do Sul/MS e nunca conversou com Gileno sobre a expedição de carteira de habilitação; viii) não chegou a efetuar pagamento a Mano, conhece Geraldo e não sabe de alguém que tenha feito algum negócio com Geraldo.

A aludida vítima **Augusto Lopes dos Reis** afirmou o que segue em resumo (f. 523-526): i) reside em Jatei/MS desde que nasceu, trabalha em serviços gerais, estudou até o 4º ano do ensino fundamental, tem dificuldade para ler e escrever, é casado e sua esposa **possui um automóvel e uma motocicleta em seu nome, sendo que dirige com frequência estes veículos**; ii) conhece Ivan Costa dos Reis e há alguns anos **encontrou por acaso com Ivan em Jatei/MS, tendo comentado com ele que estava com dificuldade em tirar habilitação e Ivan disse que poderia ajudá-lo, não sendo necessário submeter-se a nenhum exame** porque conseguiria emitir a habilitação em Cuiabá/MT; iii) Ivan não lhe explicou como emitiria a habilitação, mas apenas **informou que o documento era 'quente' e que poderia dirigir normalmente**; iv) acertou com Ivan o pagamento de R\$ 600,00 pelo documento em duas parcelas de R\$ 300,00, tendo feito dois depósitos bancários na conta do Banco do Brasil indicada por Ivan; v) entregou para Ivan, em mãos, cópia de seus documentos pessoais, fotografias 3x4 e comprovante de residência; vi) nunca residiu na cidade de Cuiabá/MT e, cerca de 35 dias depois, recebeu a habilitação pelo correio, sendo que **dirigiu por vários anos com a habilitação fornecida por Ivan** e nunca notou qualquer irregularidade do documento que lhe parecia verdadeiro; vii) **foi preso por dirigir veículo embriagado, sendo o documento inicialmente retido, após devolvida, sendo que, depois de preso, ficou com receio de portar a habilitação fornecida por Ivan**; viii) durante o feriado de páscoa, encontrou **casualmente** Ivan em Jatei/MS e este devolveu a habilitação; ix) conhece Gilmar Rabelo Ferreira que reside em Jatei/MS em frente a casa da mãe de Ivan e não sabe se Gilmar trabalha ou não para Ivan; x) **já tentou tirar habilitação regularmente por duas vezes, em Fátima do Sul e Vicentina, sendo reprovado em ambas no exame teórico**; xi) aceitou adquirir a carteira de habilitação de Ivan, mas está arrependido e ainda tem interesse em tirar regularmente a habilitação e irá matricular-se em autoescola.

O Sr. **Caio Manoel Henrique Nogueira Santos**, descrito como vítima na denúncia, não foi ouvida na fase inquisitorial e, em juízo (f. 2598), declarou o que segue (f. 2598): i) conhece o Ivan de vista e não conhece nenhum dos outros acusados; ii) ouviu comentários, na televisão e rádio, que Ivan vendia habilitação.

A testemunha **Marina Agüero Martinez**, também apontada como vítima, não foi ouvida na fase investigativa e em juízo (f. 2598), afirmou o que segue: i) conhece Ivan e não conhece Geraldo, Ronaldo e nem Humberto; ii) nunca ouviu falar de algum envolvimento de Ivan com venda de habilitação, sabendo dos fatos pela imprensa.

Salienta-se que não foram ouvidas, na fase investigativa e nem juízo, as demais vítimas apontadas na denúncia, quais sejam: **Antonio Vieira França, Cícero José da Silva, Gileno Ferro da Silva, Joel Ribeiro Vilela, Jovenal Vericimo dos Santos, Santiago Alves da Costa e Valdir Simão de Moura.**

A seguir serão apreciados os depoimentos das testemunhas colhidos perante o Ministério Público e em juízo.

*Na fase inquisitorial (f. 535-537), a testemunha **José Roberto Batista Olegário** disse o que segue (f. 535-537): i) é usuário do telefone (67) 9968-3120 estudou até o 4º ano do ensino fundamental, sabe ler e escrever e atualmente trabalha como operador de pá carregadeira na Prefeitura de Jateí; ii) não possui habilitação para conduzir veículo automotor, sendo proprietário de um veículo VW Gol e quem normalmente dirige o veículo é seu cunhado Jaime de Moura Lima porque é habilitada; iii) nunca viu a habilitação de Jaime que trabalha para a Prefeitura de Jateí conduzindo caminhões; iv) conhece Ivan cuja família é de Jateí/MS; v) Ivan trabalhou um tempo na Prefeitura de Jateí/MS, sendo que posteriormente foi morar em Cuiabá/MT e não sabe a atividade profissional de Ivan em Cuiabá/MT; vi) ouviu comentários de várias pessoas em Jateí de que Ivan Costa dos Reis vendia carteiras de habilitação, mas não sabe de ninguém que tenha adquirido habilitação de Ivan; vii) não conhece Wilson Pádua Rodrigues; viii) já manteve contatos telefônicos com Ivan e não se recorda de ter mencionado, nesses contatos, o nome de Wilson; ix) não intermediou a compra de habilitações fornecidas por Ivan; x) seu cunhado Jaime de Moura Lima nunca comentou sobre o envio de documentos para Ivan e nem que adquiriu habilitação de Ivan; xi) conhece Celso de Moura Lima que é Policial Militar, sendo irmão do Jaime que é seu cunhado; xii) não sabe onde Celso de Moura está lotado atualmente e não sabe informar se Celso mantinha contato com Ivan; xiii) conhece Gilmar Rabelo Ferreira que reside em frente a casa da mãe de Ivan, sabendo que trabalha em uma granja de porcos em Jateí; xiv) não sabe se Gilmar presta algum tipo de serviço para Ivan.*

Já em juízo (f. 2598), esta testemunha informou o que segue: i) tem apelido de 'Fio', sua esposa é prima do Ivan, sendo que não conhece Ronaldo, Geraldo e nem Humberto, mas Gilmar conhece de vista; ii) não sabe que Ivan ou Gilmar venderiam carteira de habilitação falsificada; iii) conhece Caio Manoel e não conversou com ele acerca de Ivan quando foi preso, sendo que Caio lhe telefonou e perguntou 'sobre carta', mas não sabe de nada e nem o tranquilizou a respeito das investigações; iv) sobre a transcrição da conversa do depoente com Caio Manoel, falou de carteira falsa porque ouviu falar sobre isto e não se referia a Ivan; v) conhece Cícero e não sabe se ele comprou carteira de habilitação de Ivan; vi) já falou com o Ivan por telefone e nunca solicitou para si carteira de habilitação; vii) não sabe se Gilmar e Ivan trabalhavam juntos.

*Em juízo, a testemunha **Fábio Henrique Soares** (2856/2859), que foi um dos autorizados a acompanhar as interceptações telefônicas (f. 1622) declarou o que segue: i) participou da operação 'Contramão' que investigava a emissão de carteiras de habilitação adulteradas; ii) isto aconteceu em mais de um Estado e muitas carteiras eram emitidas Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul, sendo encaminhadas para a região local; iii) **o Ivan, o Ronaldo e o Humberto eram do sindicato de autoescola, do centro de formação de condutores de Mato Grosso em Cuiabá e os demais acusados (Gilmar e Geraldo) agenciavam clientes para Ivan, Ronaldo e Humberto na região de Fátima do Sul para fins de emissão das CNHs adulteradas**; iv) não participou da apreensão da carteira falsa de Leandro Ramos de Souza que foi apreendida pela Polícia Rodoviária Federal durante fiscalização, **tendo Leandro dito que sua carteira foi emitida por Ivan** que, embora não fosse proprietário de autoescola, trabalhava em autoescola e tinha acesso ao pessoal do sindicato das autoescolas, mas não lembra se Ivan era membro desse sindicato; v) os acusados Humberto e Ronaldo, com certeza, eram os diretores do sindicato; vi) a apreensão da carteira do Sr. Antonio ocorreu nos mesmos moldes da apreensão da carteira de Leandro; vii) **Ivan era líder e mantinha contato com os agenciadores, tendo orientado os demais a não conversarem pelo telefone**; viii) houve busca e apreensão na residência do Ivan e fez análise do material recolhido; ix) não se recorda dos diálogos interceptados e, a princípio, foi interceptado o telefone de Ivan; x) **foram interceptados os telefones de outras pessoas que faziam contato com ele**; xi) o acusado Humberto é proprietário de várias autoescolas, sendo que Gilmar e Geraldo não eram proprietários de autoescola; xii) o acusado Ronaldo era proprietário de autoescola, sendo que **Ronaldo, Ivan e Humberto agiam em conluio**; xiii) a fraude, pelo que entendeu, ocorria da seguinte forma: era utilizado o espelho (papel) verdadeiro da CNH e os dados eram*

adulterados e, para a adulteração, pegavam o RENACH de alguém que faleceu ou que estava com a habilitação vencida; xiv) **a maioria dos clientes dos acusados tinha conhecimento de que não fariam exames pra obter a CNH e, portanto, sabia da ilegalidade;** xv) não se recorda dos crimes de estelionato noticiados nos autos; xvi) **sabe que alguns documentos de Caio Manoel foram apreendidos na casa de Ivan, havia documentos de pessoas de outros Estados; Ivan era líder em relação aos clientes do Estado de Mato Grosso do Sul; Gilmar e outros mandavam clientes para Ivan providenciar as CNHs e os documentos eram enviados pelo correio;** xvii) **havia alguém superior a Ivan que atuava na produção/elaboração destas CNHs porque ele sozinho não teria autonomia para controlar todo o processo de falsificação de documentos.**

A testemunha **Ruy Eduardo Lemos dos Santos**, em juízo (f. 2856-2859), asseverou que: i) a operação 'Contramão' ocorreu no Mato Grosso e analisou os áudios interceptados; ii) no Estado de Mato Grosso do Sul os agentes começaram a apreender muitas habilitações falsas nas regiões de Fátima do Sul e região e isso gerou uma demanda para investigação pelo grupo de inteligência; iii) recorda-se das prisões de Leandro e Antonio, sendo que as habilitações eram de Mato Grosso e atuou mais na região de Anastácio, mas inteirou-se dos fatos narrados na denúncia; iv) **Ivan era da região de Fátima do Sul, aliciava pessoas para obter CNH ilegalmente, sendo que os papéis das CNHs eram bons; contudo, como Ivan obtinha esses papéis, se havia uma quadrilha dentro do DETRAN, não sabe e não tem como falar se Ivan era subordinado a alguém;** v) o acusado Ivan fazia parte de uma autoescola, sendo que Humberto, Ronaldo e Ivan mantinham amizade; vi) não atuou na operação quanto aos estelionatos noticiados nos autos; vii) o acusado Ivan precisava de mais pessoas para praticar os crimes, o que de fato ocorria; viii) a operação 'Risco Duplo' foi deflagrada no Estado de Mato Grosso do Sul e, nesta operação, identificou o grupo do Ivan em Fátima do Sul, Jateí e o grupo do Elcivar em Anastácio, Aquidauana, Sidrolândia e cidades próximas.

As testemunhas **Fábio Henrique Soares Nogueira** e **Ruy Eduardo Lemos dos Santos**, policiais rodoviários federais, conversavam entre si e com outros policiais que investigavam os dois grupos que atuavam na região na emissão de CNH's falsas, inclusive analisando as interceptações telefônicas, sendo de inegável valia suas declarações para analisar a autoria dos réus quanto à conduta delituosa.

Conforme suas declarações, durante a investigação, foram identificados dois grupos criminosos e em um destes grupos foi identificado Ivan. Conforme apuraram, Ivan recolhia documentos de pessoas na região desta Comarca, mediante paga, com o intuito de propiciar a falsificação de carteiras de habilitação, sendo que provavelmente havia outras pessoas envolvidas, até porque o papel da CNH, onde eram impressos os dados falsos, era verdadeira.

As declarações da testemunha **Sandra Mará Xandu** (f. 2856-2859) também confirmam a fraude ocorrida nesta região com a emissão de carteira de habilitação falsa.

Ao mais, foi ouvida **Alzenir Faustino do Nascimento** (f. 2598), a qual é esposa do Geraldo e aludiu que seu marido emprestou o telefone para Valdemir e que estaria sendo acusado por causa de um telefonema. Conheceu Ivan num casamento da sobrinha da depoente em Cuiabá, mas não chegou a falar com ele. Não sabe como Valdemir chegou até Geraldo.

Foram colhidos os depoimentos das testemunhas arroladas pelas defesas, mas é certo nada souberam esclarecer de concreto sobre os fatos narrados na denúncia: **João Luiz Vieira** (f. 2598), **Carlos Cezar Rocha** (f. 2598), **Pedro Rocha Paixão** (f. 2856-2859), **Clayton Antunes** (f. 2898), **Diego Gaspareto** (f. 2598), **Francisco Cláudio Gomes** (f. 2598), **Nelson Aiala** (f. 2598), **Yukin Nasu** (f. 2598), **José Francisco de Melo** (f. 2598), **Cícero Cabral da Silva** (f. 2598), **Paulo Henrique Burin** (f. 2693), **Natalino Lopes dos Santos** (f. 2721), **Gabriel Júnior Finco** (f. 2790).

Segundo consta dos autos, **Ednaldo Francisco de Lima** (f. 114-118), **Elcilande Serafim de Souza** (f. 121-123), **Elcimar Serafim de Souza** (f. 130-133), **Adelio Paulino** (f. 134-137), **Elcivar Serafim de Souza** (f. 143-148), **Gilberto Barbosa da Cruz** (f. 469-473), **Lucimara Correa da Silva** (f. 475-479), **Edezio Alves Cajueiro** (f. 481-484); **Adair Bonfada** (f. 487-

490); Ernando Oliveira Carvalho (f. 493-496), Anilson Pereira Cardoso (f. 498-501) e Hélio Moreira da Silva (f. 514-517) foram ouvidas na fase investigativa, mas suas declarações referem-se a fatos ocorridos em outra Comarca.

Analisada a prova oral até o momento, é possível concluir que pessoas residentes nesta Comarca entregavam documentos pessoais e fotos, mediante paga de certa quantia em dinheiro, para serem encaminhados a outro Estado no qual seriam fraudadas as carteiras de habilitação.

*Os depoimentos acima transcritos, em especial dos Policiais Rodoviários Federais, deixam claro que o acusado **Ivan, Gilmar e Geraldo** praticavam a conduta consistente em angariar documentos destes moradores, mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro, com o intuito de fraudar as carteiras de habilitação.*

*Em relação à prova documental, constata-se que foi realizada busca e apreensão na residência do réu **Ivan**, conforme os termos de apreensão de f. 1846-1847, 1854-1857, 1859-1860, 1863-1865, 1868-1869, 1872-1873, 1876-1877, 1879-1882, 1884-1887, 1889-1892, 1895-1898, 1901-1904, 3041-3060 e 3087-3102.*

Feita a apreensão, foi realizada a análise dos documentos às f. 657-846 e 1931-1967, conforme seguem em resumo:

*Antonio Jailton Pereira: ‘Está com o nome escrito na lista 01. (...) Consulta CNH: **Antonio Jailton não possui CNH.** (...) Consulta Criminal: O Sr. Antonio Jailton Pereira da Silva não tem passagem pela polícia’.*

*Antonio Vieira de França: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão cumprida na residência de Ivan Costa dos Reis, **contém fotocópias de documentos pessoais de Antonio Vieira de França** (CPF, RG) e duas fotografias 3x4. **Os documentos e fotografias teriam sido enviados para Ivan, para emissão da primeira CNH.** ‘O mesmo **não possui dados na base RENACH – Registro Nacional Carteira Habilitação**’.*

*Aparecido Vitor da Silva: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão da residência de Ivan Costa dos Reis, contém uma Carteira Nacional de Habilitação em nome do cidadão Aparecido Vitor da Silva, cuja primeira habilitação consta com data de 17/03/1984 e a data da emissão – quando da renovação 23/03/2006 – com vencimento em 22/03/2011. Foram realizadas consultas no SERPRO, no DETRANMT e no INFOSEG em 10/04/2013 e **não foram encontrados quaisquer registros de processo ou de emissão de CNH, ou seja, Aparecido não é e nunca foi habilitado**’. A assinatura do espelho da CNH ‘é de Teodoro Moreira Lopes que consta como sócio proprietário da Autoescola Girassol, tendo ainda como sócio Humberto de Campos Silva. Ivan utiliza veículo Honda/Civic (recibo apreendido na busca) em nome da Autoescola Girassol’.*

*Augusto Lopes dos Reis: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão da residência de Ivan Costa dos Reis, contém uma **Carteira Nacional de Habilitação** em nome do cidadão Augusto Lopes dos Reis, cuja primeira habilitação consta com data de 09/02/1985 e a data da emissão – quando da renovação 23/01/2008 – com vencimento em 22/01/2013, **portanto vencida. Também foram encontradas duas fotografias 3x4 junto ao documento, o que indica que estivesse em poder de Ivan para ser renovada.** Foram realizadas consultas no SERPRO, no DETRANMT e no INFOSEG em 11/04/2013 e **não foram encontrados quaisquer registros de processo ou de emissão de CNH, ou seja, Augusto não é e nunca foi habilitado.** Em consulta ao SIGO/MS constatou-se a existência do BO 319/2012-IDP-Fátima do Sul – Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência – trânsito 27/04/2012’.*

*Caio Manoel Henrique Nogueira Santos: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão cumprida na residência de Ivan Costa dos Reis, contém **fotocópias de documentos pessoais de Caio Manoel Henrique Nogueira Santos** (CPF, RG) e duas fotografias 3x4. Os documentos de Caio Manoel estavam sem embalagem. **Caio Manoel deu entrada em processo para***

emissão de CNH no DETRAN de Mato Grosso do Sul, RENACH MS815603746, foi submetido aos exames de avaliação psicológica em 25/06/2012, aptidão física e mental em 27/06/2012, sendo em ambos considerado apto, porém na avaliação teórica em 18/10/2012 foi considerado inapto com nota 6,37. (...) O prazo para conclusão do processo seria 22/06/2013. Caio Manoel tem registro de ocorrência no SIGO/MS por estar conduzindo veículo sem habilitação (...). Os documentos e fotografias teriam sido enviados para Ivan Costa dos Reis para emissão da primeira CNH pelo Estado de Mato Grosso’.

Celso De Moura Lima: ‘Foram encontrados no apartamento de Ivan Costa dos Reis, dois envelopes sem documentos em seu interior. O endereço de Celso: Rua Celino B. Vieira, 193, Jatei/MS, CEP: 79.720-000. É o mesmo endereço de Jaime, o genro de José Roberto. A 1ª correspondência foi postada em 15/04/2010 e a 2ª foi postada em 08/09/2011. Celso é cabo da Polícia Militar. Sua matrícula é 203713-0’.

Cícero Cabral Da Silva: ‘(...) Os documentos de Cícero José da Silva (cliente para CNH) estavam no envelope postado, via SEDEX, na agência dos Correios de Jatei/MS, em 09 de agosto de 2012, cujo remetente foi Cícero Cabral da Silva, endereço Rua Weimar Gonçalves Torres, 299, Jatei/MS e o destinatário Ivan Costa dos Reis com endereço à Rua Professor Rafael Rueda, 310, sala 03, Bairro Bosque da Saúde, Cuiabá/MT. Cícero Cabral da Silva é habilitado pelo DETRAN/MS’.

Cícero José Da Silva: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão cumprida na residência de Ivan Costa dos Reis, contém fotocópias de documentos pessoais de Cícero José da Silva (CPF, RG) e duas fotografias 3x4. Os documentos de Cícero José da Silva estavam no envelope postado, via SEDEX, na agência dos Correios de Jatei/MS, em 09 de agosto de 2012, cujo remetente foi Cícero Cabral da Silva, endereço Rua Weimar Gonçalves Torres, 299, Jatei/MS e o destinatário Ivan Costa dos Reis com endereço à Rua Professor Rafael Rueda, 310, sala 03, Bairro Bosque da Saúde, Cuiabá/MT. Há uma ocorrência registrada no SIGO/MS em 02/10/2012 sob nº 3211/2012 em Naviraí/MS ref. extravio de carteira com documentos, dentre os quais figura a palavra ‘CNH’, porém o cidadão não é e nunca foi habilitado’.

Deomédio Belmonte De Arruda: ‘Está com o nome escrito na lista 2, e na frente de seu nome existe referência a uma pessoa com alcunha de EDSO RAI’. Deomédio não possui CNH e ‘não tem passagem pela polícia’.

Edilson Ferreira Cândido: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão cumprida na residência de Ivan Costa dos Reis, contém fotocópias de documentos pessoais de Edilson Ferreira Cândido (CPF, RG, Título Eleitoral e Certificado de Incorporação/EB) e duas fotografias 3x4. Os documentos de Edilson Ferreira Cândido estavam sem embalagem. Edilson não é e nunca foi habilitado, porém junto das cópias há um pedaço de papel em que consta, escrito à mão, ‘Cat. Caminhão’.

Edson Fernandes da Cunha: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão cumprida na residência de Ivan Costa dos Reis, contém Formulário de RENACH, em nome de Edson Fernandes da Cunha, supostamente emitido pelo DETRAN/GO visando transferência para um CFC de Minas Gerais. Também foram encontradas duas fotografias 3x4 de Edson Fernandes da Cunha. Constatou-se que Edson tentou adquirir CNH por Goiás, porém foi reprovado’.

Edson Soares de Araujo: ‘Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis um envelope sem documentos em seu interior. O destinatário do envelope é Elias Soares de Araujo, endereço de Elias: Rua Principal Seis, nº 2, Jardim Inapolis, Campo Grande/MS, CEP 79.108-555. O envelope foi postado em 01/08/2012. O envelope tem como remetente o Sr. Edson Soares de Araujo, residente na Rua Celino Humberto Vieira, 16, Jatei/MS, Cep: 79.720-000’.

Elias Soares De Araujo: ‘Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis um envelope sem documentos em seu interior. O endereço de Elias: Rua Principal Seis,

nº 2, Jardim Inapolis, Campo Grande/MS, CEP: 79.108-555. O envelope foi postado em 01/08/2012. O envelope tem como remetente o Sr. Edson Soares de Araujo, residente na Rua Celino Humberto Vieira, 16, Jatei/MS, CEP: 79.720-000’.

Eliel Mello Gomes: ‘Eliel Mello Gomes – foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis uma fotocópia dos documentos pessoais (RG e CPF) e uma fotografia 3x4 de José Roberto (...). Resultado da consulta através do CPF de Eliel, onde se pode verificar que **Eliel possui RENACH de RO mas não existe prontuário**. Infelizmente não existe no DETRAN de RO campo específico para checagem através somente do RENACH ou do CPF para podermos verificar os exames dos candidatos à CNH, ou mesmo detalhes do procedimento administrativo (data do início do processo, validade, as notas dos exames feitos, etc.), como existe no DETRAN de MS’.

Euclides Lidgar da Rosa: ‘No malote oriundo do cumprimento da Busca e Apreensão na residência de Ivan Costa dos Reis foi encontrada uma **folha de papel contendo fotocópia dos documentos pessoais – RG, CPF, Título eleitoral e CNH expedida pelo PR, categoria ‘E’ sob registro 01637386740 vencida em 19/12/2010 – de Euclides Lidgar da Rosa**. No rodapé do papel está manuscrito: ‘REN. EXAME’. Em consulta aos sistemas foi verificado que a **CNH de Euclides foi renovada no DETRAN/MT, com validade até 17/01/2016 constando endereço na cidade de Primavera do Leste/MT’.**

Evaristo Carvalho dos Santos: ‘Está com o nome escrito na lista 01. Em checagem, verifica-se que o **Sr. Evaristo não possui CNH**. Obs: **O Sr. Evaristo reside na mesma cidade do aliciador Marquinhos (...)**. Consulta Criminal: O Sr. Evaristo não tem passagem pela polícia’.

Florisvaldo Freitas da Silva: ‘Está com o nome escrito na lista 02, e na frente de seu nome existe referência a pessoa com alcunha de Lula’. **Florisvaldo não possui CNH e ‘não tem passagem pela polícia’.**

Francisco Chaves Barboza: ‘Está com o nome escrito na lista. Em checagem, verifica-se que o Sr. Francisco é residente em Nova Alvorada do Sul/MS e **acabou de renovar sua CNH pelo estado do PA em 12/03/2013’.**

Gileno Ferro da Silva: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão da residência de Ivan Costa dos Reis, contém uma fotocópia de **Carteira Nacional de Habilitação (vencida) em nome do cidadão Gileno Ferro da Silva, cuja primeira habilitação, expedida pelo DETRAN/MT, consta com data de 13/01/1988 e a data da emissão quando da renovação 26/02/2008 com vencimento em 25/02/2013**. Foram realizadas consultas no SERPRO, no DETRAN/MT e no INFOSEG em 10/04/2013 e não foram encontrados quaisquer registros, portanto **Gileno não é e nunca foi habilitado**. A fotocópia do referido documento estava em um envelope cujo remetente trata-se de Lucivando P. Barros, endereço Rua Francisco O. Linco, 15, Jatei/MS, juntamente com **mais uma fotocópia de CNH de João Vieira de França (pai), mais fotocópias de documentos pessoais (CPF e RG) de Antonio Vieira de França (filho)**. O destinatário do envelope era Ivan Costa dos Reis. No mesmo envelope também foram encontradas **duas fotografias 3x4 de Gileno, de João e de Antonio’.**

Jaime de Moura Lima: ‘Jaime de Moura Lima – foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis um envelope sem documentos em seu interior. O endereço de Jaime: Rua Celino B. Vieira, 193, Jatei/MS, CEP: 79.720-000. O telefone que está no nome de Jaime é usado pela sua esposa, Jaquelina, que é filha de José Roberto, que é contato de Ivan. **Jaime é genro de José Roberto e enviou uma correspondência para Ivan no dia 16/03/2012’.**

João Vieira de França: ‘O malote oriundo da Busca e Apreensão da residência de Ivan Costa dos Reis, contém uma fotocópia de **Carteira Nacional de Habilitação em nome do cidadão João Vieira de França, cuja primeira habilitação, expedida pelo DETRAN/MT, consta com data de 17/03/1964 e a data da emissão – quando da renovação 26/02/2008 – com vencimento em 25/02/2013’** (‘mesma data emissão da CNH de Gileno Ferro da Silva’. ‘Ambas estavam no mesmo envelope enviado por Lucivando P. Barros de Jatei-MS’). ‘Foram

realizadas consultas no SERPRO, no DETRAN/MT e no INFOSEG em 10/04/2013 e não foram encontrados quaisquer registros de processo ou emissão de CNH'. **'João Vieira nunca foi habilitado'**.

Joel Ribeiro Vilela: **'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis duas fotocópias dos documentos pessoais (RG e CPF) e duas fotografias 3x4 de Joel. (...) Resultado da consulta através do CPF de Joel Ribeiro Vilela, onde se pode verificar que Joel não possui CNH expedida em nenhum lugar do Brasil. (...) Obs: No dia 15/12/11, o Sr. Joel foi abordado por uma equipe policial no perímetro urbano de Glória de Dourados/MS, sendo verificado que Joel não possuía CNH. Foi feito o auto de infração, porém não foi gerado nenhum processo judicial em desfavor de Joel. No momento da abordagem Joel dirigia uma motocicleta de placa ALV-1195/MS que ainda está em nome de seu filho Carlos Alberto dos Santos Vilela. Quem foi buscar o veículo que não foi apreendido foi o Sr. Alex Ferreira de Souza Riquelme, 26 anos, morador em Glória de Dourados, e não tem vínculo de parentesco com Joel' (BO 607/2011 SIGO/MS).**

José Claudir Hamester: **'Está com o nome escrito na lista, e na frente de seu nome, existe referência a uma pessoa com alcunha Tanaka (Thiago Cristiano Vieira dos Santos tem esta alcunha). José Claudir é residente na cidade de Xanxerê/SC, onde foi citado em alguns áudios que um cliente desta cidade havia encomendado uma CNH através do esquema de Ivan'. José Claudir não possui CNH e 'não tem passagem pela polícia'.**

José Roberto Leite: **'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis uma fotocópia dos documentos pessoais (RG e CPF) e uma fotografia 3x4 de José Roberto. (...) Resultado da consulta através do CPF de José Roberto Leite, onde se pode verificar que José Roberto não possui CNH expedida em nenhum lugar do Brasil. (...) Obs: Pelo DETRAN de MT e RO é pedido o número do registro da CNH para efetuar a checagem. (...) Resultado da pesquisa criminal de José Roberto. Nada foi encontrado contra José Roberto. Endereço residencial em Brasília/DF. Existem dois processos judiciais em RO em nome de José Roberto Leite na seara cível, mas que já foram arquivados. Um no Juizado, de 2002, e outro na 6ª vara. Nos estados de MT, MS e DF não foram encontrados processos judiciais em nome de José Roberto'.**

Jovenal Vericimo dos Santos: **'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis uma fotocópia da CNH de Jovenal. (...) Resultado da consulta através do CPF de Jovenal, pode se verificar que Jovenal possui RENACH de MT mas não existe prontuário. Verifica-se que foi dado entrada no processo da CNH mas não foi dado continuidade, pois não foi feito nenhum exame médico ou psicológico, e nenhuma prova teórica ou prática. (...) Resultado da pesquisa criminal de Jovenal. Nada foi encontrado contra Jovenal Vericimo dos Santos. Obs: Não foram encontrados nenhum processo judicial em nome de Jovenal Vericimo dos Santos nos estados de MS e MT'. 'Jovenal nunca foi habilitado'.**

Lucivando Pereira de Barros: **'Lucivando Pereira Barros foi quem postou, via Sedex para Ivan, um envelope contendo fotocópias de documentos pessoais e fotografias de Antonio Vieira de França, João Vieira de França e Gileno Ferro da Silva. Lucivando já é habilitado pelo DETRAN/MS, na categoria AD'.**

Marina Agüero Martines: **'No malote oriundo da Busca e Apreensão na residência de Ivan Costa dos Reis foram encontradas duas fotocópias de CNH (Permissão) de Marina Agüero Martines, emitidas pelo DETRAN/MS, a primeira na categoria 'A' e a segunda na categoria 'AB', ambas vencidas em 22/09/2012. Marina Agüero Martines tinha permissão para conduzir (validade 01 ano) e levou multa, o que impede de tirar a CNH definitiva, por isso o marido dela, Cícero Carmo Mota, quer que Ivan transfira a multa para outra pessoa ou faça a habilitação pelo MT. Tais fotocópias foram enviadas para Ivan, com o intuito de emissão de CNH por aquele Estado', conforme o índice 1951072 (conversa interceptada entre Cícero Carmo Mota e Ivan). '(...) Permissão para conduzir vencida em 22/09/2012'.**

Osmar Gomes Francisco: **'Está com o nome escrito na lista 01 com um asterisco na frente do seu nome. Verifica-se que o Sr. Osmar não possui CNH'.**

Raul Boesio da Conceição Oliveira: 'No malote oriundo da Busca e Apreensão na residência de Ivan Costa dos Reis, foi encontrado um **papel com fotocópia de documentos pessoais – RG e CPF, fatura da conta de energia elétrica do mês de Janeiro 2013 e fotocópia da fatura de energia elétrica do mês Fevereiro de 2013** (faturas servem como comprovante de endereço), de **Raul Boesio da Conceição Oliveira. Raul não é habilitado**. Raul tem três, (01) CPF's regulares, sendo um (01) do Paraná e dois (02) do Mato Grosso. Raul tem processos, e já esteve preso, por receptação dolosa, Posse irregular de arma de fogo de uso permitido (revólver e munições). Conforme o índice 1931025, 'fica demonstrado que Raul manteve negociação de CNH com Ivan'. **Raul não possui CNH**.

Renam Ferreira de Sousa: 'No malote oriundo do cumprimento de Busca e Apreensão na residência de Ivan Costa dos Reis foi encontrada **fotocópia do RG de Renam Ferreira de Sousa** e no mesmo papel foi anotado manualmente o número do CPF (03394390337) e conforme consulta trata-se de seu CPF. Renam tem endereço em Nova Alvorada do Sul; já teve alguns registros policiais, como autor, por contrabando e/ou descaminho. **Renam não é habilitado** e já foi abordado pela PM conduzindo veículo automotor'.

Renan Henrique Da Silva: 'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis um **envelope sem documentos** em seu interior. O endereço de Thiago: Rua das Vassouras, 758, Campo Grande/MS, CEP: 79.045-272. O envelope foi postado no dia 09/10/2012. OBS: Dentro deste envelope foi encontrada **uma fotografia 3x4** de um Sr. com aparência de ter entre 50 e 55 anos'.

Santiago Alves da Costa: 'O malote oriundo da Busca e Apreensão cumprida na residência de Ivan Costa dos Reis, contém **cópia da CNH e parte do RG do mesmo com as anotações 'MD – AD', o que sugere uma mudança de categoria haja vista que a categoria da CNH do mesmo é AB**'. 'Conforme consulta ao sistema consta atualmente com a categoria AD'.

Sebastião Aparecido Alves: 'Está com o nome escrito na lista 01. Em checagem, verifica-se que o **Sr. Sebastião não possui CNH**. (...) Consulta Criminal: O Sr. Sebastião não possui passagem na polícia'.

Thiago Cristiano Vieira dos Santos: 'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis um envelope sem documentos em seu interior. O endereço de Thiago: Rua Miguel Lopes Falheiros, 249, Jatei/MS, CEP: 79.720-000. O envelope foi postado em 19/04/2012. O telefone fixado no envelope (67) 9967-7136. O telefone que está no nome de Jorge de Oliveira Moreira. Em consulta, Thiago reside no endereço descrito no envelope e não tem parentesco com Jorge (dono da linha telefônica)'.

Valdemir Ferreira da Silva: 'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis um envelope sem documentos em seu interior. **O endereço de Valdemir:** Rua José Virgulino de Souza, s/n, Vicentina/MS, CEP: 79.710-000. O envelope foi postado em 14/08/2012'. 'Valdemir tem CNH vencida desde 2010'. 'Em intercepções autorizadas **Ivan Reis faz contato com Ronaldo Teles de Menezes, proprietário do Centro de Formação Novo Milênio, e solicita RENACH para a pessoa de Valdemir**' (Índices 1954539 e 1955319). 'A restrição mencionada no áudio e a falta de renovação de CNH pode ser em virtude de acidente em que **Valdemir conste como autor** (BO 92/2010, data do fato 22/05/2010, local do fato: Vicentina)'.

Valdir Simão de Moura: 'Valdir Simão de Moura enviou uma carta via sedex para Ivan Costa dos Reis contendo em seu interior **fotocópias dos documentos pessoais (RG, CPF, Título de eleitor e reservista) e duas fotografias 3x4**. A correspondência foi postada na agência dos Correios de Glória de Dourados/MS no dia 16/07/2012'. **Valdir não possui CNH**. 'Obs: No dia 18/03/12, o Sr. Valdir foi preso por estar dirigindo embriagado na cidade de Jatei/MS. A narrativa da ocorrência indica que foi feito um Termo de Recolhimento de documentos, mas não especifica quais documentos foram recolhidos. Desta forma não dá para saber se foi recolhida uma CNH falsa ou não. No processo judicial movido pelo Ministério Público, o único crime denunciado foi o de embriaguez. Não consta crime por uso de documento falso ou dirigir sem possuir CNH. Após este fato, podem ter ocorrido as conversações entre Valdir e Ivan para aquisição da CNH' (BO 39/2012).

Valmor Bussolaro: 'Foi encontrado no apartamento de Ivan Costa dos Reis uma fotocópia dos documentos pessoais (RG e CPF) e uma fotografia 3x4 de Valmor. (...) Valmor não possui CNH expedida em nenhum lugar do Brasil. (...) Não existe processo judicial em MS, MT e RO em nome de Valmor Bussolaro'.

Observa-se, ainda, que foram encontrados na residência de Ivan documentos de pessoas moradoras em Rondônia, Goiás e Brasília/DF, podendo concluir que se constituem em indícios de fraudes na emissão de carteira de habilitação (f. 1967). Os documentos de f. 167-454, 590-592, 847-1107 e 1987-2030 tratam de fatos ocorridos em Anastácio, onde estão sendo apurados.

*Releva anotar que os documentos apreendidos na residência do réu **Ivan**, conforme visto acima, revelam indícios idôneos de que havia uma significativa coleta de documentos de pessoas que não tinham habilitação para conduzir veículo automotor. Ao que tudo indica, os documentos seriam encaminhados, através de Ivan, para Cuiabá/MT onde efetivamente ocorria a falsificação das carteiras de habilitação.*

*Cumprе destacar que, conforme acima posto, os documentos de Aparecido Vítor da Silva, apreendidos na residência do acusado **Ivan**, revelam fortes elementos indicando que mantinha relação com o acusado **Humberto** na fraude consistente de carteira de habilitação:*

*'(...) contém uma Carteira Nacional de Habilitação em nome do cidadão Aparecido Vítor da Silva, cuja primeira habilitação consta com data de 17/03/1984 e a data da emissão – quando da renovação 23/03/2006 – com vencimento em 22/03/2011. Foram realizadas consultas no SERPRO, no DETRANMT e no INFOSEG em 10/04/2013 e **não foram encontrados quaisquer registros de processo ou de emissão de CNH, ou seja, Aparecido não é e nunca foi habilitado**'.*

A assinatura do espelho da CNH 'é de Teodoro Moreira Lopes que consta como sócio proprietário da Autoescola Girassol (f. 662), tendo ainda como sócio Humberto de Campos Silva.

O réu Ivan utiliza veículo Honda/Civic (recibo apreendido na busca) em nome da Autoescola Girassol'.

*Soma-se a isto os elementos aferidos pela análise dos documentos de f. 807-833 que comprovam que o acusado **Ivan** trabalhava na Autoescola Girassol em Cuiabá, tendo como sócios Teodoro Moreira Lopes, Eugenio Ernesto Destri, Rosimeri Aparecida Rebonato e o réu **Humberto de Campos Silva**, sendo que há licenciamento e recibo do veículo utilizado por **Ivan** em nome da Autoescola Girassol. Ainda, foi apreendida a carteira de trabalho contendo anotação de **Ivan Como Funcionário Da Autoescola Girassol**.*

Na carteira de trabalho referida, constata-se que a data de admissão de Ivan, na função de instrutor na Autoescola Girassol, em 01/07/2009, não havendo registro de data de saída (f. 817-823).

*Veja-se que nos documentos citados, em 13/02/2011, **Ivan**, como Diretor de Ensino, e o réu **Humberto**, como Diretor Geral, formularam requerimento dirigido ao presidente do DETRAN/MT na época, Teodoro Moreira Lopes, concernente aos alunos da autoescola Girassol (f. 813-815).*

*Sobremais, releva chamar a atenção que na carteira de trabalho apreendida, o acusado **Ivan** foi instrutor também, na Autoescola Novo Milênio Localizada em Cuiabá de 01/06/2000 a 30/10/2002.*

*Na fraude perpetrada também restou demonstrada pelo laudo pericial de exame documentoscópico, às f. 565-576, no qual foram periciadas diversas carteiras nacionais de habilitação, dentre elas a de **Ivan Costa dos Reis** e **Augusto Lopes dos Reis**, apresentando a conclusão que segue:*

*‘ (...) As CNH’s em nome de **Augusto Lopes Dos Reis**, **Aparecido Vitor da Silva** e **Ivan Costa dos Reis** (030638520) apresentaram suporte autêntico. Entretanto, **não exibiram todos os elementos de segurança comuns aos documentos oficiais de mesma ordem. Tratando-se de documentos inautênticos**’.*

*E prosseguiu, fazendo constar que a fraude consistiu na: ‘**subtração dos dados anteriores e posterior impressão dos aparentes nas CNH’S.**’ (f. 576)*

Portanto, a prova pericial demonstrou exatamente como se dava a falsificação das carteiras de habilitação, inclusive parte dos elementos da carteira são autênticos e a outra parte inautêntica, exatamente como esclareceu a testemunha, cujo depoimento foi citado acima (Fábio Henrique Soares Nogueira).

Finalmente, cumpre analisar as interceptações telefônicas cuja legalidade já foi objeto de análise acima.

As interceptações telefônicas de f. 1139-1287, 1360-1424, 1535-1561 e 1687-1697 referem-se a fatos ocorridos em Anastácio e o relatório de f. 1698-1773 está em duplicidade.

Confira-se o que segue transcrito no relatório das interceptações em tela:

I - Período de 30/10/2012 a 29/11/2012.

Linhas: (65) 9974-7618, (65) 9992-3218, (65) 9626-2680, (67) 9845-3500

Operadora: Vivo

Nome: Ivan Costa dos Reis

F. 1138/1149, 1517

Índice: 1831136

É solicitado a Ivan que olhe o processo de renovação de CNH de cliente, sendo o processo concluído em 07/11/2012 – f. 1517

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9973-7536

Data: 30/10/2012

Horário: 15:16:11

Observações: @ Ivan X HNI acerto processo

*Transcrição: Ivan diz para HNI que está no sindicato, no Detran, e informa que o rapaz não depositou nada. **HNI fala que vai passar (o dinheiro) para ele.** HNI pergunta se Ivan viu o da Marline, mas ele diz que **deixou uma lista grande com o pessoal do Detran para ser visto.** HNI pede que Ivan veja um **processo de renovação de seu pai** e passa o nome José de Jesus Miranda, CPF 307.716.911-20, fala que estava sem a taxa paga, mas já pagou. Observação: o CPF passado é inválido. O CPF correto é 387.716.911-20 (f. 1517).*

Índice: 1832937

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-2618

Fone do Contato: (65) 9634-0830

Data: 31/10/2012

Horário: 11:53:23

Observações: @ conta bancária Ivan

*Transcrição: Marcelo pede os dados bancários de Ivan, para realizar transferência, e ele passa a agência 2373-6 e a conta corrente 33006X, também confirma seu nome completo Ivan Costa dos Reis. **Marcelo passa R\$1.000,00.***

Índice: 1835229

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9663-7591

Data: 01/11/2012

Horário: 11:46:04

Observações: @ Ivan X Xará

Transcrição: Ivan fala para HNI, chamado de Xará, que o 'cara depositou'. HNI diz que então vai marca a consulta com o oftalmologista.

Índice: 1844517 (Ivan manda encomenda para Jateí)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9914-1165 (a linha está em nome de Nelson Hiromitsu Inoue).

Data: 06/11/2012

Horário: 08:23:28

Observações: @ Ivan X Boy

*Transcrição: Boy liga para Ivan e fala que a encomenda não chegou. Ivan fala que mandou faz 5 dias por carta registrada, que ele **mandou para o Mercado do Boy (localizado em Jateí)**. Ivan disse que pelo feriado a encomenda deve ter ficado em Campo Grande.*

Índice: 1844899

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9945-0344

Data: 06/11/2012

Horário: 17:07:17

Observações: @ Ivan X MNI

*Transcrição: Ivan fala que ganhou uma ação de R\$ 110.000,00 em Confresa. Ivan disse que vai montar um escritório em Confresa/MT. **O rapaz da Autoescola vai ceder uma sala para Ivan** montar o escritório em Confresa/MT.*

Índice: 1845707

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone de Contato: (65) 9697-9394

Data: 07/11/2012

Horário: 16:59:59

Observações: @ Ivan X Estefania

Transcrição: (...) A secretaria liga no fone fixo de Ivan e pergunta se ele conhece alguém de Autoescola que ela quer tirar CNH, e ele diz a Estefania em tom de ironia que conhece todos.

Índice: 1846751

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9615-3107

Data: 09/11/2012

Horário: 09:16:17

Observações: @@ Marquinho X Ivan

*Transcrição: Marquinho fala para Ivan para ele anotar esse número porque ele comprou o aparelho celular ontem. **Ivan diz que vai passar o número para Marquinho ligar só a cobrar, porque esse está muito manjado.** Ivan fala que o número é da Brasil Telecom: 8406-9942. Marquinho fala que vai ficar com esse número por pelo menos 6 meses. Ivan pergunta se 'apareceu algum projeto'. Marquinho diz que foi por causa disso que ligou, porque segunda-feira **'o menino vai trazer duas encomendas daquela'**. Ivan fala: eu acho que já dá pra protocolar o processo lá no fórum já na segunda-feira mesmo'. Marquinho fala: 'ele veio aqui hoje, primo de um daqueles lá, veio aqui, aí eu passei os dados pra ele, o que tem que tirar cópia, tal, (...) aí eu te ligo. Aí se agenda esse aqui, que esse é meu'.*

Índice: 1850669

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (66) 8447-3530

Data: 12/11/2012

Horário: 17:14:57

Observações: @ Ivan X HNI

Transcrição: HNI diz que está em Goiânia, mas amanhã está de volta. **Ivan diz que está precisando de R\$2.000,00 (HNI pode ser sócio).** Falam sobre processo judicial.

Índice: 1850635

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9635-6331

Data: 12/11/2012

Horário: 16:50:15

Observações: @ Ivan X Marquinhos

Transcrição: Ivan liga no aparelho celular de MNI para falar com Marquinhos, e este lhe diz: 'e aí o cara até agora nada, pô, em vez de trazê o trem, ficô só na conversinha'. Ivan: 'ele foi sexta-feira aí e baruiô sua cabeça, foi?'. Marquinhos: 'baruiô, tudo, converso, aí eu já liguei pra ele umas duas vezes, nada, aí eu liguei pra mulê dele. (...) (imitando a voz da mulher) não, o fulano tá aqui, com os negócio aqui, só tá faltando tirá'.

Índice: 1852932: **Ivan comenta de possível suborno que teria sido recebido e alguém não teria passado a parte de Ivan**

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (66) 9663-5070

Data: 14/11/2012

Horário: 18:56:31

Observações: @ HNI X Ivan

Transcrição: HNI quer se encontrar com Ivan para entregar as chaves da casa para os pais de HNI. Depois falam de alguém que **supostamente teria recebido um dinheiro e teria que passar uma parte para Ivan**. HNI fala que não aconteceu 'porque é o seguinte, **suborno não mete na mão de gente otária entendeu**, vai que vai passa nome, na mão da Léia pra Léia fazê o negócio, não tem como, então, ele mesmo porque tem que se um cara, porque tem que ser gente inteligente pra fazê isso, entendeu. Gente esperta, entendeu. Mas eu acho que ele não embolsou nada não, cada'. Depois de uma pausa, HNI finaliza: 'Mas assim, ali a gente vê teoria da conspiração o tempo todo, né? Ali é um querendo comê o outro'.

Índice: 1855025: Ivan conversa com sua namorada que mora em Glória de Dourados

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (67) 9845-3500

Fone do Contato: (...)

Data: 17/11/2012

Horário: 22:04:39

Observação: @ Ivan X Patrícia

*Transcrição: Ivan fala que vai amanhã para Confresa de ônibus e **volta de carro com o rapaz da autoescola.***

Índice: 1865919

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9939-4949

Data: 27/11/2012

Horário: 15:25:22

Observações @ Elisson X Ivan

Transcrição: Elisson (de Poconé/MT) diz que precisava começar aula teórica hoje e acabar sábado de manhã. Ivan diz que não tem como por causa do serviço de Confresa. Ivan pergunta sobre o Ivan Véio (outra pessoa que possa dar a aula) e Elisson diz que Ivan Véio quer dar somente duas ou três horas/aula por dia.

Índice: 1855269

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone de Contato: (67) 9941-7581 (a linha está em nome de Josiane Moraes Pego)

Data: 18/11/2012

Horário: 19:35:35

Observações: @ HNI X Ivan

*Transcrição: HNI pergunta se Ivan esqueceu dele. Ivan diz que não esqueceu não, mas é que o 'negócio está meio embaçado', mas **vai para lá (Jatei?) no dia 23, para acertar com HNI e mais uns dois. HNI diz que 'eles' queriam pegar o documento (seria CNH?), e depois fala que vão aguardar.***

Índice: 1864518

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: 08007042660

Data: 26/11/2012

Horário: 12:03:57

Observações: @Ivan X Global

Transcrição: Ivan deve 3 prestações do carro. Ivan passo o CNPJ 05.750.470/0001-96 em nome de Escola Teórica de Trânsito Girassol. Ivan quer pagar a parcela mais atrasada. O carro que Ivan anda é um Honda City EX, cor preta, ano 2010, placas NUE-1159 de Cuiabá/MT.

II) Período de 12/12/2012 a 10/01/2013 (Vivo)

Período de 13/12/2012 a 11/01/2013 (OI/BRT)

Linhas: (65) 8406-8842 – OI/BRT e (65) 9974-7618 – Vivo, ambas de Ivan;

Linhas: (65) 9615-3107 – Vivo de Marquinhos, contato de Ivan

Linhas: (66) 8447-3530 – OI/BRT, de Klennio M. da Silva, sócio de Ivan

F. 1425/1438:

Índice: 1890652: Ivan vai viajar para o MS e quer documento de seu carro

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: (...)2012

Observação: @ Ivan pegar documento no DETRAN

Transcrição: Ivan pergunta até que horas o DETRAN/MT é aberto. HNI (Humberto??) diz que até as (...) Pegar documento do carro do Ivan, mas está no nome de HNI (Humberto??) que diz que está no DETRAN e vai pegar o documento, porque só ele pode pegar.

Índice: 1900975

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9981-3383

(...)

Horário: 15:05:48

Transcrição: Ivan pergunta a Santiago se é verdade o que andam comentando. Santiago diz que sim. Ivan fala que quem não gosta de autoescola vai ter que 'engolir'. Santiago fala que foi na Assembleia e que estão querendo colocar outra pessoa. **Ivan diz que com o apoio de Mauro Savi ele vai conseguir.**

Índice: 1901258

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9622-7669

(...)

Observação: @ HNI X Ivan

Transcrição: Ivan diz que **Humberto vai ser diretor de habilitação do DETRAN**, indicado pelo deputado Mauro Savi.

Índice: 1846751

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9615-3107

(...)

Observação: @ Marquinhos X Ivan

Transcrição: Marquinho fala para Ivan para ele anotar esse número porque **ele comprou o aparelho celular ontem**. Ivan diz que vai passar o número para Marquinho **ligar só a cobrar, porque esse está muito manjado**. Ivan fala que o número é da Brasil Telecom: 8406-9942. Marquinho fala que vai ficar com esse número por **pelo menos 6 meses**. Ivan pergunta se 'apareceu algum projeto'. Marquinho diz que foi por causa disso que ligou, porque segunda-feira **'o menino vai trazer duas encomendas daquela'**. Ivan fala: eu acho que já dá pra protocolar o processo lá no fórum já na segunda-feira mesmo'. Marquinho fala: 'ele veio aqui hoje, primo de um daqueles lá, veio aqui, aí eu passei os dados pra ele, o que tem que tirar cópia, tal, (...) aí eu te ligo. Aí se agenda esse aqui, que esse é meu'.

Índice: 1899203: Cliente do MS consulta Ivan sobre CNHs

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 99974-7618

Fone do Contato: (67) 9942-5242

(...)

Observação: @ Ivan fala sobre CNHs

Transcrição: HNI pergunta se Ivan só mexe com pessoas que não tem CNH e Ivan (...) diz que tem uma pessoa que quer mudar a categoria mas o endereço é de MS e (...) desse jeito ele não faz porque dá muito trabalho.

Índice: 1884015

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9965-5679

(...)

Observação: @ Osmar X Ivan

Transcrição: Osmar quer falar com Ivan sobre o negócio da carteira (CNH?). Osmar está falando (...) telefone da esposa. Osmar trabalha no lava jato e é amigo do Raul, do Pedra (...) quer falar por telefone, quer falar pessoalmente.

Índice: 1884679

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9225-9471

(...)

Observação: @ Osmar X Ivan

Transcrição: Osmar liga para Ivan e marcam de se encontrar no lava jato daqui 10 minutos.

Índice: 1880354

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (...)

Data: 15/12/2012

Horário: 09:57:50

Observação: @ Marquinhos X Odair

Transcrição: Marquinhos diz que já ligou para 'ele', que disse que o documento (seria CNH?) já está com o Sidnei e lá pelo dia 6 ou 7 de janeiro vai arrumar o documento. Marquinhos diz que se 'ele' não entregar o documento até o dia 7, 'ele' devolve o dinheiro. Odair diz que não vai ficar no prejuízo, que se for preciso vai lá (em Cuiabá) cobrar o dinheiro pago.

Índice: 1882334

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (...)

Data: 16/12/2012

Horário: 20:25:39

Observação: @ Marquinhos X Dodo

Transcrição: Dodo pergunta como é que está o negócio do menino (pode ser o Odair) e Marquinhos diz que conversou com 'o homem' e ele pediu um prazo para janeiro e ainda disse que só esse é que deu rolo, o restante todos deram certo. Dodo diz que o pai dele (de Odair) está esperando e Marquinhos fala que se não der certo devolve o dinheiro. Dodo pergunta se entrou em contato com 'o menino de Cuiabá' e Marquinhos diz que fala com 'ele' todo dia, e 'ele' falou que até o dia 6 de janeiro vai resolver.

Índice: 1886797

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (...)

Data: 19/12/2012

Horário: 09:49:53

Observação: @ Otávio X Marquinhos

Transcrição: Marquinhos diz que em janeiro HNI entrega a CNH ou o dinheiro. HNI até queria pagar um juro do atraso na entrega da CNH. Otávio diz que espera até janeiro e não quer saber de juro. Marquinhos diz que já faz 4 meses que está enrolado. HNI mora na mesma cidade de Marquinhos.

Índice: 1899297

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (...)

Data: 08/01/2013

Horário: 08:28:42

Observação: @ Marquinhos X MNI

Transcrição: Marquinhos pede para MNI falar para Odair que o negócio deu tudo

errado e agora vai devolver o dinheiro pra ele e mais três pessoas. Marquinhos fala que Ivan deu um golpe, e por causa disso mandou 'uns meninos meu lá em Cuiabá dar um aperto no Ivan mas Ivan reagiu 'e os menino deram um pipoco nele lá' e o sobrinho de Marquinhos foi preso por causa disso. Diz que depois disso Ivan sumiu e ninguém sabe mais dele. Marquinhos fala que não tem condições de devolver o dinheiro à vista para todos, que vai ter que negociar essa devolução. Diz ainda que vai responder processo por ser mandante da tentativa de assassinato de Ivan e está sendo muito prejudicado também.

Índice: 1899945

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (...)

Data: 08/01/2013

Horário: 16:51:55

Observação: @ Marquinhos X Odair

Transcrição: Marquinhos diz que falou com a esposa de Odair e já explicou a situação da CNH. Diz que mandou dois 'meninos' (o cunhado e o sobrinho) para falar com Ivan e não deu certo porque Ivan reagiu e pegou dois tiros em Ivan e o cunhado de Marquinhos ficou preso porque Ivan registrou o B.O. Marquinhos se propõe a pagar esta dívida e coloca um terreno à disposição dos credores. Marquinhos diz que está triste por causa da traição de Ivan.

Índice: 1901715

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Data: 10/01/2013

Horário: 08:48:56

Observação: @ Marquinhos X MNI

*Transcrição: Marquinhos liga para MNI dizendo que não está enrolando ninguém (sobre o negócio da CNH). MNI tem um namorado chamado Leandro que **comprou a CNH com Marquinhos e Ivan**. MNI diz que Marquinhos está enrolando faz 6 meses. Marquinhos diz que é culpa do Ivan que pegou o dinheiro e sumiu. Marquinhos diz que marcou para se encontrar com Ivan mas ele não foi. Marquinhos diz que vai vender um terreno para pagar as pessoas que compraram a CNH. **Leandro pagou R\$1.000,00 pela CNH.***

Índice: 1888055: Klennio é de Confresa/MT onde tem autoescola e Ivan tem parceria

Operação: CNH

Nome do Alvo: Klennio M. da Silva

Fone do Alvo: (66) 8447-3530

Fone do Contato: (...)

(...)

Observação: @ Klenio X Daiane

Transcrição: Klenio diz que Silvio está 'queimando' o Alumínio no negócio do 'car', (...) o aparelho celular no viva voz para o seu Helias ouvir. Klenio diz: 'o que (...) de dizer é que a diferença do 'car' é pra nós pagar a propina do povo lá, né'. Daiane (...), nossa, o Silvio é muito besta, não sabe nem ganhar dinheiro (risos)'. Quem (...) Klenio foi o Polaco. Depois Daiane pergunta sobre o negócio da custódia e Klenio (...) pra hoje não dá mais, só pra amanhã. Daiane falou que o filho do (...), e ela disse que para amanhã sairia o negócio da custódia.

Índice: 1889392

Operação: CNH

Nome do Alvo: Klennio M. da Silva

Fone do Alvo: (66) 8447-3530

Fone do Contato: (...)

(...)

Observação: @ Vagão X Klenio

*Transcrição: (...) do processo da terra. Klenio deve dinheiro para Vagão, mas Vagão (...) sobre muitas. Vagão diz que está tendo dor de cabeça com as muitas. (...) o cara que levou as multas está no Pará, e está demorando para voltar. (...) está pensando em **pegar uma CNH de um falecido para colocar as multas**. (...) não tem problema, é só mandar uma cópia autenticada da CNH para cada (...) do falecido, e Klenio fala que vai fazer tudo hoje.*

Índice: 1890190

Operação: CNH

Nome do Alvo: Klennio M. da Silva

Fone do Alvo: (66) 8447-3530

Fone do Contato: (67) 8406-9942

(...)

Observação: @ Klenio X Ivan

*Transcrição: Klenio **pede os dados bancários de Ivan**: Ag. 2373-6, C/C 33006-X.*

Índice: 1890280

Operação: CNH

Nome do Alvo: Klennio M. da Silva

Fone do Alvo: (66) 8447-3530

Fone do Contato: (...)

(...)

Observação: @ Klenio X Beto

Transcrição: Klenio pergunta para Beto quando ele pretende fazer a banca (prova) e Beto (...) não sabe, mas pretende fazer dia 14, ou alguma data em janeiro. Klenio (...) dia 14 é muito em cima. Por fim, Beto diz: 'não esquentar'.

III) Período de 31/01/13 a 03/03/13

Linha: (65) 9974-7618 – Vivo

Linha: (65) 8406-8842 OI/BRT, ambas de Ivan;

Linha: (65) 9615-3107 – Vivo, de Marquinhos (contato de Ivan); Linha: (65) 9981-3383 – Vivo, de Humberto/DETRAN/MT

F. 1500/1533

Índice: 1919291:

Ivan, que atualmente reside em Cuiabá/MT, vem passar o feriado de carnaval em Jateí/MS e faz contato com as pessoas que aliciam clientes para CNH no Estado

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9928-1102

Data: 31/01/2013

Horário: 09:08:28

Observações: @ Ivan X HNI

Transcrição: Ivan diz que vai para casa da mãe (Jateí/MS) no carnaval.

Índice: 1921496:

Gilmar Rabelo Ferreira é um dos aliciadores no MS

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564 (a linha está em nome de Enilda Laurinda da Silva Corin)

Data: 01/02/2013

Horário: 09:16:59

Observações: @ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar diz que está com mais R\$1.000,00 e 'o cara quer', (...) 'é um lá de Xanxerê'. Ivan pergunta o nome daquele HNI que Gilmar passou porque Ivan diz que está com uns três, mas não anotou qual é o (cliente?) de Gilmar. Gilmar diz que só sabe o apelido, mas à tarde vai ligar pra HNI para saber o nome. Ivan fala que vai para onde Gilmar está no carnaval (MS), e se esta confirmação vier rápido, talvez dê tempo de levar (CNH?). Gilmar diz que também precisa mandar o documento e o dinheiro de outro HNI

(para Cuiabá/MT??) e quer saber como é que vai fazer. Gilmar fala que na Páscoa o CHICO vai passar na casa dele e deixar o restante do dinheiro e 'já quer ela' (CNH?!). Ivan diz que por volta das 12:00h voltam a conversar.

Índice: 1921954

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 01/02/2013

Horário: 12:08:31

Observações: @ Gilmar X HNI (na verdade, Ivan)

Transcrição: Gilmar é de MS e vai direto na casa da mãe de Ivan. Ivan diz que vai mandar por mensagem o endereço e o número da conta para Gilmar enviar o dinheiro e os documentos do cliente da CNH. Gilmar ainda não descobriu o nome do cliente que Ivan havia pedido pra ele, mas diz que até à noite tem esta informação. Gilmar diz que vai mandar os documentos por carta registrada e que o cliente que está pagando agora quer categoria 'C'. Ivan pergunta qual a categoria do outro cliente que ele levou para Cuiabá e Gilmar diz que é categoria 'AB'.

Índice: 1921965

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 01/02/2013

Horário: 12:16:58

Observações: @ Ivan X Gilmar

Transcrição: Gilmar confirma que recebeu a mensagem no celular. Detalhes SMS '01/02/2013 12:18:20 (tipo: envio) Rua: Professor Rafael Rueda n 310 sala 03. Bairro Bosque da Saúde. Cuiabá/MT'. '01/02/2013 12:20:42 (tipo: envio) Agência: 2373-6 Conta 33006-X Banco do Brasil Ivan Costa dos Reis'.

Índice: 1924132

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 02/02/2013

Horário: 12:06:32

Observações: @ Ivan X Gilmar

Transcrição: Gilmar fala que o nome do cara é Ismael da Silva Rocha e outro lá ele vai fazer contato na segunda-feira.

Índice: 1929088

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 06/02/2013

Horário: 11:49:54

Observações: @ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar diz que acabou de depositar o dinheiro e que mandou também (cópia) dos documentos por carta registrada. Ivan fala 've com o cara lá se ele consegue mandar o restante que acho que dá tempo de levar'. Gilmar pergunta quando Ivan vai, Ivan diz que está querendo ir dia 9 ou 10. Gilmar pergunta 'essa outra aí, até a semana da Páscoa dá?', Ivan diz que acha que dá. Gilmar diz que o rapaz vai passar na semana da Páscoa pra pegar e deixar o resto do dinheiro. Gilmar fala que depositou 993, porque foi 7 reais lá (tarifa).

Índice: 1933110

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 08/02/2013

Horário: 18:45:08

Observações: @ Ivan X Gilmar

Transcrição: Ivan pergunta de Gilmar vai ver o Ismael, Gilmar fala que ele está de férias e não chegou e diz 'mas daí você traz, que até você ir embora ele já chega'. Ivan pergunta se terça-feira ele vai estar lá, Gilmar diz que amanhã vai perguntar para mulher dele.

Índice: 1938134

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 12/02/2013

Horário: 11:59:17

Observações: @ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar fala que tem um menino que era de Dourados e precisava pegar um serviço lá, que ele tem 22 anos e queria AB, Gilmar pergunta se dá certo. Ivan fala que chega lá daqui a pouco, Gilmar fala que está no serviço e que o menino está lá. Ivan fala que dá e pergunta se ele está com dinheiro, Gilmar diz: 'tá, daí você já levava e trazia na Páscoa', Ivan fala 'então beleza'.

Índice: 1938167

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 12/02/2013

Horário: 12:22:48

Observações: @ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar diz que está com o dinheiro e o documento do cara, Ivan está em Ponta Porã e fala que lá por cinco e meia chega.

Índice: 1921976

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9668-3120

Data: 01/02/2013

Horário: 12:19:45

Observações: @ Ivan X HNI

Transcrição: Ivan pergunta se HNI descobriu a casa 'do cara' e HNI diz que vai na casa dele agora. HNI é de MS.

Índice: 1922007

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9668-3120

Data: 01/02/2013

Horário: 12:33:09

Observações: @ HNI X Ivan

*Transcrição: HNI informa o nome do cliente que Ivan queria saber: Wilson Pádua Rodrigues. **HNI pergunta se Ivan não tinha lá? (levou os documentos). Ivan justifica de novo que os clientes estavam misturados e não sabia que este (Wilson) era cliente encaminhado por HNI.***

Índice: 1932975

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9668-3120

Data: 08/02/2013

Horário: 17:21:36

Observações: @ HNI X Ivan

Transcrição: Ivan diz que não sabe se vai dar tempo de levar 'aquele negócio', porque o cara foi aplicar uma prova no interior e não voltou até hoje. Ivan fala que acha que sai amanhã cedo.

Índice: 1932996:

Outro aliciador de clientes para Ivan Reis no MS é a pessoa de Geraldo de Oliveira, a qual Ivan trata por 'Toinho'

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9972-1363 (a linha está em nome de Geraldo de Oliveira)

Data: 08/02/2013

Horário: 17:26:59

Observações: @ Toinho X Ivan

*Transcrição: **Toinho diz que vai falar rápido no telefone e pergunta como estão os 'processos'. Ivan diz que está indo para Jateí/MS e fala que as fotos não prestaram porque mandaram fotografias velhas e não passou lá, e fala para eles agilizarem fotos novas, porque IVA está indo para lá e pega.***

Índice: 1936907

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9972-1363

Data: 11/02/2013

Horário: 10:46:48

Observações: @ Toinho X Ivan

Transcrição: Toinho fala 'tá na mão (...) você quer que eu leve aí?', Ivan fala pra ele dar um pulo lá, Toinho diz que vai lá conversar um negócio e que está negando que Ivan está na cidade.

Índice: 1936999

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9972-1363

Data: 11/02/2013

Horário: 11:27:18

Observações: @ Ivan X Toinho

Transcrição: Toinho chama Ivan de primo e está na casa da mãe do Ivan. Ivan fala para deixar com a mãe, porque ele teve que sair. Toinho pergunta se são duas fotos, Ivan diz que são duas, Toinho fala que tem um cara que ele só conseguiu uma, Ivan fala para deixar lá. Toinho fala que o outro cara não está na cidade e pergunta se ele ainda deve, Ivan diz que deve, Toinho pergunta se Ivan tem noção de quando 'isso aí' vem, se esse mês vem; Ivan fala que vai agilizar, que vai fazer força. Toinho pergunta se Ivan vai mandar no nome dele Ivan diz que sim.

Índice: 1951072

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9958-8628 (a linha está em nome de Cícero Carmo Mota).

Data: 22/02/2013

Horário: 09:38:09

Observações: @ Cícero Mota X Ivan

*Transcrição: Cícero fala que aquele negócio não deu certo, que ele foi transferir com o Tequinho para renovar, mas acha que eles fizeram a multa pelo CPF. Ivan fala que o cara garantiu que aquilo (pontos?) transferia no outro dia. Cícero diz que Tequinho falou que o jeito é ver se Ivan não faz a habilitação no MT, Ivan pergunta 'mas ela perdeu então', Cícero fala que não perdeu porque não transferiram, mas que eles foram fazer agora para pegar a definitiva, mas fizeram o cadastro só pelo CPF, Ivan pergunta se ela está ainda no Mato Grosso do Sul, Cícero diz que deve estar porque não apareceu ainda a multa e o Tequinho acha que o Ivan consegue fazer pelo MT, Ivan pede os dados dela para ir no DETRAN e ver se o cara transferiu, **Cícero passa o CPF n. 007.842.071-78, número de registro 05309978806,***

nome Marina Aguero Martinez. Ivan diz que o DETRAN lá só abre uma hora e ele vai verificar. (P.S. Marina Aguero Martinez tinha permissão para conduzir (validade 01 ano) e levou multa o que impede de tirar a CNH definitiva, por isso querem que Ivan transfira a multa para outra pessoa ou faça a habilitação pelo MT).

Índice: 1926479

*Marcos Roberto Machado Lima, o Marquinhos, é de Nortelândia/MT no interior de Mato Grosso, e **alicia clientes para Ivan na região***

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9932-2042 (em nome de Ronaldo Almeida dos Santos)

Data: 04/02/2013

Horário: 09:46:51

Observações: @ Ronaldo X Marquinhos

*Transcrição: Ronaldo pergunta se o menino do Lourival está por lá ainda, Marquinhos pergunta 'quem?'; Ronaldo diz o Ivan, Marquinhos fala que está lá em Cuiabá. **Ronaldo pergunta se ele mexe com habilitação ainda, Marquinhos fala 'mexe com aquele negócio ainda'**. Ronaldo diz que depois liga para Marquinhos.*

Índice: 1926605

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9932-2042

Data: 04/02/2013

Horário: 10:40:55

Observações: @ Ronaldo X Marquinhos

*Transcrição: **Ronaldo diz 'o menino aqui tá querendo só A, só pra moto', e tem também o concunhado de HNI que quer trocar de categoria de AB para AD. Maquinhos fala que vai tentar ligar pra ele no escritório e retorna pra Ronaldo.***

Índice: 1929330

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9932-2042

Data: 06/02/2013

Horário: 16:02:33

Observações: @ Ronaldo X Marquinhos

Transcrição: Ronaldo pergunta se Marquinhos viu o preço, Marquinhos fala que AB é R\$1.500,00, Ronaldo fala que 'não, a outra', Marquinhos fala que não faz, porque como ele já tem o nome no RENACH, para fazer a troca é mais complicado, porque já existe um processo lá, aí teria que descer de novo, fica muito caro e não compensa. Marquinhos fala que ele (Ivan?) ia cobrar uns dois contos para mexer, aí fica mais caro que mexer com autoescola mesmo e pedir transferência do Paraná para MT é complicado. Marquinhos fala que se ele resolver fazer é R\$1.500,00.

Índice: 1929808

Cunhado de Marquinhos tira CNH com Ivan

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9610-1655

Data: 06/02/2013

Horário: 21:00:34

Observações: @ Marquinhos X HNI (Cunhado)

Transcrição: HNI pede para Marquinhos ver pra ele lá, que o técnico de segurança está enchendo o saco. HNI diz que pegou um papel da autoescola em que tirou a carteira e levou para ele (técnico de segurança) e falou que está mudando lá e que a carteira D molhou e HNI é cunhado do Marquinhos. (HNI = Lulinha).

Índice: 1931192

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9610-1655 (a linha está em nome de Alcenir Oliveira de Almeida)

Data: 07/02/2013

Horário: 19:30:33

Observações: @ Marquinhos X HNI (Cunhado)

Transcrição: Marquinhos diz que falou com (ele?) e só semana que vem, porque essa semana não sai nada, que está todo mundo parado e viajando, então não tá saindo nada no 'órgão lá', que é carnaval e a turma fica enrolada lá. HNI diz que está beleza.

Índice: 1926666

Marquinhos explica como é o esquema da CNH

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9659-3693 (a linha está em nome de Marizete Mendes de Laura)

Data: 04/02/2013

Horário: 11:22:20

Observações: @ HNI X Marquinhos

Transcrição: HNI pergunta como que está fazendo o negócio da carteira, Marquinhos fala que ele faz por R\$1.500,00, que fazer só A fica a mesma coisa de AB, que é melhor fazer carro e moto logo. Marquinhos diz que ele pede para depositar R\$1.200,00 e R\$300,00 a hora que chegar, porque R\$1.200,00 é do cara do DETRAN e os R\$300,00 é dele.

Índice: 1941936

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9610-1655

Data: 14/02/2013

Horário: 20:24:25

Observações: @ Marquinhos X Ivan

Transcrição: Ivan fala que sai amanhã cedo e (...) tá na mão já o negócio, que é dó chegar lá, Marquinhos diz que o cunhado dele está lá agoniado, Ivan diz para avisar ele que essa semana que vem vai resolver isso.

Índice: 1948287

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9974-7618

Data: 19/02/2013

Horário: 20:50:27

Observações: @ Marquinhos X Ivan

Transcrição: Marquinhos pergunta se 'o homem foi exonerado' do setor de habilitação (estão falando de Humberto do DETRAN MT) e Ivan confirma que sim. Ivan pergunta: 'E o serviço lá, o que que virou?'. Marquinhos: 'Não virou nada'. Ivan retruca: 'Uai, e o 'acerto', ficou certo?'. Marquinhos diz: 'Ficou, uai. Não vou mexer com esse povo não, não deu processo não, Ivan'. Depois Ivan fala: 'Marquinhos, o cara falou (...) lá por quinta feira diz que tá pronto'. Marquinhos pede então que Ivan mande pra ele (CNH?) porque 'o técnico de segurança do trabalho está enchendo o saco dele aqui' (CNH do cunhado de Marquinhos).

Índice: 1953078

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (65) 9949-7508(a linha está em nome de João Rodrigues dos Santos)

Data: 25/02/2013

Horário: 10:52:31

Observações: @ Marquinhos X HNI

Transcrição: Marquinhos reclama que HNI está falando mal dele, mas não é ele (Marquinhos) que está enrolando e diz que liga todo dia para o cara de Cuiabá e ele diz que 'está mexendo'. Marquinhos fala para irem na próxima semana à Cuiabá falar pessoalmente com o cara.

Índice: 1953343

Operação: CNH

Nome do Alvo: Marquinhos

Fone do Alvo: (65) 9615-3107

Fone do Contato: (...)

Data: 25/02/2013

Horário: 17:07:45

Observações: @ Marquinhos X Ivan

Transcrição: Marquinhos pergunta 'e aí o negócio?', Ivan diz que está na cola do cara desde ontem, mas ele não atende, que vai na casa dele hoje à noite e dá um alô, Marquinhos fala para Ivan arrumar esse trem, porque o cara está enchendo o saco do (...), que ele tá precisando mesmo.

Índice: 1954029

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (67) 8406-9942

Fone do Contato: (...)

Data: 26/02/2013

Horário: 18:23:20

Observações: @ Ivan X Marquinhos

Transcrição: Ivan pergunta 'não tem jeito de mandar aqueles 300, porque os 600 que você passou falta 200 pra eu dar pro cara'. Ivan diz que está sem condições de acabar

de pagar o cara, Marquinhos fala que está com o negócio (outro cliente?), que ele é primo do dito cujo, mas só quer mandar a hora que o 'trem' (CNH) chegar, que está na gaveta do boteco a documentação. Marquinhos fala para Ivan mandar o 'trem' (CNH) que quarta-feira ele já passa o dinheiro do cara. Ivan diz que vai ter que dar um jeito de se virar, Marquinhos fala para Ivan se virar que quarta ou quinta ele passa o documento do Cezar e o dinheiro.

Índice: 1927489

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9624-0856 (a linha está em nome de Israel da Costa)

Data: 04/02/2013

Horário: 20:30:55

Observações: @ Israel X Ivan

Transcrição: Israel pergunta 'aquela habilitação minha, será que consegue fazer um prontuário (...)', Ivan pergunta se Israel está em Cuiabá, Israel diz que sim, Ivan fala 'dá um pulo lá, pô, isso também não fala assim não'. Israel diz que vai lá amanhã.

Índice: 1931025

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (...)

Data: 07/02/2013

Horário: 17:45:53

Observações: @@ Conceição/Raul X Ivan (fala que vai mudar telefone)

Transcrição: Ivan pergunta a Conceição se 'clareou alguma coisa' (dinheiro). Conceição diz que o 'negócio' de Raul a nora ficou de arrumar agora esse final de semana (...) MNI passa o telefone para Raul que diz 'o pessoal fala tudo errado(...) eu vou dar entrada no negócio da minha fia (...) aí semana que vem eu vou pegar aquele outro negócio lá'. Ivan fala 'a ta, o outro negócio né?', Raul responde que sim e diz 'o cara lá tava explicando mais ou menos como que é, bota ouro pra fazer no lugar (...) eu falei não, já consegui com outro cara lá deixa quieto', Ivan não deixa Raul terminar de falar e diz que não é assim não, e 'não tem nada que nós tá falando não, aí é risco demais, tá louco, mas você não pode falar (...) esse telefone meu eu vou mudar semana que vem'. Raul diz que falou pra deixar quieto, que o cara lá (Ivan) já entende, já sabe.

Índice: 1932416

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (67) 8406-9942

Fone do Contato: (...)

Data: 08/02/2013

Horário: 14:16:10

Observações: @ HNI X Ivan

Transcrição: HNI diz que teve teste ontem. Ivan diz ‘nós tem que ver o negócio de prova lá, dos cara que faz a prova lá por fora; HNI pergunta ‘você que o que com eles?’, Ivan fala que é aqueles jeito que eles conversaram lá (...) HNI fala ‘ué, mas você não me passou nada até agora’, Ivan fala que vai trazer agora do Mato Grosso do Sul, HNI diz ‘então me passa que eu passo pros homens lá o trem e ponho eles pra resolver ué (...) quem manda nessa porra aqui sou eu’.

Índice: 1921575

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9615-3107

Data: 01/02/2013

Horário: 09:40:37

Observações: @@ Marquinhos X Ivan

Transcrição: Ivan fala para Marquinhos que o governador demitiu Humberto com uma semana no cargo, porque Humberto é sócio de quatro autoescolas. Segundo Ivan, o sindicato dos funcionários do DETRAN entrou com uma denúncia no Ministério Público e o governador teve que afastá-lo. Ivan fica indignado com esta situação. Falam que Humberto ficou só 10 dias no cargo. Ivan pergunta da busca e apreensão do carro da mãe de Marquinhos e este diz que não apareceu ninguém lá não, porque os oficiais de justiça de lá são todos colegas dele e nem foram atrás, mas tem ‘negócio lá’ desde dezembro. Marquinhos cobra a CNH do cunhado e Ivan diz que HNI (pode ser quem articular o processo da CNH – falsa ou não) estava viajando e chegou ontem. O cunhado de Marquinhos trabalha numa fazenda e estão cobrando a CNH dele, e este diz que está na autoescola.

Índice: 1927789

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9975-8506

Data: 05/02/2013

Horário: 09:45:46

Observações: @ Humberto X MNI/Ivan

Transcrição: MNI diz que Ivan está aguardando Humberto, porque ele só quer conversar pessoalmente. Humberto pede para falar com Ivan e diz para ele que vai demorar porque está em Várzea Grande e pergunta ‘o que você queria ver? (...) você quer (fechado)?’, Ivan responde ‘é, senão dá problema’. Combinam de se encontrar a tarde.

Índice: 1929139

Ronaldo usando telefone do sindicato dos CFCs MT

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9964-0137(a linha está em nome do Sindicato Centros de Formação de Condutores do Mato Grosso).

Data: 06/02/2013

Horário: 12:58:49

Observações: @ Humberto X MNI (Ronaldo?)

Transcrição: Humberto pergunta se (...) a de Várzea Grande ligou, HNI responde que ninguém, Humberto fala 'esse povo vai enrolar nós' e pergunta o que eles vão fazer, HNI diz 'mexer o doce, tomar os trens dele', Humberto diz 'é, só que vamos ter que notificar ele, fazer um extra judicial (...) que daí tem tudo na mão, é só bloquear ele lá no sistema que não faz mais pomba nenhuma'. Combinam de se encontrar mais tarde no DETRAN.

Índice: 19311767

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9909-7625 (a linha está em nome de Agda Eduarda Salcedo)

Data: 08/02/2013

Horário: 10:11:04

Observações: @@ Agda X Humberto

Transcrição: Agda (tradutora) diz que o irmão dela está precisando renovar a carteira e quer saber como que ele pode fazer sem ter que passar por todos aqueles trâmites. Humberto fala que hoje não vai conseguir ir na escolinha e diz pra Agda pedir para o irmão procurar ele depois do carnaval. Agda fala que ele pagou a taxa para fazer a prova, Humberto fala 'se ele não quiser ir lá fazer não tem problema, mas se ele quiser também, se ele acha que ele passa lá(...) ou senão ele me aguarda depois do carnaval que daí a gente vê pra ele'. P.S. O irmão de Agda se chama José Augusto Salcedo, sendo que, logo após o carnaval, ele tem sua habilitação renovada (f. 1523-1524).

Índice: 1946958

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9663-7591

Data: 18/02/2013

Horário: 17:27:12

Observações: @ Ivan (Xará) X Humberto

Transcrição: Humberto pergunta se Ivan conseguiu pegar lá, Ivan diz que não conseguiu, que colocaram um monte de objeção, Humberto fala que amanhã pega para Ivan. Ivan diz que o irmão está internado no hospital e a irmã está precisando dessa habilitação para dirigir.

Índice: 1951148

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9921-5713 (a linha está em nome de Neuzemar Aparecida Camargo)

Data: 22/02/2013

Horário: 10:56:46

Observações: @ MNI X Humberto

Transcrição: MNI fala 'deu certo lá o camaradinha(...) já vazou, já foi embora(...) eu não sei que rolo que tava dando lá, que tinha uma mulher que tava querendo resolver outro problema pra ele(...) e queria que você marcasse outra coisa pra ele lá(...) eu não sei que rolo que ela queria (...) mas o que eu tinha combinado era só uma coisa, aí já resolveu e já foi embora'. Humberto diz 'teve uma funcionária que me encontrou lá e queria o telefone de lá', MNI fala 'que rolo que essa mulher arrumou (...) queria porque queria marcar outra coisa lá (...) falei Deus que me perdoe, marcar coisa que não convém', Humberto fala 'um setor lá que não tem nada a ver com ela', MNI diz que acha que ela queria fazer graça para depois a 'casa cair'. MNI diz que ligou para pedir ao Humberto ver dois casos em que as pessoas deram entrada e está dando problema, para verificar se tem como resolver. Humberto diz que depois liga para pegar o número do CPF.

Índice: 1932328

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9964-0137 (a linha está em nome do Sindicato dos Centros de Formação de Condutores de Mato Grosso)

Data: 08/02/2013

Horário: 13:40:32

Observações: @ HNI X Ivan

Transcrição: HNI fala o 'coisa' do Fabinho, Ivan diz 'tá com você? (...) eu levo essa porra aí (...) e se tiver mais lá, você dá conta de fazer?' HNI diz 'eu é que dou'.

Índice: 1953896

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (67) 8406-9942

Fone do Contato: (...)

Data: 26/02/2013

Horário: 15:50:20

Observações: @ Ivan X Narcilene/Márcia

Transcrição: Ivan quer falar com Ronaldo, Narcilene (atendente autoescola Novo Milênio) diz que ele não está, Ivan pede para falar com a Márcia e pergunta para ela se tem algum RENACH de usuário na autoescola, Márcia responde que tem, Ivan fala que vai dar uma passada lá para conversar com Márcia. P. S. Márcia e Ronaldo são proprietários da autoescola Novo Milênio.

Índice: 1953906

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (67) 8406-9942

Fone do Contato: (...)

Data: 26/02/2013

Horário: 16:01:26

Observações: @ Ivan X Rose

Transcrição: Ivan diz que conseguiu três RENACH em branco e pergunta se é a autoescola que lança os dados do aluno no RENACH, Rose fala que é no DETRAN que cadastra os dados.

Índice: 1954539

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9964-0137

Data: 27/02/2013

Horário: 17:53:05

Observações: @@ Ronaldo X Ivan

Transcrição: Ronaldo diz 'seguinte, só saiu um RENACH aqui parceiro', Ivan pergunta 'por que?', Ronaldo responde 'falecido, o outro tá com uma restrição aí (...) o (Demir)', Ivan pergunta qual a restrição, Ronaldo fala que está tentando ver o que é, Ivan diz 'a então ele já tinha lá no Mato Grosso do Sul', Ronaldo fala que não sabe e vai ver agora, Ivan vai retornar a ligação.

Índice: 1954542

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9964-0137

Data: 27/02/2013

Horário: 17:57:27

Observações: @@ Ronaldo X Ivan

Transcrição: Ronaldo diz que só amanhã que vai ter a resposta, porque mandou um e-mail para o Mato Grosso do Sul, mas lá já fechou. Ivan pergunta 'mas o outro, então, beleza?', Ronaldo diz que o outro saiu e está com ele. Ivan fala que vai pagar a taxa de primeira habilitação amanhã, Ronaldo diz 'passa na autoescola (...)', Ivan pergunta que horas Ronaldo vai estar lá, Ronaldo fala que oito horas está lá, Ivan diz que vai lá.

Índice: 1955296

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (66) 8453-2891

Data: 01/03/2013

Horário: 09:18:38

Observações: @ Ivan X Ronaldo Autoescola

Transcrição: Ivan pergunta se Ronaldo está na escola (autoescola) e Ronaldo diz que está indo do DETRAN para o sindicato. Ivan pergunta se 'o negócio' está com a Márcia e Ronaldo diz que está 'o de um cliente', o do outro não, porque vai ter que esperar 'o negócio lá'. Ivan diz: 'Tomara que tenha mandado de prisão pra ele que aí não dá pra fazer'. Ivan diz que vai passar lá para pegar.

Índice: 1955319

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9964-0137

Data: 01/03/2013

Horário: 09:30:57

Observações: @ Ivan X Ronaldo Autoescola

Transcrição: Ivan diz que já chegou mas a Marcilene não está achando e Ronaldo diz que está em cima da mesa. Ronaldo diz que tem que 'tirar outro do Aparecido' porque a taxa venceu ontem. Ivan diz que o nome do outro é Valdemir, e Ronaldo diz que os dois estão juntos. Ronaldo diz que Ivan demorou para buscar (as CNH's?).

IV) Período aproximado de 26/03/13 a 24/04/13

Linhas: (65) 9974-7618 – Vivo, (65) 8406-8842 OI/BRT, ambas de Ivan;

(65) 9615-3107 – Vivo, de Marcos Roberto Machado (Marquinhos);

(65) 9981-3383 – Vivo, pertencente a Humberto;

(67) 9664-0564 – Vivo, pertencente a Gilmar;

(67) 9972-1363 – Vivo, (67) 9668-3120/Vivo, ambas de Geraldo (Toinho);

(65) 9964-0137– Vivo e (66) 8453-2891 – OI/BRT, ambas de Ronaldo.

F. 1637/1686

Índice: 1989767

Ivan e Gilmar aliciador – negociam habilitação para cliente de Dourados

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (65) 9974-7618

Data: 26/03/2013

Horário: 15:55:27

Observações: @@ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar fala que o nome do rapaz é Paulo Sérgio da Silva Rocha. Gilmar diz que vai passar aonde Ivan está (Cuiabá/MT) na quinta-feira e ainda diz que leva (pode ser documentos de Paulo Sérgio). Ivan fala que vai agilizar, mas se não der tempo manda pelo correio (pode ser a CNH).

Índice: 1998220

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (65) 9974-7618

Data: 28/03/2013

Horário: 16:35:22

Observações: @ Gilmar X Ivan + MSG

Transcrição: Gilmar diz que já está em Jateí, que passou lá (Cuiabá) ontem por volta de 11h30 e como ele ligou e Ivan não atendeu ele foi embora; Ivan diz que só viu a ligação depois e pede para Gilmar anotar o nome do cara completo e enviar por mensagem, mas que como hoje já fechou tudo, Ivan só vai conseguir enviar na segunda-feira. Gilmar fala que o cara vai deixar o dinheiro com ele amanhã e o 'outro lá', só dia 5 que ele vai e dia 6 ele passa para Ivan. Ivan pede o nome do que ele levou (dinheiro?); Gilmar fala que é Paulo Sérgio Rocha da Silva.

Índice: 1998283

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9964-8146 (a linha está em nome de Juarez de Miranda Franca)

Data: 28/03/2013

Horário: 16:50:46

Observações: @@ Gilmar X Biá

Transcrição: Biá é irmão de Paulo Sérgio, cliente de Ivan, e cobra a CNH. Gilmar diz que Ivan vai mandar por sedex na segunda-feira, porque não deu tempo de preparar. Biá diz que o irmão veio hoje buscar. Biá vai falar para o irmão para buscar a CNH no final de semana.

Índice: 2000181

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9964-8146

Data: 28/03/2013

Horário: 16:35:22

Observações: @ Paulo Sérgio X Gilmar

Transcrição: Paulo Sérgio se identifica como 'o menino da habilitação' e diz que o irmão (Biá) passou o recado pra ele (que a CNH vai vir pelo correio) e pergunta para Gilmar quando a CNH vai chegar. Gilmar diz que provavelmente na quarta feira e Paulo Sérgio fala que vai deixar o dinheiro com o irmão porque vai ter que estar em Dourados para trabalhar, e pede para Gilmar entregar a CNH para o irmão. Gilmar confirma que entregará a CNH para o irmão de Paulo Sérgio. P.S.: Paulo Sérgio reside em Dourados e o irmão em Fátima do Sul.

Índice: 2017365

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 01/04/2013

Horário: 12:44:56

Observações: @ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar diz que o rapaz já deixou o dinheiro com ele; Gilmar fica receoso de fazer uma pergunta pelo telefone; Ivan diz que pode falar; Gilmar fala que é sobre a letra; Ivan diz 'a tá, não era essa aí não? Qual que é que quer?'; Gilmar fala 'não, essa daí'; Ivan pergunta qual; Gilmar diz 'essa que tá aí que era pra mandar agora'; Ivan fala que está beleza e pergunta qual é a letra; Gilmar responde 'é a AD'; Ivan fala 'beleza então, tranquilo'.

Índice: 2029271

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9664-0564

Data: 04/04/2013

Horário: 11:11:39

Observações: @ Ivan X Gilmar

Transcrição: Amanhã Ivan coloca no correio (CNH). Gilmar está esperando CHICO chegar porque ele veio na frente. Segunda feira Gilmar já deposita os dois. O 'cara' falou que está na mão, já está pronta e a tarde leva para Ivan.

Índice: 2029659

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9941-4070 (a linha está em nome de Aline Silva de Andrade, esposa de Paulo Sérgio)

Data: 04/04/2013

Horário: 13:28:12

Observações: @ Paulo Sérgio X Gilmar

Transcrição: Paulo Sérgio pergunta se a CNH chegou e Gilmar diz que 'ele' (Ivan) ligou e vai colocar a CNH no correio hoje e só chegará na segunda ou terça feira.

Índice: 2041585

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (65) 9974-7618

Data: 07/04/2013

Horário: 11:06:48

Observações: @ Gilmar X Ivan

Transcrição: Gilmar fala para Ivan mandar a conta dele por mensagem. Gilmar pergunta se já mandou (CNH). Ivan fala que não, só segunda feira.

Índice: 2050312

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9808-6701

Data: 09/04/2013

Horário: 05:54:41

Observações: @ Gilmar X Jairo (Patrão)

Transcrição: Gilmar informa que teve um 'probleminha' (prisão – mandado de prisão expedido pela comarca de Fátima do Sul cumprido no dia 09/04/2013) e não poderá ir trabalhar, depois ele fala o que é.

Índice: 2063534

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9975-7162

Data: 12/04/2013

Horário: 13:04:52

Observações: @ Enilda X Gilmar

Transcrição: Gilmar fala que Ivan vai ser advogado dele. Gilmar fala que o Ministério Público gastou R\$2.000.000,00 na Operação, só para buscar Ivan foram gastos R\$100.000,00.

Índice: 2079246

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9647-5474

Data: 16/04/2013

Horário: 07:55:29

Observações: @ Enilda X Gilmar

Transcrição: Enilda repassa a Gilmar as informações que estão sendo mostradas na televisão (sobre as prisões) pela terceira vez. Gilmar pergunta se não foi ontem o depoimento

de Ivan e ela diz que somente hoje foi ao ar e Ivan explicou que não faz parte do grupo. Tem umas ligações do Ivan com um 'cara', que ela não sabe se é 'com o de lá' e diz que 'pega carteira de gente que morreu e altera os dados'.

Índice: 2082521

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (...) 9907-3519

Data: 18/04/2013

Horário: 10:29:34

Observações: @ Gilmar X Naldo (Advogados)

Transcrição: Gilmar e Naldo (Naldinho) falam sobre seus advogados. Naldinho fala que foi ontem no seu advogado e ele queria cobrar R\$5.000,00 pela soltura, mas conseguiu pagar só R\$2.500,00, por causa de um amigo em comum, se fosse por todo o processo seriam R\$15.000,00. Conta também que do Adélio Paulino foram cobrados R\$1.200,00 e para dar continuidade são mais R\$2.500,00. Gilmar diz que vai falar com seu advogado hoje em Fátima do Sul, que cobrou R\$1.500,00 pela sua soltura, mas o Ivan vai advogar em defesa própria e também na sua defesa.

Índice: 2092423

Gilmar confirma os crimes e pode colaborar

Operação: CNH

Nome do Alvo: Gilmar Rabelo Ferreira

Fone do Alvo: (67) 9664-0564

Fone do Contato: (67) 9988-0004 (a linha está em nome de Dalton de Lucca Peres)

Data: 23/04/2013

Horário: 12:12:04

Observações: @ Dalton X Gilmar

*Transcrição: Dalton está em Vicentina e faz comentários com Gilmar sobre as prisões ocorridas. Gilmar diz que um vizinho seu, um advogado que mora em Cuiabá (Ivan) faz mesmo umas 'cartinhas dessas'. **Gilmar conta que um amigo que trabalha na granja e seu patrão (Jairo), ambos não sabem ler, foram indicados para Ivan providenciar as CNH's. Quem fez a remessa dos documentos foi Gilmar. Gilmar fala que não vai trocar de chip pois não deve nada sobre o caso. Ivan irá a Jateí no final do mês.***

Índice: 1998933 -

Ivan entrega CNH de Lulinha (Alcenir Oliveira de Almeida??), cunhado de Marcos Roberto Machado

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9610-1655 (a linha está em nome de Alcenir Oliveira de Almeida)

Data: 28/03/2013

Horário: 19:38:36

Observações: @ Lulinha X Ivan

Transcrição: Lulinha pergunta se Ivan conseguiu mandar (CNH?) e Ivan diz que não. Ivan diz que 'o cara' foi aplicar um teste no interior e não chegou a tempo, mas já confirmou 'que está no jeito'. Ivan diz que assim que 'estiver na mão' (pegar a CNH) coloca no correio. Ivan acredita que consegue colocar no correio na segunda-feira.

Índice: 2027913

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9610-1655

Data: 03/04/2013

Horário: 21:35:15

Observações: @ Lulinha X Ivan

Transcrição: Ivan fala que entregaram para ele hoje a noite e amanhã entrega cedo para Lulinha. Ivan diz que vai colocar na van (CNH).

Índice: 2030420

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9610-1655

Data: 04/04/2013

Horário: 19:31:27

Observações: @ Lulinha X Ivan

Transcrição: Lulinha pergunta se Ivan conseguiu mandar e Ivan fala que sim.

Índice: 2041678

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9673-0444

Data: 07/04/2013

Horário: 11:23:24

Observações: @ Ivan X Marquinhos

Transcrição: Ivan fala que chegou a 'encomenda' do parente de Marquinhos. Que já está na mão do parente dele. Marquinhos está em Nortelândia. **Quem derrubou a casa de Marquinhos com Humberto foi a Eliete e a Eliane.**

Índice: 2026071

Outros contatos de Ivan e negociações

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9233-0347 (a linha está em nome de Rita de Cássia Pereira de Assunção)

Data: 03/04/2013

Horário: 14:20:39

Observações: @@ Ivan X HNI

Transcrição: Ivan e HNI tinham marcado de se encontrar às 14:00h no escritório de Ivan mas HNI atrasou e Ivan saiu. HNI tinha alguma coisa para entregar para Ivan. Ivan diz: 'deixa com a secretária aí pra mim'. HNI pergunta: **'mas pode deixar com ela?'** IVA: **'Pode. 'Ela' tá bem enrolada num papel, né?'** HNI diz que não. Ivan ainda diz: **'porque daí eu tenho 'uma outra' pra te passar'**. HNI decide não deixar com a secretária e se encontrar mais tarde com Ivan.

Índice: 2032658

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (67) 9645-8645

Data: 05/04/2013

Horário: 19:26:49

Observações: @ Ivan X Neuza

Transcrição: Ivan fala para Neuza que vai mandar na terça feira metade do dinheiro que ela depositou e depois vai mandar a outra metade porque aquele 'negócio' está dando problema para ele, teve uns malandros que abriram a boca e quase deu BO para ele, sorte que ele conhecia o 'povo' e deu para contornar a situação. Neuza pergunta se não vai dar certo e Ivan fala que ficou ruim, que **'fechou' muito o caminho.**

Índice: 2044013

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (67) 8406-9942

Fone do Contato: (65) 9610-1655

Data: 07/04/2013

Horário: 19:00:12

Observações: @ HNI X Ivan

Transcrição: HNI quer matar um cara que quer matar um amigo dele. HNI pergunta se ele matar o cara e 'vazar' e se apresentar depois vai ser preso. Ivan fala que não. Ivan fala para HNI pensar bem antes de fazer isso. HNI fala que só vai fazer em último caso e pergunta se colocar R\$5.000,00 na mão do Ivan ele defende ele. Ivan fala que sim, que HNI é amigo dele.

Índice: 2051700

José Roberto Batista Olegário e Geraldo de Oliveira, aliciadores de clientes no MS para obtenção de CNH no MT, ficam assustados com a prisão de Ivan no MT e de Gilmar em Jateí/MS em 09/04/13

Operação: CNH

Nome do Alvo: Geraldo de Oliveira

Fone do Alvo: (67) 9972-1363

Fone do Contato: (67) 9619-0087

Data: 09/04/2013

Horário: 12:24:14

Observações: @ Geraldo X HNI

Transcrição: Geraldo diz que não quer sair de casa hoje e não explica o porquê. Diz que só sairá amanhã.

Índice: 2050590

Operação: CNH

Nome do Alvo: José Roberto

Fone do Alvo: (67) 9668-3120

Fone do Contato: (67) 9928-8056 (a linha está em nome de Caio Manoel Henrique Nogueira Santos)

Data: 09/04/2013

Horário: 08:23:36

Observações: @ Caio Manoel X Fiu (José Roberto)

*Transcrição: Caio Manoel pergunta por que a Federal estava em Jateí e Fiu diz que foi o marido da Nilda do bar, por causa de 'carta falsa'. Caio Manoel diz que ficou com medo. Fiu tranquiliza Caio Manoel dizendo que não é 'de lá' (Cuiabá), 'não é dele' (Ivan), diz que o problema é do pessoal do Paraná, da PIASESP. **Caio Manoel pergunta se a polícia descobriu***

o chefe (Ivan) e Fiu diz que não, que o problema foi com o pessoal da PIASESP, que estava trazendo 'carta falsa'. Fiu diz que está indo para pedreira (local de trabalho).

Índice: 2079683

Nome do Alvo: Geraldo de Oliveira

Fone do Alvo: (67) 9972-1363

Fone do Contato: (67) 9998-9910

Data: 16/04/2013

Horário: 12:40:21

Observações: @ Esposa X Geraldo

Transcrição: A Esposa de Geraldo fala que o Carlão ligou avisando que Geraldo vai ser preso porque ligava para o Ivan e o telefone estava 'grampeado', portanto é para jogar o chip fora. Geraldo está trabalhando na fazenda e pede para ela ficar tranquila.

Índice: 2082031

Nome do Alvo: Geraldo de Oliveira

Fone do Alvo: (67) 9972-1363

Fone do Contato: (65) 9952-9687 (a linha está em nome de Aurelio Pereira do Nascimento)

Data: 17/04/2013

Horário: 20:24:42

Observações: @ Esposa Geraldo X HNI

Transcrição: A mulher de Geraldo fala para HNI (Loro?) que ela acha que 'o negócio da carteira vai ter que jogar fora mesmo'. HNI concorda com ela e pergunta em que telefone ela está falando, quando ela responde que é o dela. HNI fala para colocar fogo no celular.

Índice: 1990048 (Humberto é sócio proprietário da Autoescola Girassol e ex-diretor de habilitações do DETRAN/MT. Ele usa sua influência para agilizar processos no DETRAN/MT)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9906-7991 (a linha está em nome de Joel dos Santos Oliveira)

Data: 26/03/2013

Horário: 17:08:15

Observações: @ Joel X Humberto

Transcrição: Joel liga para Humberto e diz que trabalha junto com o Reginaldo Alves Teixeira. Explica que veio de Manaus e protocolou um pedido de renovação ontem no Detran

*de MT, que deu prazo de 7 dias úteis para entregar a CNH. Joel diz que está com passagem marcada para retornar para Manaus na segunda feira, e em conversa com Reginaldo, **este disse que Humberto conseguiria adiantar a CNH mais rápido. Joel diz que já fez o exame de vista. Humberto pede para ligar amanhã porque o Detran já está fechado, e amanhã Joel passa o CPF que Humberto vai agilizar para amanhã.***

Índice: 1993732

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9906-7991

Data: 27/03/2013

Horário: 14:58:06

Observações: @ Humberto X Joel

*Transcrição: **Humberto diz para Joel que a CNH dele fica pronta até às 18:00h. Humberto fala para Joel passar lá para pegar, pois foi falado com a Elizete, a gerente, e ela garantiu que ficava pronta.***

Índice: 1994593

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9906-7991

Data: 27/03/2013

Horário: 18:02:06

Observações: @ Joel X Humberto

Transcrição: Joel liga agradecendo Humberto por ter agilizado a renovação da CNH (P.S. Em consulta, constatou-se que a CNH de Joel, de fato, foi renovada com data de vencimento para 24/03/2018).

Índice: 1993696 (Outros procedimentos e mais influência)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9978-4807 (a linha está em nome de Paulo Sérgio de Freitas)

Data: 27/03/2013

Horário: 14:49:54

Observações: @ Paulo X Humberto

Transcrição: Humberto diz que o pedido que está na Corregedoria é para descredenciamento, segundo ficou sabendo pelo Figueiredo. Humberto diz que foi averiguar para reverter a situação e disseram a ele que tem muitas denúncias e 'tem o dedo de mais gente'. Paulo diz que as denúncias são porque ele está fechado de vez em quando. Humberto pergunta se Paulo não tem nenhum deputado para ajudar e Paulo diz que tem o Wagner Ramos, mas Paulo não acredita muito porque ele só manda o assessor resolver e não resolve nada. Humberto pede para Paulo vir para resolverem juntos e marcam de se encontrar na segunda feira.

Índice: 2052704

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9968-1549

Data: 09/04/2013

Horário: 16:35:18

Observações: @ Humberto X Paulo

Transcrição: Humberto está no Detran. Fala da carteira de Osmar Lance, que está parada no setor da Leticia. Há um mês atrás HNI falou com Leticia e estava com duplicidade e ela falou que iria resolver mas até agora nada.

Índice: 2095932

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (11) 97238-4196

Data: 25/04/2013

Horário: 08:52:56

Observações: @ Guilherme X Humberto

Transcrição: Guilherme é primo de Humberto e diz que perdeu a CNH e deu entrada no Detran para conseguir a segunda via. O problema é que o Detran irá entrega-la em 7 dias e Guilherme precisa da CNH para amanhã por causa do serviço. Humberto diz que vai falar com os amigos dele e pede o CPF de Guilherme: 927.340.731-53 (Guilherme Camargo da Silva).

Índice: 1992337

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9977-8383

Data: 27/03/2013

Horário: 09:49:25

Observações: @ MNI x Humberto

Transcrição: MNI pergunta se Humberto lembra daquele processo que ele tirou a taxa para ela e diz que o certificado vai chegar para Humberto para assinar; Humberto pergunta 'José Carlos?' MNI confirma; Humberto diz que está assinado; MNI pergunta se Humberto consegue fazer essa carteira hoje ou não; Humberto diz que não garante, mas vai tentar; MNI diz que vai pedir para o Gustavo levar o processo para Humberto na Centro Oeste e também o dinheiro para pagar a taxa para ela; MNI fala que esqueceu de mandar aquela cópia que Humberto pediu, daquele Alexandre.

Índice: 2004938

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9981-3315 (a linha está em nome de Maria Apolonia Ortiz de Lira)

Data: 30/03/2013

Horário: 08:26:46

Observações: @ MNI X Humberto

Transcrição: MNI pergunta se o curso de MOPP está fácil; Humberto fala que não está muito e pergunta se é renovação ou primeira vez; MNI acha que é renovação; Humberto diz que vai ver.

Índice: 2052333

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9634-0830 (a linha está em nome de Marcelo Cosme Faria)

Data: 09/04/2013

Horário: 15:05:08

Observações: @@ Humberto X HNI

Transcrição: HNI diz que está indo para o DETRAN agora e que pegou a habilitação do outro menino e dá para lançar o nome dele que não tem problema, que chegando lá HNI autografa parecido com a dele e está tudo certo. Humberto fala que está beleza.

Índice: 2058379

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (77) 9961-1165

Data: 11/04/2013

Horário: 08:30:13

Observações: @ Antonio da Bahia X Humberto

Transcrição: Antonio mora na Bahia, lá tem 3 pessoas e quer saber da possibilidade (...) (CNH?). É sobre o que o Sr. Ilton havia conversado com Humberto. Humberto diz que o pai de Ilton, o Figueiredo, que conversou com ele e ficou de manda fax para Antônio com relação dos documentos, fala que tem que mandar a documentação. Humberto diz que liga depois para Antonio. Antonio vai mandar a documentação via sedex.

Índice: 2050510

Humberto é avisado da prisão de Ivan na operação risco duplo e avisa seus companheiros

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9651-0406

Data: 09/04/2013

Horário: 08:01:17

Observações: @ Jesuíno X Humberto

Transcrição: Jesuíno fala que prenderam Ivan por causa de CNH. Diz ainda que levaram vários documentos e será encaminhado para MS. Jesuíno diz que vai fazer a defesa de Ivan.

Índice: 2050847

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9637-5188 (a linha está em nome de Ramão Edeson Cacho)

Data: 09/04/2013

Horário: 09:36:20

Observações: @ Humberto X Ramão

Transcrição: Humberto pede para Ramão passar na nova autoescola. Ramão pergunta se aconteceu 'algum B.O.' e Humberto desconversa e insiste para Ramão passar na autoescola agora.

P.S. Humberto contou a Ramão, que conta a Ronaldo sobre a prisão de Ivan e o círculo se completa.

Ramão é proprietário da autoescola Modelo de Cuiabá.

Na operação 'Contramão', Ramão foi preso e apontado como um dos 'cabeças' da quadrilha.

Ivan foi contratado por Ramão para defendê-lo.

Índice: 2051131

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9637-5188

Data: 09/04/2013

Horário: 10:38:16

Observações: @ Ramão X Ronaldo

Transcrição: Ramão pede para Ronaldo entrar no site de MS, em Vicentina, Jateí, etc. Ronaldo diz que não está sabendo de nada. Ramão diz que levaram o Ivan para MS, e como Ramão diz que viu Vicentina na notícia lembrou de Ronaldo, e por isto está ligando. Ramão diz que Ivan vai sofrer. (Ramão já foi preso).

Índice: 2051165

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9651-0406

Data: 09/04/2013

Horário: 10:46:36

Observações: @ Jesuíno X Humberto

Transcrição: Jesuíno diz que a prisão dele (Ivan) é do Mato Grosso do Sul, que a Polícia Federal pegou ele e já tinha um avião no aeroporto e que já levaram Ivan embora. Humberto pergunta se esse negócio envolve a Federal; Jesuíno diz que foi a Federal que veio e levaram até o recibo do carro, que os documentos que acharam na casa dele levaram tudo. Humberto pergunta se já chegaram lá (no escritório) com ele; Jesuíno fala que não foi no escritório, que foi na casa dele, que 06h00 da manhã a síndica chamou ele para acompanhar; Jesuíno fala que no escritório eles (Polícia) não foram, pois não está no nome de Ivan e escritório de advocacia tem que ter autorização da OAB; Jesuíno diz que comprou passagem para 08h00 de amanhã e pergunta se o pessoal está sabendo já; Humberto diz que não, que só falou com o Edson, o qual disse que tinha conversado com Ivan para não mexer com essas coisa mais e que Ivan falou que não estava mais, que tinha parado; Jesuíno diz que é o sujo falando do mal lavado.

Índice: 2051238

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 09/04/2013

Horário: 10:57:36

Observações: @ Ronaldo X Humberto

Transcrição: Ronaldo pergunta para Humberto onde estaria o Ivan (em tom de ironia) e depois pergunta se realmente é verdade sobre a notícia. Humberto confirma e diz que Jesuíno o avisou. Ronaldo diz que ligou em Jateí e prenderam 'um cara' na frente da casa dele (Gilmar). Humberto e Ronaldo dizem que Ivan tem que largar de fazer 'arte'.

Índice: 2054745

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9906-2190

Data: 10/04/2013

Horário: 10:03:03

Observações: @ Humberto X Edson

*Transcrição: Humberto diz que tem que resolver logo o negócio e Edson pede para Humberto mandar para ele pela empresa Gran Tur. Edson diz que 'ela (?) sai daí à tarde, no outro dia cedo eu já pego aqui. Daí eu só confiro aquelas papeladas no cartório, daí eu pego e já despacho de volta'. Humberto concorda e depois disso cobra R\$1.500,00 mas Edson acha caro, e Humberto diz que vai fazer por R\$1.200,00. Edson diz que vai depositar na conta de Humberto até sexta, e este passa o número da conta. C/C: 15217X, Ag: 4042-8, Banco do Brasil, em nome de Humberto. **Edson ainda comenta que o rapaz que trabalha com Humberto foi preso (Ivan).***

Índice: 2062450

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 3023-7318

Data: 12/04/2013

Horário: 08:29:02

Observações: @ Secretaria X Humberto

Transcrição: Secretária fala que no GI MS aparece um vídeo da documentação apreendida e tem um certificado e um ofício da Autoescola Girassol, já com o novo Slogan.

Índice: 2062479

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9630-2732

Data: 12/04/2013

Horário: 08:39:57

Observações: @ Humberto X (Secretaria)

*Transcrição: Humberto pergunta se no vídeo aparece quem assinou o certificado. Secretária fala que aparece rápido no vídeo, um monte de certificado, que fã para ver a logomarca nova da Autoescola Girassol. Humberto fala que depois que foi feito a nova logomarca ele não expediu mais curso MOPP. Secretária fala que a logomarca está grande, que eles não usavam assim. Humberto acha que Ivan usou a logomarca da Autoescola Girassol. **Humberto está preocupado.***

Índice: 2064317

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9658-4380 (a linha está em nome de Adeir de Souza Guedes Filho)

Data: 12/04/2013

Horário: 16:39:08

Observações: @ Filho X Humberto

Transcrição: Pergunta se ficou pronta a Carteira do ALDEMAR. Humberto fala que está no lote especial e vai ficar pronto 18:30, é para procurar Paulo ou Elizete no bloco de Habilitação.

Índice: 2064815

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9658-4380

Data: 12/04/2013

Horário: 18:27:15

Observações: @ Filho X Humberto

Transcrição: Filho diz que está lá, mas a Elizete só entrega para Humberto ou para o 'cara'. Humberto vai ligar no celular dela. (OBS: Elizete trabalha no bloco de Habilitação do DETRAN/MT).

Índice: 2064849

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9973-7536 (a linha está em nome do Sindicato dos Centros de Formação de Condutores do Mato Grosso)

Data: 12/04/2013

Horário: 18:30:25

Observações: @ Filho Instrutor Várzea Grande pegar CNH

Transcrição: Humberto pede para Alan, que está no DETRAN MT, entregar uma CNH para o Filho instrutor de Várzea Grande.

Índice: 2064860

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9658-4380

Data: 12/04/2013

Horário: 18:31:49

Observações: @ Elizete entrega CNH a Alan

Transcrição: Elizete (funcionária do DETRAN MT) diz a Humberto que ele sabe que ela não pode entregar a CNH para o Filho. Humberto diz que sabe, mas pede a ela que entregue a Alan (também funcionário do DETRAN??) que ele assina a entrega. Ela diz que assim fica mais seguro para ela e termina pedindo desculpas a Humberto.

Índice: 2064720

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9972-6561 (a linha está em nome de Ana Paula Jorge Lima)

Data: 12/04/2013

Horário: 18:11:58

Observações: @@ Ronaldo X Ivan – marcar reunião chamar Humberto

Transcrição: Ivan pergunta se Ronaldo conversou com Jesuíno. Ronaldo diz que não e Ivan diz que amanhã estará lá (Cuiabá/MT) e fala para se encontrarem no escritório por volta de nove (...) dez horas e é para Ronaldo chamar Humberto.

Índice: 2064762

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (66) 9908-1122

Data: 12/04/2013

Horário: 18:19:41

Observações: @ Doia X Humberto – falam sobre prisão Ivan

*Transcrição: Dóia (Teodoro) pergunta se é verdade que prenderam Ivan. **Humberto confirma e fala que foi por causa de carteira fria que a turma lava papel lá (?) e imprime outra em cima, Ivan seria o chefe.** Foram buscar ele de helicóptero e levaram para Mato Grosso do Sul. Humberto diz que Ivan já foi solto ontem a noite e não ficou nem 05 dias e foi o GAECO e a PRF. Falam que Ivan não tem juízo e pode perder a OAB e vai fazer o que nessa idade. Falam que é habilitação lavada e foi falado que há forte indício de funcionários do DETRAN e Humberto questiona 'como que o MPE fala um negócio desses' porque o papel poderia ser de pessoas que a autoescola não entregou (e lavaram e colocaram dado de outras pessoas em cima). Humberto diz que certificado do MOPP 'tava igual água, derramado lá'. Humberto fala que 'estava checando lá e aparece um documento (...) um requerimento que tem a logo da Girassol (autoescola de sua propriedade)' e diz que pode ter sido falsificado (e estava na casa de Ivan?) e que deve ser mandado para a corregedoria (DETRAN MT) apurar. Fala que do Mato Grosso do Sul foi só o Ivan e diz que 'estava muito escancarado esse troço aí' e direto tem notícia de cara que foi preso.*

Índice: 2064952

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 12/04/2013

Horário: 18:48:49

*Observações: **Humberto E Ronaldo reunião amanhã com Ivan***

Transcrição: Ronaldo avisa Humberto que Ivan chega amanhã e marcou reunião às 9:00 horas no escritório de Jesuíno.

Índice: 2069596

Houve a reunião na manhã do dia 13/04/13 entre Humberto, Ronaldo, Ivan e o advogado Jesuíno

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 13/04/2013

Horário: 18:33:04

Observações: @ Ronaldo X Humberto

Transcrição: Ronaldo diz que precisa conversar com Humberto e marcam de se encontrarem amanhã às 09:00 horas.

Índice: 2069801

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9969-3394

Data: 13/04/2013

Horário: 19:16:34

Observações: @ Humberto X MNI – Sócia CFC?

Transcrição: Humberto diz que precisa conversar com ela amanhã. Ela questiona sobre o que é e ele diz que só pode falar na hora (não quer falar por telefone) e o esposo dela pode participar.

Índice: 2075599

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9661-1001 (a linha está em nome de Edison Pereira da Silva)

Data: 15/04/2013

Horário: 08:07:52

Observações: @ Humberto X Edson – Curso Instrutor

Transcrição: Edson pergunta quando tem curso de instrutor e qual valor. Humberto diz R\$980,00. Edson pergunta pelo valor máximo (sem realizar). Humberto disfarça e diz que é esse preço aí. Edson fala R\$1.200,00 e Humberto desliga.

Índice: 2075625

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9607-2719 (a linha está em nome de Dauton Luiz Santos Vasconcellos)

Data: 15/04/2013

Horário: 08:19:25

Observações: @ Humberto X HNI

Transcrição: HNI pede a Humberto para ele passar no Gabinete do Deputado antes de conversar com aquele 'amigo nosso'. HNI quer conversar com Humberto.

Índice: 2075769

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9630-6314 (a linha está em nome de Lourival Pereira de Almeida)

Data: 15/04/2013

Horário: 09:17:22

Observações: @ Humberto X MNI

*Transcrição: MNI diz que está com a pulga atrás da orelha porque não consegue acessar o sistema do DETRAN e já pediu para Ivan ir lá olhar e ele disse que não tem nada, mas aparece para ela 'Operador com Débito de Credenciamento'. Humberto diz que 'mexeram lá para arrumar as taxas de médicos e psicólogos e aí mexeu no CFC tudo'. **Humberto pergunta porque ela estava com a pulga atrás da orelha, se ela tem algum problema? Falam de alguém que teria vendido um CFC em Tangará da Serra e Humberto diz que ele não vendeu nada.***

Índice: 2079457

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9934-6314

Data: 16/04/2013

Horário: 10:18:55

Observações: @ Humberto X Lori – Dispensa Ivan

Transcrição: Humberto pergunta se Lori já acertou com Ivan, pois quanto antes dispensá-lo é melhor porque ele anda conversando demais. Lori vai essa semana em Cuiabá e conversarão melhor.

Índice: 2076888

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9630-2732 (a linha está em nome de Claudilene Correia Aleixo)

Data: 15/04/2013

Horário: 14:26:42

Observações: @ MNI X Humberto (MOPP)

*Transcrição: Humberto pede para Claudilene olhar ou pedir para a Rose olhar qual foi a última data do curso de MOPP. Humberto diz que já deve ter mais de dois anos e Claudilene fala que não tem tudo isso não. Ele a orienta a juntar tudo, a lista, o que a corregedoria foi lá e fez a ação. **Humberto quer saber se ela carregou tudo de lá (mudança?) e ela diz que não, ele se preocupa com a chave que tem que ser entregue hoje, mas Claudilene fala que vai dar um jeito a noite sem ninguém ver.***

Preocupado com documento que apareceu reportagem Risco Duplo.

Índice: 2077720

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Telez de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 15/04/2013

Horário: 17:36:13

Observações: @ Humberto X Ronaldo

*Transcrição: **Humberto diz que o documento que aparece na foto e na filmagem é o requerimento mesmo. Humberto diz que o documento foi impresso numa impressora colorida e provavelmente foi apreendido na casa do Ivan, porque Ivan não devolveu a via de Humberto. Humberto diz que se trata de um curso feito em Campinópolis. Humberto diz que não tem nada a ver com ele e diz que gostou porque a corregedoria acompanhou tudo. Ronaldo concorda com tudo e dizem que a honra deles está em jogo e tem que ser tudo investigado mesmo.***

Índice: 2094878

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9968-1549 (a linha está em nome de Centro de Formação de Condutores Globo Ltda.)

Data: 24/04/2013

Horário: 14:47:29

Observações: @@ Paulo X Humberto

*Transcrição: Paulo pergunta se Humberto vai no Detran hoje e este diz que sim. Paulo diz que quando foi no Detran ele levou alguns processos para emissão de CNH's e agora estão todos prontos. Paulo pede para Humberto pegar e este diz que MNI do Detran tem que estar lá, porque faz dois dias que não a vê por lá. Paulo diz que MNI ligou e hoje está lá. Paulo diz que o dia em ele foi até o Detran deixou os processos com outra pessoa, mas hoje MNI está lá. Paulo diz: **'Aí tinha que passar o negócio (\$) pra ela, aí eu ponho na sua conta e você avisa que você vai passar pra ela'**. Humberto concorda. Paulo diz que liga à tarde para ver se deu certo.*

Índice: 2018089 (Ronaldo Teles de Menezes também é da região de Fátima do Sul e faz habilitações para clientes do Mato Grosso do Sul)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9936-0888 (a linha está em nome de Gerson Pereira de Souza)

Data: 01/04/2013

Horário: 16:06:39

Observações: @@ Neto X Ronaldo

*Transcrição: Neto pergunta como andam os negócios deles; Ronaldo diz que dia 2 já apronta ela, que vai fazer com a autoescola de um amigo; Neto diz que está com duas na mão esperando a vez para mandar (CNH?) e pergunta como está a troca de categoria; Ronaldo diz que faz do mesmo jeito, mas que de B só vai para D e para ser E tem que ser primeiro categoria C; Neto pergunta quanto Ronaldo cobra; Ronaldo diz **'não, isso aí tem que ver com o cara lá certinho, porque isso eu não consigo ela não'**; Ronaldo diz que está arrumando o MSN e amanhã vai entrar lá, que está fazendo o 'Face' também e manda o convite para Neto. P.S. Neto aparenta aliciar clientes no MS para Ronaldo. A pessoa do cadastro (Gerson) possui CNH categoria 'AE' do MS.*

Índice: 2035367

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9936-0888

Data: 06/04/2013

Horário: 10:00:00

Observações: @@Ronaldo X Neto

Transcrição: Neto pergunta se chegou o negócio (CNH???) e Ronaldo fala que não, que hoje ele não abre. Neto fala que mandou na quarta feira. Ronaldo vai na Autoescola mais tarde e vai ver se o correio deixou na caixinha. Neto fala que dificilmente vai estar na caixinha porque carta registrada não deixa na caixa. Ronaldo fala que agora só terça, porque segunda é feriado em Cuiabá. Ronaldo fala que mês que vem vai dar um pulo aí.

Índice: 2055484

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9936-0888

Data: 10/04/2013

Horário: 12:52:55

Observações: @ Neto de Vicentina X Ronaldo

Transcrição: Neto pergunta como estão as coisas e Ronaldo fala que a coisa está feia (sobre a prisão de Ivan). Neto é de Vicentina.

Índice: 2051111

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9210-7330 (a linha está em nome de Alexsander Souza dos Santos)

Data: 09/04/2013

Horário: 10:33:23

Observações: @ Ronaldo X Alexander

Transcrição: Ronaldo diz para Alexander 'que o negócio da carteira ficou para o dia 20. (...) a prática.' Ronaldo diz que deu tudo certo mas dia 20 ele tem que estar em Cuiabá. Ronaldo pergunta se Alexander entendeu? Ronaldo pergunta por Bringel e Alexander diz que vai pedir para entrar em contato com Ronaldo. Ronaldo diz que dia 18 liga para Alexander.

Índice: 2051131 (Ramão Cacho avisa Ronaldo da prisão de Ivan REIS e os contatos se articulam)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9637-5188

Data: 09/04/2013

Horário: 10:38:16

Observações: @ Ramão X Ronaldo

Transcrição: Ramão pede para Ronaldo entrar no site de MS, em Vicentina, Jateí, etc. Ronaldo diz que não está sabendo de nada. Ramão diz que levaram o Ivan para MS, e como Ramão diz que viu Vicentina na notícia lembrou de Ronaldo, e por isto está ligando. Ramão diz que Ivan vai sofrer. (Ramão Cacho foi preso).

Índice: 2051156

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9974-6217

Data: 09/04/2013

Horário: 10:45:46

Observações: @ Ronaldo X Marcos

Transcrição: Ronaldo diz que precisa falar com Marcos em particular. Marcos diz que está na autoescola e marcam de se encontrar à tarde na Milenium (autoescola). Ronaldo pede para Marcos já trazer cópia do RG, CPF e comprovante de residência. Marcos parece ser instrutor.

Índice: 2051238

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 09/04/2013

Horário: 10:57:36

Observações: @ Ronaldo X Humberto

Transcrição: Ronaldo pergunta para Humberto onde estaria o Ivan (em tom de ironia) e depois pergunta se realmente é verdade sobre a notícia. Humberto confirma e diz que Jesuíno o avisou. Ronaldo diz que ligou em Jatei e prenderam 'um cara' na frente da casa dele (Gilmar). Humberto e Ronaldo dizem que Ivan tem que largar de fazer 'arte'.

Índice: 2052128

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9997-9540 (a linha está em nome de Gualberto Sena da Silva)

Data: 09/04/2013

Horário: 14:17:32

Observações: @ HNI X Ronaldo

Transcrição: HNI pergunta 'e aí paraguaio?'; Ronaldo diz 'e aí que a casa caiu'; HNI pergunta o que foi; Ronaldo pergunta onde HNI está; HNI fala que está em Cuiabá; Ronaldo fala para HNI ligar daqui a pouco.

Índice: 2051192

Após a prisão de Ivan Reis, clientes de Ronaldo Teles no MS ligam preocupados

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9631-4119 (a linha está em nome de José Fabio de Melo Ramos)

Data: 09/04/2013

Horário: 10:52:45

Observações: @ Ronaldo X HNI

*Transcrição: HNI pergunta o que aconteceu por lá e Ronaldo diz que nada. HNI diz que **'a casa caiu aqui, véi.** Foi um 'Paraguai' lá da Vila Rica. Fez carta de motorista tomo no c.' HNI pergunta se fizeram (CNH) com Ronaldo e este diz que não, que só faz aula teórica. HNI diz que Ivan foi preso, e também foram presos o pessoal da usina que ele vendeu as CNH's. Ronaldo se mostra surpreso (mesmo já sabendo da notícia) e diz que vai ligar para Ivan. HNI diz que **levaram o enrabichado do buteco da Nildinha (Gilmar) e ainda fala que Gilmar é que era o chefe.***

Índice: 2051779

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9631-4119

Data: 09/04/2013

Horário: 12:41:23

Observações: @ HNI X Ronaldo

Transcrição: Comentam sobre a prisão de Ivan, que já passou na cadeia. HNI pergunta se vai dar problema para ele porque ele viu sobre curso MOPP (Movimentação Operação Produtos Perigosos). Ronaldo fala que não, HNI fala que não aguenta cadeia.

*OBS: **Em conversa anterior Ronaldo Telles (usando telefone do SIND CFC MT) pediu a Ivan Reis que trouxesse para Jatei/MS encomenda para Fabinho (podendo ser José Fábio de Melo Ramos?)***

Índice: 1932328

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ivan Costa dos Reis

Fone do Alvo: (65) 9974-7618

Fone do Contato: (65) 9964-0137

Data: 08/02/2013

Horário: 13:40:32

Observações: @ Ronaldo X Ivan

Transcrição: Ronaldo fala o 'coisa' do Fabinho, Ivan diz: 'ta com você? (...) eu levo essa porra aí (Ivan indo passar carnaval em Jatei/MS) (...) e se tiver mais lá. Você dá conta de fazer?' Ronaldo diz: 'Eu é que dou'.

Índice: 1990164 (Ronaldo Teles e outras negociações)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9972-6014 (a linha está em nome de Marcelo Balbino Rodrigues)

Data: 26/03/2013

Horário: 17:43:21

Observações: @ HNI X Ronaldo

Transcrição: HNI pergunta se Ronaldo ainda está no Detran e este diz que sim. HNI reclama que a CNH ainda não ficou pronta e Ronaldo diz que ontem entregou na mão da Katiele. HNI diz que liga depois.

Índice: 2016179

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: Sem registro

Data: 01/04/2013

Horário: 07:41:12

Observações: @ HNI X Ronaldo

Transcrição: HNI pergunta como que está a habilitação; Ronaldo diz que só uma hora o DETRAN abre; HNI diz 'aí você pega só a A então pô'; Ronaldo diz que vai ver lá e liga para HNI; Ronaldo pede para mandar uma mensagem com o RG e CPF; HNI diz que está sem crédito no celular e vai ligar por volta das 14h00.

Índice: 2017732

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: Sem registro

Data: 01/04/2013

Horário: 14:41:38

Observações: @ HNI X Ronaldo

Transcrição: HNI diz que passou

um MSN (mensagem?) para Ronaldo e está ligando para confirmar; Ronaldo fala que recebeu; HNI pergunta 'quantos meses que fica pronto'; Ronaldo diz que daqui a pouco liga.

Índice: 2050632

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9972-6014

Data: 09/04/2013

Horário: 08:35:26

Observações: @ HNI X Ronaldo

*Transcrição: HNI pergunta se CNH de Rondônia consegue fazer em Sinop e Ronaldo diz que sim. HNI ainda pergunta da pontuação e **Ronaldo diz que ele tira os pontos pela autoescola dele, por que ele 'tem um jeitinho'**. HNI pergunta se **Ronaldo mandou 'aquela carteira' ontem e Ronaldo diz que vai mandar 'o negócio hoje, pela Savana Tur'**. Ronaldo reforça que é para HNI só mandar a cópia da CNH que ele resolve por lá (Cuiabá).*

Índice: 2051126

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9296-1246

Data: 09/04/2013

Horário: 10:35:54

Observações: @ HNI X Ronaldo

*Transcrição: Ronaldo chama HNI de Guri; HNI pergunta sobre aquele negócio que Ronaldo falou que ia fazer por ele; Ronaldo pergunta se HNI não foi lá ainda; **HNI diz que já pegou a carteira, mas está faltando 'aquele' que Ronaldo falou para que HNI pagaria 100; Ronaldo diz que HNI pode ficar tranquilo que ele resolve; HNI diz que está na Delta; Ronaldo pede para falar com a Antonia; Ronaldo fala para Antonia que pode liberar para ele; Antonia diz que não achou o pagamento dele e pediu para ele levar o recibo.***

Índice: 2059239

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 8138-0868

Data: 11/04/2013

Horário: 11:37:21

Observações: @ HNI X Ronaldo

Transcrição: HNI pergunta se Ronaldo vai no Detran e pode levar aquele certificado junto, pergunta se vai precisar da foto, e Ronaldo fala que sim. HNI fala que vai tirar uma xerox da carteira dele. Ronaldo concorda.

Índice: 2064720 (Ivan doi solto e quer marcar reunião com pessoal de Cuiabá/MT)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9972-6561

Data: 12/04/2013

Horário: 18:11:58

Observações: @@ Ronaldo X Ivan – marcar reunião chamar Humberto

Transcrição: Ivan pergunta se Ronaldo conversou com Jesuíno. Ronaldo diz que não e Ivan diz que amanhã estará lá (Cuiabá/MT) e fala para se encontrarem no escritório por volta de nove (...) dez horas e é para Ronaldo chamar Humberto.

Índice: 2064952

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 12/04/2013

Horário: 18:48:49

Observações: Humberto E Ronaldo reunião amanhã com Ivan

Transcrição: Ronaldo avisa Humberto que Ivan chega amanhã e marcou reunião às 9:00 horas no escritório de Jesuíno.

Índice: 2069596 (Após a reunião na manhã do dia 13/04/13 entre Humberto, Ronaldo, Ivan e o advogado Jesuíno)

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 13/04/2013

Horário: 18:33:04

Observações: @ Ronaldo X Humberto

Transcrição: **Ronaldo diz que precisa conversar com Humberto e marcam de se encontrarem amanhã às 09:00 horas.**

Índice: 2077720

Humberto e Ronaldo ficam sabendo que seus telefones estão interceptados e realizam suas defesas prévias

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9981-3383

Data: 15/04/2013

Horário: 17:36:13

Observações: @ Humberto X Ronaldo

Transcrição: **Humberto diz que o documento que aparece na foto e na filmagem é o requerimento mesmo. Humberto diz que o documento foi impresso numa impressora colorida e provavelmente foi apreendido na casa do Ivan, porque Ivan não devolveu a via de Humberto. Humberto diz que se trata de um curso feito em Campinópolis. Humberto diz que não tem nada a ver com ele e diz que gostou porque a corregedoria acompanhou tudo. Ronaldo concorda com tudo e dizem que a honra deles está em jogo e tem que ser tudo investigado mesmo.**

Índice: 2080293

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9611-6165 (a linha está em nome de Lissandro da Silva Torres)

Data: 16/04/2013

Horário: 18:33:42

Observações: @ Ronaldo X Dr. Adriano

Transcrição: **Ronaldo pergunta se Dr. Adriano já chegou em Várzea Grande para assembleia do sindicato e este diz que já está chegando. Dr. Adriano diz que precisa falar em particular com Ronaldo porque teve uma ideia. Dr. Adriano diz que quem não deve não teme, mas é bom se prevenir para não ter dor de cabeça. (podem estar falando sobre o caso das CNH's).**

Índice: 2083275

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9611-6165

Data: 18/04/2013

Horário: 17:55:43

Observações: @ DR. Adriano X Ronaldo

Transcrição: Adriano diz que vai começar a analisar 'aquele negócio' porque até Humberto já ligou pra ele. Adriano diz que vai mandar no e-mail de Ronaldo 'aquele negócio' e é para Ronaldo ir analisando, porque são muitos documentos para ler. Depois cai a ligação.

Índice: 2087487

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9611-6165

Data: 20/04/2013

Horário: 18:33:07

Observações: @ Ronaldo X Adriano

Transcrição: Adriano pede o telefone de Márcia para entrar com o Habeas Corpus (Preventivo??) até amanhã. Adriano pede para Ronaldo fazer uma declaração de que estaria disposto a colaborar com a investigação. Adriano diz que conversou hoje com o juiz, mas não quer falar por telefone. Adriano diz que já leu todo o inquérito e vai precisar de cópia dos documentos pessoais, cópia do contrato social desde o início da empresa para comprovar que tem endereço fixo. Isto é para justificar no Juízo em Cuiabá e depois irá mexer em Fátima do Sul.

Índice: 2087494

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9219-9206

Data: 20/04/2013

Horário: 18:36:19

Observações: @ Ronaldo X Márcia

Transcrição: Márcia avisa que enviou uma mensagem no aparelho celular da Amanda. Ronaldo fala para Márcia ligar para o DR. Adriano. Detalhes SMS: 20/04/2013 18:40:53 (tipo: entrega) Amor aurelio veio ak hj cedo disse k o depoimento d Geraldo deu todo certo

se falamos melhor na sua volta bjos t amo. OBS: Depoimento de Geraldo de Oliveira ao GAECO/MS.

Índice: 2090049

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9952-9687 (a linha está em nome de Aurelio Pereira do Nascimento)

Data: 22/04/2013

Horário: 09:27:50

Observações: @ Ramão X Tião

Transcrição: Ronaldo diz que já chegou em Cuiabá e está no prédio de Ivan. TIÃO diz que depois passa lá. (IMEI)

Índice: 2094209

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (67) 9611-6165

Data: 24/04/2013

Horário: 08:39:47

Observações: @ Ronaldo X Adriano

Transcrição: Falam sobre a eleição. Adriano desconfia de Humberto e acha que Humberto os traiu na chapa da eleição. Adriano diz que vai fazer uma ligação para o GAECO para confirmar em poder sair no domingo e chegar lá na segunda feira (Campo Grande?).

Índice: 2094402

Operação: CNH

Nome do Alvo: Humberto - DETRAN

Fone do Alvo: (65) 9981-3383

Fone do Contato: (65) 9612-8779

Data: 24/04/2013

Horário: 10:01:02

Observações: @ MNI x Humberto

Transcrição: MNI diz que cancelaram a eleição do sindicato. MNI diz que não vai aceitar a proposta de Humberto porque tem mais gente sabendo do 'rolo'. (parece que

Humberto está fazendo jogo duplo, ou seja, finge que apoia uma chapa mas está criando outra para vencer a eleição).

Índice: 2092760

Operação: CNH

Nome do Alvo: Ronaldo Teles de Menezes

Fone do Alvo: (65) 9964-0137

Fone do Contato: (65) 9613-8243 (a linha está em nome de Jovenil Antonio dos Santos)

Data: 23/04/2013

Horário: 14:29:17

Observações: @ Ronaldo X HNI

Transcrição: HNI pergunta se as CNH's ficaram prontas e Ronaldo diz que está chegando no Detran agora. HNI diz que são só as 10 que ele deixou para Ronaldo imprimir para ele (?). HNI diz que levará mais uma remessa para Ronaldo.

Embora extensa, a citação acima, referente às interceptações telefônicas, é necessária para a apreciação do envolvimento dos réus nos crimes descritos na exordial.

Como posto acima, as investigações inicialmente foram perpetradas através da operação 'Contramão' diante de indícios de venda e compra de carteiras nacionais de habilitação falsas ou adulteradas em diversas cidades do Mato Grosso do Sul, dentre elas Fátima do Sul e região.

A partir daí, deflagrou-se a operação 'Risco Duplo' para investigação dos fatos neste Estado, sendo apurado que a quadrilha em questão era integrada por Ivan, responsável por fornecer diversas CNHs adulteradas na região de Fátima do Sul, Vicentina e Jateí/MS com o auxílio dos outros réus.

As provas acima analisadas permitem concluir que, dentre os membros da quadrilha que foram descobertos, deduz-se que o réu Ronaldo, na época sócio proprietário da Autoescola Novo Milênio e 1º Tesoureiro do Sindicato de Autoescolas de Mato Grosso, exercia influência junto ao DETRAN/MT. Cumpre destacar que o réu Ronaldo tem vínculo na região de Fátima do Sul/MS e diligenciou para obter habilitações para residentes deste Estado.

Prosseguindo, o réu denunciado Humberto, então diretor-geral da Autoescola Girassol na qual o réu Ivan era diretor de ensino/instrutor, também exercia a função de Vice-Presidente do Sindicato dos Centros de Formação de Condutores e, por curto período, exerceu o cargo de Diretor de Habilitação do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/MT. Justamente por sua atuação nos referidos órgãos, também valia-se de sua influência para agilizar processos relativos às habilitações naquele departamento.

No esquema para emissão de CNHs falsas, este grupo contava com a colaboração de aliciadores que captavam clientes, dentre eles: Marcos Roberto Machado Lima (vulgo Marquinhos), responsável pela captação de clientes em MT, na região de Nortelândia; o denunciado Gilmar e o denunciado Geraldo (vulgo Toinho).

Os clientes aliciados pelos réus estão descritos na denúncia como vítimas em relação ao crime de estelionato, o que será objeto de melhor análise adiante.

Durante a investigação levada a efeito, às f. 1562-1565 foi elaborado um organograma com a estrutura funcional da quadrilha.

Neste sentido, a quadrilha era composta por Ivan, Humberto e Ronaldo, sendo que estes dois últimos exerciam tráfico de influência no Detran, contando com a pronta ajuda de Gilmar e Geraldo para angariar clientes nesta região com interesse na emissão de carteiras falsas e dispostas a pagarem certa quantia em dinheiro para a obtenção do documento.

A quadrilha tinha um modo de agir que, a princípio, se valia daquelas pessoas que, por motivo ou outro, não obtinham carteira de habilitação pelo procedimento legal e, procuradas por seus integrantes, optavam por pagar certa quantia, até mesmo elevada, para obter o documento.

Assim, tais pessoas entregavam os documentos, fotos e uma parte do valor cobrado e, com a entrega da CNH falsa, que em muitos casos nem chegou a acontecer, pagavam o restante do valor, sendo de destacar que, para concretizar a fraude, era utilizado o papel (espelho) verdadeiro com a aposição de dados falsos consoante se apurou pela prova oral e prova pericial.

Feita a análise acima, em relação ao denunciado **Ivan Costa dos Reis**, quanto à autoria, tem-se que confessou parcialmente os fatos na fase investigativa e em juízo admitiu que encaminhava pessoas para a compra, citando os nomes de Antonio Neto Moreira, Augusto Lopes dos Reis e Valdeir Ferreira da Silva. Pelo que se compreende, encaminhava os documentos dos interessados aos funcionários do DETRAN/MT que cobravam para a confecção de carteiras falsas, sendo que sua parte consistia em R\$300,00 pela intermediação.

Na busca e apreensão na residência de Ivan foram apreendidos diversos documentos, CNH's vencidas, sem registros, fotografias, envelopes, os quais fornecem elementos idôneos de que a fraude perpetrada por ele, em conjunto com os demais réus, assumia relevante proporção, conforme seguem as observações no que diz respeito aos documentos apreendidos:

I) Augusto Lopes dos Réus: duas fotografias 3x4 para fins de renovação. Esta CNH foi submetida à exame pericial, sendo constatado que se trata de documento inautêntico (f. 565-576).

II) João Vieira França: fotocópia de CNH vencida em nome que não consta nos sistemas SERPRO, DETRAN/MT e INFOSEG, sendo, portanto, falsa. Também foram apreendidas duas fotografias 3x4 no interior de um envelope enviado por Lucivando P. Barros, provavelmente o 'Mano' que entrou em contato com João. Ainda, foram localizadas fotocópias dos documentos pessoais e duas fotografias 3x4 de Antonio no mesmo envelope.

III) Gileno Ferro da Silva, o qual é genro de João Vieira França: duas fotografias 3x4 e uma fotocópia de CNH (MT) vencida em nome de Gileno e que não consta nos sistemas SERPRO, DETRAN/MT e INFOSEG, sendo, portanto, falsa. Estavam acondicionados no interior de um envelope tendo como remetente Lucivando P. Barros, provavelmente o 'Mano' que entrou em contato com JOÃO, e destinatário o réu Ivan.

IV) Cícero José da Silva: fotocópias dos documentos pessoais e duas fotografias 3x4 no interior de um envelope remetido por Cícero Cabral da Silva, tendo como destinatário o réu Ivan. Conforme consulta aos sistemas, Cícero José da Silva nunca foi habilitado.

V) Joel Ribeiro Vilela: fotocópias dos documentos pessoais e duas fotografias 3x4, sendo que nunca foi habilitado.

VI) Jovenal dos Santos: fotocópia de CNH (MT) em nome deste que reside em Cuiabá e possui RENACH no Estado de Mato Grosso, mas não possui prontuário ou realização de exames médico, psicológico e nem de provas teórica e prática. Em consulta aos sistemas, verificou-se que Jovenal nunca foi habilitado e, portanto, o documento apreendido (CNH) é falso.

VII) Santiago Alves da Costa: fotocópia de CNH, categoria 'AB' e parte do RG de Santiago com as anotações 'MD – AD', sugerindo mudança de categoria de 'AB' para 'AD'.

Em consulta aos sistemas, no momento, Santiago possui CNH com categoria 'AD'.

VIII) *Valdir Simão de Moura: fotocópias de documentos pessoais e duas fotografias 3x4 de Valdir no interior de uma carta tendo como destinatário o réu Ivan. Em consulta aos sistemas, constatou-se que Valdir não é habilitado.*

IX) *Caio Manoel Henrique Nogueira Santos, a qual, inclusive, foi ouvida em juízo, tendo dito que conhecia Ivan apenas de vista e que nunca ouviu falar de seu envolvimento na fraude em comento, sendo que justamente na residência de Ivan foram localizadas fotocópias dos documentos pessoais e duas fotografias 3x4 de Caio, o qual tentou obter CNH pelos meios regulares, mas foi considerado inapto na avaliação teórica. Destaca-se que, em juízo, Ivan admitiu que Caio enviou documentos e fotos pelo correio visando obter a carteira falsa. O réu Ivan afirmou que teve contato pessoal com Caio. (A propósito, foi interceptada uma ligação telefônica entre Caio e José Roberto Batista Olegário, vulgo 'Fiu' (índice 2050590), na qual José Roberto tranquiliza Caio sobre a presença da Polícia Federal em Jateí 'por causa de carta falsa', dizendo que tal fato não possui relação com Ivan ('não é de lá' – Cuiabá 'não é dele' – Ivan) e sim com o pessoal do Paraná, da PIASESP. Na oportunidade, Caio pergunta à José Roberto se a polícia descobriu 'o chefe' (Ivan) e José Roberto diz que não).*

X) *Marina Aguero Martinez, a qual afirmou que conhece Ivan e que nunca ouviu falar de seu envolvimento com os crimes investigados. Entretanto, na residência de Ivan, foram localizadas duas fotocópias de permissão para dirigir em nome de Marina emitidas pelo DETRAN/MS, uma na categoria 'A' e outra na categoria 'AB', ambas vencidas. Esclareça-se que Marina tinha permissão para conduzir veículo automotor, mas, em razão de multa, ficou impedido de obter CNH. Os documentos apreendidos foram encaminhadas para Ivan para que outra CNH fosse emitida através do Mato Grosso. (Aliás, foi interceptada ligação telefônica entre Ivan e Cícero Carmo Mota, marido de Marina (índice 1951072), tratando da transferência da multa que Marina levou para outra pessoa ou para providenciar CNH em nome dela no Estado de Mato Grosso.)*

Além dos documentos apreendidos que demonstram a forma de agir da organização criminosa, foram interceptados diversos diálogos telefônicos nos quais Ivan confirma viagem a este estado para entrega de CNHs (índice 1855269), além de tentar deixar claro sua influência junto a políticos, inclusive citando nomes (índices 1900975 e 1901258).

Ainda, foram captadas diversas conversas entre Ivan e o aliciador Marcos Roberto Machado Lima, integrante do grupo criminoso e atuante em Mato Grosso, sobre encomendas/compras de CNHs (índices 1846751, 1850635, 1941936, 1948287, 1953343, 1954029, 1921575 e 2041678), e entre Marcos e os clientes (índices 1880354, 1882334, 1886797, 1899297, 1899945, 1901715, 1926479, 1926605, 1929330, 1929808, 1931192, 1926666 e 1953078). Nos índices 1998933, 2027913, 2030420, Ivan mantém diálogo telefônico com Alcenir Oliveira de Almeida, vulgo Lulinha - cunhado de Marcos), sobre a CNH comprada por este.

Além de ter mantido contato telefônico com Alcenir, o réu Ivan manteve diálogos telefônicos sobre compras de CNHs com outros clientes e aliciadores do Estado de Mato Grosso e do Estado de Mato Grosso do Sul (índices 1831136, 1832937, 1835229, 1844517, 1855269, 1899203, 1884015, 1927489, 1931025, 1932416, 2026071, 2032658).

Nenhuma dúvida existe quanto à conduta criminosa do réu Ivan conforme descrita na denúncia, o qual agiu em coautoria com os demais réus.

*No que diz respeito ao réu **Gilmar Rabelo Ferreira**, este revelou que sabia que Ivan 'fazia habilitação', sendo tal fato de conhecimento público. Admitiu que encaminhou para Ivan a pessoa apelidada de 'Rolinha' para comprar a CNH, o qual lhe pagou R\$2.000,00. Apura-se que o réu Gilmar, em outra ocasião, conforme interceptação acima transcrita, conversou com Ivan por telefone sobre outra CNH para uma pessoa de Dourados e recebeu deste metade do valor consistente em R\$1.000,00 que, após, entregou a Ivan, assim como os documentos pessoais do rapaz. Ivan deveria providenciar uma CNH de categoria AB.*

O envolvimento do réu Gilmar dessume-se de seu depoimento se analisado juntamente com a interceptação telefônica acima transcrita (f. 1501-1504) que indica claramente seu envolvimento na fraude consistente na emissão de CNH's para diversas pessoas que se dispuseram a pagar por elas sem submeterem-se aos exames necessários perante o Detran. Tratou com o réu Ivan acerca de carteiras de habilitação, inclusive categoria, com envio de dinheiro diretamente para Ivan.

Neste sentido, em relação a Paulo Sérgio, foram interceptadas ligações telefônicas entre Ivan e Gilmar conversando a respeito da CNH comprada por aquele (entrega, depósito bancário, categoria), além de CNHs compradas por outros clientes (índices 1921496, 1921954, 1921965, 1924132, 1929088, 1933110, 1938134, 1938167, 1989767, 1998220, 1998283, 2017365, 2029271 e 2041585). Em dois índices (índices 1924132, 1933110, 1989767, 1998220 e 1998283), inclusive, há menção expressa do nome de Paulo Sérgio e do seu irmão Ismael ou Biá.

Em uma das ligações telefônicas interceptadas (índice 2092423), Gilmar e a pessoa de Dalton de Lucca Peres conversam sobre as prisões ocorridas durante a operação Risco Duplo e Gilmar afirma que: Ivan ('um vizinho seu, um advogado que mora em Cuiabá') 'faz mesmo umas 'cartinhas dessas'; 'um amigo que trabalha na granja e seu patrão (Jairo)', os quais não sabem ler, 'foram indicados para Ivan providenciar as CNHs'. Gilmar, ainda, revelou para Dalton que ele fez a remessa dos documentos.

Sobre Edilson Ferreira Cândido, tem-se que o acusado Gilmar negociou com este a compra da CNH, recebendo cópia dos documentos pessoais, duas fotografias 3x4 e certa quantia em dinheiro. Após, Gilmar passou os documentos pessoais, as fotos e o dinheiro para Ivan. Com efeito, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência de Ivan, foram justamente localizadas cópias dos documentos pessoais de Edilson, duas fotografias 3x4 e um pedaço de papel com a informação 'Cat. Caminhão' escrita à mão, que era a categoria desejada.

Diante do analisado, nenhuma dúvida resta acerca do envolvimento de Gilmar na organização criminoso que providenciava a emissão de CNH's falsas.

*Ademais, quanto ao réu **Geraldo de Oliveira**, vulgo 'Toinho', este esclareceu que conhecia Valdemir, de apelido 'Demizão', sabendo diversos detalhes sobre as tratativas para conseguir a CNH com Ivan. O réu Geraldo relatou que Ivan passou na residência de Demizão para tratar sobre CNH e acredita que acertou valores com Ivan para a compra da CNH. Inclusive, admitiu que presenciou conversas telefônicas entre Ivan e 'Demizão' sobre CNH, envio de documentos e fotografias para 'fazer a carteira'. Ao mais, comprometeu-se a entregar pessoalmente fotografias 3x4 de 'Demizão' para Ivan, a pedido de 'Demizão', tendo feito ligações telefônicas para Ivan também a pedido de 'Demizão' para saber sobre a CNH encomendada por este. Em um destes telefonemas perguntou para Ivan 'quando iria sair a carteira', sendo que recebeu em sua casa um envelope remetido por Ivan para 'Demizão'.*

Em juízo, o réu Geraldo retratou-se de seu contato telefônico com Ivan, ou qualquer outro contato, para 'auxiliar' seu conhecido 'Demizão' a conseguir a CNH. Contudo, as interceptações telefônicas demonstram, ao contrário, o seu contato telefônico com o réu Ivan para tratar de CNH, havendo evidente vínculo em relação ao assunto ora tratado na denúncia (f. 1505-1507).

Com efeito, nas referidas interceptações, acima transcritas, o réu Geraldo trata com Ivan acerca de localização de endereço de pessoas, sobre nome de clientes, acerca de envio de documentos, andamento de processos, envio de fotografias, dificuldade de Geraldo de conseguir duas fotografias, cliente que deve dinheiro, envio de dinheiro e, inclusive, entrega de documentos para o réu Ivan.

É importante ressaltar que o réu Geraldo manteve três contatos telefônicos com Ivan em datas diversas, conforme se infere dos índices 1932996, 1936907 e 1936999, acima transcritos.

No índice 1932996, Geraldo pergunta para Ivan ‘como estão os processos’, sendo que Ivan diz que ‘as fotos não prestaram porque mandaram fotografias velhas e não passou lá’. Ainda, Ivan fala pra agilizar novas fotos.

No índice 1936907, Geraldo diz pra Ivan que as fotografias novas ‘estão na mão’ e ainda pergunta se Ivan quer que leve as fotos pra ele.

Já no índice 1936999, Geraldo chama Ivan de ‘primo’ e diz que está na mãe de Ivan. Assim, Ivan fala pra Geraldo deixar as novas fotos com sua mãe. O réu Geraldo pergunta para Ivan se são duas fotos e Ivan diz que sim. Geraldo fala que tem um cara e que só conseguiu uma, referindo certamente a outro cliente. Geraldo, ainda, pergunta para Ivan se este outro cara ‘deve’, tendo Ivan dito que sim. Igualmente, Geraldo pergunta a Ivan quando ‘isso aí’ vem, referindo-se à CNH, sendo que Ivan diz que vai agilizar. Ainda, Geraldo pergunta se Ivan vai mandar a correspondência com a CNH no nome dele, sendo que Ivan afirma que sim.

Ou seja, se é fato comprovado que o réu Ivan estava envolvido em forte esquema de fraude na emissão de CNH’s falsas, os contatos perpetrados por Geraldo, visto o contexto das conversas levadas a efeito nas interceptações telefônicas, demonstrado está seu envolvimento também no ilícito consistente em emissão de CNH’s falsas e que consistia em agenciar clientes para tal finalidade.

Vale destacar que a pretensa vítima Valdemir, vulgo ‘Demizão’, afirmou que Ivan lhe disse que ‘daria um jeito’ para conseguir a habilitação sem fazer os testes exigidos pelo DETRAN, cobrando-lhe R\$ 2.000,00, sendo que recebeu a CNH de um terceiro mediante a entrega da referida quantia. Posteriormente, foi ao DETRAN para verificar multas, sendo informado que sua habilitação não constava nos registros do DETRAN. Diante deste fato, Ivan lhe disse que iria emitir nova habilitação pelo custo de R\$ 4.000,00, tendo pago a Ivan mediante depósito bancário, mas não recebeu a nova CNH.

Em juízo, Valdemir, vulgo ‘Demizão’, confirmou que realmente não fez exame pra obter essa carteira de habilitação mediante certa quantia que pagou para Ivan.

O coautor Ronaldo informou em juízo que Geraldo é amasiado com sua tia, ou seja, é tio por consideração. Desta forma, Geraldo falta com a verdade ao relatar em juízo que não conhece Ronaldo, uma vez que há relação familiar entre ambos.

Chama a atenção que, em juízo, Valdemir disse que certo dia ‘encontrou’ com Geraldo na rua e pediu para ele ligar para Ivan para tratar de sua CNH. Disse que Geraldo ligou para Ivan e passou-lhe o telefone, tendo Ivan dito que as fotos poderiam ser deixadas na casa da mãe dele e, como Geraldo conhece a mãe do Ivan, deixou as fotos com Geraldo que as entregou na casa da mãe do Ivan.

Portanto, ao contrário do que afirmou em juízo, Geraldo realmente conhece Ivan com quem manteve, como visto acima, contatos telefônicos com Ivan em datas diversas (índices 1932975, 1932996, 1936907, 1936999, 1921976 e 1922007).

Está suficientemente demonstrado que Geraldo participou do esquema criminoso, pois, fala claramente de duas pessoas, sendo que com uma conseguiu duas fotos e com outra conseguiu apenas uma foto. Nos índices 1932975, 1921976 e 1922007, verifica-se que Ivan e Geraldo conversam sobre o cliente Wilson Pádua Rodrigues, encaminhado por Geraldo.

Destaca-se que no índice 2079683, após saber através de ‘Carlão’ que Geraldo iria ser preso porque ligava pra Ivan e o telefone estava grampeado, a esposa de Geraldo (Alzenir Faustino do Nascimento – ouvida à f. 2598) telefonou para o marido e disse que era pra ele ‘jogar o chip fora’.

No índice 2082031, a esposa de Geraldo afirma para ‘Loro’ (Aurélino Pereira do Nascimento), o qual reside em Cuiabá (f. 1650), que ela ‘acha que o negócio da carteira vai ter que jogar fora mesmo’. Loro concorda com ela e, ainda, fala pra esposa de Geraldo ‘colocar fogo no celular’.

Cumpre notar que Geraldo confirmou, em juízo, que, de fato, sua esposa quebrou os telefones.

Em juízo, Alzenir Faustino do Nascimento, esposa de Geraldo, revelou que **Ronaldo é seu sobrinho** e que soube que Geraldo emprestou o telefone para Valdemir; vulgo 'Demizão'. Esclareceu que conheceu Ivan no casamento da sua sobrinha em Cuiabá.

Mais uma vez, vale salientar que, em juízo, o policial Fábio Henrique Soares confirmou que Gilmar e Geraldo agenciavam clientes para Ivan, Ronaldo e Humberto na região de Fátima do Sul para fins de emissão das CNHs adulteradas.

Nesta ordem, a efetiva participação de Geraldo no esquema criminoso, atuando como agenciador, restou robustamente comprovada no que diz respeito ao envolvimento ilícito com os acusados Ivan e Ronaldo.

No tocante ao coautor **Ronaldo Teles de Menezes**, este admitiu que tirou três RENACH's (registro no DETRAN que mantém o histórico do motorista) para Ivan e um deles se referia a uma pessoa falecida e outro se referia a uma pessoa impedida, sendo que, conforme informou em juízo, cabe ao Detran analisar o referido documento.

Urge destacar mais uma vez que, em juízo, o Policial Rodoviário Federal Fábio Henrique Soares afirmou que, durante as investigações, foi apurado que Gilmar e Geraldo agenciavam clientes para os demais réus Ivan, Ronaldo e Humberto na região de Fátima do Sul para fins de emissão das CNHs adulteradas. Esclareceu que a operação 'Contramão' teve início com a apreensão de carteiras pela Polícia Rodoviária Federal durante fiscalização e, dentre elas, a CNH de Leandro Gomes de Souza, o qual apontou Ivan que tinha acesso ao pessoal do sindicato das autoescolas. Destaca-se que os réus Humberto e Ronaldo faziam parte da direção do sindicato das autoescolas e Ivan, ao que consta, era quem tratava dos clientes do Estado de Mato Grosso do Sul e mantinha contato com os agenciadores. Ao mais, o réu Gilmar e outros encaminhavam clientes para Ivan providenciar as CNHs em conluio com Ronaldo e Humberto. Informou que, para realizar a adulteração das CNH's, pegavam o RENACH de alguém que faleceu ou que estava com a habilitação vencida. É bem verdade que este áudio não tem boa qualidade, mas ainda assim é possível ouvir as declarações da testemunha.

Analisando o conjunto probatório, tem-se que o réu Ronaldo eram quem fornecia os RENACH'S para Ivan conseguir perpetrar a fraude.

Salienta-se que Ronaldo e Ivan mantiveram contatos telefônicos que confirmam o envolvimento de Ronaldo na conduta criminosa descrita na denúncia, conforme se depreende das interceptações telefônicas, inclusive no que diz respeito à pretensa vítima Valdemir; o qual trata por Demir (f. 1526-1530).

Nos índices 1953896, verifica que Márcia é sócia da autoescola Novo Milênio junto com Ronaldo e que N(M)arcilene é funcionária desta autoescola. Ao mais, pelos índices 1953905, 1954539, 1955319, 1954542, 1955296 e 1955319 constata-se que o réu Ivan solicitou ao réu Ronaldo o documento RENACH para Valdemir que é apontada como vítima e que confirmou ter pago a Ivan valores em dinheiro para obter a CNH fraudada.

No índice 1953896, Ivan liga na autoescola Novo Milênio e conversa com Márcia perguntando 'se tem algum RENACH de usuário na autoescola' e Márcia diz que sim. Então, Ivan fala que vai passar na autoescola e, após esta conversa, Ivan mantém contato telefônico (índice 1953905) e diz que conseguiu três RENACHs em branco.

No índice 1954539, Ronaldo afirma para Ivan que, dos três RENACHs, apenas um saiu porque um é falecido e o outro tem uma restrição.

Destaca-se, como posto antes, que **Ronaldo menciona expressamente o nome de Valdemir - 'Demir' – como o que consta no RENACH com restrição. Também menciona um**

terceiro ‘Aparecido’, afirmando que não pode tirar o dele porque a taxa venceu (f. 1528). No índice 1955319, **Ivan também menciona o nome da apontada vítima Valdemir, indagando Ronaldo sobre o RENACH deste.**

Neste sentido, conforme as informações colhidas pelo GAECO, a restrição mencionada no áudio de interceptação, ao que tudo indica, decorre de acidente em que Valdemir envolveu-se em Vicentina (BO 92/2010). Ao mais, durante a busca e apreensão na residência de Ivan, foi localizado um envelope (postado em 14/02/12) sem documentos em seu interior tendo como destinatário Valdemir.

Nos autos, consta cópia da carteira de trabalho de Ivan, sendo que, além de ter sido instrutor da Autoescola Girassol, Ivan também foi instrutor na Autoescola Novo Milênio que é de propriedade de Ronaldo.

Sobremais, foram interceptadas ligações telefônicas entre Ronaldo e outras pessoas do Estado de Mato Grosso e do Estado de Mato Grosso do Sul sobre o esquema criminoso relativo à emissão de CNHs adulteradas (índices **2018089**: ‘Neto’, que é de Vicentina, aparenta aliciar clientes no MS para Ronaldo; ‘Neto’ pergunta à Ronaldo ‘como andam os negócios’ e Ronaldo diz que a CNH estará pronta no dia 2 e que ‘vai fazer com a autoescola de um amigo’; ‘Neto’ diz que **está com duas encomendas esperando para mandar**; ‘Neto’ pergunta como está a troca de categoria e Ronaldo diz que ‘faz do mesmo jeito, mas que de B só vai para D e para ser E tem que ser primeiro categoria C’; ‘Neto’ pergunta quanto Ronaldo cobra e Ronaldo diz que **‘isso aí tem que ver com o cara lá certinho’**; **2035367** - ‘Neto’ pergunta se ‘o negócio’ chegou via correios e Ronaldo fala que não; **2055484** - ‘Neto’ pergunta como estão as coisas e Ronaldo fala que **‘a coisa está feia’ - sobre a prisão de Ivan**; **2051111** - Ronaldo diz para Alexsander que ‘o negócio da carteira ficou para o dia 20’ a prática em Cuiabá/MT; 2052128 - **Ronaldo diz à Marcos que ‘a casa caiu’, no dia da prisão de Ivan**; 1990164; 2016179; 2017732; 2050632 - Ronaldo garante à HNI que **consegue fazer uma CNH por Sinop/MT, mesmo a pessoa residindo em Rondônia, bem como afirma que consegue retirar as pontuações de CNHs através de sua autoescola, porque ‘ele tem um jeitinho’**; 2051126; 2059239; e 2092760).

É importante verificar que, por ocasião da prisão de Ivan, Jesuíno (advogado de Ivan), ligou pra Humberto, informando-o sobre o fato (índices 2050510 e 2051165). Em seguida, Humberto ligou pra Ramão (é proprietário da Autoescola Modelo, esteve envolvido em fraude na emissão de CNH em Mato Grosso, foi preso e contratou como seu advogado o acusado Ivan - informação constante à f. 55), informando-o sobre o fato (índice 2050847). Por sua vez, **Ramão ligou pra Ronaldo, informando-o sobre o fato (índice 2051131). Em seguida, Ronaldo liga pra Humberto para conversarem sobre a prisão de Ivan (índice 2051238).** Após a soltura, Ivan marca uma reunião com Jesuíno, Ronaldo e Humberto e todos se reúnem (índices 2064720, 2064952 e 2069596).

Embora algumas interceptações envolvam o telefone de outro Ronaldo (f. 20-21, 1,710) que não o denunciado, as demais interceptações e provas apreciadas evidenciam o envolvimento do réu Ronaldo com os demais réus para a prática de crimes.

Nesta ordem, analisadas as provas acima, não restam dúvidas que Ronaldo tem claro envolvimento com os demais réus na perpetração da fraude consistente na emissão das CNH’S.

À derradeira, quanto ao envolvimento do réu **Humberto de Campos Silva**, observa-se que admitiu ser proprietário da Autoescola Girassol e que Ivan foi seu funcionário na referida Autoescola, mas negou a autoria dos fatos.

Realmente, Ivan também já informado que Humberto é proprietário da Autoescola Girassol onde trabalhou como instrutor técnico, bem como que Humberto faz parte da diretoria do Centro de Formação de Condutores de Mato Grosso desde 2003.

Em suas declarações extrajudiciais Ivan destacou que ‘reencaminhava os interessados em comprar habilitações para o Centro de Formação de Condutores de MT’, sendo que, na época dos fatos, Humberto integrava a diretoria do referido órgão (f. 126).

Novamente é importante destacar que, em juízo, o policial rodoviário federal, Fábio Henrique Soares, esclareceu que, durante as investigações, apurou que Gilmar e Geraldo agenciavam clientes para Ivan, Ronaldo e Humberto na região de Fátima do Sul para fins de emissão das CNHs adulteradas. Acrescentou que Ivan tinha acesso próximo com o pessoal do sindicato das autoescolas, sendo que Humberto e Ronaldo faziam parte da direção do sindicato das autoescolas. Afirmou que Ivan providenciava as CNHs em conluio com Ronaldo e Humberto, inclusive descreveu a forma como eram falsificadas as carteiras de habilitação.

Fora isto, é necessário salientar que foram interceptadas conversas entre Humberto e terceiros nas quais se revela claramente seu envolvimento na obtenção de CNH’s sem passar pelos trâmites legais.

*Confirmam-se os elementos de prova aferidos pela interceptação telefônica, conforme seguem: Índice 19311767: ‘Agda diz que o irmão está precisando renovar a carteira e quer saber como que ele pode fazer sem ter que passar por todos aqueles trâmites’. **Humberto diz que se não quiser fazer a prova, não tem problema porque ele ‘vê’ isto depois do carnaval. O irmão de Agda chama-se José Augusto Salcedo e, assim, ele teve sua CNH renovada após o carnaval, no dia 18/02/13 (f. 48). Índices 1946958; 1951148; 1990048, 1993732; 1994593; 2052704; 2095932; 1992337; 2052333; 2058379: CNH para pessoas que moram na Bahia. Índice 2054745: **Edson comenta que ‘o rapaz’ que trabalha com Humberto foi preso (esse rapaz é Ivan). Índices 2064317; 2064815; 2064849; 2064860; 2075599: Edson pergunta a Humberto quando tem curso de instrutor e qual o valor; Humberto diz que é R\$ 980,00; então Edson pergunta qual o valor ‘máximo’, sem realizá-lo; ‘Humberto disfarça e diz que é esse preço aí’; Edson fala: R\$ 1.200,00. Índices 2075769; 2079457: após a prisão e soltura de Ivan, no dia 16/04/13, Humberto conversou com ‘Lori’ questionando se foi feito o acerto com Ivan, pois Ivan deveria ser dispensado o quanto antes, uma vez que ele andava conversando demais.*****

Consoante já posto antes, é certo que por ocasião da prisão de Ivan, Jesuíno (advogado de Ivan) telefonou pra Humberto, informando-o sobre o fato (índice 2050510). Em seguida, Humberto ligou pra Ramão Edeson Cacho (é proprietário da Autoescola Modelo, esteve envolvido em fraude na emissão de CNH em Mato Grosso, foi preso e contratou como seu advogado o acusado Ivan - f. 55), informando-o sobre o fato (índice 2050847). Por sua vez, Ramão telefonou para Ronaldo, informando-o sobre o ocorrido (índice 2051131). Em seguida, Ronaldo liga pra Humberto para conversarem sobre a prisão de Ivan (índice 2051238). Após a soltura de Ivan, é marcada uma reunião com Jesuíno, Ronaldo e Humberto (índices 2064720, 2064952 e 2069596).

As provas acima sopesadas (testemunhal, pericial, interceptações telefônicas), se analisadas com cuidado e conforme o contexto dos fatos, permitem aferir elementos suficientes para apontar o envolvimento do réu Humberto, juntamente com os demais denunciados, na fraude perpetrada e que consistiu em falsificar carteiras de habilitação mediante paga pelos interessados em obter tal documento sem submeterem-se aos exames regulamentares do DETRAN.

Sobejamente demonstrado que os réus uniram-se com o objetivo comum consistente em praticar crime na falsificação de carteiras de habilitação.

Os réus reuniram-se, conforme o conjunto probatório, de maneira estável e permanente com o fim de praticar o crime de falsificação de carteira de habilitação, o que configura o tipo penal do art. 288 do Código Penal.

Contudo, o mesmo não se pode dizer em relação aos crimes de estelionato.

A denúncia descreveu que os réus obtiveram vantagem ilícita em prejuízo das vítimas Valdemir Ferreira da Silva, Paulo Sergio da Silva Rocha, Edilson Ferreira Cândido, Caio Manoel Henrique Nogueira Santos, Cícero José da Silva, Gileno Ferro da Silva, João Vieira de França, Antônio Vieira de França, Joel Ribeiro Vilela, Jovenal Vericimo dos Santos, Marina Agüero Martines, Santiago Alves da Costa, Valdir Simão de Moura e Augusto Lopes dos Reis, induzindo-os a erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, para a obtenção de CNHs.

Entretanto, não se mostra crível que tais pessoas tenham sido induzidas a erro. Pelo contrário, parece que voluntariamente aderiram à conduta dos denunciados, sabendo da ilicitude da conduta destes, tudo para obterem CNH's sem a submissão aos exames prescritos pelo DETRAN.

Com efeito, difícil se apresentar concluir que as referidas pessoas, dada a infinidade de informações à disposição desde aos mais simples até aos mais estudados, não saibam do procedimento rigoroso para obter carteira de habilitação.

Trata-se, ao que consta, de conhecimento amplo acerca dos exames exigidos pelo DETRAN para obter CNH e que não foge do conhecimento nem mesmo de pessoa humilde que mora nos rincões do interior do País, situação que certamente não se aplica a esta Comarca dado o desenvolvimento local.

Não se tem como fato que a idade avançada, como alegou o Ministério Público, possa ser um fator determinante para atribuir a tais pessoas a condição de vítimas induzidas a erro.

Neste sentido, apreciando as declarações acima colhidas das pretensas vítimas, com alguns negritos para destaque, não se colhe que foram enganadas ao tentarem obter a carteira de habilitação de maneira fraudulenta.

Conforme o conjunto probatório, é inegável que Ivan tem origem nesta região e era pessoa bem conhecida. Desta feita, o conhecimento era geral que agia fraudulentamente na emissão de CNH's.

Tais pessoas, apontadas na denúncia como vítimas, demonstraram que, na verdade, concordaram com as condutas ilícitas praticadas pelos acusados no intuito de beneficiarem-se também ilicitamente na obtenção de carteiras de habilitação fraudadas porque não conseguiam ser aprovados nos exames aplicados pelo Detran.

Urge salientar que, dentre tais pessoas, algumas já conduziam veículo automotor mesmo sem possuir habilitação, outras já tinham tentado obter habilitação pelo Detran, ou seja, tinham pleno conhecimento acerca do procedimento regular para tanto.

Cumprir notar que as preditas pessoas pagaram, em sua maioria, valores elevados (até mais de seis mil reais: Valdemir) e, por isso mesmo, mostra-se difícil acreditar que não soubessem que estavam adquirindo documento fraudado, ainda mais considerando que era obtido em Estado diverso daquele onde residiam.

Uma das apontadas vítimas, como visto acima nas declarações em negrito, admitiu ter conhecimento que a carteira era falsa e que, após a prisão de Ivan, ficou com receio de continuar usando a carteira falsificada.

Uma outra pretensa vítima era proprietário de um veículo de luxo (camioneta Hilux), o que também afasta por si só o argumento de que eram pessoas simples e que, por isto, foram enganadas.

Sobremais, chama a atenção que a denúncia apontou algumas vítimas que foram identificadas em decorrência de documentos apreendidos na residência de Ivan, mas não se apurou de fato as circunstâncias em que tais documentos estavam na residência de Ivan. Embora se possa cogitar que também visavam a falsificação de CNH's, a prova desta inexistente.

Portanto, provadas suficientemente a autoria e materialidade, é o caso de condenação em relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal. De outro lado, de rigor a absolvição quanto ao crime de estelionato.

Descabe considerar a confissão parcial do réu Ivan, eis que em nenhum momento confessou a prática do crime de quadrilha.” (g.n.)

Posto isto, julga-se parcialmente procedente a denúncia para condenar Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, já qualificados, nas penas do art. 288 do Código Penal.

“A seguir é feita a dosimetria da pena.

(...)”

Verifica-se que todas as questões de mérito expostas nos recursos foram corretamente enfrentadas e decididos na r. sentença, sendo dispensáveis outras considerações a respeito, fundamentos esses que aqui também adoto para o fim de evitar tautologia, na medida em que os apelantes não lograram êxito em demonstrar o desacerto da r. sentença invectivada.

No Superior Tribunal de Justiça há o entendimento consolidado no sentido de que:

“Conforme a jurisprudência do STJ e do STF, o acolhimento de parecer do Ministério Público e a utilização dos fundamentos da sentença como razões de decidir é perfeitamente possível.” (STJ, AgRg no REsp 1087407/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010)

Assim, se a r. sentença, como no caso, encontra-se exaustivamente bem fundamentada e as razões recursais não a infirmam, é possível adotar-se os seus fundamentos para, aqui também, emprestar o mesmo resultado lá firmado, como forma – inclusive – de se evitar tautologia.

Posto isso, mantenho a condenação dos apelantes, nos termos expostos na sentença objurgada.

Da prescrição da pretensão punitiva do estado

Por fim, os réus/apelantes Ivan Costa dos Reis e Humberto de Campos Silva defendem a tese da prescrição, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Pois bem. Compulsando os autos verifica-se que os réus Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, foram condenados nas penas do art. 288, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direitos.

A sentença transitou em julgado para a acusação na data de 08/12/2017, haja vista que o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação somente apenas no que tange à absolvição do crime de estelionato (art. 171, do CP).

O artigo 110, § 1º, do Código Penal, dispõe que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada. *In verbis*:

“Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior; os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm - art110

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.” (g.n.)

Aplicável também ao caso a Súmula 146 do STF: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”

Portanto, o prazo prescricional deve ser verificado com base na pena aplicada, consoante fixados no art. 109 do Código Penal:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm - art2

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12234.htm - art2

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.” (g.n.)

Assim, no caso concreto, tendo em vista que a pena aplicada foi de 01 (um) ano de reclusão, o prazo prescricional é de 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

Verifica-se que a denúncia foi recebida na data de 21/05/2013 (f. 2040-2041) e a sentença condenatória foi proferida em 31/01/2017 (f. 3357-2475), transitando em julgado para a acusação na data de 08/12/2014 (f. 3481 e 3493-3512), haja vista que recorreu somente em relação à absolvição do crime de estelionato (art. 171, do CP).

Com efeito, visto que no caso concreto, entre o recebimento da denúncia e a publicação, decorreu prazo superior a 04 (quatro) anos, não tendo ocorrido nenhuma das causas suspensivas/impeditivas ou interruptivas da prescrição (art. 116 e 117 do Código Penal), o reconhecimento da extinção da punibilidade dos réus, nos termos do art. 107, IV, do CP, é medida que se impõe.

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL – PENA DE TRÊS (03) MESES DE DETENÇÃO – PRAZO PRESCRICIONAL DE DOIS ANOS TRANSCORRIDO – ART. 107, V, ART. 109, INCISO IV, ART. 110, TODOS DO CÓDIGO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. Diante do quantum da pena imposta (três meses de detenção), a prescrição se opera em dois anos, nos termos do art. 109, VI e 110 do Código Penal, lapso que, no presente caso, foi superado entre o recebimento da denúncia e o decreto condenatório. De rigor, assim, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.” (TJMS. Apelação Criminal n. 0012711-15.2009.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 01/10/2012, p: 09/10/2012). (g.n.)

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – EXTINÇÃO DA

PUNIBILIDADE – OCORRÊNCIA – MÉRITO - PREJUDICADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Face o decurso do prazo prescricional ocorrido entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, bem como entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença, quanto ao crime em comento, há que se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. II - Evidenciada a extinção da punibilidade, pela prescrição, deve ser extinta a punibilidade do agente com supedâneo no art. 107, IV, do Código Penal. III – Recurso conhecido e provido.” (TJMS. Apelação Criminal n. 0000154-41.2010.8.12.0007, Cassilândia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Emerson Cafure, j: 23/01/2019, p: 25/01/2019). (g.n.)

A propósito, o próprio representante do Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões de f. 3763-3806, manifestou-se favoravelmente ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, extinguindo-se a punibilidade dos apelantes.

Outrossim, nos termos do art. 580, do CPP², os efeitos do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado deve ser estendida aos demais corréus, Ronaldo Teles de Menezes, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, haja vista que foram condenados ao mesmo *quantum* de pena, 01 (um) ano de reclusão, por infração ao art. 288, do Código Penal.

No mesmo sentido:

“EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO PELO NÃO RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – ARTIGO 580 DO CPP – EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS. I Em se tratando da mesma situação fático-processual em relação ao corréu, beneficiado com a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, de rigor a extensão dos efeitos da decisão benéfica, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal. II Se entre a data da publicação da sentença e a do acórdão decorreu prazo superior ao previsto em lei para fins de prescrição, deve-se declarar extinta a punibilidade do agente. III Com o parecer. Embargos conhecidos e acolhidos.” (TJMS. Embargos de Declaração Criminal n. 0000386-35.2011.8.12.0034, Glória de Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 19/10/2017, p: 23/10/2017). (g.n.)

“EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRETENDIDO O SANEAMENTO DE SUPOSTA OMISSÃO – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA – EXTENSÃO DOS EFEITOS AO COAUTOR DO DELITO – NECESSÁRIA A EXCLUSÃO DO CONCURSO FORMAL APLICADO – EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. 1 - Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver no Acórdão, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (CPP, art. 620). 2 - Ainda que não aventada no recurso, a prescrição é matéria de ordem pública, cujo implemento deve ser declarado de ofício. 3 – Embargos de Declaração acolhidos para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva retroativa, por expressa previsão dos art. 107, IV, art. 115, e art. 109, inciso V, todos do Código Penal, com a extensão dos efeitos da decisão, de ofício, ao coautor do delito, com base no art. 580, do CPP. Por conseguinte, exclui-se a causa de aumento do concurso formal aplicada aos acusados.” (TJMS. Embargos de Declaração Criminal n. 0005488-72.2014.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 05/09/2018, p: 10/09/2018). (g.n.)

Destarte, acolho a preliminar para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado e, por consequência, extinguir a punibilidade dos réus Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, com relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual e pelos réus Ronaldo Teles de Menezes, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, e lhes nego provimento.

² Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Conheço dos recursos interpostos pelos réus Ivan Costa dos Reis e Humberto de Campos Silva e lhes dou parcial provimento, apenas para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado e por consequência, extinguir a punibilidade dos réus Ivan Costa dos Reis, Ronaldo Teles de Menezes, Humberto de Campos Silva, Gilmar Rabelo Ferreira e Geraldo de Oliveira, com relação ao crime previsto no art. 288 do Código Penal, nos termos do art. 107, IV, do CP, e art. 580, do CPP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares de nulidade. No mérito, negaram provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual, Ronaldo e Geraldo; deram parcial provimento aos apelos de Ivan e Humberto para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição quanto ao crime de associação criminosa, e; na forma do art. 580 do CPP, estenderam este provimento em favor dos demais condenados.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

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 Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2020.

1ª Câmara Criminal

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0018603-50.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA COMUM – CRIME DE DESCAMINHO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR DA ATIVA, QUE ESTAVA DE FOLGA E EM LOCAL NÃO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR – CONDUTA PRATICADA POR INTERESSE PRIVADO – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – SÚMULA 151 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de crime de descaminho praticado por policial militar da ativa, fora do local e do horário de serviço, sem ter se valido de seu cargo para o cometimento do delito, caracteriza o infrator como civil, na busca de interesse privado, que atrai a competência da Justiça Comum (Súmula 151 do STJ).

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, deram provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Linconl Ariel de Carvalho Nunes, contra a decisão às f. 12-16, que rejeitou a exceção de incompetência.

O apelante afirma que o crime de descaminho é de competência da Justiça Federal, já que o crime supostamente foi cometido quando o recorrente se encontrava em dia de folga.

Assim, requer a reforma da decisão, julgando incompetente o Juízo da Auditoria Militar para processar o presente feito, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Federal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 42-46, pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 56-57, opinando que o recurso seja julgado prejudicado, uma vez que houve a prolação de sentença nos Autos principais n. 0043955-44.2018.8.12.0001.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Linconl Ariel de Carvalho Nunes, contra a decisão às f. 12-16, que rejeitou a exceção de incompetência.

Vejamos a decisão recorrida:

“Vistos, etc.

Trata-se de exceção de incompetência oposta por Linconl Ariel de Carvalho Nunes, por dependência aos Autos nº 0043955-44.2018, sob a alegação de que este Juízo Militar não possui competência para processar e julgar os fatos imputados atinentes ao crime de descaminho, previsto no artigo 334, do Código Penal comum, por entender que tal atribuição é da Justiça Federal, fundamentando seu pleito na Súmula 151 do STJ.

O Ministério Público manifestou-se (f. 9-11) pela improcedência da exceção de incompetência.

É o relatório. Decido.

De plano, tenho que a presente exceção de incompetência não comporta acolhimento.

Isso porque, o excipiente é Policial Militar e se encontra na ativa, conforme prescrito no artigo 4.º, § 1.º, alínea ‘a’, Lei Complementar n.º 53/1990, bem como que os fatos que lhe são atribuídos atentam contra a ordem administrativa militar; de modo que estão preenchidos os requisitos a ensejar a aplicação da lei penal militar e, por consequência, atrair a competência desta Justiça Especializada para processar e julgar o presente feito.

Ao perflustrar os autos de Ação Penal Militar nº 0043955-44.2018.8.12.0001, verifica-se que o excipiente foi denunciado pelo crime previsto no art. 334 do Código Penal comum, porque na madrugada do dia 12 de agosto de 2018 ele teria iludido, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada de mercadoria em território nacional, consistente em 34 caixas de essência de narguilé.

O pleito do excipiente se lastreia na Súmula 151 do STJ, a qual dispõe que ‘A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens’.

Ocorre tal sustentação, repita-se, não merece prosperar, considerando que a manejada súmula tornou-se inaplicável com a entrada em vigor da Lei 13.491/2017, que alargou o leque de crimes militares e, por consequência, abarcou todos crimes previstos na legislação penal, é o que diz o novo texto do art. 9º do CPM.

Em outras palavras, a competência deste juízo para analisar os fatos que sustentaram a denúncia dos autos em testilha se assenta na alteração legislativa promovida pela Lei 13.491/2017, que ampliou substancialmente o conceito de crime militar; e que passou a considerar qualquer infração penal prevista no ordenamento jurídico pátrio como crime militar, caso se amolde às hipóteses estabelecidas pelo art. 9º do Código Penal Militar e suas alíneas.

E, como é cediço, a competência desta Justiça Especializada é absoluta e sua não observância acarretará em vício que não se convalida.

É bem verdade que antes da alteração legislativa o crime ao qual foi imputado ao ora excipiente não era considerado de natureza militar e, por consequência, era alcançado pela ventilada súmula. Contudo, repise-se, com a alteração da lei, os crimes ‘previstos na legislação penal’, é dizer, àqueles conditos no Código Penal e em Legislação Extravagante passaram a ser considerados crimes militares – englobando-se, inclusive, o descaminho –, se, claro, forem cumulados com alguma das hipóteses contidas no art. 9º, II, do Código Penal Militar.

Sob esse prisma, ao analisar o caso dos autos – em adequação à legislação vigente –, verifica-se que o excipiente é policial militar em atividade e, em exame perfunctório, praticou o crime contra a ordem administrativa militar, sendo de fácil percepção que tal conduta se subsume perfeitamente à hipótese elencada no art. 9º, II, ‘e’, do Código Penal Militar. Senão, vejamos, in verbis:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

(...)

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa Militar;

A propósito, ao tratar sobre a hipótese prevista na alínea ‘e’ supracitada, Coimbra Neves explica que

(...) Por ordem administrativa militar deve-se entender a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. Assim, delitos contra a ordem administrativa militar são ‘as infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração’ (STF, HC 39.412). (...). (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de direito penal militar. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 417). (grifou-se).

‘Nesse prisma, repise-se, sobressai do caderno processual a constatação indubitável de que o excipiente é policial militar em situação de atividade, ou seja, não foi reformado e nem transferido para a reserva, encontrando-se, portanto, plenamente na ativa, isto é, em plena atividade, é dizer, a circunstância de, na ocasião do fato, não se encontrar de serviço não tem o condão de, por si só, afastar a natureza militar do fato.’

Nesse ponto, é importante esclarecer que ‘estar de serviço’ e ‘em situação de atividade’ são circunstâncias que não se confundem.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei Complementar Estadual n. 53/90, o Policial Militar pode se encontrar em duas situações, vale dizer, na ativa ou na inatividade. Na ativa, considera-se os policiais militares de carreira, ou incluídos, convocados ou designados, ou seja, que não tenham sido excluídos, reformados ou transferidos para a reserva remunerada. Já a situação de inatividade, consequentemente, considera-se os que estão na reserva remunerada ou reformados.

Dessa forma, quando o policial militar encontra-se na ativa, ou seja, não foi para a reserva e nem reformado, é conclusivo, por força de lei, que, ainda que de folga – isto é, não estando de serviço –, ele pode praticar tanto crime propriamente militar (CPM, art. 9º, I) quanto impropriamente militar (CPM, art. 9º, II).

Aliás, importa consignar que mesmo estando em situação de inatividade pode o policial praticar crimes de natureza militar – é o que se depreende, em especial, do art. 9º, inciso III, e do art. 13, ambos do CPM.

Nessa esteira, oportunos os comentários tecidos por Guilherme de S. Nucci sobre o tema, in verbis:

Militar contra militar: a expressão em situação de atividade, em nosso entendimento, significa encontrar-se o militar na ativa, portanto, não se encontra na reserva, nem reformado. Parece-nos que, fosse outro objetivo da lei, deveria constar no exercício da função ou apenas em atividade (como, aliás, consta da alínea c: em serviço). A situação de atividade remete ao militar da ativa. É também a posição de Célso Lobão (Comentários ao Código Penal Militar, v. 1, p. 96), Enio Luiz Rosseto (Código Penal Militar comentado, p. 108) e José da Silva Loureiro Neto (Direito Penal Militar, p. 19). Os Tribunais divergem nessa interpretação, ora adotando a tese de ser o militar da ativa, ora de ser o militar em serviço. Observa-se, no entanto, predominar a visão de se cuidar do militar da ativa, em

oposição ao que se encontra reformado ou na reserva. E é o correto, pois essa ótica é fiel ao disposto pelo Código Penal Militar, além de atender à efetiva tutela ao bem jurídico primário dos delitos militares: hierarquia e disciplina. Assim como o magistrado, que deve ter reputação ilibada e comportamento digno, mesmo fora da atividade jurisdicional, valedizer, em sua vida privada, o militar deve demonstrar zelo disciplinar e respeito aos valores das Forças Armadas em todos os momentos de sua vida. Diante disso, o militar, em situação de atividade, envolve que está ativo no serviço militar, ainda que em gozo de férias, folga ou licença para qualquer finalidade. Ser militar envolve inúmeras responsabilidades distintas da vida civil, justamente o motivo de existência da Justiça Especializada para julgar os delitos militares. (...).” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal militar comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 43/44). (grifou-se).

“Nessa mesma linha de raciocínio, mister consignar que o Ministro Celso de Mello, citando o Ministro Rafael Mayer, esclareceu que:

Ora, não fosse esse o entendimento, razão não existiria para normatizar, por exemplo, a hipótese prevista na alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM, com todo respeito a entendimento contrário, compreensão diversa da supracitada contribuiria para a redução da força dos princípios basilares do sistema penal-militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

É cediço que a conduta castrense deve ser pautada pelos princípios da hierarquia e da disciplina, que traduzem o bem jurídico primário dos delitos militares e são a base estrutural de todo o sistema penal-militar.

Em outros termos, o direito penal militar foi sistematizado, precipuamente, para garantir que a hierarquia e a disciplina sejam rigorosamente respeitados pelos militares, tanto é assim que os primeiros Títulos (II, III e, também o VII) do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar tratam justamente dos crimes contra a autoridade, a disciplina, o serviço e o dever militares – tamanha a importância desses valores à Instituição Militar.

*De mais a mais, impende salientar que, diferentemente do que sustenta o excipiente, não há falar que a competência da Justiça Comum Federal prevalece sobre a Justiça Militar por força do inciso IV do art. 109 da CF, **porquanto o próprio dispositivo constitucional ressalva a competência Castrense.** Por oportuno, confira-se a redação do aludido artigo:*

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

*IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e **ressalvada a competência da Justiça Militar** e da Justiça Eleitoral; (grifou-se)*

Não obstante esse fato, o art. 82 do CPPM é categórico no sentido de que o foro militar é especial, o que significa dizer que este prevalecerá em caso de conflito, salvo nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, por expressa previsão do contido no art. 9º, § 1º, do CPM.

Por essas razões, infere-se que, ao contrário do sustentado pelo excipiente, a Justiça Militar Estadual é absolutamente competente para processar e julgar o feito.

*Ante o exposto, **rejeito a exceção de incompetência** oposta por **Lincoln Ariel de Carvalho Nunes**.*

Decorrido o prazo sem interposição de recurso, arquivem-se estes autos.

Int.” (g.n.)

Passo à análise do recurso

O cerne da questão, reside em saber se a conduta imputada ao recorrente, de descaminho praticado por Policial Militar fora do horário de serviço e sem farda, em local que não estava sob a Administração Militar, consiste em crime comum ou crime militar.

É certo que a Lei 13.491/2017 ampliou o espectro da Competência da Justiça Militar, admitindo que qualquer crime previsto na legislação penal, inclusive em leis extravagantes, sejam julgados pela Justiça Castrense, desde que envolvam militares em atividade ou da reserva nos termos do art. 9º, II e III do CPM.

O art. 9º do Código Penal Militar, estabelece que:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017).” (g.n.)

Recentemente, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência 162.339/MG, publicado no DJe em 15/03/2019 assentou o entendimento de que:

“(…) Se, a despeito de os investigados serem militares da ativa, sua conduta teve lugar fora do horário de serviço, quando não envergavam farda e em momento algum se valeram de seu cargo para o cometimento dos delitos, é viável concluir que agiram como civis e que sua conduta não se enquadra na hipótese do art. 9º, II, “a”, do Código Penal Militar (crimes praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado), única que, em tese, poderia se amoldar ao confronto entre militares da ativa. Afastada, assim, como consequência, a competência da Justiça Militar Federal que se firmaria em decorrência do fato de pertencerem os indiciados a organização militar federal (in casu, o Exército brasileiro).”

No mesmo sentido do referido julgado, o Recurso em *Habeas Corpus* nº 110.556-MS (2019/0092100-8), de Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 06 de agosto de 2019, reformou decisão desse Egrégio Tribunal de Justiça para, em caso semelhante ao presente, firmar a competência da Justiça Comum, para o processamento e julgamento do feito, o qual foi assim ementado:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS – COMPETÊNCIA – INQUÉRITO POLICIAL – JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA COMUM – POLICIAL MILITAR DA ATIVA, DE FOLGA, FORA DE LOCAL DE SERVIÇO, QUE TERIA PRATICADO INJÚRIA E AMEAÇA CONTRA OUTRO POLICIAL MILITAR – MOTIVAÇÃO DAS AGRESSÕES POUCO CONHECIDA, APARENTEMENTE PRIVADA – CONDUTA POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI 13.491, DE 13/10/2017 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – RECURSO PROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Conflito de Competência CC 162.399/MG, em 27/2/2019, publicado no DJe em 15/3/2019, sufragou o entendimento segundo o qual a conduta criminosa do militar da ativa, fora do lugar e horário de serviço, sem ter se valido do cargo para cometimento do delito, permite caracterizar o agente, nesta hipótese, como civil, circunstância que afasta a aplicação do art. 9º, II, a, do Código Penal Militar e, por conseguinte, firma a competência da Justiça comum. – grifo nosso.

2. Tratando-se de condutas criminosas praticadas por policial militar da ativa contra outro policial militar da ativa, em razão de interesse privado, em momento de folga de ambos, autor e vítima, fora de local sujeito à administração militar, sem que haja evidências que permitam concluir que o agressor tenha se valido do cargo para cometimento dos delitos, ou que os fatos tenham relação com as funções dos envolvidos, caracteriza-se a falta de gravame à instituição militar, o que afasta a competência dessa jurisdição criminal especializada.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, a fim de declarar a competência da Justiça estadual comum para processamento do feito.” (RHC 110.556/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 12/08/2019)

Nesse diapasão, em que pese a expressão contida no dispositivo legal do art. 9º, II “a” e “b” do Código Penal Militar refira-se a “militar em atividade”, esta, segundo a compreensão firmada pela 3ª Seção Criminal do STJ, não pode ser estendida ao militar de folga, licenciado ou que não esteja sujeito à Administração Militar no momento do cometimento do crime, como no caso em apreço, ou seja, em conduta movida pelo interesse privado.

De uma breve repisada dos termos da denúncia oferecida em desfavor do ora apelante (Autos n. 0043955-44.2018.8.12.0001), não se observa descrição de que o mesmo tenha se validado da condição de militar para a prática delituosa, nem que o tenha praticado durante o trabalho militar ou em local sujeito à Administração Militar. Ao contrário, estava em dia de folga, sem farda e em carro particular.

Portanto, caracterizado que o recorrente, segundo a própria narrativa da citada exordial acusatória, agiu como civil em sua conduta e não como militar em atividade.

Em regra, a competência para processamento e julgamento da ação penal sob júdice é da Justiça Federal (Súmula 151 do STJ), tendo em vista se tratar do crime previsto no art. 334 (descaminho) do Código Penal.

Nesse compasso, nos termos do art. 109, I da Constituição Federal e Súmula 150 do STJ: “*Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.*”

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e lhe dou provimento, para reformar a decisão investida e declarar a incompetência da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande para o processamento e julgamento do feito (Autos n. 0043955-44.2018.8.12.0001), devendo o juízo *a quo* tomar as providências cabíveis para a remessa dos autos à Justiça Federal (Súmula 151- STJ), tornando nulos os atos praticados a partir da interposição da exceção de incompetência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

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 Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Criminal

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

Habeas Corpus Criminal nº 1600037-53.2020.8.12.0000 - Paranaíba

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – CIRCUNSTÂNCIAS E GRAVIDADE DO DELITO QUE JUSTIFICAM A SEGREGAÇÃO EM PROL DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO - ORDEM DENEGADA.

Ainda que a prisão cautelar seja medida a ser aplicada excepcionalmente devido ao seu caráter extremo, a segregação é imposta com intuito de resguardar a ordem pública, uma vez que restam devidamente consubstanciados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Condições pessoais favoráveis, por si sós, não garantem direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

A aplicação das medidas cautelares (art. 319 do Código de Processo Penal) não se mostram adequadas às circunstâncias do caso ante a presença dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, denegaram a ordem.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Harlei Alexandre Pavezzi Galvão interpõe *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente J. C. de O., apontando como autoridade coatora o juízo da Vara Criminal de Paranaíba/MS, por ato praticado no bojo dos Autos nº 0004191.63.2019.8.12.0018, consistente em manter o paciente preso.

Narra que o paciente foi preso pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 217-A c.c 226, IV, ambos do CP.

Sustenta que o paciente tem bons antecedentes, endereço fixo no distrito da culpa e conta com 67 anos de idade, nada indicando que irá atrapalhar a instrução criminal, devendo ser lhe concedida liberdade provisória.

Assim, requer, a concessão da ordem a fim de que o paciente seja colocado em liberdade até o trânsito em julgado da ação criminal.

O pedido liminar foi indeferido (f. 267-268).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (f. 272-307).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem (f. 311-315).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Harlei Alexandre Pavezzi Galvão, em favor do paciente J. C. de O., apontando como autoridade coatora o juízo da Vara Criminal de Paranaíba/MS, por ato praticado no bojo dos Autos nº 0004191.63.2019.8.12.0018, consistente em manter o paciente preso.

Narra que o paciente foi preso pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 217-A c.c 226, IV, ambos do CP.

Sustenta que o paciente tem bons antecedentes, endereço fixo no distrito da culpa e conta com 67 anos de idade, nada indicando que irá atrapalhar a instrução criminal, devendo ser lhe concedida liberdade provisória.

Assim, requer, a concessão da ordem a fim de que o paciente seja colocado em liberdade até o trânsito em julgado da ação criminal.

Extrai-se dos autos que em 23.10.2019, a autoridade policial, em decorrência do quanto apurado no IP 357/2019, representou pela decretação da prisão preventiva do paciente J. C. de O., Autos nº 0004015-84.2019.8.12.0018, o que foi deferido pelo magistrado singular, em 25.10.2019, no que importa, nos seguintes termos:

“(...) No caso em tela a materialidade delitiva restou comprovada, conforme faz prova os documentos acostados pela autoridade policial.

Quanto à autoria, do mesmo modo, com base nos documentos acostados, há fortes indícios de que os representados praticaram a conduta ilícito relatada pela autoridade policial.

*No caso dos autos, recai sobre o investigado J. C. de O. a suspeita da prática do grave crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal, contra as infantes ***** e *****, filhas da investigada E. S. B., a qual é suspeita de incentivar a prática delitiva.*

*A autoridade policial, neste primeiro momento da investigação, colheu os depoimentos de M. L. dos S. (f. 82); T. A. M. de L. (f. 85); A. P. L. de S. (f. 93); L. L. B. S. (f. 96); B. A. M. de M. (f. 104); V. I. S. (f. 111); M. A. C. (f. 120) bem como procedeu a escuta especializada das infantes ***** e *****.*

*Veja-se que a vítima ***** já fora inquirida pelo método do depoimento especial, oportunidade em que mais uma vez, descreveu os abusos sexuais perpetrados pelos denunciados.*

Destarte, reputo presentes, em sede de um juízo de cognição sumária, próprio desta fase processual, a prova da materialidade e os indícios suficientes da autoria, requisitos necessários para a custódia cautelar.

A estes deve-se somar os fundamentos legais que autorizam a prisão cautelar que, ressalte-se, estão presentes no caso sub judice, na modalidade de necessidade da custódia preventiva como forma de se garantir a ordem pública e a regularidade da instrução processual.

No caso sob exame, a gravidade concreta do delito, que teria sido praticado por pessoa com proximidade com a família das vítimas infantes, com a participação da genitora

das crianças, que teria agido com objetivo de lucro com a exploração sexual das próprias filhas, evidencia a periculosidade dos representados e recomenda a decretação da segregação cautelar como forma de resguardar a segurança física e psíquica das vítimas e garantir a regularidade da instrução criminal, evitando pressão sobre as ofendidas, que são crianças, com o fito de modificar o teor de seu relato.

(...)

Em razão do exposto, entendo que restaram preenchidos os pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, mostrando-se a medida drástica necessária no caso dos autos.

Por esses motivos e com fulcro nos artigos 311, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, acolho o parecer do Parquet Estadual e decreto a prisão preventiva de E. S. B. e J. C. de O., com qualificação encartada nos autos.” (f. 134-140¹)

A efetiva prisão do paciente ocorreu em 26.10.2019. Em 11.11.2019 foi oferecida a denúncia, instaurando-se a Ação Penal nº 0004191-63.2019.8.12.0018, na qual os fatos foram assim narrados pelo Parquet:

*“(...) Consta do incluso procedimento policial que, em datas indeterminadas, por volta do dia 14 de setembro de 2019, às 13h30min, na rua João Alves da Cunha, nº 146, bairro Jardim Daniel Três, nesta cidade e comarca, J. C. de O. e E. S. B. (qualificados nos autos em epígrafe, f. 07), em continuidade delitiva, praticaram atos libidinosos diversos da conjunção carnal, em concurso de 02 pessoas, com unidade de propósito, contra as vítimas menores de 14 (catorze) anos, ***** e *****.*

*Apurou-se ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, E. S. B., em continuidade delitiva, submeteu à prostituição ou outra forma de exploração sexual, suas filhas ***** e ***** , menores de 18 (dezoito) anos, a fim de obter vantagem econômica.*

*Consta, também que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, E. S. B., em continuidade delitiva, abandonou pessoa que está sob o seu cuidado, guarda, vigilância e autoridade, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, em desfavor de suas filhas ***** e *****.*

Consta dos autos que a denunciada é mãe das vítimas.

*Segundo o apurado, o denunciado J. O. obrigava as vítimas a fazerem sexo oral nele, além de também fazer sexo oral nelas, além de passar o pênis na bunda delas, e de manipular a vagina da vítima ***** , conforme comprovado por laudo de f. 120-123.*

Constatou-se que E. B. obrigava as vítimas a se submeterem aos abusos, pois, quando as infantes se recusam a ir até a residência do abusador, a denunciada as agredia fisicamente.

Apurou-se que os abusos ocorriam em troca de dinheiro, ou seja, J. O. entregava dinheiro à E. B., para que esta fizesse com que as vítimas fossem submetidas aos abusos.

Averiguou-se que E. B. submeteu as vítimas à prostituição, na medida em que, mediante contraprestação em dinheiro, e de promessas de presentes diversos, obrigou as filhas a diversos programas sexuais com o denunciado, o que foi praticado com habitualidade.

****** , se referindo à sua genitora, relatou em escuta especializada que “[...] Ela me mandou ir lá, tirar a roupa e fazer as coisas, minha mãe disse que iria me dar uma garrafinha [...] Ele falou pra gente tirar a roupa e ele iria dar dinheiro pra gente [...]” (f. 29-31).*

****** , relatou em áudio que “[...] O vô J. falou assim, pra mim fazer as coisas com ele, e aí pra fazer as coisas com ele, pra mim fazer as coisas com ele para ele me dar dinheiro (...).” (f. 52).*

¹ Autos nº 0004015-84.2019.8.12.0018

Constatou-se, ainda, que E. B. deixava as infantes sozinhas, sem luz e sem comida, fazendo com que estas pedissem comida nas residências da vizinhança.

*A testemunha M. A., em escuta especializada (f. 132-135), relatou que “[...] as meninas chegam a passar fome se os vizinhos não ajudam. A menorzinha (*****) chegou a beber remédio do irmãozinho dela e a mãe deu um coró nela por isso. Ela estava bebendo o remédio pois era doce e ela estava com fome. Elas também comiam açúcar quando estavam com fome, até terra [...]”*

No mais, tem-se que os crimes ocorreram por reiteradas vezes, tendo os de abuso sexual ocorrido por 9 (nove) vezes, todas nas mesmas condições de tempo e lugar.”

O magistrado singular recebeu parcialmente a denúncia e promoveu a correção da capitulação jurídica, restando o ora paciente denunciado pela prática dos crimes do art. 217-A c/c art. 226, IV, “a”, por nove vezes, contra duas vítimas, na forma do artigo 71 do CP, analisando, na mesma decisão, novamente a segregação cautelar e decidindo por mantê-la, nos seguintes termos:

“(...) Quanto à prisão cautelar dos acusados, decretada nos Autos 0004015-84.2019.8.12.0018 (f. 169-175), entendo que os fundamentos determinantes da segregação permanecem incólumes, porquanto não houve alteração no contexto fático-processual a justificar a revogação da ordem ou a concessão de liberdade provisória.” (f. 203²)

Pois bem. Da análise dos autos, tenho que a pretensão defensiva não merece guarida, senão vejamos:

A respeito da segregação cautelar, torna-se imperioso destacar que, ainda que tal medida possua caráter excepcional, o julgador analisa se restam presentes os elementos do art. 312 do CPP, somados aos elementos fáticos do caso concreto, as circunstâncias do crime e de quem o pratica, ainda que, em sede de análise sumária.

Neste passo, mencionado dispositivo legal exige, primeiramente, prova da materialidade e indícios de autoria (*fumus comissi delicti*).

A materialidade e a autoria, no caso dos autos, vem corroboradas pelos elementos de informação contidos no inquérito policial, em especial pelo depoimentos de testemunhas, bem como os depoimentos especiais das vítimas colhidos em sede de produção antecipada de provas nos Autos nº 0003611-33.2019.8.12.0018.

Tem-se da denúncia que a vítima “*****, se referindo à sua genitora, relatou em escuta especializada que ‘[...] Ela me mandou ir lá, tirar a roupa e fazer as coisas, minha mãe disse que iria me dar uma garrafinha [...] Ele falou pra gente tirar a roupa e ele iria dar dinheiro pra gente [...]’ (f. 29-31).”

Por sua vez, a vítima “*****, relatou em áudio que ‘[...] O vó J. falou assim, pra mim fazer as coisas com ele, e aí pra fazer as coisas com ele, pra mim fazer as coisas com ele para ele me dar dinheiro [...]’ (f. 52).”

Portanto, no caso em tela, o *fumus comissi delicti* encontra-se devidamente consubstanciado.

Noutro norte, é cediço que a gravidade do delito de estupro de vulnerável é concreta, de modo que tal delito em tese praticado pelo paciente, que era vizinho das vítimas, com auxílio da genitora destas, agindo em concurso de pessoas, gera grande insegurança e temor social, em especial às vítimas que deveriam ter sido protegidas pela pessoa que perpetrou o delito, além de causar, sem dúvida, intranquilidade e repulsa à população e, também por isso, ofendem à ordem pública.

Dessa forma, o *periculum libertatis* também está na necessidade de se ver garantida a ordem pública, primeiro objetivo visado pelo legislador ao conceber o instituto da prisão preventiva, e assim o fez em razão da imensurável importância da paz social para a normalidade da vida em sociedade. Com isso, o sagrado direito à liberdade, do qual todo cidadão é dotado, cede diante da necessidade de preservar o bem-estar coletivo, ameaçado pela conduta de quem insiste em praticar delitos sem importar-se com a repercussão de seus atos no meio social.

2 Ação Penal nº 0004191-63.2019.8.12.0018

Ademais, além dos delitos cometidos serem graves, eles foram praticados contra duas vítimas vulneráveis, por nove vezes, o que sugere reiteração de crimes, situação que também em muito atenta contra a ordem pública, em especial em delitos dessa natureza.

A garantia da ordem pública é também destacada pela doutrina, como se vê pela lição de JULIO FABBRINI MIRABETE, na obra “Código de Processo Penal Interpretado”, 8 ed. São Paulo: Atlas, 202, p. 690, de onde se extrai:

“Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional.”

A respeito, vejamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 2. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. (...) (RHC 46812/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015)

E, ainda, julgados deste Sodalício:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E VIAS DE FATO EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VÍTIMAS DIFERENTES – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM PÚBLICA AFETADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA. 1. O decreto prisional preventivo está embasado nas circunstâncias do crime, elementos que são capazes de infligir riscos à garantia da ordem pública, pelo que se faz necessária a manutenção da custódia cautelar porque evidenciada a periculosidade do paciente. 2. A gravidade acentuada e concreta do delito penal, pela sua natureza e dinâmica dos fatos, impede a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.” (TJMS. Habeas Corpus Criminal nº 1405051-07.2017.8.12.0000, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 29/05/2017, p: 30/05/2017)

“HABEAS CORPUS – ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR TRÊS VEZES E TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR DUAS VEZES – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE DO DELITO – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INVIABILIDADE – RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA. 1 - Mantém-se a prisão cautelar fundamentadamente decretada com base em elementos concretos, extraídos dos autos, que evidenciam a presença dos motivos autorizadores (fumus comissi delicti – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o periculum libertatis - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), já que teria praticado crimes de estupro, tentado e consumado, contra cinco adolescentes menores de 14 (catorze)

anos de idade. II - Presente requisito instrumental de admissibilidade da prisão preventiva (artigo 313, I, do Código de Processo Penal) quando a acusação é por estupro de vulnerável e tentativa de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal e art. 217-A c.c art. 14 II do Código Penal), cujas penas privativas de liberdade máxima são superiores a quatro anos. III - O paciente já respondeu pelo crime de estupro, possuindo ainda passagens policiais por importunação ofensiva ao pudor e tentativa de estupro de uma idosa de 83 anos de idade quando trabalhava no Asilo Dom Bosco. A prisão preventiva deve ser mantida sempre que houver possibilidade concreta de reiteração delitiva, como demonstrado no presente caso. IV - Condições pessoais favoráveis, por si sós, não garantem direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar. V - A aplicação das medidas cautelares (art. 319 do Código de Processo Penal) não se mostram adequadas às circunstâncias do caso ante a presença dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva. VI - Ordem denegada COM O PARECER DA PGJ.” (TJMS. Habeas Corpus Criminal nº 1409048-66.2015.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 24/09/2015, p: 28/09/2015)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – PRISÃO PREVENTIVA – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP – DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA. Mantém-se a segregação cautelar do paciente, quando o decreto prisional está satisfatoriamente fundamentado na garantia da ordem pública, tendo em vista o *modus operandi* do delito e a gravidade concreta da ação delituosa, que evidenciam a periculosidade do agente. Condições pessoais favoráveis não impedem o decreto de prisão preventiva, quando presentes os requisitos autorizadores da mesma.” (TJMS. Habeas Corpus nº 1401473-02.2018.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Manoel Mendes Carli, j: 06/03/2018, p: 07/03/2018)

Portanto, presentes os motivos ensejadores da custódia cautelar do paciente, uma vez que demonstrados o *fumus comissi delicti* (autoria e materialidade) e o *periculum libertatis* (neste caso, a garantia da ordem pública).

Ademais, em que pese a alegação de que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis, saliento que ainda que existam tais condições, estas, por si sós, não garantiriam o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar.

A respeito:

“CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, aliás, sequer comprovadas no caso concreto, por si sós, não obstat a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF.” (STJ, 5ª Turma, HC 130982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20.10.2009, publ. no DJe em 09.11.2009).

Além disso, trata-se de hipótese que autoriza a prisão processual (crimes dolosos apenados com pena máxima superior a 04 anos – art. 313, I, do Código de Processo Penal).

Por derradeiro, registro que, neste caso particular mostra-se descabido o pedido alternativo formulado pelo impetrante, para que seja substituída a prisão preventiva por uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, já que as circunstâncias dos autos evidenciam que providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública, sendo de rigor, portanto, a custódia provisória.

Assim, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ser sanado no presente *writ*, a manutenção da segregação cautelar em face do paciente é medida que se impõe.

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.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

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. Emerson Cafure e Des^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2020.

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0000846-96.2017.8.12.0006 - Camapuã

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL – DELITO PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA MESMO COM A RECONCILIAÇÃO DO OFENSOR COM A OFENDIDA – CONDENAÇÃO MANTIDA – INDENIZAÇÃO MÍNIMA À VÍTIMA PRESERVADA – NÃO PROVIDO.

Incabível a aplicação do princípio da bagatela imprópria, vez que a violência praticada pelo homem contra a mulher no âmbito doméstico, prevalecendo-se de sua condição física, faz com que o resultado produzido não possa ser tido como ínfimo.

Diante da gravidade concreta do delito e da política de proteção à mulher no âmbito doméstico, a intervenção do direito penal é oportuna e a pena medida necessária para demonstrar a intolerância com a conduta praticada pelo agente, mesmo havendo a reconciliação das partes (Súmula 589 do STJ). Mesmo a reconciliação do casal não implica em desnecessidade da pena, pois expressamente incabível a aplicação dos princípios da insignificância e intervenção mínima aos delitos sob a égide da Lei Maria da Pena.

Por conseguinte, inviável a pretensa dispensa do pagamento da indenização mínima. Verifica-se que o legislador ordinário não fez qualquer restrição acerca dos danos morais, de modo que a exegese a ser feita, é no sentido de que o elemento normativo “fixará valor mínimo para reparação dos danos” (art. 387, IV, CPP), inclui-se o dano extrapatrimonial.

Portanto, não há ilegalidade na fixação de danos morais, sendo possível, destarte, a fixação de um mínimo de indenização desde que haja pedido expresso da peça acusatória, de modo a propiciar o exercício do direito de defesa. *In casu*, o *Parquet* fez pedido expresso de arbitramento de um valor mínimo indenizatório em favor da vítima. Sendo assim, correta a sentença que fixou valor a título de danos morais em 01 (um) salário mínimo.

Com o parecer, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por Kássio Luiz Rosa da Silva, condenado como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal, à pena-base e definitiva de 03 meses de detenção e fixou a reparação dos danos em 01 (um) salário mínimo.

Em razões recursais de f. 155-162, a defesa requer a aplicação do princípio da desnecessidade da pena, ante a reconciliação entre a vítima e o apelante, bem como o afastamento da indenização fixada em favor da vítima, com base no mesmo princípio.

Em contrarrazões de f. 178-183, a Promotoria de Justiça pugnou pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 193-199 pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por Kássio Luiz Rosa da Silva, condenado como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal, à pena-base e definitiva de 03 meses de detenção e fixou a reparação dos danos em 01 (um) salário mínimo.

Em razões recursais de f. 155-162, a defesa requer a aplicação do princípio da desnecessidade da pena, ante a reconciliação entre a vítima e o apelante, bem como o afastamento da indenização fixada em favor da vítima, com base no mesmo princípio.

Em contrarrazões de f. 178-183, a Promotoria de Justiça pugnou pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 193-199 pelo desprovimento do recurso.

Passa-se a analisar.

O princípio da insignificância ou bagatela propriamente dito, decorrente do princípio da intervenção mínima, refere-se à vertente da atipicidade da conduta. Por fim, o princípio da bagatela imprópria ou insignificância imprópria representa a dispensa do apenamento, após criteriosa análise do julgador acerca das peculiaridades do caso concreto.

Incabível a aplicação do princípio da bagatela imprópria, vez que a violência praticada pelo homem contra a mulher no âmbito doméstico, prevalecendo-se de sua condição física, faz com que o resultado produzido não possa ser tido como ínfimo.

Diante da gravidade concreta do delito e da política de proteção à mulher no âmbito doméstico, a intervenção do direito penal é oportuna e a pena medida necessária para demonstrar a intolerância com a conduta praticada pelo agente, mesmo havendo a reconciliação das partes.

O Tribunal da Cidadania já pacificou o entendimento no sentido de não se permitir a aplicação do aludido princípio no contexto de violência doméstica, em razão da enorme reprovabilidade moral e social da conduta. Assim, ainda que o ofensor (apelante) e a vítima tenham reconciliado, a punição é necessária em face das funções preventivas e repressivas do apenamento.

Confira-se o Enunciado da Súmula 589:

“É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.”

Mesmo a reconciliação do casal não implica em desnecessidade da pena, pois expressamente incabível a aplicação dos princípios da insignificância e intervenção mínima aos delitos sob a égide da Lei Maria da Penha.

Colaciona-se o julgado desta Corte neste sentido:

“(...) Os princípios da bagatela imprópria (que possibilita ao julgador deixar de aplicar a sanção inobstante a tipicidade do fato), e da insignificância (que afasta a tipicidade material da conduta, impondo a absolvição), não se aplicam a delitos praticados em ambiente doméstico diante do relevante desvalor da conduta, mesmo diante da preservação ou do restabelecimento da relação familiar e de condições pessoais favoráveis do agressor. V Recurso desprovido, com o parecer.” (TJMS; ACr 0001577-94.2016.8.12.0049; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 28/01/2020

Assim, rechaça-se a pretensão de absolvição.

Por conseguinte, incabível a pretensa dispensa do pagamento da indenização mínima.

Com efeito, dispõe o art. 387, IV, do CPP, que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Verifica-se que o legislador ordinário não fez qualquer restrição acerca dos danos morais, de modo que a exegese a ser feita, é no sentido de que o elemento normativo “fixará valor mínimo para reparação dos danos”, inclui-se o dano extrapatrimonial.

A propósito, cita-se jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

“RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VIAS DE FATO – DANO MORAL – VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO CIVIL – DANO MORAL IN RE IPSA – MENOSPREZO À DIGNIDADE DA MULHER – MERO ABORRECIMENTO – NÃO OCORRÊNCIA – POSTERIOR RECONCILIAÇÃO – IRRELEVÂNCIA – EXECUÇÃO DO TÍTULO – OPÇÃO DA VÍTIMA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.675.874/MS, fixou a compreensão de que a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher implica a ocorrência de dano moral in re ipsa, de modo que, uma vez comprovada a prática delitiva, é desnecessária maior discussão sobre a efetiva comprovação do dano para a fixação de valor indenizatório mínimo.

(...)

5. Recurso especial provido para restabelecer o valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração, determinando-se ao Tribunal de origem que prossiga no julgamento da apelação defensiva quanto ao pleito subsidiário de redução do quantum fixado na sentença.” (STJ. REsp 1819504/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 30/09/2019).

Portanto, não há ilegalidade na fixação de danos morais, sendo possível, destarte, a fixação de um mínimo de indenização desde que haja pedido expresso da peça acusatória, de modo a propiciar o exercício do direito de defesa.

In casu, o Parquet fez pedido expresso de arbitramento de um valor mínimo indenizatório em favor da vítima. Sendo assim, correta a sentença que fixou valor a título de danos morais em 01 (um) salário mínimo.

Com o parecer, recurso não provido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure

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. Emerson Cafure e Des^a Elizabete Anache.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2020.

1ª Seção Criminal

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

Revisão Criminal nº 1400381-18.2020.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO – EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA – USO DE FACA – LEI Nº 13.654/2018 – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – ART. 66, I, DA LEP E SÚMULA 611, DO STF – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 621, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO NESTE TOCANTE – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E NEUTRALIZAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS ANTECEDENTES – CABÍVEL – REVISIONAL PROCEDENTE NESTE TOCANTE – REVISIONAL PARCIALMENTE CONHECIDA, NA PARTE CONHECIDA PROCEDENTE.

Transitada em julgado a sentença condenatória, cabe ao juízo da Execução a aplicação de lei penal benéfica superveniente, conforme preconizam o art. 66, I, da LEP e a súmula 611 do STF.

A circunstância judicial referente aos antecedentes não pode ser valorada negativamente com base em condenações que se referem a crimes cometidos em momento posterior ao crime de que trata os autos em análise.

Conforme inteligência do artigo 63 do CP, o réu só será considerado reincidente quando cometer um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O trânsito em julgado de condenação posterior a data do cometimento do novo delito não atrai a incidência da agravante.

Em parte contra o parecer, conhece-se parcialmente da revisional, e, na parte conhecida, julga-se procedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conheceram parcialmente e, na parte conhecida, julgaram procedente.

Campo Grande, 18 de março de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Sebastião Alves Braga ajuíza a presente revisão criminal, em face da sentença, transitada em julgado em 13.03.2018, proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Dourados/MS, nos Autos nº 0002332-36.2014.8.12.0002, no qual foi condenado a 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pelo cometimento do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Narra que na primeira fase dosimétrica fora considerado como circunstância judicial negativa apenas a moduladora referente aos antecedentes, e na segunda fase dosimétrica fora considerado a agravante de reincidência, majorando a pena em 03 (três) meses e também, fora sopesada a causa de aumento pelo emprego de arma, majorando a pena em 1/3 (um terço).

Sustenta que, para negativar os antecedentes do recorrente, o juízo sentenciante valeu-se dos Autos nº 469 e 26306, e para sopesar a reincidência, valeu-se dos Autos nº 121307 e 20010, no entanto, tais anotações não estão aptas a serem utilizadas para majoração nem dos antecedentes nem da reincidência, uma vez que à época do cometimento do delito *sub judice* - 31 de dezembro de 2004 - o réu era primário e de bons antecedentes.

Afirma, portanto, que a circunstância judicial dos antecedentes foi indevidamente negativada e deverá ser decotada da primeira fase da dosimetria, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e, além disso, na segunda fase dosimétrica a majoração deverá ser decotada do cálculo dosimétrica, uma vez que foram utilizadas anotações não pertinentes para caracterização da reincidência.

Sustenta, ainda que o recorrente foi condenado no inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal, mas cometeu o delito portando arma branca (facão) razão pela qual, em atendimento ao princípio da *novatio legis in melllium*, com o advento da Lei 13.654/18, deverá essa causa de aumento ser afastada, redimensionando-se a pena definitiva aplicada.

Assim, requer seja julgada procedente a presente ação revisional para o fim de, na primeira fase, seja decotada a circunstância judicial dos antecedentes, bem como, seja decotada, na segunda fase dosimétrica, a agravante de reincidência e, por fim, seja decotada a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I e, consequentemente, redimensionando-se a pena aplicada ao requerente.

Prequestiona o artigo 5º XL e XL e XLVI c.c. art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, bem como ao contido nos 59 e art. 61, inciso I, do Código Penal e art. 4º da Lei nº 13.654/18, que trazem os requisitos que devem nortear o magistrado na dosimetria da pena.

A Procuradoria Geral de Justiça, às f. 537-546, manifestou-se pelo parcial conhecimento da revisional, e, no mérito pela improcedência.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Sebastião Alves Braga, em face da sentença, transitada em julgado em 13.03.2018, proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Dourados/MS, nos Autos nº 0002332-36.2014.8.12.0002, no qual foi condenado a 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pelo cometimento do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Narra que na primeira fase dosimétrica fora considerado como circunstância judicial negativa apenas a moduladora referente aos antecedentes, e na segunda fase dosimétrica fora considerado a agravante de reincidência, majorando a pena em 03 (três) meses e também, fora sopesada a causa de aumento pelo emprego de arma, majorando a pena em 1/3 (um terço).

Sustenta que, para negativar os antecedentes do recorrente, o juízo sentenciante valeu-se dos Autos nº 469 e 26306, e para sopesar a reincidência, valeu-se dos Autos nº 121307 e 20010, no entanto, tais anotações não estão aptas a serem utilizadas para majoração nem dos antecedentes nem da reincidência, uma vez que à época do cometimento do delito *sub judice* - 31 de dezembro de 2004 - o réu era primário e de bons antecedentes.

Afirma, portanto, que a circunstância judicial dos antecedentes foi indevidamente negativada e deverá ser decotada da primeira fase da dosimetria, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e, além disso, na segunda fase dosimétrica a majoração deverá ser decotada do cálculo dosimétrica, uma vez que foram utilizadas anotações não pertinentes para caracterização da reincidência.

Sustenta, ainda que o recorrente foi condenado no inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal, mas cometeu o delito portando arma branca (facão) razão pela qual, em atendimento ao princípio da *novatio legis in mellium*, com o advento da Lei 13.654/18, deverá essa causa de aumento ser afastada, redimensionando-se a pena definitiva aplicada.

Assim, requer seja julgada procedente a presente ação revisional para o fim de, na primeira fase, seja decotada a circunstância judicial dos antecedentes, bem como, seja decotada, na segunda fase dosimétrica, a agravante de reincidência e, por fim, seja decotada a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I e, consequentemente, redimensionando-se a pena aplicada ao requerente.

Prequestiona o artigo 5º XL e XL e XLVI c.c. art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, bem como ao contido nos 59 e art. 61, inciso I, do Código Penal e art. 4º da Lei nº 13.654/18, que trazem os requisitos que devem nortear o magistrado na dosimetria da pena.

A Procuradoria Geral de Justiça, às f. 537-546, manifestou-se pelo parcial conhecimento da revisional, e, no mérito pela improcedência.

Considerações iniciais

Extrai-se dos Autos nº 0002332-36.2014.8.12.0002, comarca de Dourados/MS, que o magistrado singular julgou procedente a denúncia para condenar o ora requerente Sebastião Alves Braga, nas penas do artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal, a uma pena de 7 anos de reclusão e ao pagamento de 50 dias multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo que da referida sentença foi interposto recurso de apelação à este Sodalício, ao qual foi negado provimento, f. 498-502, sendo que o referido acórdão, conforme certidão de f. 512¹, transitou em julgado em 19.03.2018.

Na sentença condenatória, no que importa, a dosimetria penal foi realizada e fundamentada nos seguintes termos:

“(...) Com fundamento no artigo 68 c.c. artigo 59, ambos do Código Penal, passo à análise das circunstâncias judiciais para a fixação das penas.

Culpabilidade é comum; o acusado possui antecedentes, com condenações pelo crime de furto nos autos nº 469 e 26306 (f. 196, 252, 280-94 e 355-69); conduta social e personalidade sem apuração; as circunstâncias do crime normais ao tipo. Os motivos são naturais à espécie. Sem consequências graves e a vítima em nada contribuiu. A situação econômica do acusado não é boa. Desse modo, com circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 15 dias multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Sem causas atenuantes. O acusado é reincidente em crimes contra o patrimônio, com condenação por roubo nos autos nº 121307 e 200010 (f. 196, 252, 280-94 e 355-69), assim, ante a agravante da reincidência acresço 3 meses. Pelo emprego da arma branca, aumento em 1/3 a reprimenda. Sem causas de diminuição da pena. Nesta esteira, torno a pena definitiva em 7 anos de reclusão e ao pagamento de 50 dias multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.” (f. 438²)

Preliminarmente

Pretensão de aplicação do princípio da *novatio legis in mellium*

O recorrente sustenta que foi condenado no inciso I, do § 2º do art. 157 do Código Penal, mas cometeu o delito portando arma branca (facão) razão pela qual, em atendimento ao princípio da *novatio legis in mellium*, com o advento da Lei 13.654/18, deverá essa causa de aumento ser afastada, redimensionando-se a pena definitiva aplicada.

¹ Autos nº 0002332-36.2014.8.12.0002

² Autos nº 0002332-36.2014.8.12.0002

Sustenta a Procuradoria-Geral de Justiça a preliminar de não conhecimento parcial da revisional, quanto ao pedido relativo ao afastamento da causa de aumento do roubo por emprego de arma branca, uma vez que este pedido deve ser analisado pelo juízo da execução penal.

É cediço que as hipóteses em que é cabível a revisão criminal estão previstas no artigo 621 do CPP que traz um rol taxativo, *in verbis*:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

Por sua vez, o artigo 66, I, da Lei de Execuções Penais dispõe que:

Compete ao juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;(…)”.

No mesmo sentido é a súmula 611, do excelso Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 611, do STJ - “Transitada em julgado a condenação, compete ao Juízo da Execução a aplicação de lei mais benigna”.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento sobre o assunto:

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – ÔBICES IMPOSTOS PELAS SÚMULAS Nº 501 DO STJ E 611 DO STF – IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM FULCRO NO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 11.343/2006 – AFASTAMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – NÃO SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006 – FLAGRANTE ILEGALIDADE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 2. Consoante o enunciado da Súmula nº 611 do Supremo Tribunal Federal, “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”. Portanto, transitada em julgado a sentença penal condenatória e não havendo sido apreciado pedido de aplicação retroativa da legislação pelo Juízo das execuções penais, sua análise pela Corte de origem configuraria indevida supressão de instância. (...)” (HC 325.918/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ROUBO COM USO DE FACA E CONCURSO DE AGENTES – MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA – LEI Nº 13.654/2018 – ABOLITIO CRIMINIS – EMPREGO DE ARMA BRANCA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – DESLOCAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PARA A PRIMEIRA FASE – POSSIBILIDADE – REFORMATIO IN PEJUS – NÃO CONFIGURAÇÃO – VIOLAÇÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO – AUSENTE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PARA ANALISAR A APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA – ART. 66 DA LEO E SÚMULA 611/STF – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO IMPROVIDO. 1. Tratando-se de condenação por roubo majorado pelo emprego de arma branca, de rigor a aplicação da novatio legis in melius, excluindo-se a causa de aumento do art. 157, § 2º, I, do CP, com a realização de novo cálculo dosimétrico. 2. Não configura reformatio in pejus a adoção, pelo Tribunal, de fundamentos diversos dos utilizados pela sentença para a realização da dosimetria, desde

que mantidos os limites de pena fixados pela sentença condenatória. 3. Não há ilegalidade no deslocamento da circunstância referente ao emprego de arma branca, da terceira, para a primeira fase de dosimetria, em razão de inovação legislativa que revogou o art. 157, § 2º, I, do CP, medida que inclusive beneficia ao condenado. 4. Não há se falar em ofensa ao trânsito em julgado, isso porque o art. 66 da Lei de Execuções Penais determina que, em caso de legislação penal nova, o juízo de execuções é competente para apreciar a aplicação ao caso concreto. Entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado 611. 5. Agravo improvido.” (AgRg no HC 506.459/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

No mesmo sentido é a jurisprudência dos Tribunais pátrios:

“EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO – EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA – USO DE FACA – LEI Nº 13.654/2018 – NOVATIO LEGIS IN MELLIOUS – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – ART. 66, I, DA LEP E SÚMULA 611, DO STF – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 621, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. I. Transitada em julgado a sentença condenatória, cabe ao Juízo da Execução a aplicação de lei penal benéfica superveniente, conforme preconizam o art. 66, I, da LEP e a súmula 611 do STF. Com o parecer, não conheço da ação revisional.” (TJMS. Revisão Criminal nº 1401881-90.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 20/09/2018, p: 24/09/2018)

“EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ARTIGO 273, §§1º, 1º-A E § 1º-B, I E III DO CP – INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DISPOSTA NO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/06 – NOVATIO LEGIS IN MELLIOUS – INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 621 DO CPP – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 66, I DA LEP E DA SÚMULA 611 DO STF – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO CONHECER. 1. A revisão criminal destina-se a desconstituição de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, quando presentes uma das hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, ou seja, sentença contrária ao texto da lei penal ou à evidência dos autos; sentença fundada em prova falsa; ou surgimento, após a sentença, de novas provas de inocência ou de circunstância que enseje redução da pena. 2. A aplicação de lei penal benéfica superveniente é matéria afeta ao Juízo da Execução, conforme disposição expressa do artigo 66, I da LEP e da Súmula 611 do STF, não podendo ser analisada diretamente pela via revisional por ausência de previsão legal e por incorrer em indevida supressão de instância. 3. Revisão Criminal não conhecida.” (TJMG. Revisão Criminal 1.0000.15.073232-9/000, Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 3º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 16/05/2016, publicação da súmula em 19/05/2016)

“REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – APLICAÇÃO DE LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA – MATÉRIA A SER APRECIADA PERANTE O JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 66, I, DA LEP, E DA SÚMULA 611 DO STF – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP – NÃO CONHECIMENTO. - Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo de execução de penal a aplicação de lei posterior mais benéfica, nos termos do art. 66, I, da LEP, e da Súmula nº 611 do STF.” (TJMG. Revisão Criminal nº 1.0000.13.095000-9/000, Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, julgado em 13/10/2014, publicado em 30/10/2014)

No caso dos autos, verifica-se das f. 514, da Ação Penal nº 0002332-36.2014.8.12.0002, que a guia de execução referente ao delito ora analisado já foi expedida e tornada definitiva, estando o feito, portanto, em fase de execução penal.

Desse modo, a reforma ora pretendida, de que seja aplicada lei posterior benéfica, superveniente à condenação do recorrente, não se enquadra no rol do artigo 621 do CPP, sendo, nos termos do artigo 66, I, da LEP, matéria de competência do juízo da execução penal (art. 66, I, da LEP) e que desafia recurso próprio (agravo em execução penal), não havendo qualquer informação de que recorrente tenha requerido, primeiramente, ao juízo da execução a aplicação da lei penal benigna, não podendo a seção criminal se manifestar sobre a questão, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Assim, não se conhece da revisão criminal neste tocante.

Mérito

Pretensão de neutralização da circunstância judicial referente aos antecedentes e afastamento da reincidência

Conforme relatado anteriormente, o requerente sustenta que, para negativar os antecedentes o juízo sentenciante valeu-se dos Autos nº 469 e 26306, e para sopesar a reincidência, valeu-se dos Autos nº 121307 e 20010, no entanto, tais anotações não estão aptas a serem utilizadas para majoração nem dos antecedentes nem da reincidência, uma vez que à época do cometimento do delito *sub judice* - 31 de dezembro de 2004 - o réu era primário e de bons antecedentes.

O requerente aduz que:

“(...) 1. o Processo nº 469 refere-se a fato ocorrido posteriormente, no ano de 2008, com data da condenação em 07/11/2009 e trânsito em julgado em 09/02/2010, conforme f. 286-287 ou f. 361-362;

2. o Processo nº 26306 também refere-se a fato ocorrido posteriormente, no ano 2011, com data da condenação em 03/02/2012 e trânsito em julgado em 23/03/2012, conforme f. 288-289 ou 363-364;

3. o Processo nº 20010 também refere-se a fato ocorrido posteriormente, no ano 2011, com a data da condenação em 25/11/2011 e trânsito em julgado em 06/02/2012, conforme f. 291-292, e, por fim,

4. o Processo nº 121307 refere-se a fato ocorrido anteriormente, em 31/10/2004, mas sem sentença transitada em julgado, uma vez que a condenação veio em 08/11/2005 e trânsito em julgado em 01/02/2006, portanto, posteriormente ao fato em epígrafe, conforme f. 282-283 ou 357-358.” (f. 06)

Afirma, portanto, que a circunstância judicial dos antecedentes foi indevidamente negatived e deverá ser decotada da primeira fase da dosimetria, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal e, além disso, na segunda fase dosimétrica a majoração deverá ser decotada do cálculo dosimétrica, uma vez que foram utilizadas anotações não pertinentes para caracterização da reincidência.

Pois bem.

Registre-se, inicialmente que o delito pelo qual o requerente foi condenado nos Autos 0002332-36.2014.8.12.0002, artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal, foi cometido em 31.12.2004, tendo a denúncia sido recebida em 25.02.2014 e a sentença proferida em 23.02.2017.

No tocante aos antecedentes, o magistrado singular, para considerar negativa a referida circunstância, utilizou-se das condenações do requerente pelo crime de furto nos Autos nº 469 e 26306.

Ocorre que, analisando as certidões de antecedentes criminais acostadas na origem, em especial f. 361 a 364, verifica-se que o delito pelo qual o requerente foi condenado nos Autos 469, foi cometido em 10.03.2008 (f. 361-362), enquanto, aquele de que tratam os Autos nº 26303, foi perpetrado em 11.09.2011 (f. 363-364), ou seja, ambos foram cometidos posteriormente à data do delito destes autos (31.12.2004).

É certo que a jurisprudência majoritária autoriza a negativedação da moduladora dos antecedentes nos casos em que há ocorrência de crime anterior com trânsito em julgado posterior ao cometimento do novo delito, no entanto, este não é o caso dos autos em que os crimes utilizados como parâmetro para a negativedação ocorreram posteriormente ao crime dos autos, e que, portanto, não servem para negativedar referida circunstância.

Aqui não se trata apenas de o trânsito em julgado ter ocorrido em data posterior ao cometimento do novo crime, aqui foram os próprios delitos que foram cometidos posteriormente aquele que ora se analisa.

Assim, incabível a utilização das referidas condenações para caracterizar como desfavorável a circunstância judicial dos antecedentes, devendo ser neutralizada a referida moduladora e alterada a pena-base.

Esse é o entendimento exarados nas seguintes jurisprudências:

“PENAL – HABEAS CORPUS – ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL – (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – (2) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO – CRIMES COMETIDOS EM MOMENTO POSTERIOR AO QUE SE CUIDA NESTE MANDAMUS – FEITOS EM CURSO – INVIABILIDADE (3) MAJORANTES – QUANTUM DE ACRÉSCIMO – SÚMULA 443 DESTA CORTE – ILEGALIDADE MANIFESTA – (4) PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – REGIME INICIAL FECHADO – ADEQUAÇÃO – (5) WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não se pode firmar um juízo negativo sobre a circunstância judicial relativa aos antecedentes do paciente, diante da existência de condenações transitadas em julgado, que se referem a crimes cometidos em momento posterior ao que cuida o presente writ.

Tampouco é válida a consideração de inquéritos e processos em curso, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Súmula nº 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a reprimenda em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a fixação do regime inicial fechado é apropriada, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.” (HC 324.588/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015)

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – DESCABIMENTO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA – MAUS ANTECEDENTES – UTILIZAÇÃO DE CRIME PRATICADO APÓS O DELITO EM ANÁLISE – IMPOSSIBILIDADE – FLAGRANTE ILEGALIDADE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO – - O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A caracterização da circunstância judicial dos maus antecedentes não pode decorrer do cometimento de crime em data posterior ao cometimento do delito que se examina.

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida para afastar os maus antecedentes e, com isso, reduzir a reprimenda imposta ao paciente.*” (HC 224.632/RJ, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

De outro vértice, também assiste razão ao requerente no que tange ao afastamento da reincidência.

Com efeito, o artigo 63 do Código Penal, estabelece que: “*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

Assim, de acordo com o dispositivo em comento, o réu só será considerado reincidente quando cometer um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, a prática do crime deve ser depois do trânsito em julgado. O trânsito em julgado de condenação posterior a data do cometimento do novo delito não atrai a incidência da agravante.

No caso dos autos, o magistrado singular, ao fundamentar a reincidência do requerente, utilizou-se das condenações deste em crimes contra o patrimônio, com condenação por roubo nos Autos nº 121307 e 200010.

Ocorre que, analisando as certidões de antecedentes criminais acostadas na origem, em especial f. 291-292 e 357, verifica-se que o delito pelo qual o requerente foi condenado nos Autos 200010, foi cometido em 26.04.2011 e teve seu trânsito em julgado em 06.02.2012, ou seja, foi cometido em data posterior ao crime destes autos, não servindo para fins de caracterizar a reincidência.

Quanto à condenação dos Autos nº 121307, embora o crime tenha sido praticado em 31.10.2004, antes do crime destes autos, seu trânsito em julgado ocorreu somente em 01.02.2006, sendo que a jurisprudência é uníssona em aceitar que somente a condenação com trânsito em julgado em data anterior ao cometimento do novo delito é apta a configurar a reincidência.

Assim, tem-se que as condenações mencionadas pelo magistrado não tem força para caracterizar a reincidência, devendo a mesma ser afastada, alterando-se a pena intermediária.

Por oportuno, ressalta-se que a existência da condenação nos autos nº 121307, ainda que não possa ser considerada como reincidência, poderia influir no sopesamento da pena-base na primeira fase da dosimetria penal, no campo dos antecedentes, no entanto, *in casu*, não poderá ser aplicada em observância ao princípio da *reformatio in pejus*, artigo 617 do CPP.

Assim, deve ser neutralizada a moduladora dos antecedentes criminais, bem como afastada a reincidência, devendo ser reformada a pena do requerente.

Nova dosimetria do crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal

1ª fase: conforme sentença, apenas a circunstância judicial dos antecedentes foi valorada negativamente, contudo, referida moduladora foi neutralizada no presente acórdão, portanto, não havendo circunstâncias judiciais negativas fixa-se a pena base no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2ª fase: conforme reconhecido na sentença, não existem circunstâncias atenuantes, e conforme estabelecido neste acórdão, foi afastada a reincidência, não existindo, também, agravantes, devendo a pena intermediária ser mantida em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

3ª fase: Conforme estabelecido na sentença, “*pelo emprego da arma branca, aumento em 1/3 a reprimenda. Sem causas de diminuição da pena.*” Assim, torna-se definitiva a pena em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Conclusão

Ante o exposto, em parte contra o parecer, conhece-se parcialmente da revisional, e, na parte conhecida, julga-se procedente o pedido para neutralizar a moduladora dos antecedentes criminais, bem como afastar a reincidência, reformando-se a pena do requerente.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (revisor)

Acompanho o e. relator, Juiz Lúcio R. da Silveira, a fim de conhecer parcialmente da revisão criminal ajuizada por Sebastião Alves Braga e, na parte conhecida, julgar procedente a insurgência, a fim de decotar os maus antecedentes e a reincidência da dosimetria do acusado.

Ressalvo apenas meu posicionamento sobre a matéria, no sentido de que condenações estabilizadas posteriormente aos fatos apurados na ação penal, ainda que referentes a fatos anteriores, são inservíveis para modular à pena, seja como agravante da reincidência ou como maus antecedentes.

Superada a ressalva, acompanho o voto condutor. O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente e, na parte conhecida, julgaram procedente.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 18 de março de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator em Substituição Legal Juiz Waldir Marques

Habeas Corpus Criminal nº 1416023-65.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – OPERAÇÃO “*OMERTA*” – INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO PASSIVA – ALEGAÇÃO DE DEPOIMENTO OBTIDO MEDIANTE TORTURA – NÃO CONHECIMENTO – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DOS ART. 312 E 313, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – INSUFICIÊNCIA – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA.

A alegação de que o depoimento prestado pela testemunha foi obtido mediante tortura deverá ser apresentada e debatida na cognição reservada à instrução processual e mérito da ação penal, na qual serão averiguadas as teses defensivas e oportunizado aos pacientes o contraditório e ampla defesa, sendo impossível na via estreita do *writ* o exame de valoração do conjunto fático probatório. Não conhecimento.

Inexiste constrangimento ilegal na manutenção da custódia excepcional, se a decisão de primeiro grau foi idoneamente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta dos delitos, cujos elementos extraídos até então demonstram, em sede de cognição sumária, a existência de uma organização criminosa complexa e bem articulada, composta por várias pessoas, voltada principalmente para a prática de homicídio, caracterizando verdadeiro grupo de extermínio.

Condições pessoais favoráveis, por si sós, não garantem direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

Em parte com o parecer, conheço parcialmente a ordem e, na parte conhecida, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Conheceram parcialmente da ordem e, na parte conhecida, denegaram-na, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de janeiro de 2020.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Márcio Souza de Almeida em favor dos pacientes Alcinei Arantes da Silva, acusado da prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada); e artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal; Igor Cunha de Souza, acusado da prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar

organização criminosa armada); artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal; e artigo 158, § 1º, do Código Penal (extorsão); Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, acusado da prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada); e artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal, e Eronaldo Vieira da Silva, acusado da prática, em tese, dos delitos artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada), e artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal, aplicando-se a regra prevista no art. 69, do Código Penal (concurso material). Aponta como autoridade coatora o juízo de direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande – MS.

Aduz que o fundamento utilizado para a decretação da prisão preventiva dos pacientes adveio do depoimento prestado pela testemunha Eliane Benitez Batalha, o qual teria sido realizado mediante prática de tortura contra os seus filhos.

Afirma que é forçoso demonstrar a antijuridicidade das prisões que decorreram de atos espúrios, qual seja, pelo depoimento eivado de nulidade pela tortura, razão pela qual pretende a concessão da liberdade.

Alega, que não estão preenchidos os requisitos para prisão preventiva, razão pela qual requer, liminarmente, o reconhecimento da ilegalidade praticada, determinando a expedição do “contramandado de prisão” (*sic*).

O pedido liminar foi indeferido (f. 288-290).

As informações foram prestadas, f.295-302.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e no mérito, pela denegação da ordem, f. 305-316.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Márcio Souza de Almeida em favor dos pacientes Alcinei Arantes da Silva, acusado da prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada); e artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal; Igor Cunha de Souza, acusado da prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada); artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal; e artigo 158, § 1º, do Código Penal (extorsão); Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, acusado da prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada); e artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal, e Eronaldo Vieira da Silva, acusado da prática, em tese, dos delitos artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 (integrar organização criminosa armada), e artigo 317, § 1º (corrupção passiva), c/c o artigo 71 (continuidade delitiva), ambos do Código Penal, aplicando-se a regra prevista no art. 69, do Código Penal (concurso material). Aponta como autoridade coatora o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande – MS.

Aduz que o fundamento utilizado para a decretação da prisão preventiva dos pacientes adveio do depoimento prestado pela testemunha Eliane Benitez Batalha, o qual teria sido realizado mediante prática de tortura contra os seus filhos.

Afirma que é forçoso demonstrar a antijuridicidade das prisões que decorreram de atos espúrios, qual seja, pelo depoimento eivado de nulidade pela tortura, razão pela qual pretende a concessão da liberdade.

Alega, que não estão preenchidos os requisitos para prisão preventiva, razão pela qual requer, liminarmente, o reconhecimento da ilegalidade praticada, determinando a expedição do “contramandado de prisão” (*sic*).

Passo à análise.

Da prova obtida mediante tortura

Inicialmente, no que tange à alegação de que o depoimento prestado pela testemunha Eliane Benitez foi obtido mediante tortura e que as prisões dos pacientes foram fundamentadas exatamente em relação à referida prova, a orientação é firme na doutrina e na jurisprudência que a via estreita do *habeas corpus* não se presta para o revolvimento da matéria fático-probatório.

No presente caso, um dos argumentos levantados pela parte impetrante de que a prova foi obtida mediante tortura, alegação essa que refoge aos limites cognitivos admitidos para o *habeas corpus*, de modo que o argumento acima deverá ser apresentado e debatido na cognição reservada à instrução processual e mérito da ação penal, na qual serão averiguadas as teses defensivas e oportunizado aos pacientes o contraditório e ampla defesa, sendo impossível nesta via mandamental exame de valoração do conjunto fático probatório.

Neste sentido a jurisprudência:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – TESES JÁ ANALISADAS – REITERAÇÃO DE PEDIDO – SÚMULA 53 DESTE TRIBUNAL – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. Não se conhece do habeas corpus que seja mera reiteração de anterior, já julgado, nos termos da Súmula nº 53 deste Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – NEGATIVA DE AUTORIA – ALEGAÇÃO DE CONFISSÃO OBTIDA POR MEIO DE TORTURA – EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. As teses de negativa de autoria e de confissão obtida por meio de tortura são matérias que demandam aprofundado exame de provas, o que se mostra impróprio na via estreita do Habeas Corpus.” (TJMG. Habeas Corpus Criminal 1.0000.14.068680-9/000, Relator: Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 07/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014) “(destaquei)

Portanto, nesta parte, a pretensão não deve ser conhecida.

Mérito

Extrai-se das informações trazidas nos autos que, após a Polícia Civil instituir uma força-tarefa, com a finalidade de apurar os recentes homicídios ocorridos nesta capital, com indicativos claros de crime de pistolagem praticado por organização criminosa, notadamente em virtude da utilização de armamento de guerra nas execuções, culminaram na prisão em flagrante de Marcelo Rios, com o qual foi apreendido 1 (um) carregador de pistola 9mm, marca GLOCK, de uso restrito, com capacidade para 30 (trinta) munições, 1 (um) carregador de pistola 9mm, de uso restrito, bem como 2 (duas) caixas de munições calibre .22, 01 (uma) caixa de munição calibre .380 e 2 (duas) caixas de munições calibre .38, todas intactas, de uso permitido, 1 (um) carregador de pistola 9mm, de uso restrito, 2 (duas) caixas de munições calibre .22, marca ARMSCOR, contendo 100 (cem) projéteis intactos; 01 (uma) caixa de munição calibre .380, marca AGUILA, contendo 50 (cinquenta) projéteis intactos; 2 (duas) caixas de munições calibre .38, marca WINCHESTER, contendo 100 (cem) projéteis intactos; 2 (dois) fuzis modelo AK-47 calibre 762x3913; 4 (quatro) fuzis calibre 55614; 1 (um) revólver calibre 35715; 15 (quinze) pistolas, sendo 11 (onze) calibre 9mm e 04 (quatro) calibre .40, todas de uso restrito, 1 (uma) espingarda calibre 1217; 1 (uma) espingarda calibre 2218 e outras 2 (duas) pistolas, sendo uma calibre 22 e outra calibre 380, 15 (quinze) de calibre 762x51; 392 (trezentos e noventa e duas) de calibre 762x39 (AK47); 247 (duzentos e quarenta e sete) de calibre 762; 295 (duzentos e noventa e cinco) de calibre 556; 184 (cento e oitenta e quatro) de calibre 12; 539 (quinhentos e trinta e nove) de calibre 9mm; 37 (trinta e sete) de calibre .40; 2 (doze) de calibre .45; e 32 (trinta e duas) calibre .22, sem autorização, 7 (sete)

carregadores para arma de fogo do tipo fuzil calibre .556; 8 (oito) carregadores para arma de fogo do tipo fuzil calibre .762; 2 (dois) carregadores de arma de fogo do tipo carabina calibre .22; e 2 (dois) carregadores para arma de fogo do tipo calibre .12 (f. 45), além de 2 (dois) silenciadores; e 1 (uma) luneta (informações extraídas da Denúncia de nº 0021007-74.2019.8.12.0001).

Em consequência à referida prisão, na data de 03 de maio de 2019, o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado instaurou o PIC de nº 06.2019.00000707-8/GAECO, para apurar a prática dos crimes de organização criminosa, porte ilegal de arma de fogo, em razão da ocorrência de homicídios ocorridos nesta Capital, cujas características demonstraram que havia participação de vários envolvidos, com nítida divisão de tarefas. (Autos de nº 0033146-58.2019.8.12.0001, que tramitou na 7ª Vara Criminal de Campo Grande-MS)

Após o início das investigações, as quais ocorreram de variadas formas, foi possível demonstrar a participação de vários agentes, que integram uma organização criminosa, com a nítida divisão de tarefas, cujo objetivo principal é a exploração de jogos ilegais, corrupção, além da execução de homicídios.

Afirma o Ministério Público:

“(...) De fato, verificou-se que os requeridos integram, cada qual a sua maneira, com tarefas bem definidas, um núcleo de uma grandiosa organização criminosa voltada à exploração de jogos ilegais, corrupção, entre outros, cujo objetivo é a execução de homicídios.

Em outras palavras, os requeridos compõem um grupo específico dentro da organização criminosa, que tem por finalidade cometer assassinatos, pelas mais variadas motivações, que vão desde questões financeiras até inimizades pessoais.

Esse grupo de extermínio, liderado pelos requeridos Jamil Name e Jamil Name Filho, é extremamente organizado e aparelhado, contando para tanto com agentes treinados, muitos dos quais integrantes das forças de segurança do Estado (ativa e aposentado), que praticam os homicídios qualificados, por meio de planos elaborados, executados pelos envolvidos de maneira meticulosa e detalhada, visando sempre a impunidade e a demonstração de força e intimidação da organização criminosa. (...) f. 13, dos Autos de nº 0033146-58.2019.8.12.0001.

O GAECO identificou a organização criminosa como um grupo de extermínio, cuja liderança, denominada pelo primeiro núcleo, seria formada por Jamil Name e Jamil Name Filho, sendo responsáveis por definir missões dos demais integrantes da organização, além de realizarem o custeio, fornecendo o material necessário às execuções, como armas, munições, veículos, imóveis, dinheiro, além de proteção.

O segundo núcleo, denominado pelas investigações, de gerência, era formado por Luis Fernando da Fonseca, pessoa de confiança da família Name e que teria afirmado categoricamente que o armamento apreendido pertencia à organização, Márcio Cavalcante da Silva, o qual usava, em tese, a função de policial civil para benefício da organização criminosa, e Vladenilson Daniel Olmedo, que participava ativamente das tarefas relacionadas dos membros da família Name, tendo mais relevância na organização após a prisão em flagrante de Marcelo Rios, que era o responsável por guardar o armamento pertencente à organização.

O terceiro núcleo, que serviria de apoio, teria contado com a participação de Flávio Narciso Morais da Silva, Rafael Antunes Vieira e Robert Vítor Kopetski, os quais foram, em tese, responsáveis pela coação da testemunha Eliane Benitez Batalha dos Santos, bem como Alcinei Arantes da Silva, Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, Eronaldo Vieira da Silva, Igor Cunha de Souza, que prevaleciam da função de guardas municipais, especialmente da prerrogativa de porte de arma, para trabalhar para a família Name. Andrison Correia estaria ligado a outros ilícitos de agiotagem e comércio ilegal de munições. O advogado Alexandre Gonçalves Franzolozo está sendo investigado por, segundo apurações, ter desviado sua conduta, ao intervir/instruir Marcelo Rios a prestar informações de modo a afastar os líderes da organização criminosa. Elvis Elir Camargo Lima e Euzébio de Jesus Araujo trabalhariam há anos para a família Name como seguranças, cumprindo expedientes diversos. Frederico Maldonado Arruda e Elvis Elir Carmargo Lima, policiais civis da ativa, usariam a função em benefício da família. Rudney Machado Medeiros seria responsável em levantar

endereços e informações sobre os alvos da organização criminosa. Everaldo Monteiro de Assis teria usado da sua função de policial federal para ter acesso a informações sigilosas, de modo a municiar a organização criminosa.

O quarto núcleo formado por Juanil Miranda Lima e José Moreira Freires seriam responsáveis pela execução na prática de homicídios, mediante paga ou promessa de recompensa, por ordem dos líderes Jamil Name e Jamil Name Filho.

Pois bem.

O magistrado singular decretou a prisão preventiva dos pacientes nos seguintes termos (f. 7068-7090, dos Autos de nº 0033146-58.2019.8.12.0001):

“(...) Conforme já mencionado na decisão de f. 1074-1111, as considerações adiante realizadas sobre as provas acostadas aos autos são necessárias e visa apenas apreciar o cabimento das prisões preventivas requeridas, sendo inevitável, por óbvio, dado o caráter da medida, algum aprofundamento em sua valoração, ainda que em cognição sumária, não representando juízo definitivo sobre os fatos, provas e questões de direito envolvidas, algo que somente será viável após o fim das investigações e, especialmente, após o contraditório e a ampla defesa a serem exercidos junto ao juízo competente em eventual ação penal.

Destaco, também, que muitas das informações trazidas aos autos foram obtidas em razão de decisão judicial proferida nos Autos nº 0017319-07.2019.8. 12.0001, em que foi autorizada a interceptação telefônica e o afastamento sigilo telemático.

É certo que a prisão preventiva pode ser decretada quando presentes os seus pressupostos, isto é, quando houver prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, sendo que, na hipótese, em se confirmando as fortes suspeitas inicialmente apresentadas, estaremos diante de graves delitos de porte ilegal de armas de fogo, homicídios e de organização criminosa, dentre outros.

Para uma decisão de tal prisão cautelar, é necessário que o juiz apure se há o fumus commissi delicti que aponte a existência de um crime e indícios que a pessoa representada seja autora ou, de alguma forma, participe de tal infração penal.

Assim, em uma primeira análise dos elementos de prova trazidos aos autos, tenho por evidenciados os pressupostos para o deferimento da medida cautelar extrema, consubstanciados na presença do fumus commissi delicti, ante a aparente comprovação da materialidade delitiva e de indícios suficientes que apontam para a autoria dos crimes já mencionados.

Além dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, a lei exige também, a presença de pelo menos um de seus fundamentos consistentes na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal ou na segurança da aplicação da lei penal, preocupando-se o legislador, assim, com o periculum libertatis, fundamento de toda medida cautelar.

No caso, verifica-se que se encontra também presente o segundo pressuposto necessário à decretação da cautelar, qual seja, o periculum libertatis, nestes autos representados pelo risco efetivo que os representados em liberdade possam criar à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal.

Pelas provas apuradas até então e destacadas pelo órgão ministerial, verifica-se a existência dos crimes de organização criminosa, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, homicídios e demais crimes correlatos e sérios indícios de que os representados são os autores ou, de alguma forma, partícipes dos delitos.

Ressalte-se que a presente decisão não é e nem poderia ser, neste momento, um decreto condenatório em desfavor de nenhum dos representados, e a análise a ser feita logo adiante sobre o comportamento de cada um dos representados é realizada em cognição sumária, mas o fato é que os crimes antes mencionados, como os tratados neste feito, deverão observar o regramento compatível com suas gravidades, além da necessidade de estancar imediatamente

a atividade da organização criminosa, até para que não surjam novas vítimas de homicídios por ela determinados.

Em análise conjunta das provas produzidas anteriormente com os novos elementos apresentados aos autos após a decisão de f. 1074-1111, mormente pelo contido às f. 1758 e segs., vislumbra-se a efetiva participação de Elvis Elir Camargo Lima, Eronaldo Vieira da Silva, Euzébio de Jesus Araujo, Everaldo Monteiro de Assis, Frederico Maldonado Arruda, Igor Cunha de Souza, Luis Fernando da Fonseca e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro na organização criminosa liderada por Jamil Name e Jamil Name Filho.

Como dito na anterior decisão, a organização criminosa conta com um forte aparato integrado por alguns agentes públicos corruptos (principalmente guardas municipais e policiais civis), os quais recebem pagamentos da Família Name, seja como propina, seja como segurança da aludida Família, seja no transporte de somas em dinheiro e/ou armas de fogo, dentre outras atividades.

Como já mencionado anteriormente, em relação ao representado Luís Fernando Fonseca, restou demonstrado que ele integra o núcleo de gerência da organização criminosa e é pessoa de confiança da Família Name, para quem trabalha há mais de 35 (trinta e cinco) anos, figurando como interlocutor em vários diálogos com o próprio Jamil Name e agindo, muitas vezes, como seu porta-voz.

Em algumas das conversas interceptadas, o representado Luís Fernando Fonseca demonstra conhecer a fundo os negócios da Família Name, inclusive os ilícitos praticados, tanto que em uma delas, afirma categoricamente que as armas apreendidas em 19/05/2019, pertenciam ao líder da organização criminosa Jamil Name Filho.

Convém ressaltar que em análise ao conteúdo dos arquivos de dados telemáticos de Luís Fernando Fonseca armazenados em nuvem e vinculados ao endereço eletrônico galaxy079j5@gmail.com (mencionado às f. 2081 e segs.), verificou-se que ele guardava registros fotográficos da morte de Ilson Martins de Figueiredo, ocorrida nesta capital, cujas investigações já revelaram indícios da participação de indivíduos ligados à organização criminosa.

Saliente-se que tais fotografias são as mesmas que foram encontradas no Google Drive de Juanil Miranda Lima, integrante da organização criminosa e que atua na função de pistoleiro, como já mencionado na decisão proferida em 25/09/2019 (f. 1074-1111).

Deve ser destacado que Luís Fernando Fonseca, em diálogo telefônico interceptado por autorização deste juízo e datado de 25/06/2019, afirmou que tinha acabado de sair da residência de Jamil Name, do qual estava “saindo fãisca pelos dois olhos” por estar extremamente nervoso com alguma situação que foi causada por Jamil Name Filho (mormente pela apreensão das armas de fogo em 19/05/2019), tendo o representado Luís Fernando Fonseca dito a respeito de Jamil Name Filho, que “tem mais coisa, não é pouca coisa não. Se explodir mais coisa, Deus me livre, nossa”, o que complicaria a situação da família Name pelo envolvimento nos homicídios ocorrido nesta Capital, sem contar o que o representado Luís Fernando Fonseca mencionou em uma outra conversa telefônica interceptada, onde falou sobre Jamil Name Filho, nos seguintes termos “rapaz se eu te contar o que ele fez no Uruguai”, demonstrando ter conhecimento de algum fato grave que.

Além disso, em relação ao representado Luís Fernando Fonseca, ressalte-se que no último período de interceptação, houve uma conversa com um homem de alcunha “Cezinha” no dia 23/09/2019, onde ele novamente fala narra sobre algum ato ilegal cometido por Jamil Name Filho no Uruguai.

Por fim, em um arquivo compartilhado via aplicativo WhatsApp, há uma mensagem em que um homem não identificado, responde ao representado Luís Fernando Fonseca de forma hostil, referentemente a uma cobrança por dívida de jogo efetuada por este, o qual, em tom ameaçador, usava o nome do líder Jamil Name com o fim de provocar temor, em atitude típica daqueles que integram uma organização criminosa de alta periculosidade.

Assim, com o desenrolar das investigações, também restou demonstrado que Luís Fernando Fonseca, efetivamente, integra a organização criminosa, cabendo a ele, dentre outras atividades, atuar em conjunto com o policial civil Márcio Cavalcanti da Silva (um dos gerentes da organização) para administrar as armas utilizadas pelos denunciados, principalmente após a prisão de outro gerente (Marcelo Rios), tendo-se como exemplo disso, o diálogo travado entre eles (Luís Fernando Fonseca e Márcio Cavalcanti da Silva), onde utilizam linguagem cifrada, tais como “já havia limpad o terreno”, “já tá na mão”, indicando que havia atendido a solicitação anterior de seu interlocutor para retirar as armas de algum local e colocar em outro.

Em relação ao representado Everaldo Monteiro de Assis, as primeiras investigações demonstraram que ele, utilizando-se sua função (policial federal), municiou a organização criminosa com informações sigilosas de uma pessoa de interesse da Família Name, o que foi evidenciado por ocasião da apreensão do armamento realizado em 19/05/2019, onde também foi apreendido um pen drive, no qual havia um extrato de pesquisa em banco de dados de uso restrito da Polícia Federal, realizada com seu login e senha.

Tal representado, ao ser interrogado pelo GAECO após sua prisão temporária ter sido decretada, afirmou que tal pen drive lhe pertencia e que realmente efetuou a aludida consulta, mas seu argumento para tanto não foi convincente, haja vista que teria realizado tal levantamento para a área de repressão ao tráfico de drogas, sendo certo que ele não tinha atribuição para tanto, eis que lotado em outra área de atuação da Polícia Federal, sem contar que não relatou tal consulta aos seus superiores ou mesmo a documentou por meio do canal próprio dentro da Polícia Federal.

Além disso, o representado Everaldo Monteiro de Assis disse, por ocasião de seu interrogatório ao GAECO, acreditar que o pen drive apreendido fora furtado de dentro de seu veículo, mas sequer registrou ocorrência policial do suposto furto, bem como não tomou qualquer providência para recuperar seus bens e não reportou o desaparecimento do pen drive dentro da Polícia Federal (o que teria efeito apenas informalmente após seu nome aparecer na imprensa), demonstrando não ser crível sua alegação.

Some-se a isto o fato do próprio representado Everaldo Monteiro de Assis ter afirmado que frequentou, por algumas vezes, a residência de Jamil Name, sendo, no mínimo difícil, senão impossível, acreditar se tratar de coincidência o fato do pen drive com as consultas de interesse da Família Name, ter sido furtado de seu veículo e, como dito pelo Ministério Público, por obra do acaso, acabou tendo como destino uma residência pertencente aos líderes da organização criminosa Jamil Name e Jamil Name Filho.

Mas não é só. Com a continuidade das investigações, surgiram outros elementos de provas demonstrando que Everaldo Monteiro de Assis efetuou pesquisas sobre outros alvos da organização criminosa, como se vê às f. 2066 e segs.

Isto porque por ocasião da realização da busca e apreensão autorizada por este juízo, foram encontrados pen drives em sua residência, onde havia pesquisas e informações sobre Orlando da Silva Fernandes, Aparecido Nogueira e Ilson Martins de Figueiredo, sendo estas 03 (três) vítimas de homicídio, onde houve envolvimento de membros da organização criminosa (mencionado às f. 2065-2072).

Em relação à vítima Orlando da Silva Fernandes, morto (executado) nesta Capital em data de 26/10/2018, verificou-se que o representado Everaldo Monteiro de Assis, tinha um arquivo contendo o telefone, e-mail, nome da esposa, nome da amante, CPF, entre outros dados, em levantamento típico de inteligência policial.

Ressalte-se haver informações que a vítima Orlando da Silva Fernandes seria um ex-segurança do narcotraficante Jorge Rafaat Toumani, executado em uma emboscada em Pedro Juan Caballero/Paraguai, bem como haver rumores e indícios que apontam que Orlando da Silva Fernandes teria se aliado a membros da Organização Criminosa Primeiro Comando da Capital-PCC, e tramado a morte de Jorge Rafaat Toumani, havendo indicativos de que

a família desta vítima, com apoio do “padrinho” Fahd Jamil, teria mandado vingar sua morte, mediante o assassinato de Orlando da Silva Fernandes, que foi executado a tiros de fuzil na noite do dia 26/10/2018 nesta Capital, cuja execução teria contado com o apoio da Organização Criminosa liderada por Jamil Name e Jamil Name Filho, tanto na execução do crime propriamente dito, como no levantamento dos dados e da rotina da vítima por parte do representado Everaldo Monteiro de Assis, cujo arquivo encontrado em seu pen drive foi criado no mesmo mês da morte da vítima Orlando da Silva Fernandes, o qual foi, efetivamente, executado em 26/10/2018.

Já em relação às vítimas Aparecido Nogueira e Ilson Martins de Figueiredo, verificou-se que o representado Everaldo Monteiro de Assis, possuía arquivos de dados criados em 2015, com notícias de suas prisões publicadas na imprensa, sendo que estes teriam participação e envolvimento com o “sumiço” de Daniel Alvarez Georges, filho de Fahd Jamil (citado na anterior decisão como sendo “Padrinho” do líder da organização criminosa Jamil Name Filho), os quais (Aparecido Nogueira e Ilson Martins de Figueiredo) foram executados (mortos), respectivamente, em 21/04/2016 e 11/06/2018.

Muito embora possuir guardadas notícias sobre a prisão de alguém não configure um crime, demonstra, no mínimo, algum interesse sobre tais pessoas que vieram, posteriormente, a serem executadas e, ao que parece, por ordem da organização criminosa aqui já mencionada.

Quanto aos representados Frederico Maldonado Arruda e Elvis Elir Camargo Lima, foi mencionado na anterior decisão que decretou suas prisões temporárias, que eles se utilizavam da função de policiais civis (mediante o recebimento de vantagem indevida) e integravam o núcleo de atividade de apoio da organização criminosa, responsável pela logística, segurança e suporte, bem como que se aproveitavam da proximidade com a fronteira do Paraguai para trazer armas e munições da fronteira com o Paraguai para a mencionada organização criminosa.

Em seus interrogatórios perante o GAECO, ambos admitiram frequentar a residência de Jamil Name, inclusive para almoçar no local, o que confirma as várias situações em que, durante o horário de serviço, foram flagrados tratando de assuntos de interesse da Família Name, como narrado na decisão anterior.

Não há dúvida que Frederico Maldonado Arruda e Elvis Elir Camargo Lima se comportavam como funcionários da família Name, tanto que em data de 14/09/2019, a pessoa de Vladenilson Daniel Olmedo (que já está preso preventivamente), solicitou a presença de Frederico Maldonado Arruda no restaurante Vermelho Grill, localizado nesta Capital, para fazer um reforço na segurança da família Name e para que, ao final, auxiliasse como motorista, no que foi atendido.

Na ocasião, em conversa telefônica interceptada, o representado Frederico Maldonado Arruda liga para Elvis Elir Camargo Lima a quem pergunta se ele não queria fazer “médiazinha” com os Name no restaurante Vermelho Grill, quando recebe a resposta negativa, com o representado Elvis Elir Camargo Lima dizendo que já havia passado o dia anterior com a Família Name, o que demonstra a estreita ligação deles com tal Família.

As investigações demonstraram que algumas interlocuções dos chefes da organização criminosa, Jamil Name e Jamil Name Filho, eram realizadas por meio do policial civil aposentado Vladenilson Daniel Olmedo, o qual também era o responsável em fazer o pagamento da vantagem indevida, tanto que em dia 14/05/2019, efetuou uma ligação telefônica para Frederico Maldonado Arruda solicitando informações sobre a conta bancária de Elvis Elir Camargo Lima.

Em seus interrogatórios no GAECO, os representados Frederico Maldonado Arruda e Elvis Elir Camargo Lima afirmaram que nunca fizeram negócios com Jamil Name ou mesmo com Vladenilson Daniel Olmedo, concluindo-se, evidentemente, que os pagamentos referiam-se à vantagem indevida proporcionada pela organização criminosa, uma vez que, por se tratarem de policiais civis, não poderiam desempenhar qualquer atividade em favor da Família Name.

Vê-se, em verdade, que Frederico Maldonado Arruda e Elvis Elir Camargo Lima, mediante recebimento de vantagem indevida, já que são policiais civis e não podem ter outra ocupação lícita, vendem a sua função em benefício da organização criminosa, mediante ação ilícita.

Denota-se, ainda, que no decorrer das investigações foram detectadas situações claras do envolvimento deles com a organização criminosa, principalmente na aquisição, transporte e entrega de armas e munições, como ainda na proteção dos chefes, Jamil Name e Jamil Name Filho, quando estes visitavam a cidade de Ponta Porã.

Saliente-se que o representado Elvis Elir Camargo Lima é lotado no 1º DP de Ponta Porã e seria um dos responsáveis por fazer a segurança dos líderes da organização criminosa, com aparato digno de uma autoridade, o que foi mencionado pelo representado Luís Fernando da Fonseca, em um outro diálogo interceptado, onde narrou que por ocasião de uma visita de Jamil Name Filho em Ponta Porã, várias viaturas policiais ficaram de prontidão, dizendo que “parece que ia chegar o General da América, que nem aquele lá do Presidente do Estados Unidos, o Tramp”.

O envolvimento com o comércio e o transporte de armas de fogo em prol da organização criminosa do representado Frederico Maldonado Arruda, foi comprovado por meio da análise dos arquivos armazenados em nuvem vinculada ao endereço eletrônico fredmaldonado51@hotmail.com, por meio da qual foi possível constatar várias fotografias de armas de fogo e conversas referentes à aquisição de tais artefatos, bem como pelas conversas mantidas pelo aplicativo whatsapp, inclusive mediante áudios, em que fez tratativas em língua estrangeira (espanhola), visando à aquisição de armas de fogo e acessórios (mencionado às f. 2057 e segs.).

Ressalte-se que em data de 24/09/2019, o representado Frederico Maldonado Arruda foi informado por Vladenilson Daniel Olmedo de que deveria ir conversar com Jamil Name Filho, ocasião em que este teria efetuado uma encomenda para que o representado Frederico Maldonado Arruda trouxesse armas de fogo de Ponta Porã até a Capital, o qual, mesmo estando em serviço, acabou se deslocando até àquela cidade, sendo que em um diálogo interceptado entre Vladenilson Daniel Olmedo e o representado Frederico Maldonado Arruda, aquele diz para este trazer metade e que a outra metade ele buscaria em outro dia, revelando que se tratava de uma grande quantidade de armas.

Em data de 25/09/2019, em conversas interceptadas entre o representado Frederico Maldonado Arruda e Euzébio de Jesus Araujo e depois com Vladenilson Daniel Olmedo, o primeiro revela que, com exceção de 1 (um) item, trouxe toda a encomenda do patrão, vislumbrando-se a possibilidade da existência de um outro arsenal de arma fogo que esteja localizado ainda em local não sabido pelas autoridades.

Ressalte-se que por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão nas residências de Frederico Maldonado Arruda e de Elvis Elir Camargo Lima, foram encontradas munições calibre 9mm de origem estrangeira, sendo certo que os Policiais Civis deste Estado não utilizam pistola desse calibre, muito menos munição estrangeira, sendo importante lembrar que foram apreendidas mais de 10 pistolas calibre 9mm, na casa que servia como depósito de armas da organização criminosa, imóvel este pertencente à Família Name.

Já em relação ao representado Euzébio de Jesus, o qual é um antigo segurança da Família Name, ele também foi flagrado em diálogos com outros investigados e, durante diligência de campo, foi fotografado agindo direta e diariamente junto aos líderes Jamil Name e Jamil Name Filho.

Sua importância e destaque dentro da organização criminosa se revela por ocasião de uma conversa interceptada, onde um homem identificado como “Otávio” se coloca à disposição de Jamil Name para realizarem “negócios” e que tal parceria seria benéfica para ambos.

Em um outro diálogo telefônico, o representado Euzébio de Jesus mostrou seu descontentamento com membros da Organização Criminosa quanto à eventual desídia

na segurança da casa do líder Jamil Name, tendo em uma oportunidade solicitado ao representado Eronaldo Monteiro de Assis que verificasse a possibilidade de alguém estar filmando/fotografando o condomínio onde residiam os líderes Jamil Name e Jamil Name Filho.

Além disso, no último período de interceptação telefônica autorizada por este juízo, verificou-se a conversa entre uma funcionária do Banco Bradesco, a qual questiona o representado Euzébio de Jesus sobre depósitos de volumosos valores realizados em sua conta bancária, em movimentação financeira atípica, ao que o representado não conseguiu esclarecer; apenas dizendo que terceiros se utilizam de sua conta corrente, o que revela uma possível lavagem de dinheiro, haja vista seu baixo padrão de vida, não possuindo capacidade financeira para comprar cavalos de raça como quis fazer crer em sua resposta à funcionária do Banco Bradesco.

Um outro episódio demonstrando que o representado Euzébio de Jesus Araújo possui efetiva participação na organização criminosa se revela em alguns áudios travados no último período de interceptação telefônica autorizada por este juízo, o qual conversa com o representado Frederico Maldonado Arruda (acerca do armamento que ele havia ido buscar em Ponta Porã) e afirma que se ele (Frederico Maldonado Arruda) ou Vladenilson Daniel Olmedo não puderem ir, ele mesmo iria porque os patrões (Jamil Name e Jamil Name Filho) querem as coisas de forma imediata.

Quanto aos representados Eronaldo Vieira da Silva, Igor Cunha de Souza e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, foi demonstrado que são guardas municipais da ativa e também trabalham para a Família Name, usando de seus cargos, em especial da prerrogativa funcional de porte de arma, para fins privados.

Durante as investigações, os representados Eronaldo Vieira da Silva, Igor Cunha de Souza e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro foram vistos na residência de Jamil Name, restando bem claro a participação deles nas atividades da Família Name, inclusive fazendo a segurança da Família e também na empresa Pantanal Cap, que pertence à referida Família.

Por ocasião de seus interrogatórios no GAECO, realizados no dia 03/10/2019, os representados Igor Cunha de Souza e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro negaram portar armas de fogo durante o serviço de segurança privada para família Name, o que foi admitido apenas pelo representado Eronaldo Vieira da Silva, muito embora todos tenham, de alguma forma, admitido trabalharem para a família Name.

As investigações demonstraram que as tarefas executadas pelos representados Eronaldo Vieira da Silva, Igor Cunha de Souza e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro em prol da família Name não se limitavam a fazer compras, cuidar do jardim da casa ou pegar crianças em escolas, tal como sustentaram quando ouvidos no GAECO, mas agiam como segurança privada, utilizando-se de armas de fogo pertencentes à Guarda Municipal e sempre prontos e à disposição para atender e prestar serviços aos líderes da organização criminosa Jamil Name e Jamil Name Filho, auferindo, em troca, vantagem indevida, bem como deixando de exercer a função pública que lhes incumbia em sua plenitude.

As investigações demonstraram que o representado Rafael Carmo Peixoto Ribeiro não se limitava a executar apenas atividades do cotidiano da Família Name, como alegou, mas também praticou atividades de cunho criminoso e voltadas a beneficiar a organização criminosa chefiada por Jamil Name e Jamil Name Filho, tal como o crime de obstrução de justiça, em relação a pessoa de Eliane Benitez Batalha dos Santos, esposa de Marcelo Rios, consistente na coação e compra de seu silêncio, objetivando impedir/embaraçar que as investigações em curso sobre uma organização criminosa identificassem os líderes Jamil Name e Jamil Name Filho, sendo que o representado Rafael Carmo Peixoto Ribeiro ficou encarregado de enviar dinheiro para Eliane Benitez Batalha dos Santos, ou seja, contribuindo diretamente para obstar a livre produção da prova com a finalidade de evitar que as autoridades tivessem acesso a provas sobre a organização criminosa, em especial para impedir aquelas que ligam Jamil Name e Jamil Name Filho à chefia do grupo criminoso e à própria execução dos homicídios investigados.

Em um outro diálogo interceptado com autorização judicial datado de 21/07/2019, o representado Rafael Carmo Peixoto Ribeiro conversa com Eliane Benitez Batalha dos Santos e a orienta a tranquilizar seu marido Marcelo Rios, com clara intenção de evitar que este viesse a colaborar com as autoridades investigatórias, municiando-a de informações sobre a organização criminoso da qual fazem parte.

Saliente-se que em um dos telefones celulares apreendidos com Marcelo Rios no dia de sua prisão, foram extraídas mídias digitais em que constavam mensagens trocadas entre Marcelo Rios e o representado Igor Cunha de Souza e vídeos demonstrando que ambos, em conjunto com outros integrantes da organização criminoso (Rafael Antunes Vieira e Vladenilson Daniel Olmedo), de maneira covarde e cruel, torturam um senhor idoso durante uma discussão acerca da origem de uma propriedade imóvel, tendo sido apurado que um dos advogados do proprietário do imóvel que estaria em litígio se trata de João Paulo Sales Delmondes, que é amigo pessoal da Família Name (o que foi confirmado por ele ao ser ouvido no GAECO em 09/10/2019) e é o mesmo advogado que enviou áudios para Marcelo Rios em 15/02/2019 e 03/03/2019 (mencionados às f. 1795 e segs.), perguntando sobre a chave da casa onde foi apreendido o arsenal de armas e, em 05/03/2019, enviou mensagem para Marcelo Rios perguntando com quem pegaria a chave da casa e para quem ligaria avisando que estaria indo em tal local, com Marcelo Rios enviando mensagem informando que estaria lá às 08 horas e dizendo “ai já fazemos o q tem q fazer”.

Ressalte-se que o foi o mesmo advogado que entrou em contato com Vladenilson Daniel Olmedo em 19/05/2019, comunicando-o da presença de policiais na casa onde foram apreendidas as armas, após frustrada tentativa de contactar Marcelo Rios.

Com isso, não pode ser descartada a hipótese de que Marcelo Rios, agindo em concurso com Rafael Antunes Vieira, Vladenilson Daniel Olmedo e o ora representado Igor Cunha de Souza, terem praticado o crime de tortura contra o idoso, a mando do líder da organização criminoso (Jamil Name), objetivando expulsá-lo da propriedade na qual se encontrava, visando algum benefício ao amigo da Família Name, o advogado João Paulo Sales Delmondes.

Ressalte-se, também, que pela quebra do sigilo telemático por autorização deste juízo, verificou-se que o representado Igor Cunha de Souza participa de um grupo na rede social Facebook denominado ‘os Bob de cg carro e moto venda e trocas’ (mencionado às f. 2024 e segs.). que compreende uma plataforma de negociações de veículos com problemas de documentação e oriundos de furto/roubo, não se podendo afastar a possibilidade do representado Igor Cunha de Souza se utilizar de tal plataforma com o intuito de adquirir carros para as atividades criminosas do grupo, até porque a organização criminoso em tela se vale de carros com essas características durante a execução dos homicídios, os quais são posteriormente queimados para não deixar vestígios.

Saliente-se que por ocasião da prisão de Marcelo Rios em 19/05/2019, houve a apreensão de um veículo objeto de crime de roubo, o qual fora adquirido por Jamil Name Filho e repassado para Marcelo Rios, que acabou sendo preso em flagrante, também, pelo crime de receptação.

Outro fato que chama a atenção e indica a proximidade do representado Rafael Carmo Peixoto Ribeiro com a Família Name, se mostra quando ele recebeu pessoalmente um mandado de intimação endereçado a Jamil Name Filho (f. 989), o que demonstra que ele desempenhava funções e trabalhava para a Família Name, como descrito anteriormente.

Assim, tanto os indícios suficientes de autoria e participação dos representados Elvis Elir Camargo Lima, Eronaldo Vieira da Silva, Euzébio de Jesus Araujo, Everaldo Monteiro de Assis, Frederico Maldonado Arruda, Igor Cunha de Souza, Luis Fernando da Fonseca e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, quanto as provas da existência dos crimes, são incontestes.

A conduta dos representados apresenta um caráter antissocial que traz intranquilidade e repugnância à população, sendo que a periculosidade concreta dos representados se

demonstra pela forma estruturada da organização criminosa, sendo necessária a preservação da ordem pública, haja vista a reiteração delitiva de seus integrantes, bem como pelo fato da organização criminosa contar com a presença de membros das forças de segurança.

Deste modo, concluída a individualização e demonstrada a interligação entre os representados, vislumbra-se, ao que tudo indica, que se está diante de uma organização criminosa bem estruturada e com real definição de funções para cada um de seus agentes.

As evidências já indicadas dão conta de inúmeros atos ilícitos perpetrados e os elementos apresentados nos autos demonstram que os representados parecem ter se associado em uma articulada organização criminosa em nossa Capital, cujo propósito é praticar homicídios, dentre outros delitos.

Cabe destacar aqui que o ordenamento jurídico estabelece genericamente que, para a concessão da prisão cautelar, de natureza processual, faz-se necessária a presença de pressupostos e requisitos legais, que uma vez presentes permitem a formação da convicção do julgador quanto à prática de determinado delito por aquela pessoa cuja prisão se requer.

No que toca especialmente ao fundamento da garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou que esta envolve, em linhas gerais: a) necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; b) necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal; e c) objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente.

Segundo NUCCI, Guilherme de Souza. in Manual de Processo Penal e Execução Penal – 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, f.552, “A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente (...).

Note-se, ainda, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios (...).”

A justificativa em garantir a ordem pública resta demonstrada com base em alguns elementos concretos, tais como a periculosidade dos representados, a particular forma de execução dos crimes (tal como a crueldade revelada pelo modus operandi na prática dos homicídios), o envolvimento em organização criminosa, habitualidade da conduta, eis que, ao que parece, foram ao menos praticados três homicídios por determinação da organização criminosa, bem como pela necessidade de fazer cessar a reiteração criminosa, para que não surjam novas vítimas.

Com isso, resta demonstrada a necessidade da prisão preventiva, que não é atendida por nenhuma outra medida cautelar alternativa, mesmo as estipuladas no art. 319 do Código de Processo Penal, ante o comportamento descrito dos representados, sob pena de agravamento progressivo do quadro criminoso, sem contar que o conjunto probatório demonstra a contemporaneidade dos atos delituosos perpetrados pelos representados.

Não se olvide, ademais, que tão importante quanto investigar a fundo a atuação ilícita da aludida organização criminosa, com a consequente punição de seus agentes criminosos,

é a cessação da atividade ilícita, até porque se levarmos em consideração a facilidade de comunicação entre seus integrantes, uma simples ligação telefônica ou uma mensagem pela internet são suficientes para se determinar uma nova aquisição de armas de fogo no Paraguai ou uma nova execução (homicídio) de alguém que esteja, de alguma forma, interferindo ou atrapalhando os negócios da organização criminosa.

Assim, na hipótese, o decreto prisional se impõe ante os em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de se garantir a ordem pública, tendo em vista o modo sistemático, habitual e profissional dos crimes praticados pela organização criminosa, que se trata, ao que parece, de um verdadeiro grupo de extermínio/milícia armada.

Ademais, entendendo que a maneira pela qual os delitos em apuração ocorreram, evidenciam a seriedade dos fatos e a efetiva necessidade de intervenção para interrupção das práticas criminosas.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que ‘a custódia cautelar visando à garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa’ (RHC 122.182, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/8/2014).

Em igual sentido é o entendimento de que ‘a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva’ (STF – HC 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/02/2009).

Necessária, portanto, a prisão preventiva dos representados diante dos elementos de prova carreados a este caderno processual, da dedicação profissional à prática de crimes, servindo a medida para proteção da ordem pública, em vista da gravidade em concreto dos crimes em apuração e da necessidade de prevenir a sua reiteração.

Além da gravidade em concreto das condutas praticadas, saliente-se também não se tratar de conduta episódica, mas de fatos criminosos que se sucederam por período considerável de tempo, pelo menos nos anos de 2018/2019, considerando a prova documental vinda aos autos.

Além disso, denota-se que a prisão dos representados será conveniente para a instrução criminal, que se revela no motivo resultante da garantia de se preservar o devido processo legal, no seu aspecto procedimental.

De tal forma, transtornos provocados pela atuação de um ou mais representados, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução, que compreende a colheita de provas de um modo geral, tanto na fase investigativa quanto judicial, é motivo a ensejar a prisão cautelar.

A decretação da prisão preventiva, neste caso, portanto, é justificada pela necessidade de acautelar o conjunto probatório, evitando-se obstáculos ou dificuldades no estabelecimento da verdade.

Segundo MESSA, Ana Flávia, in Prisão e Liberdade – 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213, ‘É possível arrolar as seguintes justificativas na conveniência da instrução criminal: a) proteger a integridade da testemunha ou vítima; b) impedir a adulteração ou ocultação ou destruição ou alteração ou falsidade ou remoção ou supressão de provas; c) impedir intimidação, ameaça, suborno ou conluio com testemunha ou perito; d) impedir influência sobre coacusados, testemunhas ou peritos’.

Não se pode esquecer o fato de já ter ocorrido eliminação de provas e de elementos de informações, por ocasião da ‘limpeza’ do apartamento de Jamil Name Filho (mencionada na anterior decisão de f. 1074-111), tão logo foi noticiada a prisão do representado Marcelo

Rios, demonstrando que alguns membros da organização criminosa agiram para ocultar ou destruir provas de condutas ilícitas, o que reforça a contemporaneidade dos fatos, bem como a necessidade da medida mais gravosa, no caso, a prisão preventiva em substituição à prisão temporária antes decretada.

Neste contexto, a prisão preventiva dos representados, tal como requerida na representação, é medida que se impõe, seja para garantir a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do CPP.

Além da presença exigida pelo art. 312 do Código de Processo Penal dos pressupostos e dos fundamentos da segregação cautelar, o art. 313 do Código de Processo Penal dispõe sobre as condições de admissibilidade da prisão preventiva e dentre elas, encontra-se a ocorrência de crimes dolosos punidos com reclusão, o que é o caso dos presentes autos.

Pela necessidade da prisão preventiva em tais casos, assim decidiu o TJMS:

‘Não obstante a excepcionalidade da privação cautelar da liberdade, reveste-se de legalidade a medida constritiva quando justificada na garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta dos supostos delitos cometidos (...) Restando necessária a segregação provisória do paciente, mostra-se inviável a sua conversão para uma das medidas cautelares dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal’. TJMS. Habeas Corpus nº 1413292-33.2018.8.12.0000, Brasilândia, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 13/12/2018, p: 17/12/2018.

‘Presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria dos delitos, mantém-se a prisão preventiva do paciente em face da necessidade de acautelar a ordem pública, aferida pela gravidade concreta da conduta. (...)’

Tem-se por inadequadas as medidas cautelares diversas à prisão, pois esta se encontra fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.’ TJMS. Habeas Corpus nº 1412945-97.2018.8.12.0000, Maracaju, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Emerson Cafure, j: 11/12/2018, p: 12/12/2018.

Assim, como garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA dos representados:

- 1) Elvis Elir Camargo Lima;*
- 2) Eronaldo Vieira da Silva;*
- 3) Euzébio de Jesus Araujo;*
- 4) Everaldo Monteiro de Assis;*
- 5) Frederico Maldonado Arruda;*
- 6) Igor Cunha de Souza;*
- 7) Luis Fernando da Fonseca; e*
- 8) Rafael Carmo Peixoto Ribeiro.”*

Ainda, a decisão constante dos Autos de nº 0915349-44.2019.8.12.0001, f. 645-660 que assim, dispôs:

“(...) Pela análise dos elementos apurados até o momento, percebe-se que há prova da existência do crime de obstrução à investigação de infração penal que envolva organização criminosa, previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 e indícios suficientes de autoria, ante os documentos que instruem o feito: cópia de decisão deferindo o compartilhamento de provas (f. 126-127); portaria do PIC nº 06.2019.0000707-8 (f. 129-133); relatório de

informação - força tarefa - GARRAS (f. 135-175); relatórios de informação nº 176/SOI/GAECO/2019 (f. 177-184), nº 179/SOI/GAECO/2019 (f. 191-195), nº 119/SOI/GAECO/2019 (f. 206-321), nº 177/SOI/GAECO/2019 (f. 323-324), nº 109/SOI/GAECO/2019 (f. 326-363), nº 109/SOI/GAECO/2019 (f. 365-410) e nº 144/SOI/GAECO/2019 (f. 412-632); auto circunstanciado de busca e apreensão (f. 186-189), relatório de ofício nº 225/2019 – DPU MS/OFEESP MS (f. 204) e termo de depoimento à f. 634-635.

Presentes, desse modo, os pressupostos indicadores do fumus boni iuris a ensejar a prisão preventiva, também exsurgem, diante do caso concreto, os fundamentos que a autorizam.

O crime em apuração, de obstrução à investigação de infração penal que envolva organização criminosa, previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013¹, possui pena máxima privativa de liberdade, em abstrato, superior a 04 anos, atendendo-se ao requisito exigido no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Além disso, a prisão preventiva se mostra impositiva para a conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública e para a futura aplicação da lei penal.

Conforme as peças que instruem o feito, as investigações se iniciaram após a ocorrência de mortes nesta capital, perpetradas com extrema violência e com semelhantes modus operandi, nas quais pessoas foram alvejadas com disparos produzidos por armamento de grosso calibre (fuzil), cujos autores se utilizavam de veículos produtos de crime, sendo estes queimados em regiões ermas da cidade logo após o cometimento dos delitos, revelando indícios da atuação de um grupo estruturado de pessoas voltadas à práticas delitivas.

Nesta linha, apurou-se através das medidas de interceptação telefônica e busca e apreensão (provas compartilhadas, f. 126-127), monitoramento de endereços residências e outras diligências (relatórios que instruem o feito), dentre as quais a oitiva da pessoa de Eliane Benitez Batalha dos Santos (gravações de áudio e vídeo, f. 641 e 643), que indivíduos estariam perpetrando condutas para obstar o trabalho investigativo em andamento e a elucidação de eventual organização criminosa.

Pois bem. O ‘Relatório de informação (força tarefa – GARRAS)’ à f. 135-175, descreve que nos dias seguintes a prisão em flagrante delito de Marcelo Rios - guarda civil municipal, preso em poder de um arsenal de armas de fogo de grosso calibre, munições diversas, acessórios de arma de fogo, tais como silenciadores - (suposto integrante de organização criminosa), os indivíduos Rafael Carmo Peixoto Ribeiro e Vladenilson Daniel Olmedo, juntamente com Flávio Narciso Moraes da Silva, Rafael Antunes Vieira e Robert Vítor Kopetski², mantiveram contato com Eliane Benitez Batalha dos Santos, esposa de Marcelo Rios, no intuito de orientá-la a não auxiliar as investigações policiais.

Oportuno mencionar que Flávio Narciso Moraes da Silva, Rafael Antunes Vieira e Robert Vítor Kopetski foram presos na data de 21/05/2019 (relatório de informação - força tarefa - GARRAS, f. 137-138), pela suposta prática do delito de embarçar investigação criminal que envolva organização criminosa, previsto no artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 (consulta ao SAJ - autos nº 0021665-98.2019).

Ainda, além do relatório referido, consta declaração de Eliane Benitez Batalha dos Santos gravadas em áudio e vídeo, descrevendo que Vladenilson Daniel Olmedo, juntamente com ‘Antunes’ e outro, esteve em sua residência e a encontrou em uma agência bancária desta capital – imagens de f. 144 -, ocasiões em recebeu valores em espécie destes, com avisos de que não falasse o que sabia à polícia e que estaria ‘amparada’ pelos patrões de seu esposo; em outro ponto de sua oitiva, esclarece que Marcelo Rios (guarda civil municipal) prestava serviços à ‘família Name’, mencionando como patrões daquele Jamil Name Filho e seu pai,

1 Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embarça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. (...)

2 denunciados na Ação Penal nº 0021665-98.2019, em trâmite neste Juízo.

Jamil Name e que os valores recebidos por ela teriam sido remetidos por estes 'patrões' (oitiva à f. 197-198 e 641, segunda parte).

Além do relato prestado, reforça a informação de que Jamil Name seria 'patrão' de Marcelo Rios, na condição de líder de organização criminosa, ao qual pertenceria o último, consta que o advogado de Marcelo Rios, Alexandre Gonçalves Franzoloso, segundo o relatório de informações (força tarefa - GARRAS, f. 135-175), frequentava a residência de Jamil Name, mantendo contato com este nos dias subsequentes à prisão do esposo de Eliane Benitez (imagem de f. 155, item 72).

Já as interceptações telefônicas realizadas revelaram que Rafael Carmo Peixoto Ribeiro também estabeleceu contato com Eliane Benitez com o mesmo objetivo de envio de dinheiro à esta, corroborando os indícios de que a finalidade seria mantê-la silente quanto as informações que possuía (relatórios de informações nº 109/SOI/GAECO/2019 e nº 144/SOI/GAECO/2019 – f. 206-321; 411-632).

Igualmente, ressaí do 'Relatório de informação (força tarefa – GARRAS)' à f. 135-175, que nos dias que se seguiram à prisão em flagrante de Marcelos Rios, os indivíduos Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia e Eltom Pedro de Almeida, acompanhados de Rafael Antunes Vieira³, teriam retirado armas, munições, dinheiro e outros materiais e objetos ilícitos de um apartamento que pertenceria à pessoa de Jamil Name Filho, movimentação esta registrada nas imagens de circuito de câmeras de segurança existentes no local (f. 148-153, do relatório em referência).

A circunstância também restou evidente após as diligências de busca e apreensão realizadas, posto que se infere do relatório de informação nº 176/SOI/GAECO/2019 (f. 177-184), que no apartamento pertencente à Jamil Name Filho foi encontrado um suporte de madeira fixado na parede de um depósito análogo aos utilizados nos quartéis e por forças de segurança como suporte de armas de fogo longas', com marcas de uso, porém vazio, indicando a remoção de objetos do local.

Outrossim, na diligência de busca e apreensão realizada no endereço residencial do requerido Eltom Pedro de Almeida, descrita no relatório de informação nº 179/SOI/GAECO/2019 (f. 190-195), parte dos objetos removidos do apartamento de Jamil Name Filho foram encontrados no local, alguns inclusive com etiquetas 'doc pessoais de Jamil'; na ocasião, Eltom Pedro teria confirmado que as caixas contendo vários documentos e equipamentos eletrônicos constantes em sua residência pertenceriam à família Name.

Além disso, no relatório de informação (força tarefa – GARRAS) à f. 134-175, consta que em monitoramento à residência de Jamil Name, verificou-se que os indivíduos Márcio Cavalcanti de Souza, Vladenilson Daniel Olmedo, Rafael Carmo Peixoto Ribeiro e Andrisson Correia frequentavam a residência daquele e inclusive, os dois últimos prestariam serviços de segurança particular àquele, embora integrem o quadro da guarda civil municipal e do exército brasileiro (sargento) respectivamente; tais elementos apontam para o vínculo destes com a pessoa de Jamil Name, suposto líder da organização criminosa, segundo as investigações.

Portanto, há indícios concretos de que Vladenilson Daniel Olmedos e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, bem como de que Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia e Eltom Pedro de Almeida estariam praticando condutas para impedir o regular andamento das investigações, havendo fundado receio de que, se em liberdade, comprometam elementos de prova, justificando-se a segregação cautelar para a conveniência da instrução processual.

Do mesmo modo, a prisão preventiva de Jamil Name e Jamil Name Filho surge imprescindível para a conveniência da instrução processual, ante a existência de elementos a indicar que os indivíduos Vladenilson Daniel Olmedos, Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia e Eltom Pedro de Almeida, além de Flávio Narciso Moraes da Silva, Rafael Antunes Vieira e Robert Vítor Kopetski (réus na Ação Penal nº

³ preso em flagrante delito e denunciado na Ação Penal nº 0021665-98.2019.

0021665-98.2019), estariam agindo em nome e sob as ordens dos dois primeiros, na tentativa de embaraçar a investigação criminal.”

Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL HABEAS CORPUS – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, § 4º, INCISO II, DA LEI Nº 12.850/2013), FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (ART. 90 DA LEI 8.666/1993) E PECULATO (ART. 312 DO CÓDIGO PENAL) – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – MOTIVAÇÃO IDÔNEA. 1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a gravidade concreta das condutas imputadas ao agravante, apontado como integrante de estruturada organização criminosa voltada para prática de crimes contra a administração pública. 2. *Prisão preventiva que se revela imprescindível também para conveniência da instrução criminal, em razão do fundado receio de que o agravante possa embaraçar a instrução probatória e dificultar a elucidação dos fatos.* 3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*” (STF, HC 157969 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, DJe-194, 14-09-2018, publicação 17-09-2018). – destaquei.

Não bastasse isso, os elementos de prova angariados e já mencionados, revelam que a prisão cautelar de Jamil Name, Jamil Name Filho e dos indivíduos Vladenilson Daniel Olmedos, Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia, Márcio Cavalcanti de Souza e Eltom Pedro de Almeida se mostra imperiosa também para a garantia da ordem pública.

Isto porque, mesmo com a prisão de alguns supostos integrantes de organização criminosa – Marcelos Rios, Flávio Narciso Moraes da Silva, Rafael Antunes Vieira e Robert Vítor Kopetski - os requeridos estariam mantendo a prática de condutas delitivas em detrimento de pessoa que saberia informações relevantes da suposta organização criminosa, Eliane Benitez Batalha dos Santos.

Neste sentido é de se destacar o relato de Eliane Benitez Batalha dos Santos declarando que fora intimidada por um indivíduo que desconhece, o qual afirmou que “se andasse fora da linha, vão arrancar tua cabeça”, sendo que neste momento, segundo Eliane, percebeu que estaria sendo vigiada pela suposta organização criminosa (f. 641, 27min45s-29min46s, segunda parte); tanto é assim, que posteriormente, Eliane compareceu perante o Parquet e solicitou sua inclusão e de seus filhos no sistema de proteção à testemunha (f. 643, gravação de reunião no GAECO).

Tais circunstâncias, revelam que o eventual grupo criminoso do qual os representados integrariam, permaneceram na prática de condutas para que Eliane Benitez não mencionasse à autoridade policial informações que possuía.

De mais a mais, os relatórios constantes no feito⁴, trazem a informação sobre a existência de vínculo dos indivíduos Vladenilson Daniel Olmedos, Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia, Márcio Cavalcanti de Souza e Eltom Pedro de Almeida com as pessoas de Jamil Name Filho e Jamil Name, apontados nas investigações como os supostos líderes de uma organização criminosa.

Aliás, durante as diligências de busca e apreensão, monitoramento de local e de interceptações telefônicas, foram colhidas afirmações de alguns dos representados - Márcio Cavalcanti de Souza, Vladenilson Daniel Olmedos e Eltom Pedro de Almeida - confirmando prestarem serviços à Jamil Name Filho e Jamil Name, já outros foram observados na execução de atividades na residência destes - Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia, demonstrando-se, em somatório aos demais elementos acima referidos, indícios da formação de um grupo estruturado, com divisão de tarefas e relação de hierarquia.

⁴ Relatório de informação (força tarefa - GARRAS) f. 135-175; relatórios de informações nº 176/SOI/GAECO/2019 (f. 177-184), nº 179/SOI/GAECO/2019 (f. 191-195), nº 119/SOI/GAECO/2019 (f. 206-321), nº 177/SOI/GAECO/2019 (f. 323-324), nº 109/SOI/GAECO/2019 (f. 326-363), nº 109/SOI/GAECO/2019 (f. 365-410) e nº 144/SOI/GAECO/2019

Ademais, as peças constantes no feito trazem à tona o fato de que a suposta organização criminosa não estaria concentrada apenas no embarço das investigações alhures relatada, mas também visavam eventual prática de outros ilícitos.

Neste ponto, destaca-se o relatório de informação nº 177/SOI/GAECO/2019 (f. 323-324), noticiando que durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão e mandado de prisão em desfavor de Jamil Name e Jamil Name Filho expedido em feito diverso, estes teriam declarado que “o jogo está só começando”, objetivando intimidar os presentes – equipe policial e promotores de justiça –; ainda consta que Jamil Name, na ocasião proferiu as seguintes palavras: “desembargadores de bosta e analfabetos” e afirmou a sua esposa que “Já no dia seguinte” estaria de volta em casa e que, segundo o relatório, suas palavras faria referência tácita ao seu “poder político e econômico, ao qual julga possuir”.

No mesmo relatório, há informação ainda de que os supostos integrantes de organização criminosa, das quais os requeridos seriam eventuais membros, “estariam articulando várias ações criminosas em represália às suas prisões, dentre eles, um possível atentado contra a vida do Delegado de Polícia Civil Fábio Però Correa Paes”.

Ainda, durante as interceptações telefônicas foram observadas conversas de Márcio Cavalcanti da Silva envolvendo a aquisição e manipulação de armas de fogo (relatórios de informação nº 109/SOI/GAECO/2019 e nº 144/SOI/GAECO/2019, f. 365-410 e 412-632), sendo este apontado pelas investigações como o suposto “braço-direito” de Jamil Name.

Logo, a segregação cautelar de Jamil Name, Jamil Name Filho e dos indivíduos Vladenilson Daniel Olmedos, Rafael Carmo Peixoto Ribeiro, Alcinei Arantes da Silva, Adrisson Correia, Márcio Cavalcanti de Souza e Eltom Pedro de Almeida se revela necessária, diante das circunstâncias delitivas – integrariam suposto grupo criminoso, cujos eventuais membros estariam obstruindo as investigações em andamento e supostamente planejando retaliações aos responsáveis pelas investigações, possuindo relevante poder econômico, inclusive, para aquisição de armamento de grosso calibre, tais como as já apreendidas no decorrer das apurações – que demonstram a gravidade concreta dos fatos e que a liberdade destes, colocaria em risco a ordem pública e a instrução criminal.

Nesse sentido aponto entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente no que tange ao modus operandi dos agentes, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública.” (RHC 85.955/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017)

Destaco que não se está aqui analisando a efetiva prática delitiva, mas indícios de autoria e os fundamentos para o decreto prisional.

Desde já, importante dizer que embora o representado Jamil Name conte com 80 (oitenta) anos de idade, tenho que uma segregação domiciliar para este frustraria sobremaneira a proteção social buscada com a prisão preventiva, diante das peculiaridades do caso concreto, mantendo-se à disposição do representado os meios para conservar em risco a ordem pública e colocar em risco a instrução criminal.

Outrossim, quanto à pessoa de Jamil Name Filho a segregação cautelar também se justifica para assegurar futura aplicação da lei penal.

Os relatórios de informação 115/SOI/GAECO/2019 e 119/SOI/GAECO/2019 (f. 365-410; 206/321), apontam que logo após a prisão em flagrante de Rafael Antunes Vieira, Robert Vítor Kopetski e Flávio Narciso Moraes da Silva, supostos integrantes da organização criminosa, o requerido Jamil Name Filho se deslocou para a cidade de fronteira com o Paraguai/PY, Ponta Porã/MS e ali permaneceu por cerca de aproximadamente 40 (quarenta) dias.

O fato também se destaca com a interceptação de conversa telefônica originada do aparelho de Márcio Cavalcanti da Silva, no qual houve a orientação para que Jamil Name

Filho empreendesse fuga, “rapá o pé” (interceptação telefônica - f. 338), restando claro os elementos da tentativa de eventual fuga e, conseqüentemente, concreto é o risco de Jamil Name Filho buscar se furtar ao chamado da Justiça, impondo seu encarceramento cautelar; ao menos, até o momento, posto que do contrário haverá sérios riscos à aplicação da lei penal.

No tocante ao indivíduo Alexandre Gonçalves Franzoloso, advogado, o decreto de prisão preventiva, ao menos neste momento, não se apresenta com os seus requisitos legais autorizadores.

Importante consignar, a princípio, que o delito de obstrução à investigação de infração penal que envolva organização criminosa, previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013⁵, tutela a administração da justiça de modo que pode ser perpetrado por qualquer pessoa, seja integrante ou não de eventual organização criminosa.

No caso, consta declarações da esposa do guarda civil municipal Marcelo Rios, Eliane Benitez Batalha dos Santos afirmando que após a prisão do marido foi orientada pelo advogado Alexandre Gonçalves Franzoloso: “o advogado falou para eu manter o depoimento que eu tinha dado, você não sabe nada tá ótimo” -, informação que não seria verídica, pois segundo Eliane sabia que seu esposo prestava serviços à Jamil Name Filho e seu pai (Jamil Name) (f. 641, oitiva segunda parte).

A testemunha Eliane Benitez disse também, que o advogado Alexandre Gonçalves Franzoloso teria lhe dito que estava patrocinando seu esposo por “ordem de lá de cima e que iria ajudar” (f. 641, oitiva segunda parte) e estaria impedindo seu esposo de realizar colaboração premiada (teor da ata de reunião à f. 201-202 e declaração gravada f. 643, 00min00s-01min00s); afirmou que toda a colaboração às investigações deveria ser feita em sigilo, “porque ele é o advogado da organização criminosa”, fazendo referência a Alexandre Franzoloso e por temer represálias da suposta organização para a qual este trabalharia, “o mais sigiloso possível” (oitiva à f. 643, 00min00s-02min49s).

Tais relatos trazem indícios de autoria da prática delitiva prevista no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 e sobre tal aspecto, o Ministério Público apresentou denúncia também em desfavor do requerido junto à Ação Penal nº 0021665-98.2019, mediante aditamento.

Diante disso e sem outros elementos - levando-se em conta a função do advogado como orientador do cliente para a defesa dos interesses deste último - tenho que os fundamentos do requerimento da prisão cautelar, neste momento, repousam no mérito da acusação apresentada, carecendo dos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, o que diverge da situação dos demais requeridos.

Inobstante, do relato acima exposto, é certo que se impõe a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, consistente em vedação de contato por qualquer meio, seja com a testemunha Eliane Benitez, seja com seu marido Marcelo Rios, sob pena de nova análise da necessidade de decreto da segregação cautelar (art. 319, inciso III, e artigo 282, § 4º, ambos do CPP).

Ante o exposto, atendendo-se a gravidade dos crimes, as circunstâncias do fato e ao periculum in mora necessário ao decreto da prisão preventiva, consistente na garantia da ordem pública, conveniência da instrução processual e na aplicação da lei penal, defiro o pedido ministerial em parte e nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de:

01) Alcinei Arantes da Silva;

02) Andrisson Correia;

03) Eltom Pedro de Almeida;

5 Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embarça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. (...)

04) Jamil Name;

05) Jamil Name Filho;

06) Márcio Cavalcanti da Silva;

07) Rafael Carmo Peixoto Ribeiro;

08) Vladenilson Daniel Olmedo, todos qualificados nos autos (...)

É evidente que não se está, neste momento, fazendo nenhum juízo de mérito acerca dos crimes supracitados ou sobre as pessoas dos pacientes, até porque são temas a serem enfrentados em momento oportuno, nos autos da ação penal, após o seu regular trâmite, com a devida instrução processual realizada sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

O artigo 312, do Código de Processo Penal, com a sua atual versão dada pela Lei nº 12.403/11, dispõe 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, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Sobre a ordem pública, reporto-me ao julgado do colendo Supremo Tribunal Federal, o qual avalia essa condição na decretação da prisão preventiva fazendo uma projeção futura da periculosidade do agente, bem como definindo-o como a “imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes.

“EMENTA – HABEAS CORPUS – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – PRISÃO CAUTELAR – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DESSE FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM DENEGADA. 1. Muito já se escreveu sobre esse fundamento específico da prisão preventiva, previsto no art. 312 do CPP. Para alguns estudiosos, serviria ele de instrumento para evitar que o acusado, em liberdade, praticasse novos crimes ou colocasse em risco a vida das pessoas que desejassem colaborar com a justiça, causando insegurança no meio social. Outros preferem associar a ordem pública à credibilidade do Poder Judiciário e das instituições públicas. Por fim, há também aqueles que encaixam no conceito de ordem pública a gravidade do crime ou a reprovabilidade da conduta, sem falar no proverbial “clamor público”, muitas vezes confundido com a repercussão, na mídia, causada pelo suposto delito. 2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do direito penal e processual penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão “ordem pública”, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um tertium genus. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das

pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídicopositiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se, mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias. 4. Não há como desenhar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social. Acautelamento que não se confunde com a mera satisfação de um sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por “paz pública”. 5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade. 6. Ordem denegada. (STF - Segunda Turma - Habeas Corpus nº 111244/SP Rel. Min. Ayres Britto Julg: 10.04.12).

Nesse aspecto, além da periculosidade concreta do caso, o texto legal, também, não se alinha à alegação defensiva, uma vez que o artigo 282, do Código de Processo Penal, após a alteração incluída pela Lei nº 12.403/11, passou a considerar a gravidade abstrata do crime como requisito para a avaliação da necessidade das medidas prevista no Título IX, daquele diploma legal, ou seja, “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

Com efeito, o artigo 313 do Código de Processo Penal, admite a imposição de prisão preventiva aos casos em que o crime imputado seja doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, exatamente como no presente caso.

Portanto, a prisão cautelar, realmente é medida de exceção, todavia, é a única adequada e eficaz para a garantia da ordem pública, a qual, como dito anteriormente, não se presta apenas para prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas, também, para acautelar o meio social e a própria aplicação da pena, porquanto os crimes em que os pacientes estão sendo investigados se apresentam de forma extremamente grave e de consequências irreversíveis, especialmente no presente caso, decorrente de execuções sumárias, verdadeiras “penas de morte” impostas por organização criminosa trazem grande intranquilidade à população colocando em risco a ordem pública, uma vez que os crimes praticados, especialmente aqueles contra a vida, se apresenta como o mais grave e de consequências irreversíveis, expondo a que ponto pode chegar a organização criminosa, executando pessoas consideradas “inimigas”.

Por outro lado, observa-se pela simples leitura da decisão de 1º grau que o magistrado não o fez de forma genérica e vaga, como quer fazer crer o impetrante, pois, no caso concreto, a decretação da prisão dos pacientes foram analisadas detalhadamente, trazendo os elementos de convicção que motivaram a medida de exceção. Assim, a decisão de primeiro grau já se encontrava devidamente fundamentada, em total consonância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 312 do Código de Processo Penal, porquanto se baseou nas características e nas consequências do crime cometido, além das particularidades dos pacientes que já foram denunciados.

Segundo se extrai dos autos, os pacientes Alcinei Arantes da Silva, Eroaldo Vieira da Silva e Rafael Carmo Peixoto Ribeiro e Igor Cunha de Souza, conforme já mencionado, integraria, em tese, o núcleo de apoio do grupo criminoso, dando suporte ao grupo criminoso.

As provas indiciárias, até agora obtidas, revelam que o paciente Alcinei Arantes da Silva foi responsável por retirar vários documentos do apartamento de Jamil Name Filho, com o intuito de impedir que as forças policiais, caso tivessem acesso ao local, encontrassem provas de sua vinculação aos homicídios investigados e a própria liderança da organização criminosa. (f. 82 – Autos nº 0915362-43.2019.8.12.0001).

Extraí-se dos Autos de nº 0915362-43.2019.8.12.0001, f. 113, que o paciente Rafael Carmo Peixoto Ribeiro teria, a mando do primeiro núcleo, enviado dinheiro a testemunha Eliane Benites, com o objetivo de obstar a investigação criminosa e que Igor Cunha de Souza teria agido covardemente, quando agrediu um senhor de idade, com vistas à obter vantagem econômica indevida (descrição de f. 151, dos Autos 0915362-43.2019.8.12.0001)

Constata-se que os pacientes exercem a função de guardas municipais e foram denunciados, pois trabalhavam para a família Name, utilizando da prerrogativa funcional de porte de arma para fins privados, ou seja, serviam de segurança armada para o líder da organização. Salienta-se que Eronaldo, Rafael e Igor foram vistos na residência de Jamil Name, de modo a demonstrar as respectivas participações nas atividades da família.

Os pacientes, portanto, estariam à disposição do primeiro núcleo da organização, prestando serviços criminosos ou não e em razão disso auferiam, em tese, vantagem indevida.

No caso em apreço, há indícios da existência de uma complexa organização, possuindo uma dinâmica delitiva sofisticada, o que justifica, em concreto, a decretação da prisão preventiva. Nota-se, assim, que a decretação da prisão preventiva não se mostra desarrazoada havendo supedâneo nos autos para amparar a decretação da medida questionada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a decretação da prisão preventiva, nos referidos casos, se mostra adequada. Vejamos:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – HOMICÍDIO QUALIFICADO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA E TORTURA – PRISÃO PREVENTIVA – REVOGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PERICULOSIDADE DA AGENTE – POSIÇÃO DE DESTAQUE NA ORGANIZAÇÃO – MODO DE EXECUÇÃO DO DELITO – NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO GRUPO CRIMINOSO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – INSUFICIÊNCIA – PRISÃO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE MÉRITO PELA CORTE ESTADUAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA – INAPLICABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o

preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. No caso em apreço, conforme se tem da leitura do decreto preventivo e do acórdão impugnado, verifica-se que a custódia cautelar foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos, a periculosidade da paciente e a gravidade dos delitos, consubstanciadas não somente nos fortes indícios da posição de destaque que a ré ocupava em organização criminosa altamente articulada - porta voz do líder do grupo e administradora nos negócios criminosos praticados em associação pelos 20 corréus -, como também pela autorização que deu aos demais corréus para executarem a vítima, em razão de suposta dívida relacionada a drogas. Tais circunstâncias demonstram concreto risco ao meio social e evidente necessidade de dismantlar a atuação do grupo criminoso. A Corte estadual destacou, ainda, o modo de execução do delito, sendo que a vítima foi “(...) sequestrada por dois corréus e, em seguida, agredida com socos, chutes e golpes de arma branca, torturada e incinerada viva”. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. 4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 5. O pleito de prisão domiciliar não teve o mérito analisado pelo Tribunal de origem, pois este constatou que a defesa não comprovou documentalmente que a paciente possui filho menor, não podendo esta Corte de Justiça realizar uma análise direta da pretensão, sob pena de incidir em indevida supressão de instância. Outrossim, a situação evidenciada nos autos - prisão cautelar em razão da prática dos delitos de homicídio qualificado e tortura -, crimes cometidos mediante violência, não há falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar, tendo em vista que não se enquadra nas hipóteses autorizadoras do benefício, previstas tanto pela Suprema Corte no julgamento do HC nº 143.641/SP, como no art. 318-A introduzido ao CPP com o advento da Lei 13.769/2018. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 521.046/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019)

Com efeito, as situações particulares presentes não recomendam que os pacientes respondam ao processo em liberdade, devendo permanecer inalteradas as conclusões advindas pelo juízo de primeiro grau. Ademais, decisões reiteradas dos Tribunais Superiores são uníssonas no sentido de que a primariedade, os bons antecedentes, e o fato de os pacientes terem residência fixa e emprego lícito, não são suficientes, por si só, para afastar a custódia cautelar, principalmente quando há motivos que a autorizam, como é o caso em apreço, decorrente de atuação de grupo de extermínio, aliados a outros ilícitos.

Consequentemente, mantida a prisão preventiva, impossível se falar na concessão de medidas cautelares, porquanto o artigo 321, do Código de Processo Penal, exige a concessão da liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319, do mesmo diploma legal, somente quando ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão cautelar.

O referido texto legal autoriza, diante da presença dos requisitos que autorizam a prisão preventiva, afastar automaticamente as medidas cautelares, porquanto, além de incompatíveis entre si, sequer se poderia cogitar ausência de fundamentação, uma vez que há a descrição dos motivos pelo qual o magistrado tomou aquela decisão segregativa, possibilitando, acima de tudo, o exercício do seu direito de defesa. E em verdade, não se concilia a hipótese dos autos com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, sob pena de nenhuma efetividade, pois inadequada e insuficiente se afigura a concessão de quaisquer das medidas, diversas da prisão, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Portanto, não tendo sido detectada qualquer ilegalidade na manutenção da custódia cautelar dos pacientes, impossível a concessão da ordem.

Em parte com o parecer, conheço parcialmente a ordem e, na parte conhecida, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Conheceram parcialmente da ordem e, na parte conhecida, denegaram-na, 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, 21 de janeiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Designado Juiz Waldir Marques

Apelação Criminal nº 0000195-24.2014.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA—APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA—HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PERDÃO JUDICIAL – CONCESSÃO – COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A VÍTIMA E O AUTOR – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO PROVIDO.

Para a concessão do perdão judicial há que se considerar a gravidade da infração, de forma a atingir o próprio agente, de modo que a sanção penal se torne desnecessária, circunstância esta que restou comprovada nos autos, pois vítima e acusado eram primos e possuíam amizade próxima desde a infância, bem como trabalhavam juntos no mesmo local, conforme relatado pelo recorrente, que afirmou que foram criados juntos desde a infância. O acidente automobilístico sofrido pelas partes ocorreu quando retornavam juntos de uma fazenda. Assim, deve ser declarada a extinção da punibilidade do crime previsto no art. 302, do CTB, imputado a apelante, pelo perdão judicial, na forma do art. 107, IX, art. 120 e 121, § 5º, todos do Código Penal, e art. 291, do Código de Trânsito Brasileiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Proveram, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal que reconheceu o perdão judicial, vencido o relator que dava parcial provimento ao recurso defensivo. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2020.

Juiz Waldir Marques - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Célio Pinto dos Santos Júnior interpôs apelação contra a sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 302, § 1º, I, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 3 anos de detenção, em regime aberto, e a proibição de se obter a permissão para dirigir veículo automotor ou suspensão da carteira nacional de habilitação, pelo prazo de seis meses; sendo que a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.

Requeru a reforma da sentença para o fim de que seja declarada extinta sua punibilidade em razão da incidência do perdão judicial, previsto no art. 121, § 5º, do Código Penal. Subsidiariamente, requereu a correção de erro material na terceira fase da dosimetria da pena, para o fim de fixar a pena definitiva em 2 anos e 8 meses de detenção. Elaborou prequestionamento (f. 184-194).

O Ministério Público Estadual ofereceu contrarrazões pelo provimento, em parte, do apelo, para correção da pena aplicada (f. 200-206).

A PGJ opinou pelo parcial provimento do recurso, apenas para corrigir a pena aplicada, fixando-a em 2 anos e 8 meses de detenção (f. 216-227).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

A denúncia narrou os fatos da seguinte forma (f. 1-4):

“(...) Consta dos autos de inquérito policial em epígrafe que, no dia 14 de setembro de 2013, por volta das 17h45min, na Rodovia BR 158, zona rural, próximo à Fazenda Beija-flor, neste município e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Célio Pinto dos Santos Júnior, ciente da ilicitude de sua conduta, conduzindo o veículo da marca GM, modelo Vectra, placas HRM-2631, mediante imprudência, perdeu o controle do veículo, o qual veio a capotar, ocasionando ferimentos que resultaram na morte da vítima Rodiclei Elias da Cruz, conforme laudo pericial de f. 11-14, em infração ao disposto no artigo 302, § 1º, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro.

Conforme o apurado, no dia e horário dos fatos, o denunciado conduzia o veículo epigrafado na Rodovia BR 158, zona rural, próximo à Fazenda Beija-flor, e, sem observância do dever objetivo de cuidado para a segurança necessária do trânsito, ‘perdeu o controle do veículo’, o qual veio a capotar, consoante auto de qualificação e interrogatório de f. 20.

Denota-se, portanto, que o denunciado não observou as cautelas necessárias para a segurança de tráfego, precipuamente consubstanciando-se nas condições normais da rodovia (f. 64-70), causando o acidente que resultou na morte da vítima.

A materialidade delitiva encontra-se estampada na portaria (f. 02-03), boletim de ocorrência da polícia civil nº 2274/2013 (f. 04-vº), laudo de exame de corpo de delito (f. 11-14), relatório de atendimento do corpo de bombeiros (f. 41-43), relatório de acidente de trânsito da polícia militar (f. 49-54), laudo pericial nº 18.859 (f. 64-70).

Por todo o exposto, pela prática da infração ao disposto no artigo 302, § 1º, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, por Célio Pinto dos Santos Júnior, o Ministério Público Estadual requer a citação do denunciado para se ver processar até o final julgamento e condenação, intimando-se as testemunhas abaixo arroladas para deporem em juízo, sob as cominações legais.”

Encerrada a instrução, o magistrado de primeiro grau julgou procedente a denúncia e condenou Célio Pinto dos Santos Júnior pela prática do crime previsto no art. 302, § 1º, I, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 3 anos de detenção, em regime aberto, e a proibição de se obter a permissão para dirigir veículo automotor ou suspensão da carteira nacional de habilitação, pelo prazo de seis meses; sendo que a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos.

A defesa requereu a reforma da sentença para o fim de que seja declarada extinta a punibilidade do réu em razão da incidência do perdão judicial, previsto no art. 121, § 5º, do Código Penal.

Sem razão.

Acerca do instituto, o art. 121, § 5º, do Código Penal, aplicado subsidiariamente ao delito de homicídio culposo cometido no trânsito, prevê:

“Art. 121 (...)

§ 5º Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

Trata-se do perdão judicial, ou seja, causa extintiva de punibilidade, aplicável aos casos em que o sujeito produz culposamente a morte de alguém, mas as consequências desse crime lhe são tão graves que a punição desponta como desnecessária.

Para concessão de tal benefício, deve o requerente comprovar cabalmente que as consequências do delito o atingiram de forma tal, que a sanção penal se mostre um gravame desnecessário, de nenhuma valia, inclusive para a sociedade. Em outras palavras, somente há que ser concedido nos casos gravíssimos em que a aplicação da pena represente, efetivamente, acréscimo insuportável ou sofrimento insuperável ao agente, já naturalmente castigado.

A aplicação do perdão deve ser feita dentro desses parâmetros, e sempre permeado de grande cautela, para que não se transforme em instrumento de impunidade e, por conseguinte, de injustiça.

Não se aplica, pois, à hipótese em comento.

No caso, muito embora o réu e a vítima fossem primos, tenham sido criados próximos e trabalhassem na mesma empresa na época do acidente, demonstrando, assim, que possuíam uma proximidade e laços afetivos, padecem os autos de provas de que o sinistro consumado tenha ocasionado um abalo emocional de tal monta, ou seja, um sofrimento intenso, que permita ao magistrado a não aplicação da pena.

Aliás, consoante bem consignou o juiz sentenciante (f. 170-171):

“(...) para concessão do perdão judicial não é suficiente a existência de parentesco, de vínculo afetivo ou forte sentimento de culpa pelo responsável. É necessário a demonstração, estreme de dúvida, de que o resultado do crime causou sofrimento tão intenso ao autor que a punição pelo Estado se torna desnecessária, desproporcional e irrelevante.

O arrependimento é natural em situações como a dos autos e demonstra que Célio tem consciência das consequências causadas pelo ato dele, mas seria justificável independente da existência do parentesco ou amizade entre ele e a vítima.

Ausente a demonstração de que a perda da vítima representou sofrimento que tornasse prescindível a aplicação da pena, não há falar em concessão do perdão judicial a Célio Pinto dos Santos Júnior.”

Do interrogatório judicial, é possível extrair que o recorrente não demonstrou grande consternação com o grave fato ocorrido, lamentou, é verdade o óbito da vítima, demonstrando sim tristeza, mas tal lamúria sequer se aproxima do desconsolo, desolação, abatimento ou desalento, profundo e permanente, a justificar o afastamento da sanção penal.

Outrossim, conforme bem realçou o Ministério Público, *“(...) apenas o apelante e sua genitora, ouvida na qualidade de informante, noticiaram a existência do vínculo afetivo entre o sentenciado e o ofendido, contudo, não restou demonstrado que o falecimento do primo tenha causado sofrimento insuperável”*.

Portanto, não há provas de que a morte da vítima tenha causado intenso abalo psíquico e emocional no réu, capaz de tornar desnecessária a pena, motivo pelo qual não deve ser aplicado o perdão judicial.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUTORIA DEMONSTRADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PLEITO DE PERDÃO JUDICIAL – INCABÍVEL – CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA – OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 231, DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A caracterização da culpa nos delitos de trânsito provém da quebra de um dever de cuidado, cujas consequências previsíveis do ato descuidado deixam de ser observadas pelo agente, como na hipótese dos autos, em que restou comprovado que o acidente fatal decorreu de manifesta imprudência e negligência do apelante, que havia passado a madrugada acordado dirigindo, o que o levou à exaustão física, e, por consequência, à perda da consciência durante a condução de seu veículo, causando a morte da vítima. II – Para que o perdão judicial seja aplicado, exige-se que reste evidenciado que o resultado da conduta tenha gerado um pesar profundo ao ponto de tornar desnecessária a sanção penal. Não demonstrado o

abalo emocional intenso, descabe o perdão judicial. III – Constatado que houve a confissão informal do réu, o que foi utilizado na sentença para fundamentar a condenação, há que ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a teor da Súmula 545, do STJ. Precedente do Tribunal Superior nesse sentido. IV – Na segunda fase, as atenuantes não devem causar impacto no apenamento de forma a reduzi-lo aquém do mínimo legal, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Aplicação da Súmula 231, do STJ. V – No mais, verifica-se que o juiz a quo substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma delas consistente em pagamento de prestação pecuniária em 1 salário mínimo vigente à época dos fatos e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, conforme dispõe os artigos 44, § 2º, e 45, § 1º, ambos do CP. COM O PARECER – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0001270-33.2012.8.12.0033, Eldorado, 2ª Câmara Criminal, Relator Juiz Waldir Marques, j: 13/09/2019, p: 19/09/2019)

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIO CULPOSO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – ART. 302, LEI 9.507/97 – PERDÃO JUDICIAL – INAPLICABILIDADE – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ARTIGO 306 DO CTB – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO – REALIZAÇÃO DO BAFÔMETRO – PRESCINDIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. - O perdão judicial somente deve ser concedido aos casos gravíssimos em que a aplicação da pena represente, efetivamente, acréscimo insuportável ou sofrimento insuperável ao agente, já naturalmente castigado. - Inexistindo comprovação cabal de que as consequências do delito atingiram o réu de forma tal, que a sanção penal se mostre um gravame desnecessário, de nenhuma valia, inclusive para a sociedade, não há que ser concedido, para que não se transforme em instrumento de impunidade e, por conseguinte, de injustiça. - A inexistência do exame de bafômetro ou etilômetro, ou mesmo exame de sangue, não tem o condão de eliminar a validade dos demais elementos de convicção reunidos, capazes de confirmar, com segurança, o consumo de bebida alcoólica, máxime porque, em atenção ao sistema da livre convicção ou do livre convencimento, o Estado-Juiz está autorizado a investigar a verdade, cotejando o conjunto probatório colacionado no caderno processual. - Conforme sedimentado no REsp 1341370/MT, submetido a julgamento paradigma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que na segunda fase da dosimetria da pena deve ser compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. - 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 0004044-68.2013.8.12.0011, Coxim, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 29/11/2019, p: 09/12/2019)

Subsidiariamente, o apelante requereu a correção de erro material na terceira fase da dosimetria da pena, para o fim de fixar a pena definitiva em 2 anos e 8 meses de detenção.

Razão lhe assiste neste ponto.

A pena restou fixada nos seguintes termos (f. 171-172):

“(…) Na dosimetria da pena, ante as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico a culpabilidade – entendida como reprovabilidade e censurabilidade – normal. O acusado não registra maus antecedentes. Não há elementos nos autos a aferir com profundidade a conduta social nem a personalidade dele.

Por se tratar de crime culposos, não há se perquirir a respeito dos motivos do delito. Não há falar em comportamento negativo da vítima. As circunstâncias já integram o tipo penal em apreço e da mesma forma as consequências do crime (homicídio).

Por serem favoráveis ao acusado os vetores do art. 59 do CP, fixo a pena base em dois anos de detenção.

Presentes a atenuante da confissão espontânea e menoridade relativa (art. 65, I e III, d), deixo de diminuir a pena porque fixada no mínimo legal. Não há agravantes genéricas a aplicar.

Incidir a causa de aumento prevista no § 1º do art. 302 do CTB, motivo por que majoro a reprimenda em 1/3.

Ausentes causas de diminuição da pena, resta definitiva a condenação no patamar de três anos de detenção.”

No caso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, de 2 anos de detenção e, embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a pena intermediária manteve-se no patamar de 2 anos de detenção, diante da impossibilidade de redução aquém do mínimo, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase da dosimetria, o juiz sentenciante reconheceu a incidência da majorante prevista no § 1º do art. 302 do CTB e fixou o patamar de aumento de 1/3. Tal aumento resulta no montante de 8 meses, e não de 1 ano, como consta da sentença.

Assim, demonstrado erro de cálculo na terceira fase da dosimetria da pena, de rigor o provimento do recurso para sanar a falha, restando o apelante definitivamente condenado à pena de 2 anos e 8 meses de detenção.

Permanecem inalterados os demais termos da sentença.

Quanto ao prequestionamento, a matéria foi suficientemente debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para o fim de corrigir a pena aplicada, restando o apelante Célio Pinto dos Santos Júnior definitivamente condenado à pena de 2 anos e 8 meses de detenção, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença.

O Sr. Juiz Waldir Marques (1º vogal)

Peço vênha ao e. relator para divergir de seu voto, a fim de reconhecer o benefício do perdão judicial ao recorrente.

O artigo 121, § 5º, do Código Penal, prevê essa possibilidade:

“Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.

Para a concessão do perdão judicial há que se considerar a gravidade da infração, de forma a atingir o próprio agente, de modo que a sanção penal se torne desnecessária, circunstância esta que restou comprovada nos autos, pois vítima e acusado eram primos e possuíam amizade próxima desde a infância, bem como trabalhavam juntos no mesmo local, conforme relatado pelo recorrente, que afirmou que “foram criados juntos” e sempre saíam juntos. O acidente automobilístico sofrido pelas partes ocorreu quando retornavam juntos de uma fazenda.

O perdão judicial é reservado a casos excepcionais, onde resta evidenciado um vínculo afetivo forte

entre réu e vítima, com o qual, consequentemente, a sanção penal resta desnecessária, ou seja, a dor do agente ultrapassa a necessidade de reprimenda, sendo prescindível a relação de parentesco, como é o caso dos autos.

Nesse sentido é a lição de Celso Delmanto:

“O juiz pode conceder o perdão judicial, se as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Trata-se, como se vê, de punição do agente pelo destino. [...] As consequências a que o parágrafo se refere tanto podem ser físicas (ex.: ferimentos no agente), como morais (morte ou lesão em parentes ou pessoas ligadas pelo agente por afinidade). Deve, assim, haver entre vítima e agente vínculo afetivo com razoável expressão.”¹

E de Cleber Masson:

“A gravidade e a extensão das consequências da infração devem ser analisadas na situação concreta, levando em conta as condições pessoais do agente e da vítima. Podem atingir o próprio autor da conduta culposa (exemplo: ficar paraplégico), seus familiares (exemplo: pai que por negligência esquece seu filho de pouca idade no interior do automóvel, matando-o) ou ainda pessoas que lhe são próximas e queridas (exemplo: noiva, noivo, amigos íntimos etc.). Sempre será necessário o vínculo, de parentesco ou afinidade, entre o agente e a vítima.”²

Sobre o tema, colaciono o julgado:

“PLEITO DE APLICAÇÃO DO PERDÃO JUDICIAL NESTE CASO – POSSIBILIDADE. Réu que também sofreu ferimentos. Dor moral e sofrimento experimentados pelo acusado, em razão da perda de amigo de infância, advinda de sua conduta imprudente. Vítima que estava como passageira no veículo conduzido pelo réu, e retornavam do Parque, o que sugere a íntima relação de afeto e proximidade entre todos os ocupantes do automóvel – aplicação do perdão judicial que se justifica neste caso concreto, tornando desnecessária a aplicação de pena. Precedentes jurisprudenciais. Extinção da punibilidade como medida de rigor. Recurso Defensivo provido, para aplicar o perdão judicial extinguir a punibilidade do réu.” (TJSP. APR: 00031472820148260007 SP 0003147-28.2014.8.26.0007, Relator: Ely Amioka, Data de Julgamento: 27/06/2019, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 27/06/2019)

Assim, demonstrado nos autos que as consequências fáticas do evento danoso foram graves para o réu, tendo em vista que perdeu um prime e grande amigo, verifica-se, portanto, que existia uma íntima relação de afetividade entre o autor e o ofendido.

Destarte, a aplicação de pena demonstra-se excessiva e desnecessária, razão pela qual aplicável ao caso o benefício do perdão judicial, nos termos do art. 121, § 5º, do Código Penal.

Ante o exposto, divirjo do e. relator para dar provimento ao recurso a fim de declarar extinta a punibilidade do crime previsto no art. art. 302, § 1º, I, do CTB, imputado a Célio Pinto dos Santos Junior, pelo perdão judicial, na forma do art. 107, IX, art. 120 e 121, § 5º, todos do Código Penal, e art. 291, do Código de Trânsito Brasileiro.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

¹ código penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 256).

² **Direito penal: parte especial.** Vol. 2./ Cleber Masson. – 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal que reconheceu o perdão judicial, vencido o relator que dava parcial provimento ao recurso defensivo. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 18 de fevereiro de 2020.

2ª Câmara Criminal

Relator Designado Juiz Waldir Marques

Apelação Criminal nº 0003900-35.2011.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ROUBO MAJORADO SENTENÇA QUE CONDENOU DOIS RÉUS E ABSOLVEU TRÊS – PEDIDO DE CONDENACÃO DOS QUE FORAM ABSOLVIDOS – IMPOSSIBILIDADE – PROVA FRÁGIL PARA SUSTENTAR A CONDENACÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA – IMPOSSIBILIDADE – RESTRIÇÃO POR TEMPO JURIDICAMENTE IRRELEVANTE – RECURSO IMPROVIDO.

Se as provas contidas nos autos não dão certeza quanto à participação de três réus na ação delituosa, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, a sentença absolutória deve ser mantida.

Não há falar na incidência da majorante disposta no inciso V do § 2º do art. 157 do CP quando a restrição da liberdade das vítimas não se deu por tempo juridicamente relevante.

APELAÇÕES CRIMINAIS DO PRIMEIRO RÉU – CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA – POSSIBILIDADE SEM IMPLEMENTO DE REDUÇÃO EM FACE DO TEOR DA SÚMULA Nº 231 DO STJ – ALMEJADA EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – INVIABILIDADE – FRAÇÃO IMPOSTA NA TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA MANTIDA POR SE ENCONTRAR NO MÍNIMO LEGAL – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa se na data dos fatos o acusado possuía idade inferior a 21 anos. Contudo, se a pena-base foi fixada no mínimo legal, inviável se torna o implemento de qualquer redução, já que a Súmula nº 231 do STJ não permite a fixação da pena intermediária abaixo do mínimo.

Com o advento da Lei 13.654/2018, de 23.04.2018, foi revogado o inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 157, do CP, que previa o aumento da pena de um terço até a metade, para os casos em que a violência ou grave ameaça fosse praticada mediante o emprego de arma, fosse ela de fogo ou imprópria. Em compensação, foi acrescentado ao artigo supra o § 2º-A, pelo qual a pena aumenta-se em até 2/3 nos casos em que I) se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II) se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Nesse contexto, é certo que a circunstância de aumento de pena pelo emprego de arma no crime de roubo não foi afastada pela lei nova, tendo havido mero deslocamento da hipótese, com a restrição de sua aplicação exclusivamente para o emprego de arma de fogo e a alteração do quantum de aumento, passando a ser de 2/3 (dois terços). Todavia, considerando que a Lei nº 13.658/2018 é mais rigorosa com o agente que utiliza arma de fogo e no caso em apreço o fato narrado a exordial foi praticado em 19.03.2018, antes, portanto, da alteração legislativa, tais mudanças não são aplicáveis à espécie, em respeito ao princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica, devendo incidir a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, conforme consta na sentença.

APELAÇÕES CRIMINAIS DO SEGUNDO RÉU – CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – PERSONALIDADE INDEVIDAMENTE CONSIDERADA – REDUZIDA – ALMEJADO RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – INVIABILIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Não havendo elementos técnicos para indicar a personalidade desviada, inviável sua consideração negativa. As indicações de condenações anteriores não serve para desfovar essa circunstância nos moldes da jurisprudência do STJ.

Sendo evidenciado que o réu era menor de 21 anos na data do crime, impõe-se o reconhecimento da atenuante disposta no art. 65, I, do CP.

Se o agente confessou a prática delitiva apenas na fase extrajudiciais e essa circunstância foi considerada para a condenação, impõe-se o reconhecimento da atenuante disposta no art. 65, III, “d”, do CP.

Com o advento da Lei nº 13.654/2018, de 23.04.2018, foi revogado o inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 157, do CP, que previa o aumento da pena de um terço até a metade, para os casos em que a violência ou grave ameaça fosse praticada mediante o emprego de arma, fosse ela de fogo ou imprópria. Em compensação, foi acrescentado ao artigo supra o § 2º-A, pelo qual a pena aumenta-se em até 2/3 nos casos em que I) se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II) se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Nesse contexto, é certo que a circunstância de aumento de pena pelo emprego de arma no crime de roubo não foi afastada pela lei nova, tendo havido mero deslocamento da hipótese, com a restrição de sua aplicação exclusivamente para o emprego de arma de fogo e a alteração do quantum de aumento, passando a ser de 2/3 (dois terços). Todavia, considerando que a Lei nº 13.658/2018 é mais rigorosa com o agente que utiliza arma de fogo e no caso em apreço o fato narrado a exordial foi praticado em 19.03.2018, antes, portanto, da alteração legislativa, tais mudanças não são aplicáveis à espécie, em respeito ao princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica, devendo incidir a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, conforme consta na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a) quanto ao recurso defensivo: Proveram parcialmente os recursos interpostos por Márcio Alexandre Lira da Silva e Jonathan dos Santos Avelino, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator que dava parcial provimento ao recurso defensivo em maior extensão. Decisão em parte com o parecer.

b) quanto ao recurso ministerial: Negaram provimento unânime. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Juiz Waldir Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Márcio Alexandre Lira da Silva foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Jonathan dos Santos Avelino foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 30 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Romário da Silva Mattos, Alexandre da Silva Paschoalim e Lucas Cavalcante Bacurau, nos termos do art. 386, IV, do CPP, foram absolvidos do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

O Ministério Público e os apelantes Jonathan dos Santos Avelino e Márcio Alexandre Lira da Silva interpuseram apelações visando a reforma da sentença.

O Ministério Público requereu a condenação dos acusados Romário da Silva Mattos, Alexandre da Silva Paschoalim e Lucas Cavalcante Bacurau nos termos propostos na denúncia, bem como a incidência da majorante de restrição da liberdade das vítimas para todos os acusados (f. 453-481).

O apelante Márcio Alexandre Lira da Silva requereu o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa e a exclusão da majorante do emprego de arma (f. 434-439).

O apelante Jonathan dos Santos Avelino almejou a exclusão da causa de aumento do emprego de arma de fogo, redução da pena-base e o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa. Prequestionou a matéria (f. 505-511).

Os apelados, em contrarrazões, postularam pelo improvimento dos recursos contrapostos (f. 482-488, f. 542-548, 555-559 e f. 567-577).

A PGJ opinou pelo provimento do recurso ministerial, improvimento do recurso de Márcio Alexandre Lira da Silva e provimento parcial do recurso de Jonathan dos Santos Avelino (f. 582-595).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Destaca-se que os acusados Romário da Silva Matos, Jhonatan dos Santos Avelino, Márcio Alexandre Lira da Silva, Alexandre da Silva Paschoalin e Lucas Cavalcante Bacurau foram denunciados pelo prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, emprego de arma e restrição à liberdade da vítima, previsto no art. 157, I, II e V, do CP, em razão dos seguintes fatos (f. 1-4):

“(...) Consta do presente inquérito policial que, no dia 28 de janeiro de 2011, sexta-feira, por volta de 20h30min, na residência localizada na Rua Luiz Correia da Silveira, nº 48, Jardim Alvorada, nesta cidade e comarca, os denunciados, em comum acordo de vontades, subtraíram para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restringindo a liberdade das vítimas Débora de Brito Camargo, Joneci da Silva e seus filhos menores, subtraíram a quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais), uma máquina de Politriz, um aparelho playstation II, marca Sony, um aparelho celular marca LG e um aparelho celular Motorola.

Segundo o apurado, o denunciado Lucas foi que planejou o crime, pois tinha conhecimento de que a vítima Joneci possuía recursos e mantinha quantias em dinheiro em casa e, no dia dos fatos, os denunciados se reuniram na casa denunciado Márcio para combinarem o crime.

Dando início à execução delitiva, o denunciado Lucas foi até a casa das vítimas e pediu para Joneci trocar-lhe um cheque, no entanto, aquela alegou que não trocava cheques, momento em que Lucas foi embora.

Previamente combinados, o denunciado Romário utilizando-se de um veículo Pálio, levou os denunciados Mário e Jhonatan até as proximidades da casa das vítimas e ficaram esperando o telefonema de Lucas para darem início ao plano, enquanto isso, o denunciado Alexandre que mora nas redondezas, ficou aguardando o contato dos demais, caso acontecesse algo fora do planejado.

Tudo combinado, os denunciados Márcio e Jonathan adentraram a residência, munidos com armas de fogo, e após renderam as vítimas, anunciaram o assalto, exigindo-lhes dinheiro e para tanto, com intuito de amedrontá-las, o denunciado Jhonatan apontou a arma de fogo para a cabeça do filho do casal, de apenas seis anos de idade, ameaçando-o

caso não entregassem o dinheiro e, após as vítimas alegarem que não tinha dinheiro em casa, os denunciados se apossaram da quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais), de dois aparelhos celular, da máquina de poltriz e do video game. Ato contínuo, amarraram a vítima Joneci, trancaram-nas no banheiro e fugiram do local com o auxílio do denunciado Romário que os aguardava nas proximidades.

Em seguida, eles foram para a casa do denunciado Márcio onde dividiram o produto do crime.

As vítimas reconheceram, sem sombra de dúvida, os denunciados Márcio e Jhonatan como sendo as pessoas que, armadas, adentraram a residência e praticaram o delito (f. 34 e 38).

Certo é que, agindo desta forma os denunciados cometeram o crime de roubo majorado, isto porque subtraíram, para si, coisa alheia móvel, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, em concurso de pessoas e restringindo a liberdade das vítimas. Devem, portanto, serem responsabilizados por suas condutas delitivas.”

Encerrada a instrução, o juiz de direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar os acusados Jhonatan dos Santos Avelino e Márcio Alexandre Lira da Silva como incurso no art. 157, I e II, do CP, e absolveu, nos termos do art. 386, IV, do CPP, os acusados Romário da Silva Matos, Alexandre da Silva Pascoalim e Lucas Cavalcante Bacurau da imputação descrita na exordial acusatória (f. 409-422).

Do recurso de Ministério Público.

Do pedido de condenação.

O Ministério Público requereu a condenação dos acusados Romário da Silva Mattos, Alexandre da Silva Paschoalim e Lucas Cavalcante Bacurau nos termos propostos na denúncia.

No entanto, razão não lhe assiste.

O juiz sentenciante absolveu os acusados Romário da Silva Mattos, Alexandre da Silva Paschoalim e Lucas Cavalcante Bacurau da prática do crime de roubo majorado em razão dos seguintes fundamentos (f. 416):

“(...) O conjunto probatório é evidente ao apontar a autoria dos acusados Márcio e Jonathan no crime em questão, seja em razão das confissões, em inquérito e em juízo, das declarações das vítimas, reconhecimento pessoal e apreensão dos objetos subtraídos.

Entretanto, com relação aos demais acusados, Lucas Cavalcante Bacurau, Romário da Silva Mattos e Alexandre da Silva Paschoalim, restou demonstrado que os mesmos não tiveram envolvimento com os fatos descritos na denúncia, uma vez que não há prova testemunhal, pericial, documental ou qualquer outro indicativo de que tenham concorrido de alguma forma na consumação do delito, do que decorre a absolvição dos mesmos.

(...)

Posto isso, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal contida na denúncia para condenar Márcio Alexandre Lira da Silva e Jonathan dos Santos Avelino, ambos qualificados nos autos pela prática do fato tipificado no art. 157, § 2º, inciso I, II, do Código Penal e absolver Romário da Silva Mattos, Alexandre da Silva Paschoalim e Lucas Cavalcante Bacurau, também já qualificados, com fundamento no artigo 386, IV, do CPP “

Nesse ponto, a sentença não merece retoque.

Consta dos autos, que na audiência de f. 291 foram colhidos os depoimentos das testemunhas Anderson Garcia, João Paulo de Souza Ferreira e Altamir Emiliano da Silva, bem como as declarações das vítimas Débora de Brito Camargo e Joneci da Silva. Já na audiência descrita à f. 302, foram colhidos os interrogatórios

dos reus Lucas Cavalcante Bacurau, Márcio Alexandre Lira da Silva, Romário da Silva Matos e Alexandre da Silva Paschoalim. O acusado Jonathan dos Santos Avelino manifestou o direito de permanecer em silêncio.

Após escutar as versões contidas nos interrogatórios, declarações das vítimas e depoimentos testemunhais, conclui-se que realmente a prova colhida nos autos é frágil para sustentar uma condenação segura aos acusados Romário da Silva Mattos, Alexandre da Silva Paschoalim e Lucas Cavalcante Bacurau.

A participação de Romário na empreitada criminosa não ficou satisfatoriamente demonstrada, visto que o único testemunho que indica sua colaboração foi o do policial Anderson Garcia, que afirmou que o acusado Jhonatan havia lhe dito que ele teria participado. Contudo, tal relato ficou isolado nos autos, visto que as vítimas não reconheceram Romário como sendo um dos participantes, e ele negou a prática delitiva dizendo que deu apenas uma carona ao acusado Márcio e que havia pego um video game dele emprestado e não sabia que era produto de crime. Tal versão foi confirmada por Márcio, que além de confessar a prática criminosa também a imputou ao acusado Jhonatan.

Da mesma forma, a participação de Alexandre na empreitada criminosa não ficou satisfatoriamente demonstrada, visto que o único testemunho que indica sua colaboração foi o do policial Anderson Garcia, que afirmou que o acusado Jhonatan havia lhe dito que ele teria participado. No entanto, esse relato ficou isolado nos autos, visto que as vítimas não reconheceram Alexandre como sendo um dos participantes, e ele negou a prática delitiva e o acusado Márcio, que confessou a prática delitiva e indicou a participação de Jhonatan, foi enfático em dizer que Alexandre não teve participação no crime.

Também, não há provas robustas para sustentar uma condenação contra Lucas, visto que os indícios que o apontam como participante do crime foi o fato dele ter ido na casa das vítimas um pouco antes do assalto para trocar um cheque, bem como no fato do policial Anderson Garcia ter dito que o acusado Jhonatan havia lhe confidenciado a participação de Lucas. No entanto, esses indícios são demasiadamente fracos para sustentar uma condenação segura, já que o acusado Lucas disse que não conhecia nenhum dos réus até serem presos juntos; que acredita que o policial lhe imputou a prática delitiva porque já tinha passagens pela polícia. Também, o acusado Márcio, que confessou a prática criminosa e a imputou ao réu Jhonatan, disse que Lucas não participou da empreitada criminosa.

Com efeito, embora as provas contidas nos autos apontem alguns indícios contra os réus, eles mostram-se frágeis e não servem para embasar uma condenação segura, o que impõe a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ROUBO MAJORADO – PLEITO CONDENATÓRIO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. I – A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade. No presente caso, não restou comprovado a participação do acusado no delito em análise. II – Recurso improvido, contra o parecer.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0004469-95.2018.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 27/01/2020, p: 29/01/2020)

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – RECURSO MINISTERIAL – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA I APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Havendo fundadas dúvidas quanto à prática do delito, a absolvição do acusado é medida que se impõe, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0005405-23.2018.8.12.0019, Ponta Porã, 1ª Câmara Criminal, Relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 27/01/2020, p: 29/01/2020)

Dessa forma, a absolvição dos acusados decretada em primeira instância deve ser preservada.

Do pedido de incidência da majorante de restrição à liberdade das vítimas.

O juiz sentenciante afastou a majorante de restrição à liberdade das vítimas em razão do seguinte fundamento (f. 418):

“(...) Por fim, quanto à qualificadora da restrição da liberdade das vítimas, a mesma não restou comprovada, uma vez que, conforme relatos das próprias vítimas, os fatos ocorreram de forma rápida e tão logo pegaram os objetos de interesse, os assaltantes os colocaram no banheiro, determinando que saíssem somente após 10 minutos.

Assim, tenho que a restrição da liberdade das vítimas foi por tempo tão somente suficiente à ação criminosa, de forma a afastar o reconhecimento e aplicação da qualificadora.”

Agiu com acerto o juiz sentenciante, pois conforme visto nos autos, não foi evidenciado que as vítimas ficaram com a liberdade restringida por tempo juridicamente relevante.

Isso, porque pelas declarações apresentadas pelas vítimas Débora de Brito Camargo e Joneci da Silva em juízo, foi demonstrado que os acusados para saírem da residência trancaram as vítimas no banheiro e disseram que elas poderiam sair depois de dez minutos (f. 291).

Ora, esse lapso temporal, por se mostrar exíguo, não justifica a incidência da causa de aumento de pena.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – ROUBO MAJORADO TENTADO – DÚVIDA QUANTO A EXISTÊNCIA DA AUTORIA DELITIVA – ABSOLVIÇÃO – MEDIDA QUE SE IMPÕE. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA – TEMPO JURIDICAMENTE IRRELEVANTE – RECURSO IMPROVIDO. (...) A incidência da causa de aumento prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CP, exige que o lapso temporal da privação da liberdade da vítima seja juridicamente relevante, o que não se deu no caso concreto.” (TJMS. Apelação Criminal nº 0000614-83.2010.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. José Ale Ahmad Netto, j: 21/05/2018, p: 22/05/2018)

Logo, não há falar na incidência da causa de aumento de pena disposta no inciso V do § 2º do art. 157 do CP.

Do recurso de Márcio Alexandre Lira da Silva.

Do pedido de reconhecimento da menoridade relativa.

Tal pedido é procedente.

Verifica-se da qualificação do acusado descrita na denúncia, bem como pelo documento juntado as f. 31, que ele possuía idade inferior a 21 anos na data dos fatos, pois nasceu em 07/03/1992 e o crime ocorreu na data de 28/01/2011.

Assim, deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa na segunda fase de aplicação da pena.

Contudo, em que pese o reconhecimento dessa atenuante, em face da pena-base ter sido fixada no mínimo legal, não deverá ser implementada qualquer redução na pena, visto que a Súmula nº 231 do STJ impede a fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal.

Do pedido de exclusão da majorante do emprego de arma.

Destaca-se que a causa de aumento de pena, disposta no art. 157, § 2º, I, do CP, em que os acusados foram denunciados e condenados, foi revogada pela Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018.

O parágrafo único do art. 2º do CP e art. 5º, XL, da CF, são claros em estabelecer que a lei posterior que de qualquer forma beneficie o agente retroage à data dos fatos tidos como criminosos.

Assim, ocorrendo a expressa revogação da causa de aumento de pena do porte de arma, inviável a manutenção de sua incidência.

Por outro lado, deve ser registrado que a Lei nº 13.654/18, ao mesmo tempo que revogou a causa de aumento disposta no § 2º, I, do art. 157 do CP, trouxe nova figura típica, que foi alocada no § 2º-A, I do art. 157 do CP, com texto semelhante ao revogado e uma fração de aumento mais expressiva. Confira-se:

“§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Dessa forma, percebe-se que essa nova figura típica caracteriza-se como *novatio legis in pejus*, pois, embora tenha repetido a conduta de cometer o delito de roubo com emprego de arma, acrescentando que será apenas arma de fogo, trouxe uma conduta com maior apenamento. Por isso, não pode ser aplicada aos fatos anteriores, frente ao princípio da irretroatividade da lei perversa.

Por fim, não há falar que ocorreu a continuidade normativa típica, pois a causa de aumento de pena do porte ilegal da arma de fogo não foi apenas deslocada do inciso I, § 2º, para o inciso I, § 2º-A, do art. 157 do CP. O que ocorreu, na verdade, foi a revogação da causa de aumento do porte de arma (de fogo e branca) e a criação de uma majorante apenas do porte de arma de fogo com um percentual maior de agravamento de pena.

Logo, não há falar em incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Por outro lado, deve ser registrado que apesar da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo ter sido afastada, em face de ter permanecido a majorante do concurso de pessoas e da fração aplicada na terceira fase ter sido estabelecida no mínimo legal de 1/3, a fração não deve ser alterada.

Do recurso de Jonathan dos Santos Avelino.

Do pedido de exclusão da causa de aumento do emprego de arma de fogo.

Destaca-se que a causa de aumento de pena, disposta no art. 157, § 2º, I, do CP, em que os acusados foram denunciados e condenados, foi revogada pela Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018.

O parágrafo único do art. 2º do CP e art. 5º, XL, da CF, são claros em estabelecer que a lei posterior que de qualquer forma beneficie o agente retroage à data dos fatos tidos como criminosos.

Assim, ocorrendo a expressa revogação da causa de aumento de pena do porte de arma, inviável a manutenção de sua incidência.

Por outro lado, deve ser registrado que a Lei nº 13.654/18, ao mesmo tempo que revogou a causa de aumento disposta no § 2º, I, do art. 157 do CP, trouxe nova figura típica, que foi alocada no § 2º-A, I do art. 157 do CP, com texto semelhante ao revogado e uma fração de aumento mais expressiva. Confira-se:

“2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Dessa forma, percebe-se que essa nova figura típica caracteriza-se como *novatio legis in pejus*, pois, embora tenha repetido a conduta de cometer o delito de roubo com emprego de arma, acrescentando que será apenas arma de fogo, trouxe uma conduta com maior apenamento. Por isso, não pode ser aplicada aos fatos anteriores, frente ao princípio da irretroatividade da lei perversa.

Por fim, não há falar que ocorreu a continuidade normativa típica, pois a causa de aumento de pena do porte ilegal da arma de fogo não foi apenas deslocada do inciso I, § 2º, para o inciso I, § 2º-A, do art. 157 do

CP. O que ocorreu, na verdade, foi a revogação da causa de aumento do porte de arma (de fogo e branca) e a criação de uma majorante apenas do porte de arma de fogo com um percentual maior de agravamento de pena.

Logo, não há falar em incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Por outro lado, deve ser registrado que apesar da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo ter sido afastada, em face de ter permanecido a majorante do concurso de pessoas e da fração aplicada na terceira fase ter sido estabelecida no mínimo legal de 1/3, a fração não deve ser alterada.

Do pedido de redução da pena-base.

O juiz fixou a pena-base da seguinte forma (f. 420-421):

“(...) O crime possui pena abstrata de reclusão de 04 a 10 anos e multa. Passo a dosar a pena nos termos dos artigos 59 e 68, ambos do CP.

No atinente a culpabilidade, esta extrapolou a normalidade para um fato típico quando colocou a arma de fogo na cabeça de uma criança de 06 (seis) anos de idade, que certamente carregará consigo para a vida adulta fato tão traumático.

O réu possui péssimos antecedentes, conforme documentos de f. 393-400, com inúmeras sentenças condenatórias. Demais disso, eventual cometimento de ato infracional não se presta à configuração de maus antecedentes. A personalidade do réu é agressiva e voltada para a prática de crime com emprego de violência. Não foram coletados elementos acerca da conduta social do acusado.

O motivo do crime é o lucro fácil, próprio do tipo, as circunstâncias são normais à espécie e sem relevância para justificar o aumento da pena. As consequências do crime são as normais à espécie, próprias do tipo e já serviram para a tipificação da conduta e, por fim, o comportamento da vítima, em nada contribuiu.

Considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do estatuto repressivo fixo a pena base do crime no mínimo legal, ou seja, 06 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.”

Observa-se que a pena-base foi fixada em 2 anos de reclusão e 20 dias-multas acima do mínimo legal em face de terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes e personalidade do agente.

A culpabilidade do agente mostrou-se desfavorável visto que ele exerceu uma ameaça desnecessária para a consumação do delito no momento em que apontou uma arma de fogo na cabeça de uma criança de apenas seis anos de idade, o que demonstra maior reprovabilidade da conduta e autoriza o acréscimo da pena.

Também, os maus antecedentes ficaram comprovados, já que a certidão de antecedentes criminais indica condenação anterior com data de trânsito em julgado (f. 393-400).

Já a personalidade deve ser afastada porque não há elementos técnicos que possa indicar que a personalidade do acusado é desviada. Também, o fato de ter condenação anterior transitada em julgado e outras incidências devem ser considerados apenas como maus antecedentes e não como personalidade, nos termos da jurisprudência do STJ. Confira-se:

“(...) Esta Quinta Turma decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).” (HC 511.798/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 09/12/2019)

Assim, mantenho as circunstâncias judiciais desfavoráveis da culpabilidade e antecedentes. Por outro lado, afasto a personalidade, o que resulta na redução da pena-base para 5 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 20 dias-multa.

Do pedido de reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa.

De acordo com a qualificação do acusado descrita na denúncia, de que ele nasceu no dia 27/04/1990 e considerando que os fatos se deram no dia 28/01/2011, constata-se que ele era menor de 21 anos e por isso faz jus ao reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, disposta no art. 65, I, do CP.

Outrossim, o acusado faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, visto que ele, apesar de ter ficado em silêncio em juízo, quando foi interrogado na delegacia, confessou a prática delitiva e essa circunstância foi considerada na sentença para sustentar sua condenação.

A jurisprudência do STJ está no sentido de que ainda que a confissão seja parcial ou apenas a prestada na delegacia, quando ela embasar a condenação, impõe-se o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – DECISÃO MONOCRÁTICA – LESÃO CORPORAL NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DOSIMETRIA – CONFISSÃO PARCIAL – INCIDÊNCIA DA ATENUANTE NA SEGUNDA FASE – POSSIBILIDADE – SÚMULA 545/STJ – INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na espécie.

III - Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula nº 545/STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, ‘d’, do Código Penal”.

IV - Reconhecida a atenuante, deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois a col. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT, firmou entendimento no sentido de que “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 540.325/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Assim, deve ser reconhecida as atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa e reduzida a pena em 1/6 para cada atenuante.

Com efeito, considerando a pena-base aplicada em 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 20 dias, que na segunda fase foram reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea sendo imposta a fração de 1/6 para cada atenuante e observada a súmula nº 231 do STJ que impede a redução aquém do mínimo legal na segunda fase, fica a pena intermediária em 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Na terceira fase foi reconhecida a majorante do concurso de pessoas e imposta a fração de 1/3. Assim fica a pena definitiva em 5 anos, 4 meses e ao pagamento de 13 dias-multa.

O regime prisional deve permanecer no fechado em razão da culpabilidade e maus antecedentes do acusado, nos termos do § 3º do CP.

Do prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento a matéria foi debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Dispositivo

Ante o exposto:

a) contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial;

b) contra o parecer, dou provimento ao recurso de Márcio Alexandre Lira da Silva, para reconhecer a atenuante da menoridade relativa e afastar a causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo. Contudo, a pena não sofrerá alteração devido a impossibilidade da fixação da pena intermediária abaixo de mínimo legal em face de também ter sido reconhecida a majorante do concurso de pessoas e a fração ter sido fixada no mínimo legal;

c) em parte com o parecer, dou provimento ao recurso de Jhonatan dos Santos Avelino para reduzir a pena-base, reconhecer as atenuante da menoridade relativa e confissão espontânea e afastar a causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo, ficando o apelante definitivamente condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, II, do CP.

O Sr. Juiz Waldir Marques (Revisor)

Peço vênha ao relator para divergir e dar provimento em menor extensão aos recursos interpostos por Márcio Alexandre Lira da Silva e Jonathan dos Santos Avelino, pois entendo que deve ser mantida a incidência da causa de aumento do emprego de arma de fogo reconhecida na sentença.

Como sabido, com o advento da Lei nº 13.654/2018, de 23.04.2018, foi revogado o inciso I, do parágrafo 2º, do artigo 157, do CP, que previa o aumento da pena de um terço até a metade, para os casos em que a violência ou grave ameaça fosse praticada mediante o emprego de arma, fosse ela de fogo ou imprópria.

Em compensação, foi acrescentado ao artigo supra o § 2º-A, pelo qual a pena aumenta-se em até 2/3 nos casos em que se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

No caso, extrai-se da peça acusatória que o crime em análise foi praticado em concurso de pessoas e mediante o emprego de arma de fogo. Além disso, verifica-se que foi cometido antes da vigência da Lei nº 13.654/2018, que revogou o inciso I, do § 2º, do art. 157, do CP.

Quanto aos crimes cometidos mediante o emprego de arma de fogo não houve a citada *abolitio criminis* mencionada no voto do relator, mas sim continuidade normativo-típica, que ocorre:

“quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário.” (Min. Gilson Dipp, em voto proferido no HC 204.416/SP).

Ou seja, a circunstância de aumento de pena pelo emprego de arma no crime de roubo não foi afastada pela lei nova, tendo havido mero deslocamento da hipótese, com a restrição de sua aplicação exclusivamente para o emprego de arma de fogo e a alteração do *quantum* de aumento, passando a ser de 2/3 (dois terços).

Considerando que a Lei nº 13.658/2018 é mais rigorosa com o agente que utiliza arma de fogo e no caso em apreço o fato narrado na exordial foi praticado em 19.03.2018, antes, portanto, da alteração legislativa, tais mudanças não são aplicáveis à espécie, em respeito ao princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica.

Apenas quanto aos crimes cometidos mediante o emprego de arma branca, após a publicação de referida lei, houve a *abolitio criminis*, por tratar-se de situação não mais abrangida como majorante do delito de roubo.

Logo, sobre a condenação proferida aos recorrentes Márcio e Jonathan deve incidir, também, a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, conforme consta na sentença.

Diante do exposto, peço vênua ao relator para divergir e dar provimento em parte aos recursos defensivos.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Quanto ao recurso defensivo: proveram parcialmente os recursos interpostos por Márcio Alexandre Lira da Silva e Jonathan dos Santos Avelino, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator que dava parcial provimento ao recurso defensivo em maior extensão. Decisão em parte com o parecer.

Quanto ao recurso ministerial: negaram provimento unânime. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Noticiário



Desembargadores registram recorde e julgam mais de 76 mil processos em 2019 09/01/2020



Os desembargadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul registraram novo recorde de produtividade ao finalizarem os trabalhos de 2019 com 76.192 processos julgados, sendo 64.310 julgamentos por colegiado e 11.882 decisões monocráticas, superando o recorde anterior, de 65.633 no ano anterior. Os números, tanto de distribuídos, 77.461, quanto de julgados, são os maiores da história do TJMS.

Do total de processos julgados, 57.041 tramitaram nas cinco Câmaras Cíveis e 16.423 nas três Câmaras Criminais. Durante o ano foram realizadas 579 sessões de julgamento.

Os desembargadores iniciam os trabalhos em 2020 com 16.723 processos em andamento. Os dados são referentes ao Órgão Especial, Seções e Câmaras do Tribunal de Justiça.

Os resultados alcançados demonstram, mais uma vez, o compromisso dos desembargadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para a efetiva prestação jurisdicional das demandas da população sul-mato-grossense que busca o Judiciário para a solução de seus conflitos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juizes de MS julgaram mais de 399 mil processos em 2019 - 10/01/2020

Entre os meses de janeiro e dezembro de 2019, os juizes do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul julgaram 399.449 processos em 1º Grau (Justiça Comum e Juizados). Destes, foram 267.075 sentenças proferidas na Justiça Comum e 132.374 nos Juizados, de acordo com dados estatísticos referentes a processos e procedimentos apurados pela Assessoria de Planejamento do TJMS.

Atualmente estão em andamento 749.042 feitos em 1º Grau, dos quais 636.756 tramitam na Justiça Comum e 112.286 nos Juizados Especiais. No último ano foram distribuídos 460.748 processos/procedimentos em todas as comarcas de MS, sendo 337.714 na Justiça Comum e 123.034 nos Juizados Especiais.

Dados do início do ano de 2020 apontam que as quatro comarcas sul-mato-grossenses de Entrância Especial concentram 59% dos processos/procedimentos em andamento no Estado: Campo Grande possui 346.424 feitos em andamento, Dourados, 48.922, Três Lagoas, 28.793, e Corumbá, 17.597 processos.

Em relação às movimentações do Poder Judiciário, no ano de 2019 os juizes de MS proferiram, além das sentenças, 417.567 decisões interlocutórias e 773.096 despachos na Justiça Comum. Nos Juizados, foram 59.391 decisões interlocutórias e 159.867 despachos. O total geral da movimentação foi de 476.958 decisões interlocutórias e 932.963 despachos.

Processos Eletrônicos – Dos processos em andamento no Poder Judiciário de MS em 1º Grau, 736.566 (98,33%) tramitam no formato eletrônico, com apenas 12.476 processos físicos (1,67%) ainda em tramitação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza da Capital comandará a Coordenadoria da Mulher de MS - 22/01/2020

Publicada no Diário da Justiça desta quarta-feira (22), a designação da juíza Helena Alice Machado Coelho para responder, a partir do dia 27, pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

Titular da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Capital, desde fevereiro de 2019, Helena atuava como Magistrada Colaboradora da Coordenadoria, participando ativamente de eventos, debates e discussões que envolvem propostas de combate a todo tipo de violência contra a mulher.

Helena Alice Machado Coelho nasceu no Rio de Janeiro e ingressou na magistratura em dezembro de 2004, na 1ª circunscrição. Em abril de 2006, foi promovida para Porto Murtinho e, em setembro de 2006, foi novamente promovida para a comarca de Coxim, onde assumiu a 2ª Vara onde permaneceu até janeiro de 2019, quando foi promovida para a entrância especial, mudando-se para Campo Grande.

Como foi ser convidada para responder pela Coordenadoria? Quais são os planos para sua gestão? Está preparada para as novas responsabilidades que vêm com o cargo? Questionada, a magistrada preferiu ser sucinta, já que pretende reunir-se com a equipe para traçar planos e metas, antes de especificar detalhes das propostas a serem desenvolvidas.

“Para mim, foi uma honra muito grande ser convidada para a Coordenadoria. Estou muito feliz e cheia de planos. Acredito que o maior desafio será manter o TJMS na vanguarda, como referência nacional, quando pensamos em combate à violência de gênero”, disse ela.

Sempre discreta, mas com uma carreira em destaque, a juíza foi diretora do Foro mais de uma vez em Coxim. Recebeu o título de Cidadã Coxinense. Integrou a administração da AMAMSUL, biênio 2013/2014. Foi palestrante no I Fórum de Igualdade de Gênero nas Instituições, edição 2019. Integra o Comitê de Gênero, Raça e Diversidade do Poder Judiciário de MS e faz parte da administração da AMB, empossada em dezembro de 2019, para o próximo triênio.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Violência doméstica: TJMS se destaca com a maior quantidade audiências realizadas no país - 22/01/2020



Mais uma vez, o trabalho realizado pelo Poder Judiciário sul-mato-grossense está em destaque na mídia nacional. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou que, somente no ano passado, a justiça brasileira deu andamento a mais de 120 mil processos de violência doméstica contra mulheres, entre eles, de feminicídio ou tentativa de feminicídio. E em números absolutos, a maior quantidade de audiências foi realizada pelo TJMS (2.090) e TJRS (1.968).

De acordo com o CNJ, os tribunais que mais promoveram audiências proporcionalmente ao número de processos em andamento foram TJAC (8,5%) e TJPB (7,4%). Os dados referem-se ao resultado do trabalho de magistrados e servidores na 15ª Semana Justiça Pela Paz em Casa (novembro de 2019), quando existe um esforço concentrado para julgar processos que envolvam esses tipos de crimes. Importante lembrar que essas ações são realizadas três vezes por ano: em março, agosto e novembro, em todos os estados brasileiros.

Para alcançar os números, o CNJ contabiliza os dados encaminhados pelos tribunais estaduais de todo o país. Assim, é possível afirmar que 15ª Semana Justiça Pela Paz em Casa movimentou 30.043 mil processos de violência doméstica, com 170 casos de feminicídios ou tentativas de feminicídios. O número corresponde a 3,41% do total de processos em andamento no país.

Na prática, em cinco dias de esforço concentrado, a justiça brasileira realizou mais de 18 mil audiências, concedeu nove mil medidas protetivas e avaliou o mérito em 10,5 mil processos, dos 998 mil processos em tramitação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Atendimentos do Cijus em 2019 alcançam mais de 150 mil pessoas - 27/01/2020

Com a crescente demanda desde a inauguração em 2016, o Centro Integrado de Justiça (Cijus) atendeu em 2019, 151.190 pessoas dentre servidores, jurisdicionados, advogados e membros do Ministério Público e Defensoria.

Os dados mostram um aumento de 15,19% em relação ao ano de 2018. Assim, um investimento em portaria, atendimento eficaz do servidor e a criação do agendamento eletrônico foram os serviços necessários para que houvesse um atendimento de qualidade aos jurisdicionados.

A direção do Cijus apresentou os números relativos aos trabalhos e atividades desenvolvidas durante o ano de 2019, o que reafirma a importância de sua criação há três anos.

Ressalte-se que a Coordenadoria de Atermação e Atendimento Judicial registrou aumento da demanda de atendimentos de 6,48%, totalizando 42.595 distribuições de novos processos, e inovou com o agendamento eletrônico para atermação/certidões implantado em outubro, em parceria com o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais e a Secretaria de Tecnologia do TJMS, para que o cidadão compareça em dia e hora marcada para o atendimento.

Para se ter uma ideia da importância da inovação tecnológica, nos três primeiros meses foram realizados 2.261 agendamentos eletrônicos - números que não seria alcançado sem o esforço de todos os servidores e colaboradores e o apoio do Des. Paschoal Carmello Leandro, presidente do TJMS, e do Des. Geraldo de Almeida Santiago, presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais.

Dênis Alcântara, corretor de imóveis e perito imobiliário, têm motivos suficientes para exaltar o trabalho do Poder Judiciário em prol a população. “Além da facilidade de acesso, o bom atendimento faz a diferença, pois todas as vezes que procuro o Cijus sempre há algo novo que facilita a vida das pessoas,” ressaltou.

O Centro Integrado de Justiça Des. Nildo de Carvalho (Cijus) está localizado no cruzamento da Av. Calógeras com as ruas 26 de agosto e 7 de setembro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Modelo bimodal: TJMS atendeu 119 mil chamados e planeja ações inovadoras

28/01/2020



Em 2019, a Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça de MS pôs em prática seu Plano Diretor de TIC 2019/2020. Com uma proposta de atuação em duas frentes – uma de inovação e outra de manutenção e atendimento dos serviços atuais –, a equipe de TI trabalha em mais de 100 ações inovadoras e atendeu 119 mil chamados no ano passado.

“Os números demonstram que, além de manter em funcionamento o que já existe, é necessário avançar, trazendo novidades e mais tecnologia para facilitar o trabalho e melhorar a prestação jurisdicional”, é o que explica o juiz auxiliar da presidência do TJMS, Alexandre Branco Pucci.

O magistrado é membro do Comitê de Governança de TI e acredita que muito já se avançou, em termos de tecnologia na justiça sul-mato-grossense. “O Poder Judiciário de MS sempre esteve na vanguarda, principalmente porque iniciou muito cedo a implantação do processo eletrônico, que rapidamente chegou a todas as comarcas. Hoje não se veem cartórios com processos físicos. É uma raridade”, destaca.

A nova frente de atuação é o desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial. No começo de janeiro de 2020, a Secretaria de TI apresentou ao presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, o novo módulo no Sistema de Automação da Justiça (SAJ) de análise de temas de precedentes, denominado “LEIA Precedentes”.

“Na prática, em um futuro bem próximo, poderemos analisar processos e identificar temas em que já há precedentes de jurisprudência, seja no TJMS ou nos Tribunais Superiores. Isso é possível porque nossa equipe de TI iniciou trabalhos e estudos para que, este ano, já existam experiências com inteligência artificial em benefício do trabalho dos magistrados e com resultado melhor para o jurisdicionado”, comentou o juiz Alexandre, salientando que as atenções estão voltadas também para atender a Lei nº 13.709/2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

Com cerca de 100 serviços tecnológicos disponíveis, em média no ano de 2019, foram atendidas 450 pessoas/dia nas mais variadas necessidades de tecnologia, tanto para o público interno (magistrados,

servidores e outros auxiliares da justiça de todo o Estado), bem como público externo (promotores, advogados, defensores, peritos e população que utiliza os serviços on-line).

Segundo o diretor da Secretaria de Tecnologia do TJMS, Altair Junior Ancelmo Soares, as demandas mais recebidas são SAJ de Primeiro Grau (19,6%), pedidos de acesso a sistemas (16,9%), computador (11,2%), portal E-saj (8%) e chamados relativos a softwares em geral (4%).

“A STI trabalha sempre em dois modais, o de operação que é manter e atender os serviços e sistemas que já existem e o de inovação, que é criar novos serviços e sistemas ou aperfeiçoar os já existentes, a mudança é uma constante para áreas de Tecnologia”, explicou o diretor de TI garantindo que ao longo dos anos, a STI vem aperfeiçoando suas tecnologias, estruturas e pessoal para atender a demanda por mais serviços e sistemas.

Operacional – Boa parte da operação de serviços é o atendimento aos usuários, seja com dúvidas por interrupção de alguma funcionalidade ou algum outro problema.

Com relação as estruturas responsáveis diretas por atendimento, a STI conta com o Departamento de Atendimento ao Usuário (DAU), que gerencia a Central de Serviços; os Assistentes de Tecnologia da Informação (ATI), que atuam nas comarcas e nas coordenadorias do Fórum de Campo Grande e do CIJUS, além da Coordenadoria de Atendimento que cuida, em especial, dos acessos.

“Nossas equipes de atendimento, denominadas de Nível 1 e Nível 2, resolvem 76% dos chamados abertos para a STI. Destes, 32% são atendidos pelos ATIS, 28% pela Central de Serviços e 16% pela equipe de acessos”, explica Altair.

Inovação – Seguindo as boas práticas internacionais de gestão de tecnologia da informação, como o ITIL (Information Technology Infrastructure Library) e ISO/IEC 20000, a Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS foi organizada para que as equipes especializadas, denominadas Nível 3, não fiquem responsáveis por atender situações simples ou corriqueiras. Isso é importante para que possam focar no modal de inovação.

As equipes de N3 são divididas em três departamentos temáticos e possuem, em seus quadros, profissionais das mais variadas especialidades de tecnologia da informação nos Departamentos de Sistemas Jurisdicionais (DSJ), Sistemas Administrativos (DSA) e Infraestrutura e Tecnologia (DIT).

Em 2019, foram implantados o Julgamento Virtual, que possui 13.478 processos julgados; o Novo Portal E-saj, que deixou peticionamento e consultas mais intuitivas e ágeis para os 145.235 usuários cadastrados; o migrador do SEEU, que permitiu o cadastramento automatizado de 37.429 processos; o Sistema de Agendamento online para atermiação nos Juizados, com 4.232 agendamentos, em três comarcas; distribuição e substituição de novos equipamentos, com 2.220 equipamentos obsoletos substituídos em todo o Estado; continuação da instalação de rede sem fio, presente atualmente em 41 locais, além da emissão de 1.500 novos certificados digitais para magistrados e servidores do Poder Judiciário de MS.

Para 2020 estão previstos a automação de módulos do SAJ, como o robô que auxilia no preenchimento do BACEN JUD; a Carta Precatória Eletrônica, que simplificará o envio e a recepção nas precatórias dentro do SAJ; novo software de gestão de Recursos Humanos; contratos de Nuvem para hospedagem de sistemas e substituição de ferramentas de produtividade e comunicação, além da execução de um novo contrato de impressão, convergindo com novas práticas de sustentabilidade ambiental.

Será entregue também o portal de serviços de TI, que servirá de ponto focal para buscar auxílio com relação aos serviços da Secretaria, utilizará novas formas de automação, como o robô de atendimento por meio de voz ou por chat, resultando em agilidade e economia de recursos públicos.

Estão sendo preparadas ainda a implantação do SAJ6, com nova interface e novas tecnologias, e a implementação de ações voltada ao atendimento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Diário da Justiça completa 19 anos de publicações e evolução - 29/01/2020

A edição nº 4.425 do Diário da Justiça, publicada nesta quarta-feira (29), é especial por completar 19 anos de existência, pois foi no dia 29 de janeiro de 2001 que o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul pôs em prática a proposta de editar e imprimir seu próprio periódico de publicações oficiais. Naquele dia nasceu o Diário da Justiça.

Instituído pelo Provimento nº 21, de 25 de janeiro de 2001, teve sua primeira edição publicada no dia 29. Destaque-se que o DJ, agora totalmente digital, transformou-se na principal fonte de consultas de atos processuais e administrativos da justiça sul-mato-grossense - e não só para operadores do Direito.

O Diário da Justiça pode ser acessado de qualquer lugar do mundo e, alimentado pelo Sistema de Automação da Justiça (SAJ) e servidores, proporciona e permite buscas detalhadas. Processadas pelos servidores Raquel Pereira Dias (Coordenadora), Adnelson Dias Correa e Alberto Paes Rossi, da Coordenadoria do Diário da Justiça, que integra a Secretaria de Comunicação do TJMS, as edições diárias finalizam a publicação exatamente às 18 horas.

O Diário da Justiça acompanhou os avanços tecnológicos e em 1º de agosto de 2007 passou a ter uma versão *on-line* gratuita e a partir de 7 de janeiro de 2008, passou a ser fornecido somente no formato online. Para os advogados significou modernidade e para o TJ, economia com custos de impressão e papel.

A versão digital proporcionou mudanças significativas nos trabalhos do Poder Judiciário. Entre as mais recentes estão a publicação de atos diretamente pelo Sistema de Automação Judiciária, o que permite que o próprio DJ faça a autenticação no SAJ assim que a publicação é disponibilizada.

Para o diretor da Secretaria de Comunicação, Carlos Kuntzel, mecanismos como estes facilitam o trabalho dos cartórios que não precisam mais autenticar cada publicação. Novas funcionalidades de consulta foram disponibilizadas recentemente e a equipe da Coordenadoria do Diário da Justiça caminha para aprimorar e assegurar um bom serviço.

História - Antes de o Diário da Justiça ser criado, os atos do Poder Judiciário estadual eram publicados em uma seção do Diário Oficial e, a partir de 1986, passou a ser um encarte do Diário Oficial do Estado, cuja impressão era feita pela Imprensa Oficial de Mato Grosso do Sul.

Essa situação perdurou até o dia 29 de janeiro de 2001, quando foi desvinculado do Diário Oficial e passou a ser uma publicação autônoma, produzida pelo Tribunal de Justiça, permitindo que o Poder Judiciário realizasse de forma autêntica o princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública.

Além de matérias do Judiciário, eram veiculadas publicações de interesse do Ministério Público Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MS) e Tribunal Regional Eleitoral (TRE/MS) – dessas três instituições apenas a OAB permanece comunicando seus atos no Diário da Justiça.

Cumprindo a determinação da Resolução nº 526, aprovada pelo Tribunal Pleno, o DJ passou, em 1º de agosto de 2007, a ser veiculado gratuitamente no site do TJMS, substituindo a versão impressa das publicações oficiais em 2 de janeiro de 2008. Anteriormente a isso, a distribuição era feita de forma impressa e a comercialização se dava a partir de assinaturas mensais ou quinzenais, bem como de forma avulsa nos prédios do Fórum e do TJMS.

Em 2016, a publicação passou a ser 100% eletrônica, proporcionando ainda mais agilidade na tramitação dos processos por integrar-se ativamente com o sistema SAJ. Assim, o novo DJ trouxe a padronização das rotinas, a certificação das publicações nos processos e o processamento e editoração dos cadernos de publicação, bem como melhoramento nos filtros de pesquisa avançada e acesso a partir do portal e-SAJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes prestigiam lançamento do projeto Um Olhar Além da Vítima - 10/02/2020

“Em Campo Grande, 40% do total de denúncias oferecidas pelo Ministério Público são de violência doméstica e cerca de 80% dos agressores são reincidentes, o que significa dizer que a cada 10 réus que passam por audiência, oito vão voltar”.

A afirmação é da juíza Helena Alice Machado Coelho, que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, durante o lançamento do projeto “Um Olhar Além da Vítima”, na Escola Penitenciária (Espen/MS), na manhã desta segunda-feira (10), na Capital.

Ao citar os números, a juíza lembrou que os dados colocam as instituições em grandes desafios como enfrentar, combater e, quem sabe, erradicar a violência doméstica. Helena citou ainda que o Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Mulher, executa diversos programas, entre eles, o Dialogando Igualdades - ação que inspirou o projeto lançado nesta manhã.

“Parabenizo a equipe da Agepen, que em 2017 abraçou esse desafio e vem realizando um grande trabalho, quando se trata de monitoração eletrônica. Coloco-me à disposição para manter a parceria e concluo citando as palavras do poeta: quando se sonha sozinho é apenas um sonho, mas quando se sonha juntos é o começo da realidade”, finalizou a magistrada.

Presente na solenidade de lançamento, o juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, da Vara de Execução Penal do Interior, foi outro magistrado a reconhecer a importância da proposta. “O projeto é muito importante para tratar o agressor a fim de que este não volte a reincidir e, dessa forma, seu principal objetivo é a proteção da mulher vítima de violência doméstica”.

A subsecretária de Políticas para Mulher de Campo Grande, Carla Stephanini, ressaltou o trabalho da Agepen, reconhecido em âmbito nacional e referência para outros estados. Ela reconheceu também o trabalho da Coordenadoria da Mulher do TJMS que, desde a criação, teve como coordenadores pessoas sensíveis, responsáveis e com olhar apurado para esta questão.

“Observamos aqui o cumprimento da Lei Maria da Penha, que prevê a reeducação do agressor. São tantas as iniciativas legislativas para alterar essa que fico pensando se precisamos disso. Precisamos sim executar e cumprir o que está previsto na norma, isso é, dar condições para que a lei seja efetivada”, esclareceu.

O diretor-presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, Aud de Oliveira Chaves, em um discurso conciso, apontou que a Agepen busca parcerias porque entende que é possível agregar, ajudar, com seus servidores imbuídos em fazer um bom trabalho.

“A equipe faz um trabalho referência e é isso que considero importante: deixar as pessoas com liberdade para fazer o trabalho, deixar fluir suas ideias e trabalhar junto para que seja uma realidade. No que depender da Agepen, vamos buscar parcerias para que os projetos deem certo. A união faz a força e juntos podemos realizar. Queremos cumprir o previsto na Lei de Execução Penal e da melhor forma possível”, afirmou Aud.

Visivelmente emocionado por completar dois anos a frente do cargo, o diretor da Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual, Ricardo Teixeira de Brito, fez um discurso longo para explicar detalhes do projeto e dar o crédito aos servidores que já contribuíram para a implantação da proposta e dos que irão executá-la.

Ele relatou como o projeto surgiu, o envolvimento de parceiros e servidores, e garantiu que o sonho continua. “Um dia quero voltar aqui e saber que a semente germinou, salvou pessoas, melhorou os agressores, que também têm problemas. Só prender e monitorar não resolve. Acreditamos no projeto e desejamos expandi-lo no futuro. Ao TJMS, muito obrigado pela parceria”.

Além das autoridades já citadas, prestigiaram a cerimônia os integrantes da equipe da Coordenadoria da Mulher, as promotoras Camila Augusta Calarge Doreto e Renata Ruth Fernandes Goya Marinho; o defensor público Pedro Paulo Gasparini, a equipe da Agepen que trabalhará no projeto e os alunos do 3º curso de monitoração eletrônica.

Saiba mais – O projeto Um Olhar além da Vítima foi pensado há dois anos e, desde então, teve ações adaptadas ou melhorias para possibilitar seu lançamento e execução.

O grupo será conduzido a partir do Dialogando Igualdades, estruturado pelo Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Mulher, com metodologia desenvolvida pelo Instituto Albam (MG). O principal objetivo é proporcionar ao monitorado, autor da agressão, a oportunidade de mudança de visão e comportamento, visando a prevenção da violência e redução da reincidência.

O público-alvo é composto de homens monitorados pela Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual (UMMVE), em decorrência de violência contra a mulher, que estão em cumprimento de medidas protetivas, com ação penal instaurada ou como medida alternativa, proferida na sentença judicial. O projeto será executado pelo setor psicossocial da unidade de monitoramento virtual.

No mesmo evento, foi realizada a abertura do 3º curso de monitoração eletrônica, a ser realizado durante toda a semana e que terá o juiz Mário José Esbalqueiro Jr. para falar no encerramento.



Juízes prestigiam lançamento do projeto Um Olhar Além da Vítima

TJ lança nova página da Central de Serviços de TI - 10/02/2020

A partir desta segunda-feira (10), o Tribunal de Justiça de MS lança a sua nova página da Central de Serviços de Tecnologia da Informação, agora com acesso ao público externo. As ferramentas, que já estavam disponíveis para magistrados e servidores, agora foram melhoradas e estão disponíveis para operadores do Direito e para o cidadão que necessite de atendimento pela internet.

Antes, os usuários externos contavam apenas com o atendimento telefônico, pelo (67) 3314-1718, que continua disponível de segunda a sexta-feira, das 7 às 20 horas. A novidade é a possibilidade de advogados, promotores, procuradores e os jurisdicionados fazerem solicitações por um sistema de abertura de chamados ou com o uso de um Chat.

A nova página está disponível no link www.tjms.jus.br/ti, além de ser possível acessá-la pelas páginas iniciais do Portal e da intranet do TJMS. Na página da Central de Serviços de TI existem atalhos com os serviços mais comuns, como o suporte ao SAJ, solicitação de acesso, dentre outros.

Ao clicar neles, é possível preencher um formulário com a solicitação ou dúvida. Para o público externo poder abrir um chamado nesta modalidade, basta fazer um simples cadastro. O chamado pode ser acompanhado pelo usuário, inclusive com a possibilidade de anexar arquivos e compartilhar o chamado com outro usuário.

Outra forma de atendimento é pelo Chat, uma ferramenta de contato on-line. O chamado é realizado pelos mesmos atendentes da central telefônica, possibilitando que seja realizado mais de um atendimento concomitantemente.

Na página da Central de Serviços de TI é possível verificar as manutenções e status dos serviços. Em um menu será disponibilizado o Calendário de Manutenções, podendo, por exemplo, verificar se o peticionamento pelo SAJ está ativo ou em manutenção. Ainda é possível verificar o status dos links de comunicação das comarcas do PJMS em um mapa, visualizando se os sinais de comunicação estão ativos.

Com estas ferramentas, ampliam-se as formas de atendimento para os serviços de tecnologia da informação do Poder Judiciário de MS, refletindo na diminuição na fila de espera nas ligações para a Central de Serviços de TI.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Relatório retrata desenvolvimento nos últimos dez anos de atuação do TJMS

19/02/2020



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul está lançando a série TJMS Pesquisa. Com periodicidade a ser definida, o primeiro volume versa sobre a temática “Uma Década de Efetiva Prestação Jurisdicional em Face ao Incremento Socioeconômico Estadual”. O relatório traça um retrato fiel do desenvolvimento da mais alta Corte de Mato Grosso do Sul, à luz de 15 variáveis de análise, em consonância com seus aspectos econômicos, históricos, sociais e demográficos, no período de 2009 e 2018.

Com este estudo, que oferta metodologia e instrumentos investigativos semelhantes aos publicados pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça – DPJ/CNJ, o Tribunal de Justiça de MS lança um olhar para o seu fazer jurídico e administrativo, fomentando assim a formulação de pesquisas e políticas judiciárias.

Nesse sentido, o TJMS inicia uma nova fase de produção de conhecimento, inclusive no campo empírico, norteadas pelo modelo social e democrático de Direito, e não renunciando seu papel de vanguarda entre os órgãos sediados fora da Capital Federal. A publicação está disponível para o público no link https://www.tjms.jus.br/_estaticos/_sc/publicacoes/relatoriotjms10anos.pdf.

O trabalho impulsiona o TJMS a um patamar, até o momento, pouco usual em pesquisas desenvolvidas pela Justiça Estadual. A investigação se inicia no ano-base 2009, momento em que se passou a separar os tribunais por porte (grande, médio e pequeno), sendo o TJMS considerado de pequeno porte.

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, entregou o exemplar impresso ao presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Dias Toffoli, que esteve no TJMS na sexta-feira (14).

Na avaliação de Carmello Leandro, todas as decisões de gestão estão voltadas para o desenvolvimento e o aprimoramento da prestação jurisdicional. Segundo o presidente, o relatório ajuda a fomentar políticas judiciárias e pontos importantes da dinâmica do Estado, além de demonstrar a realidade socioeconômica de cada comarca que precisam ser consideradas.

“É importante o Tribunal de Justiça propor-se a estudar sua série histórica em dez anos e em mais de 15 variáveis, que são capazes de nos proporcionar um retrato fiel do que é o TJMS”, assevera o presidente.

Os indicadores apurados e considerados foram: Despesas Totais, Casos Novos, Processos Pendentes, Quantitativos de Magistrados, Quantitativo de Servidores (efetivos, requisitados, cedidos e comissionados sem vínculo efetivo), Força de Trabalho Auxiliar (estagiários, terceirizados, conciliadores e juízes leigos), entre outros.

Por se tratar de uma pesquisa comparada, o TJMS foi analisado com outras cortes dotadas, em conformidade com metodologia adotada pelo CNJ, de escores semelhantes e realidades aproximadas. Nesta cesta estão, além do TJMS, as seguintes Cortes estaduais: Tribunais de Justiça dos Estados do Maranhão e do Pará, ambos de médio porte, e Rio Grande do Norte e Paraíba, de pequeno porte.

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2019 (ano-base 2018), o escore obtido pelo TJMS o qualifica como o tribunal de pequeno porte mais próximo aos elencados de médio porte e comparado aos quatro tribunais listados anteriormente.

Também foram analisadas variáveis como: Despesas com Recursos Humanos, Receitas, Casos Pendentes de Execução Fiscal, Casos Novos Eletrônicos, Processos Baixados, Taxa de Congestionamento, Tempo de Acervo, Tempo de Baixa e Tempo de Sentença.

No aspecto dos recursos humanos, o TJMS tem o menor percentual, entre as cortes comparadas, em relação ao número de magistrados. Entre o período pesquisado, houve o incremento de 1,4%, número muito inferior aos outros Tribunais, que variam de 8,8% a 26,2% de aumento da sua força de trabalho.

Segundo o relatório, “a capilarização desta força de trabalho específica segue particularidades locais, não detentoras de desalinhar a interface com a sociedade. A relação de magistrados na 1ª instância e no 2º Grau no TJMS em face à média diagnosticada na Justiça Estadual nacional comprova o melhor ordenamento desta força de trabalho qualificada diante a estrutura existente”.

Já quando se olha para a força de trabalho dos serventuários da justiça (cargos efetivos) e dos auxiliares (comissionados, estagiário, terceirizados etc.), o TJMS possui 1,9% dos trabalhadores da Justiça brasileira. A variação nos anos apurados foi de 38,9%.

Merece menção o retrato descortinado acerca do Índice de Atendimento à Demanda (IAD), relativo a execução fiscal, em que, com 166%, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul se apresenta consideravelmente mais célere quando comparado aos seus côm pares, bem como ao intermédio da justiça estadual nacional.

Outro recorte é sobre os Casos Novos, que no período de apuração foi o segundo maior (18,8%) em MS. Já sobre os processos pendentes ficou como terceiro melhor (50,5%), com taxas que variam de 15,2% a 479,1% nos outros Tribunais, o que demonstra a efetividade do trabalho.

“Diante dos percentuais referentes à taxa de congestionamento e taxa de congestionamento líquida, o TJMS se encontra abaixo da média nacional da Justiça Estadual. Estas variáveis com ares conotativos comprovam que este egrégio tribunal consegue proporcionar maior vazão processual”.

A Pesquisa “Uma Década de Efetiva Prestação Jurisdicional em Face ao Incremento Socioeconômico Estadual” teve a coordenação e pesquisa de Ganem Amiden Neto, Assessor de Projetos Especiais da Presidência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS recebe prêmio por ter o maior índice de conciliação do país - 04/03/2020

O Prêmio Conciliar é Legal, que reconhece práticas que buscam a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação, agraciou o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul com o primeiro lugar na categoria Maior Índice de Conciliação ao longo do ano 2019.

Sobre o reconhecimento ao trabalho dos magistrados e servidores de MS, o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, disse que MS tem tradição em promover meios que facilitam o acesso da população ao Judiciário e incentiva iniciativas que podem contribuir na agilidade da justiça e no amplo acesso dos serviços ao jurisdicionado.

“Alcançar o primeiro lugar no Brasil é o resultado do trabalho dos juízes, conciliadores e mediadores, que se dedicam a acabar com o conflito das partes. Normalmente a mediação e a conciliação tendem a acabar com o conflito, enquanto a decisão judicial só o estanca e, muitas vezes, o conflito retorna. Com a mediação e a conciliação, a solução daquele conflito tende a perdurar no tempo”.

A afirmação é do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, coordenador de Mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), ao apontar que a justiça sul-mato-grossense ocupa lugar de destaque no cenário nacional. Ao lado do Des. Ruy Celso trabalha o Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador de Conciliação do Nupemec.

Para o Des. Vladimir, o prêmio é o reconhecimento do trabalho dos juízes e de todos os servidores do Tribunal de Justiça. “Reconhecimento de toda uma equipe de trabalho dedicada a este fim. Mas, principalmente por contar com apoio da administração do Tribunal, é que o MS consegue sempre estar na vanguarda de métodos e práticas positivas. A mediação e a conciliação realmente se constituem numa destas práticas, mostrando resultados positivos na solução de conflitos”, acrescentou o Des. Vladimir.

O presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais de MS, Des. Geraldo de Almeida Santiago, afirma que o prêmio enobrece toda a magistratura estadual por ser um trabalho que vem sendo realizado desde a época da implantação dos Juizados de Pequenas Causas (hoje Juizados Especiais), na qual MS foi pioneiro na implantação, seguido pelos demais Estados. “Essa é uma cultura que vem de longo tempo

e um momento como este vem coroar um trabalho de anos não somente para nós, mas para todos que atuam com seriedade junto a magistratura estadual”, comentou.

Destaque-se que uma das metas do CNJ para 2019 era exatamente aumentar os métodos alternativos de solução de conflitos e Mato Grosso do Sul, de acordo com o Relatório Justiça em Números, alcançou o primeiro lugar no país tanto na área da mediação quanto da conciliação na justiça comum e nos juizados especiais.

Na XIV Semana Nacional de Conciliação, segundo o CNJ, mais de 806 mil pessoas foram atendidas e as homologações de acordos superaram R\$ 1,9 bilhão em todo o país. Em volume de acordos financeiros, o resultado de 2019 superou em 26,6% o de 2018, que foi de R\$ 1,5 bilhão.

Importante lembrar que em razão da edição da Resolução nº 125/10, os estados criaram os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs), com a intenção de fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação.

Saiba mais – Durante a solenidade em que receberam a certificação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, garantiu que o reconhecimento não se limita às ações desencadeadas no âmbito do Poder Judiciário e lembrou que o objetivo da proposta é incentivar a cultura da paz.

Criado em 2010, o Prêmio chegou à sua 10ª edição dando reconhecimento às boas práticas desenvolvidas, visando consagrar iniciativas inovadoras que levem à solução de litígios por decisão consensual entre as partes.

“Essas ações contribuem para a pacificação e superação de conflitos, bem como previnem sua reincidência, aprimorando a eficiência do Judiciário, em consonância com a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”, afirmou Toffoli.

Nesta edição, 46 práticas estavam na disputa e o prêmio foi também entregue aos tribunais que alcançaram índices expressivos de conciliação durante a Semana da Conciliação ao longo do ano.

Para o presidente da Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos do CNJ, conselheiro Henrique Ávila, o prêmio contribui para mudar a cultura de judicialização excessiva que predomina no país. De acordo com ele, o Poder Judiciário está abarrotado de processos, contudo, os 10 anos do Prêmio Conciliar é Legal mostram que a cultura do litígio está mudando no Brasil.

O juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury, representou o Tribunal de Justiça de MS na solenidade de entrega e recebeu o prêmio das mãos do ministro Dias Toffoli.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

No dia da mulher, TJMS promove ação social em aldeia indígena - 08/03/2020

Neste domingo (8), Dia Internacional da Mulher, o Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Mulher e do Pacijus (Programa de Ajuda à Criança e ao Idoso), realizou uma ação especial para mulheres indígenas da aldeia urbana Marçal de Souza, em Campo Grande.

A abertura do evento foi feita por Célia Leandro, esposa do presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e colaboradora dos programas sociais desenvolvidos pelo TJMS.

Em sua fala, Célia recordou que esta comunidade indígena, a primeira aldeia urbana criada no Brasil, completa neste ano seus 25 anos de existência graças à perseverança de uma mulher, a índia Terena Enir Bezerra da Silva, primeira mulher cacique do Estado de Mato Grosso do Sul, falecida em junho de 2016.

Na sequência, a juíza Helena Alice Machado Coelho, coordenadora Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, promoveu uma roda de conversa sobre os “Aspectos Jurídicos da Lei Maria da Penha”.

A tarde contou ainda com a presença da advogada voluntária Claudiani Cardoso Catrinck de Rezende, que falou sobre a “Gravidez na Adolescência: um Desafio Social”.

De acordo com o cacique Josias Jordão Ramires, esta foi a primeira vez que a aldeia recebeu uma juíza palestrando para sua comunidade terena, além de ser a primeira vez que a aldeia realiza uma comemoração em alusão ao dia da mulher.

“Para nós foi uma grande honra realizar esta parceria com o Tribunal de Justiça e receber a primeira juíza no Dia Internacional da Mulher, falando do reconhecimento e da valorização da mulher, mostrando para todas as mulheres indígenas que elas têm capacidade de chegar lá, e se tornarem juízas e advogadas, por exemplo”, destacou o cacique.

Entre os motivos que levaram a escolher a aldeia para uma das ações da 16ª edição da Semana da Paz em Casa, a juíza Helena destaca a importância de alcançar as mulheres indígenas. “Se nós pensarmos na mulher já com todas suas dificuldades de acessar os serviços públicos, acredito que a mulher indígena tem ainda mais vulnerabilidade”.

Além das palestras que objetivaram trazer informações sobre violência doméstica e a reflexão sobre o papel da mulher e as implicações da gravidez precoce, houve ainda a distribuição de cartilhas na linguagem terena elaboradas pela Defensoria Pública da Mulher com esclarecimentos sobre a Lei Maria da Penha.

O evento foi realizado no Memorial da Cultura Oca, situado na Rua Terena s/n, e contou com o apoio da Secretaria Municipal de Saúde, que disponibilizou às mulheres presentes aferição de pressão, teste de glicemia e exame papanicolau. As indígenas participaram ainda de sorteio de prêmios e lanche coletivo.



Ação social na aldeia indígena Marçal de Souza

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação

Juiz libera recursos para produção de álcool em gel por presos em parceria com a UFMS - 19/03/2020



Atendendo ao pedido da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen-MS), o juiz Albino Coimbra Neto, da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, liberou nesta quinta-feira (19) a quantia R\$ 25 mil do dinheiro arrecadado com o desconto de 10% da remuneração do trabalho dos presos. Este valor será destinado para a compra de materiais preventivos no combate à disseminação do novo coronavírus, além disso, os recursos serão utilizados para implementar um projeto de produção de álcool em gel pelos presos do Estabelecimento Penal Jair Ferreira de Carvalho.

Devido à escassez do álcool em gel no mercado, o referido estabelecimento penal de segurança máxima terá o acompanhamento técnico da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, para produzir, com a mão de obra interna, álcool em gel para uso em todos os presídios da Capital, além de espaços administrados pela Agepen, como o Patronato Penitenciário e a Unidade Mista de Monitoramento Virtual Estadual.

Com relação ao pedido de liberação destes recursos, o juiz explanou que “o pleito em questão possui extrema relevância para a saúde pública, considerando a pandemia global da nova enfermidade. A questão é especialmente sensível no sistema prisional, que em razão da aglomeração de pessoas, não raro imunodeprimidas, faz com que a adoção de medidas sanitárias e uso de equipamentos como luvas, máscaras e álcool em gel sejam imprescindíveis para a manutenção da vida dos internos e dos servidores que atuam no sistema penal”.

Além disso, o magistrado citou a Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, que orienta juízes corregedores de presídios a adotarem medidas para mitigar as consequências do COVID-19 nas unidades prisionais.

O juiz fixou prazo de 60 dias para a prestação de contas dos recursos, os quais serão liberados imediatamente para conter a disseminação da doença.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ destinará recursos das penas alternativas ao combate da COVID-19 - 24/03/2020

Está publicado no Diário da Justiça desta quarta-feira (25) a Portaria nº 1.725, que dispõe sobre a destinação dos recursos provenientes do cumprimento da pena de prestação pecuniária, transação penal e suspensão condicional do processo nas ações criminais para priorizar a aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia Covid-19.

Esta é mais uma medida do Tribunal de Justiça de MS para colaborar com a sociedade e minimizar os efeitos da Pandemia de Coronavírus que assola o planeta. A Portaria nº 1.725 é assinada pelo presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e pelo Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins.

Na prática, segundo a normativa, os magistrados responsáveis pela execução penal devem priorizar a destinação, em caráter excepcional e temporário, dos valores hoje existentes e daqueles a serem depositados nos próximos 60 dias à aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia COVID-19, a serem utilizados pelos profissionais de saúde.

Ficam ressalvadas da destinação prevista no *caput* as verbas que, atualmente, são utilizadas para a manutenção da estrutura dos Conselhos da Comunidade e de projetos essenciais em andamento que digam respeito ao sistema carcerário.

Os magistrados poderão destinar as verbas a determinada região ou entidade do Estado de MS no combate ao COVID-19, hipótese em que se determinará ao jurisdicionado a aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia, a serem utilizados pelos profissionais de saúde, tais como respiradores, máscaras N95, aventais, luvas e óculos de segurança, kits para teste, eventuais medicamentos, dentre outros itens.

Tratando-se de entidade privada, esta deverá prestar contas ao juízo sobre a destinação do recurso no prazo de 30 dias após o encerramento da vigência da Portaria.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário de MS destina mais de R\$ 570 mil no combate à COVID-19 - 30/03/2020

Foto: Divulgação - Agepen/MS

Desde que estabeleceu medidas para evitar a proliferação do coronavírus, o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, permitiu que magistrados e servidores atendam a população por teletrabalho. Preocupado ainda com a disseminação da COVID-19, o presidente do TJMS, em conjunto como Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins, assinou a Portaria nº 1.725, que dispõe sobre a destinação dos recursos provenientes do cumprimento da pena de prestação pecuniária, transação penal e suspensão condicional do processo nas ações criminais para priorizar a aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia. No total, os valores direcionados pelos magistrados de Campo Grande e das comarcas do interior já atingiram R\$ 578.816,32.

De acordo com o presidente do TJMS, a medida é mais uma forma de colaboração com a sociedade. Todos se beneficiam com a utilização desses recursos destinados para aplicação exclusiva na área da saúde neste momento de pandemia. “Acredito que essa união de esforços de todos é fundamental para superação desse momento difícil para toda a humanidade”, disse o Des. Paschoal.

A portaria foi publicada na edição do Diário da Justiça de quarta-feira (25) e, poucos dias depois, os juízes de todo o Estado fizeram acontecer. O juiz Marcelo da Silva Cassavara, em substituição na comarca de Iguatemi, destinou R\$ 20.000,00 para o Fundo Estadual de Saúde.

Na comarca de Costa Rica, o juiz Francisco Soliman repassou R\$ 50.000,00 do dinheiro das penas pecuniárias para a Fundação Hospitalar, que corresponde ao hospital local. Em Fátima do Sul, o juiz Vitor Dias Zampieri liberou R\$ 20.000,00 para itens de higiene e equipamento de proteção individual (EPIs), como máscaras, luvas e roupas apropriadas, para integrantes das polícias civil e militar da comarca.

Apesar de não estar na Execução Penal, em Ivinhema, o juiz Roberto Hipólito da Silva Jr. destinou R\$ 9.150,08 de valores de acordos que estavam destinados a outras instituições, para o Fundo Municipal de Saúde e, na comarca de Bataguassu, o juiz Marcel Goulart Vieira, destinou R\$ 44.640,00 para a Secretaria Municipal de Saúde para aquisição de equipamentos a serem utilizados no combate à COVID-19.

Fábio Henrique Calazans Ramos, juiz da comarca de Camapuã, liberou R\$ 20.000,00 ao Hospital e Maternidade de Camapuã, enquanto o juiz Idail de Toni Filho atendeu o Conselho da Comunidade de Ribas do Rio Pardo com R\$ 10.000,00.

O juiz Vinicius Pedrosa Santos, de Três Lagoas, atendeu a Sociedade Beneficente Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, com R\$ 65.000,00. Na comarca de Angélica, a juíza Bruna Tafarelo liberou R\$ 35.000,00 para a Associação Beneficente de Angélica Mantenedora do Hospital de Angélica, o único da cidade. Na comarca de Bandeirantes, o juiz Daniel Foletto Geller liberou para o Hospital do Município o montante de R\$ 34.750,00.

O juiz Marco Antônio Montagnana Moraes, de Maracaju, liberou R\$ 35.000,00 para a Associação Beneficente de Maracaju, mantenedora do Hospital Soriano Corrêa da Silva, e, em Dourados, o juiz Marcus Vinicius de Oliveira Elias determinou a transferência de R\$ 83.113,00 para o Fundo Estadual de Saúde (FESA), objetivando a aquisição de materiais e EPIs no combate ao COVID-19, além de R\$ 6.205,54 para confecção de máscaras pelos presos da Penitenciária Estadual de Dourados.

O juiz Silvio Prado, de Chapadão do Sul, destinou R\$ 110 mil para a área de saúde: R\$ 90 mil para Chapadão do Sul e R\$ 20 mil para a comarca de Paraíso das Águas para combate ao coronavírus, e o juiz Ricardo da Mata Reis, em substituição na comarca de Coronel Sapucaia, destinou R\$ 10.957,70 para o Fundo Estadual de Saúde.

Na Capital, o juiz Albino Coimbra Neto liberou R\$ 25 mil para compra de materiais preventivos no combate à disseminação do coronavírus, permitindo a produção de álcool em gel pelos presos do Estabelecimento Penal Jair Ferreira de Carvalho. O valor faz parte do montante arrecadado com desconto de 10% da remuneração do trabalho dos presos.

As doações continuarão, de acordo com a disponibilidade financeira de cada comarca, atendendo e auxiliando todos os órgãos de saúde do Estado no combate ao COVID-19.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Somos todos TJMS trabalhando por uma justiça eficiente sempre - 31/03/2020

Em tempos de isolamento social, o teletrabalho foi a solução encontrada para dar andamento às atividades do Poder Judiciário. Em Mato Grosso do Sul, desde a primeira Portaria editada pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, publicada no dia 14 de março, prioritariamente os servidores prestam os serviços de suas casas e a produção tem demonstrado que todos estão engajados.

No total, são 3.567 servidores e magistrados ativos, e a Secretaria de Tecnologia da Informação já registrou 2.926 servidores conectados em suas estações de trabalho simultaneamente. Para manter esse grupo informado, ciente dos resultados, com dicas sobre como trabalhar em casa e como se proteger do coronavírus, a Secretaria de Comunicação criou a campanha “Somos todos TJMS, trabalhando por uma justiça eficiente sempre”.

O slogan vem do fato de ter sido exatamente isso que aconteceu. Todos os servidores se uniram nessa rede que os torna um só, o TJMS, para atender ao cidadão com a prestação jurisdicional que está disponível. Os números mostram a qualidade do trabalho do servidor, responsável por todo suporte a quem profere a decisão. Na primeira quinzena em teletrabalho, foram 75.408 atos proferidos entre os dias 14 e 29 de março de 2020.

O trabalho é possível a partir das soluções tecnológicas disponíveis no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. E esse é um dos motivos pela qual o TJMS é reconhecido como um tribunal de vanguarda no Brasil, posto que propiciou uma rápida adaptação à migração para o teletrabalho.

Diante da realidade de isolamento social, os servidores já mostraram que o ritmo de produtividade não tem enfrentado grandes obstáculos. E para evidenciar que é possível trabalhar feliz em ambientes diferentes dos habituais, os trabalhadores da justiça estão enviando para a Secretaria de Comunicação vídeos falando um pouco desse momento da realidade de cada um no seu propósito profissional.

Com palavras de estímulo, serenidade e cada vez mais valorizados, os servidores estão unidos para atender a população. Assim, para apresentar essa realidade temporária da justiça estadual, a Secretaria de Comunicação apresentará nas redes sociais, a partir de hoje, os vídeos enviados pelos servidores em teletrabalho.

Quem não conseguir acompanhar nas redes sociais, pode visualizar os vídeos no Youtube, no canal TJMSoficial, ou pelas #somostodostjms e #ojudiciárionãopara. O primeiro já está disponível no link <https://youtu.be/18jPxVgGxrc>.

Números – Nos primeiros 16 dias trabalhando no formato remoto, os servidores empenharam-se tanto que o total de processos julgados em 1º grau chegou a 14.860, além de outros 3.210 processos julgados no 2º grau. Além disso, os magistrados sul-mato-grossenses proferiram 20.256 decisões e 37.090 despachos.

Na justiça comum e juizados, foram proferidas 17.698 decisões interlocutórias e outros 34.141 despachos. Os julgamentos com mérito no 1º grau totalizaram 12.229 e ocorreram outros 2.631 julgamentos sem mérito. Um total de 66.699 atos foram proferidos pelos juízes de 1º grau das diversas comarcas do Estado.

A movimentação seguiu no mesmo ritmo no Tribunal de Justiça, com 2.490 decisões de 2º grau, além de 2.820 despachos e 2.587 julgamentos com mérito e outros 425 julgamentos sem mérito, totalizando 8.322 atos registrados no segundo grau de jurisdição.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



Jurisprudência Cível

Relator Des. Alexandre Bastos

Agravo de Instrumento nº 1410359-53.2019.8.12.0000 - Chapadão do Sul	6
Mandado de Segurança Cível nº 1406133-05.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	16
Apelação Cível nº 0800575-23.2018.8.12.0005 - Aquidauana	22

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação Cível nº 0800009-67.2015.8.12.0009 - Camapuã	27
Apelação Cível nº 0803200-29.2015.8.12.0007 - Cassilândia	41
Agravo de Instrumento nº 2000546-03.2018.8.12.0900 - Campo Grande	55

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível nº 0800511-76.2015.8.12.0018 - Paranaíba	61
Agravo de Instrumento nº 1408615-23.2019.8.12.0000 - Paranaíba	67

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1410259-98.2019.8.12.0000 - Dourados	74
Agravo de Instrumento nº 1415105-61.2019.8.12.0000 – Nova Andradina	77
Agravo de Instrumento nº 1409884-97.2019.8.12.0000 – Bela Vista	81

Relator Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1413592-58.2019.8.12.0000 - Aquidauana	86
Agravo de Instrumento nº 1409713-43.2019.8.12.0000 - Campo Grande	91
Agravo de Instrumento nº 1412234-58.2019.8.12.0000 - Três Lagoas	112

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação Cível nº 0001603-05.2010.8.12.0049 - Água Clara	119
Apelação Cível nº 0002735-38.2010.8.12.0004 - Coronel Sapucaia	123
Apelação Cível nº 0819825-20.2019.8.12.0001 - Campo Grande	129

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível nº 0802085-05.2013.8.12.0019 - Ponta Porã	134
Remessa Necessária Cível nº 0802471-19.2019.8.12.0021 - Três Lagoas	149
Apelação Cível nº 0844436-42.2016.8.12.0001 - Campo Grande	154

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Instrumento nº 1410720-70.2019.8.12.0000 - Campo Grande	161
Agravo de Instrumento nº 1413349-51.2018.8.12.0000 - Chapadão do Sul	165
Apelação Cível nº 0803265-68.2017.8.12.0002 - Dourados	173

Relator Des. João Maria Lós

Conflito de Competência Cível nº 1601794-19.2019.8.12.0000 – Dourados	179
Apelação Cível nº 0807915-90.2019.8.12.0002 - Dourados	182
Ação Rescisória nº 1413965-60.2017.8.12.0000 - Campo Grande	185

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento nº 1414508-92.2019.8.12.0000 - Amambai	209
Agravo de Instrumento nº 1414081-95.2019.8.12.0000 - Dourados	213
Apelação Cível nº 0801538-65.2018.8.12.0026 - Bataguassu	220

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível nº 0800195-39.2019.8.12.0013 - Jardim	227
Apelação Cível nº 0800220-50.2018.8.12.0025 - Bandeirantes	232
Agravo de Instrumento nº 1410459-08.2019.8.12.0000 - Nova Andradina	237

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível nº 0801651-09.2019.8.12.0018 - Paranaíba	242
Agravo de Instrumento nº 1415289-17.2019.8.12.0000 - Campo Grande	247
Apelação Cível nº 0800341-68.2011.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste	255

Relator Designado Des. Marcelo Câmara Rasslan

Agravo de Instrumento nº 1412062-19.2019.8.12.0000 - Campo Grande	263
Agravo de Instrumento nº 1415004-24.2019.8.12.0000 - Campo Grande	270
Apelação Cível nº 0809839-78.2015.8.12.0002 - Dourados	274

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0826418-36.2017.8.12.0001 - Campo Grande	279
Apelação Cível nº 0800260-93.2013.8.12.0029 - Naviraí	286
Apelação Cível nº 0809030-28.2014.8.12.0001 - Campo Grande	292

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo de Instrumento nº 1414248-15.2019.8.12.0000 - Campo Grande	302
Apelação Cível nº 0800316-84.2017.8.12.0030 - Brasilândia	306
Ação Rescisória nº 1409198-08.2019.8.12.0000 - Sidrolândia	311

Relator designado Des. Nélcio Stábile

Apelação Cível nº 0073071-76.2010.8.12.0001 - Campo Grande	321
Agravo de Instrumento nº 1409720-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande	330
Agravo de Instrumento nº 1412683-50.2018.8.12.0000 - Campo Grande	333

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Agravo de Instrumento nº 1406225-80.2019.8.12.0000 - Campo Grande	336
Apelação Cível nº 0811871-51.2018.8.12.0002 - Dourados.....	348
Apelação Cível nº 0829845-07.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....	355

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo em substituição legal)

Agravo Interno Cível nº 1410057-24.2019.8.12.0000/50000 - Aquidauana	372
Apelação Cível nº 0803107-47.2016.8.12.0002 - Dourados	378
Apelação Cível nº 0800945-98.2015.8.12.0007 - Cassilândia.....	383

Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

Agravo de Instrumento nº 1411248-07.2019.8.12.0000 - Chapadão do Sul.....	390
Apelação Cível nº 0000057-13.2011.8.12.0005 - Aquidauana	408
Apelação Cível nº 0900356-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....	415

Relator Des. Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1412998-44.2019.8.12.0000 - Bonito.....	421
Agravo de Instrumento nº 1401240-34.2020.8.12.0000 - Nova Andradina	424
Apelação Cível nº 0815462-24.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....	427

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível nº 0007377-27.2005.8.12.0005 - Aquidauana.....	435
Apelação Cível nº 0801995-73.2012.8.12.0005 - Aquidauana	456
Agravo de Instrumento nº 2000979-54.2019.8.12.0000 - Campo Grande	470

Relator em Substituição Legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Apelação Cível nº 0806174-88.2014.8.12.0002 - Dourados	473
Agravo de Instrumento nº 1410884-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande	479
Agravo de Instrumento nº 1402182-66.2020.8.12.0000 - Campo Grande	482

Jurisprudência Criminal

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018/50000 - Paranaíba	487
--	-----

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0000657-77.2007.8.12.0036 - Inocência.....	495
Agravo de Execução Penal nº 0044090-22.2019.8.12.0001 - Campo Grande	500
Revisão Criminal nº 1411122-54.2019.8.12.0000 - Campo Grande.....	504

Relatora Desª Elizabeth Anache

Apelação Criminal nº 0005888-86.2014.8.12.0021 - Três Lagoas	511
Apelação Criminal nº 0018922-91.2014.8.12.0001 - Campo Grande	517
Apelação Criminal nº 0005230-68.2014.8.12.0019 - Ponta Porã	526

Relator Des. Emerson Cafure

<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1414608-47.2019.8.12.0000 - Dourados.....	533
<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1400029-60.2020.8.12.0000 - Corumbá	538
Apelação Criminal nº 0047332-28.2015.8.12.0001 - Campo Grande	543

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação Criminal nº 0000976-34.2019.8.12.0033 - Eldorado	551
Recurso em Sentido Estrito/Recurso <i>Ex Officio</i> nº 0008296-65.2019.8.12.0800 Ponta Porã	561
Agravo de Execução Penal nº 0049881-74.2016.8.12.0001 - Campo Grande	572

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0008307-03.2018.8.12.0001 - Campo Grande	576
Apelação Criminal nº 0010902-09.2017.8.12.0001 - Campo Grande	585
Apelação Criminal nº 0012305-81.2015.8.12.0001 - Campo Grande	594

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal nº 0000854-48.2015.8.12.0037 - Itaporã	599
Apelação Criminal nº 0001534-85.2018.8.12.0018 - Paranaíba.....	608
Apelação Criminal nº 0010314-65.2018.8.12.0001 - Campo Grande	613

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002066-59.2018.8.12.0018/50000 - Paranaíba	622
Revisão Criminal nº 1412178-25.2019.8.12.0000 - Dourados	627
Apelação Criminal nº 0023231-87.2016.8.12.0001 - Campo Grande	630

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0001518-25.2018.8.12.0021 - Três Lagoas	641
Apelação Criminal nº 0013341-56.2018.8.12.0001 - Campo Grande	660
Recurso em Sentido Estrito nº 0001117-09.2017.8.12.0038 - Nioaque.....	669

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Revisão Criminal nº 1412089-02.2019.8.12.0000 - Miranda	681
Apelação Criminal nº 0043318-74.2010.8.12.0001 - Campo Grande	685
Apelação Criminal nº 0021245-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande	690

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0004209-21.2018.8.12.0018 - Paranaíba.....	698
Apelação Criminal nº 0046100-10.2017.8.12.0001 - Campo Grande	707
Apelação Criminal nº 0026097-97.2018.8.12.0001 - Campo Grande	716

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0800750-50.2014.8.12.0007 - Cassilândia	726
Apelação Criminal nº 0800741-16.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul	732
Apelação Criminal nº 0018603-50.2019.8.12.0001 - Campo Grande	838

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1600037-53.2020.8.12.0000 - Paranaíba	845
Apelação Criminal nº 0000846-96.2017.8.12.0006 - Camapuã	852
Revisão Criminal nº 1400381-18.2020.8.12.0000 - Dourados	856

Relator em Substituição Legal Juiz Waldir Marques

<i>Habeas Corpus</i> Criminal nº 1416023-65.2019.8.12.0000 - Campo Grande.....	865
Apelação Criminal nº 0000195-24.2014.8.12.0021 - Três Lagoas	889
Apelação Criminal nº 0003900-35.2011.8.12.0021 - Três Lagoas	896

Índice de Assuntos



Jurisprudência Cível

Ação anulatória

Escritura pública. Negócio jurídico firmado sob a égide do Código Civil de 1916. Preliminar de prescrição. Afastada. Teoria da causa madura. Escritura pública de confissão e assunção de dívidas com garantia hipotecária e fidejussória. Negócio jurídico válido.

Apelação Cível nº 0802085-05.2013.8.12.0019 - Ponta Porã 134

Leilão extrajudicial. Ausência de interessados nos leilões. Bem de família oferecido em garantia fiduciária de forma voluntária. Art. 27, § 2º-B, da Lei nº 9.514/97.

Apelação Cível nº 0815462-24.2018.8.12.0001 - Campo Grande..... 427

Ação civil pública

Dano ambiental. Legitimidade passiva da administradora e proprietária fiduciária. Obrigação *propter rem*. Litisconsórcio facultativo.

Agravo de Instrumento nº 1410459-08.2019.8.12.0000 - Nova Andradina 237

Improbidade administrativa. Gratuidade da justiça. Licitação. Vários ganhadores. Combinação entre as partes. Favorecimento do genitor do prefeito.

Apelação Cível nº 0007377-27.2005.8.12.0005 - Aquidauana..... 435

UNEI'S. Situação precária. Interdição e suspensão de atendimentos. Pedido de bloqueio de bens do erário. Princípio da especialidade. IDR. Declinação da competência para Vara da Fazenda Pública.

Agravo de Instrumento nº 1412683-50.2018.8.12.0000 - Campo Grande 333

Ação de cobrança

Seguro de vida em grupo. Relação de consumo. Cláusula excludente de cobertura. Síndrome de manguito rotador. Abusividade. Indenização devida.

Apelação Cível nº 0801538-65.2018.8.12.0026 - Bataguassu..... 220

Ação de execução por quantia certa

Penhora sobre imóvel. Concurso entre credores. Existência de 4 penhoras anteriores. Terceiro credor interessado que paga a dívida dos devedores. Sub-rogação convencional. Direito de preferência do terceiro.

Agravo de Instrumento nº 1409884-97.2019.8.12.0000 - Bela Vista 081

Ação de interdito proibitório

Direitos indígenas. Ameaça de invasão de propriedade rural. Incompetência da justiça estadual. Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo Interno Cível nº 1410057-24.2019.8.12.0000/50000 - Aquidauana 372

Ação de obrigação de fazer

Divulgação de notícia caluniosa na rede social *Facebook*. Ato ilícito configurado. Dever de indenizar. Abuso do direito à liberdade de expressão.

Apelação Cível nº 0844436-42.2016.8.12.0001 - Campo Grande..... 154

Ação de restituição

Compra e venda. Contrato anterior à Lei nº 13.786/2018. IPTU, taxas e tributos incidentes sobre o imóvel. Não incidência. Ônus do comprador. Taxa de fruição. Terreno não edificado. Descabimento. Comissão de corretagem. Possibilidade.

Apelação Cível nº 0829845-07.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....355

Restituição de ITBI. Desapropriação. Utilidade pública. Delegação da Agência Nacional de Energia Elétrica. Impossibilidade da *reformatio in pejus*.

Apelação Cível nº 0803200-29.2015.8.12.0007 - Cassilândia041

Ação de usucapião

Agravo de instrumento. Execução provisória. Impossibilidade.

Agravo de Instrumento nº 1412062-19.2019.8.12.0000 - Campo Grande263

Ação reivindicatória

Reintegração. *Ius possidendi*. Sócio da área. Justos títulos que legitimam a posse dos apelados. Negócio jurídico entabulado com terceiros. Causa madura.

Apelação Cível nº 0800009-67.2015.8.12.0009 - Camapuã.....027

Adoção

Equiparação à licença maternidade. Servidor público municipal. Impossibilidade de diferenciação entre filho biológico e adotivo.

Remessa Necessária Cível nº 0802471-19.2019.8.12.0021 - Três Lagoas149

Agravo de instrumento

Ação civil pública. Empresas em recuperação judicial. Ilegitimidade ativa e não cabimento da ação. Supressão de instância. Documentos redigidos em língua estrangeira. Ausência de versão traduzida. Suspensão determinada por 180 dias.

Agravo de Instrumento nº 1406225-80.2019.8.12.0000 - Campo Grande336

Fato gerador do ICMS. Fornecimento de refeições. Aquisição de insumos provenientes de outro Estado. Sujeito passivo por substituição tributária. Equiparação a estabelecimento varejista.

Agravo de Instrumento nº 1415004-24.2019.8.12.0000 - Campo Grande270

Massa falida de instituição bancária. Gratuidade da justiça. Indeferimento. Patrimônio milionário demonstrado por balancete.

Agravo de Instrumento nº 1409720-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande330

Responsabilização da pessoa jurídica pela lei anticorrupção. Indisponibilidade de bens. Valor da multa civil englobado no montante como parâmetro. Desproporcional. Observância aos princípios da cooperação, celeridade e economia processual.

Agravo de Instrumento nº 2000546-03.2018.8.12.0900 - Campo Grande055

Ação rescisória

Ação civil pública. Ilegitimidade ativa da associação. Autorização expressa dos associados. Representante processual. Pertinência temática. Art. 5º, § 3º, LACP. Impossibilidade de admissão. Extinção do feito.

Ação Rescisória nº 1413965-60.2017.8.12.0000 - Campo Grande185

Ação de reintegração de posse. Rescisão do acórdão proferido. Ofensa à coisa julgada. Violação da norma jurídica. Erro de fato.

Ação Rescisória nº 1409198-08.2019.8.12.0000 - Sidrolândia311

Conflito negativo de competência

Relação de consumo. Competência do foro do domicílio do consumidor. Parte hipossuficiente da relação processual. Princípio geral de proteção ao consumidor.

Conflito de Competência Cível nº 1601794-19.2019.8.12.0000 - Dourados 179

Cumprimento de sentença

Adoção de medidas atípicas. Suspensão da CNH. Bloqueio de cartão de crédito. Impossibilidade. Ofensa aos princípios da proporcionalidade e efetividade.

Agravo de Instrumento nº 1414081-95.2019.8.12.0000 - Dourados 213

Embargos à penhora. Bem de família. Fiador. Garantia dada em contrato de locação. Convalidação da fiança sem autorização conjugal. Exceção ao art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90. Constitucionalidade reconhecida pelo STF.

Agravo de Instrumento nº 1414248-15.2019.8.12.0000 - Campo Grande 302

Penhora sobre salário. Mófica remuneração. Impossibilidade. Menor onerosidade.

Agravo de Instrumento nº 1413592-58.2019.8.12.0000 - Aquidauana 086

Requisição de pequeno valor. Ausência de pagamento voluntário pelo devedor. Autarquia que requereu o abatimento do saldo devedor. Não configuração da chamada “execução invertida”. Súmula 345 do STJ.

Apelação Cível nº 0819825-20.2019.8.12.0001 - Campo Grande..... 129

Dano ao erário

Fraude na prestação de serviços de fisioterapia. Cobrança por serviços não prestados. Enriquecimento ilícito. Ofensa aos princípios da administração pública. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Sanção mantida.

Apelação Cível nº 0900356-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande..... 415

Direito tributário

Fato gerador. Locação. Não incidência de ICMS. Súmula 166, do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível nº 0800341-68.2011.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste..... 255

ISSQN. Sujeito ativo da exação. Município onde foi prestado o serviço. Princípio da territorialidade.

Apelação Cível nº 0803265-68.2017.8.12.0002 - Dourados 173

Embargos à execução

ISSQN. Unidade econômica ou profissional. Não comprovação. Mero deslocamento de recursos humanos. Tributo devido ao local do estabelecimento prestador do serviço.

Apelação Cível nº 0806174-88.2014.8.12.0002 - Dourados 473

Nota de crédito comercial. Ausência de certeza do título. Tese afastada. Juros de mora. Abusividade. Não comprovação.

Apelação Cível nº 0800316-84.2017.8.12.0030 - Brasilândia..... 306

Plano de asfaltamento. Contribuição de melhoria. Certidão de dívida ativa. Instituição de tributo por lei específica. Não ocorrência. Violação ao princípio da reserva legal.

Apelação Cível nº 0811871-51.2018.8.12.0002 - Dourados 348

Embargos de terceiro

Compra e venda de bens imóveis. Determinação de indisponibilidade de bens. Ações civis públicas contra anterior proprietário-alienante. Certidão positiva cível.

Apelação Cível nº 0800945-98.2015.8.12.0007 - Cassilândia 383

Execução de título extrajudicial

Agravo de instrumento. Requerimento de medida coercitiva atípica pelo credor. Apreensão de CNH. Não cabimento. Princípio da responsabilidade patrimonial. Ausência de razoabilidade e efetividade.

Agravo de Instrumento nº 1401240-34.2020.8.12.0000 - Nova Andradina424

Pequeno produtor rural. Vulnerabilidade. Cédula de crédito bancário. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor. Cooperativas de crédito são equiparadas a instituições financeiras.

Agravo de Instrumento nº 1414508-92.2019.8.12.0000 - Amambai209

Execução fiscal

Embargos à execução. Extinção da ação por intempestividade inexistente. Penhora de bem titularizado por cônjuges. Ausência de consumação do ciclo intimatório.

Apelação Cível nº 0807915-90.2019.8.12.0002 - Dourados 182

Penhora. Fraude à execução. Substituição da penhora de imóvel por direito de ações. Possibilidade. Relativização da ordem de gradação legal prevista na Lei nº 6.830/80.

Agravo de Instrumento nº 1412998-44.2019.8.12.0000 - Bonito.....421

Exceção de pré-executividade

Execução fiscal. Redirecionamento da ação em face dos sócios da empresa. Dissolução irregular. Não constatada. Ausência de prova de ato fraudulento. Redirecionamento incabível. Súmula 430 do STJ.

Agravo de Instrumento nº 1412234-58.2019.8.12.0000 - Três Lagoas 112

Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

Ausência de abertura de instrução. Preliminar de cerceamento de defesa. Necessidade de contraditório. Desvio de finalidade. Artigo 136 do Código de Processo Civil.

Agravo de Instrumento nº 1410259-98.2019.8.12.0000 - Dourados074

Indenização por danos materiais e morais

Abandono afetivo. Prazo prescricional. Maioridade civil. Prescrição vintenária. Art. 177, do Código Civil de 1916. Ocorrência.

Apelação Cível nº 0803107-47.2016.8.12.0002 - Dourados378

Atraso na entrega de imóvel. Prazo de tolerância de 180 dias. Ausência de abusividade. Cláusula penal e lucros cessantes. Impossibilidade de cumulação.

Apelação Cível nº 0809030-28.2014.8.12.0001 - Campo Grande.....292

Contrato de empréstimo. Portabilidade. Duas propostas apresentadas. Assinatura de contrato de proposta mais onerosa. Relação jurídica comprovada. Litigância de má-fé. Afastada.

Apelação Cível nº 0800220-50.2018.8.12.0025 - Bandeirantes232

Inscrição do nome em cadastro restritivo do crédito sem prévia notificação. Ofensa ao art. 43, § 2º, do CDC. Dano moral *in re ipsa* configurado. Súmula 359, Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível nº 0801651-09.2019.8.12.0018 - Paranaíba242

Improbidade administrativa

Ato de improbidade administrativa. Contratação de escritório de advocacia mediante licitação. Direcionamento do contrato. Art. 25, II, da Lei nº 8.666/93. Improbidade caracterizada.

Apelação Cível nº 0002735-38.2010.8.12.0004 - Coronel Sapucaia..... 123

Indícios de prática de ato ímprobo. Evolução patrimonial e movimentação bancária. Art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. Princípio do *in dubio pro societate*.

Agravo de Instrumento nº 1415289-17.2019.8.12.0000 - Campo Grande247

Subtração de combustível de veículos públicos. Condenação na esfera penal. Dolo comprovado. <i>Bis in idem</i> . Não caracterizado. Enriquecimento ilícito e lesão ao erário. Perda dos cargos. Aplicação das penalidades. Apelação Cível nº 0800511-76.2015.8.12.0018 - Paranaíba	061
Inventário	
Doação em vida. Bens disponíveis. Recolhimento ITCD <i>inter vivos</i> . Doação desigual entre filhos. Fato não gerador de novo recolhimento do ITCD.	
Agravo de Instrumento nº 1410884-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande	479
Inventariante. Má-gestão. Destituição. Remoção sem prévia oitiva. Busca e apreensão dos bens.	
Agravo de Instrumento nº 1409713-43.2019.8.12.0000 - Campo Grande	091
Reconhecimento de união estável. Escritura pública de declaração. Prova <i>iuris tantum</i> . Partilha de bens no regime de comunhão parcial.	
Agravo de Instrumento nº 1415105-61.2019.8.12.0000 - Nova Andradina	077
Mandado de segurança	
Concurso público. Teste de aptidão física. Candidata que realizou cirurgia cesariana. Período de licença. Proteção constitucional à maternidade.	
Mandado de Segurança Cível nº 1406133-05.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça	016
Conselho Tutelar. Concurso. Prova de informática. Ilegalidade. Ausência <i>de fumus boni iuris</i> . Requisitos do art. 10 da Lei Municipal nº 4.503/2007. Art. 30, II, da Constituição Federal.	
Agravo de Instrumento nº 1410720-70.2019.8.12.0000 - Campo Grande	161
Doação com reserva de usufruto. Morte dos usufrutuários. Extinção do direito real.	
Agravo de Instrumento nº 2000979-54.2019.8.12.0000 - Campo Grande	470
Licença ambiental. Repristinação. Lei municipal revogada por motivo de ilegalidade e inconstitucionalidade. Impossibilidade da restauração de lei com vício quanto à matéria. Art. 225, § 1º, IV, CF.	
Apelação Cível nº 0800575-23.2018.8.12.0005 - Aquidauana.....	022
Penhora	
Imóvel. Bem de família. Possibilidade. Fiador de contrato de locação de imóvel. Art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990.	
Agravo de Instrumento nº 1402182-66.2020.8.12.0000 - Campo Grande	482
Recuperação judicial	
Agravo de instrumento. Comprovação da atividade rural por mais de dois anos. Atividade empresarial. Declaração de constitucionalidade em incidente de arguição de inconstitucionalidade. Contrato de financiamento. Registro em cartório.	
Agravo de Instrumento nº 1411248-07.2019.8.12.0000 - Chapadão do Sul	390
Assembleia de credores. Convocação. Desnecessidade. Concessão de prazos e descontos. Credores da mesma classe. Tratamento diferenciado. Possibilidade. Art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Decretação de falência.	
Agravo de Instrumento nº 1413349-51.2018.8.12.0000 - Chapadão do Sul	165
Impugnação à classificação dos créditos. Violação ao princípio da adstrição ao pedido e da coisa julgada. Vedação à surpresa. Não configurado. Necessidade de limitação dos créditos extraconcursais. Garantia contratual.	
Agravo de Instrumento nº 1408615-23.2019.8.12.0000 - Paranaíba.....	067
Produtor rural. Ilegitimidade. Inscrição no cadastro rural pelo prazo de dois anos anteriores ao pedido. Princípio da manutenção da empresa.	
Agravo de Instrumento nº 1410359-53.2019.8.12.0000 - Chapadão do Sul	006

Recurso de apelação

Estacionamento de mercado. Responsabilidade. Furto de veículo. Dever de guarda e vigilância.	
Apelação Cível nº 0826418-36.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....	279
Improbidade administrativa. Uso de atestado médico falso. Violação aos princípios da administração. Prejuízo ao erário configurado. Pena de demissão.	
Apelação Cível nº 0809839-78.2015.8.12.0002 - Dourados	274
Prefeitos. Tema 576 do STF. Recusa a publicidade de documentos públicos. Art. 11, IV, da Lei nº 8.429/92. Irregularidades. Competência do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição.	
Apelação Cível nº 0000057-13.2011.8.12.0005 - Aquidauana.....	408

Recurso de ofício

Prefeito Municipal. Contratações temporárias. STF. Requisitos não preenchidos. Configuração do ato de improbidade administrativa. Suspensão dos direitos políticos. Multa civil.	
Apelação Cível nº 0801995-73.2012.8.12.0005 - Aquidauana.....	456

Registro civil

Registro de nascimento tardio. Prova testemunhal. Ausência de provas da nacionalidade. Provas suficientes. Dignidade da pessoa humana. Direito ao registro. Art. 3º, do Provimento nº 28/2013, do CNJ.	
Apelação Cível nº 0001603-05.2010.8.12.0049 - Água Clara.....	119

Responsabilidade civil

Erro médico. Demora no diagnóstico de gravidez tubária. Impossibilidade de engravidar de forma natural. Omissão verificada. Dever de indenizar configurado.	
Apelação Cível nº 0800260-93.2013.8.12.0029 - Naviraí.....	286

Suscitação de dúvida

Integralização do imóvel. Pretensão de registro posterior ao falecimento. Impossibilidade. Princípio da <i>Saisine</i> . Art. 1.245 do Código Civil.	
Apelação Cível nº 0800195-39.2019.8.12.0013 - Jardim.....	227

Trânsito

Acidente de trânsito. Semovente. Omissão do guardião do animal.	
Apelação Cível nº 0073071-76.2010.8.12.0001 - Campo Grande.....	321

Jurisprudência Criminal

Agravo em execução penal

Direito de visitação. Agravante que não comprovou a união estável com o interno. Artigo 41, parágrafo único da Lei nº 7.210/1984. Decisão mantida.

Agravo de Execução Penal nº 0044090-22.2019.8.12.0001 - Campo Grande500

Trabalho externo em empresa privada. Vigilância e fiscalização do poder público. Artigo 35, § 1º do Código Penal e art. 36 da Lei de Execução Penal.

Agravo de Execução Penal nº 0049881-74.2016.8.12.0001 - Campo Grande572

Apelação criminal

Apropriação indébita majorada. Pleito absolutória sob alegação de atipicidade da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Não cabimento. Reconhecimento do privilégio previsto no artigo 170 do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0047332-28.2015.8.12.0001 - Campo Grande543

Favorecimento da prostituição. Casa de prostituição. Exploração sexual de criança ou adolescente. Pleito absolutório por atipicidade da conduta. Princípio da adequação social. Erro de tipo.

Apelação Criminal nº 0000854-48.2015.8.12.0037 - Itaporã599

Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Perdão judicial. Concessão. Comprovação de vínculo afetivo entre a vítima e o autor.

Apelação Criminal nº 0000195-24.2014.8.12.0021 - Três Lagoas889

Apropriação indébita

Crime contra o patrimônio. Exercício da atividade profissional. Prova da autoria e da materialidade. Comprovação. Artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0005888-86.2014.8.12.0021 - Três Lagoas511

Preliminar de prescrição. Artigo 89, § 6º da Lei 9.099/1990. Afastada. Transação penal no curso do processo. Artigo 112, I, do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0800750-50.2014.8.12.0007 - Cassilândia726

Arguição de inconstitucionalidade criminal

Venda e exposição à venda de medicação, sem registro na ANVISA. Crime previsto no art.273, § 1º-B, I, do Código Penal. Preceito secundário. Inconstitucionalidade. Pena desproporcional.

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018/50000 - Paranaíba487

Crime militar

Delito de injúria. Preliminar de prescrição retroativa. Rejeitada. Pleito absolutório e perdão judicial negados. Incabível o reconhecimento da atenuante do inciso II do art. 72, do Código Penal Militar.

Apelação Criminal nº 0013341-56.2018.8.12.0001 - Campo Grande660

Disparo de arma de fogo de militar contra civil. Litispendência. Pretensão absolutória. Excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal. Inocorrência. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0010314-65.2018.8.12.0001 - Campo Grande613

Estelionato. Uso de documento falso. Consunção. Pleito de absorção. Inocorrência de exaurimento da potencialidade lesiva do documento falso. Súmula 17 do STJ. Inaplicável. Suspensão condicional da pena. Inviabilidade.

Apelação Criminal nº 0008307-03.2018.8.12.0001 - Campo Grande576

Crime de descaminho

Exceção de incompetência. Policial militar da ativa que estava de folga. Conduta praticada por interesse privado. Incompetência da justiça militar estadual. Súmula 151 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0018603-50.2019.8.12.0001 - Campo Grande 838

Embargos infringentes

Posse de drogas para consumo pessoal. Artigo 28, da Lei 11.343/2006. Despenalização. Maus antecedentes. Proporcionalidade em relação às contravenções penais.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002066-59.2018.8.12.0018/50000 - Paranaíba 622

Estatuto do desarmamento

Porte ilegal de arma de fogo, munições e acessórios de uso restrito. Disparo. Absolvição do crime de disparo. Incabível. Princípio da consunção. Inaplicável. Crime único reconhecido entre os delitos do artigo 12 da Lei nº 10.826/03.

Apelação Criminal nº 0004209-21.2018.8.12.0018 - Paranaíba..... 698

Estelionato

Estelionato praticado via *internet*. Alegada ocorrência da prescrição retroativa. Impossibilidade de verificação. Artigo 110, § 1º do Código Penal. Condenação mantida. Não reconhecimento da participação de menor importância.

Apelação Criminal nº 0012305-81.2015.8.12.0001 - Campo Grande 594

Preliminar do Ministério Público. Necessidade de conversão do julgamento para adequação da ação penal à Lei nº 13.964/19. Não acolhida. Pleito absolutório por insuficiência de provas e atipicidade da conduta. Impossibilidade. Ressarcimento da vítima. Cheque pós-datado. Dolo mediante ardil devidamente comprovado.

Apelação Criminal nº 0046100-10.2017.8.12.0001 - Campo Grande 707

Estupro de vulnerável

Prisão preventiva decretada. Pedido de revogação. Impossibilidade. Circunstâncias e gravidade do delito que justificam a segregação em prol da garantia da ordem pública. Pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância.

Habeas Corpus Criminal nº 1600037-53.2020.8.12.0000 - Paranaíba..... 845

Tentativa de estupro de vulnerável e assédio sexual a criança. Desclassificação de conduta. Confissão espontânea. Pena-base no mínimo legal. Incidência efetiva inviável. Artigo 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apelação Criminal nº 0005230-68.2014.8.12.0019 - Ponta Porã..... 526

Furto qualificado

Pedido de extinção da punibilidade. Perdão judicial ou diminuição da pena pela colaboração premiada. Desclassificação de furto consumado para tentado. Impossibilidade. Teoria da *amotio*. Qualificadora do emprego de chave falsa.

Apelação Criminal nº 0021245-64.2017.8.12.0001 - Campo Grande 690

Pleito absolutório. Prova irrepetível. Art. 155, parte final, do CPP. Laudo pericial. Impressões digitais na cena do crime. Confissão parcial. Condenação mantida. Reparação por danos materiais.

Apelação Criminal nº 0023231-87.2016.8.12.0001 - Campo Grande 630

Subtração de trilhos da ferrovia. Bens da União. Responsabilidade da empresa concessionária de serviço público Ferroviária Novoeste S/A. Competência da justiça estadual. Crime praticado mediante rompimento de obstáculo. Fato típico. Condenação mantida. Ausência de perícia. Comprovação por outros meios de prova.

Apelação Criminal nº 0010902-09.2017.8.12.0001 - Campo Grande 585

Habeas corpus

Crimes de corrupção ativa e passiva, peculato e formação de quadrilha. Exceção de incompetência rejeitada. Pretendida remessa da ação penal para justiça eleitoral. Inexistência de imputações por crimes eleitorais. Competência da justiça estadual.

Habeas Corpus Criminal nº 1414608-47.2019.8.12.0000 - Dourados.....533

Operação “*Omertà*”. Integrar organização criminosa e corrupção passiva. Alegação de depoimento obtido mediante tortura. Não conhecimento. Prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. Presença dos requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus Criminal nº 1416023-65.2019.8.12.0000 - Campo Grande865

Homicídio qualificado

Responsabilização criminal. Redução da pena-base. Neutralização da culpabilidade, conduta social e personalidade. Acolhida. Princípio da presunção de inocência. Súmulas 231 e 444 do Superior Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 0043318-74.2010.8.12.0001 - Campo Grande685

Injúria

Injúria qualificada. Vítimas distintas. Prática delitiva comprovada. Causa de aumento configurada. Artigo 141, inciso III do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0018922-91.2014.8.12.0001 - Campo Grande517

Interceptação telefônica

Preliminar de nulidade da denúncia por ausência de transcrição dos diálogos interceptados nas escutas telefônicas. Rejeitada. Mérito. Associação criminosa. Provas suficientes. Condenação mantida. Artigo 5º da Lei nº 9.296/1996.

Apelação Criminal nº 0800741-16.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul732

Latrocínio

Reconhecimento de legítima defesa putativa. Inviabilidade. Impossibilidade de desclassificação para o crime de homicídio culposo ou exercício arbitrário das próprias razões. Corrupção de menores. Condenação mantida. Crime formal. Roubo qualificado. Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal.

Apelação Criminal nº 0026097-97.2018.8.12.0001 - Campo Grande716

Peculato

Peculato-uso. Foro por prerrogativa de função. Prefeito. Delito praticado em mandato anterior. Intervalo temporal de 8 anos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Incompetência originária reconhecida. Remessa ao juízo da primeira instância.

Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0000657-77.2007.8.12.0036 - Inocência.....495

Receptação

Uso de documento falso. Pretensão absolutória. Impossibilidade. Condenação mantida. Documento apresentado à Polícia Rodoviária Federal. Incompetência da justiça estadual. Súmula 546 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0001534-85.2018.8.12.0018 - Paranaíba.....608

Recurso em sentido estrito

Homicídio qualificado e favorecimento pessoal. Pronúncia. Alegação de violação dos primados da paridade das armas, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Rejeitadas. Indícios de autoria e de materialidade. Conexão com o crime de favorecimento pessoal.

Recurso em Sentido Estrito nº 0001117-09.2017.8.12.0038 - Nioaque669

Tráfico de entorpecente. Prisão preventiva revogada. Mulher gestante. Substituição por prisão domiciliar. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Artigos 318-A e 319-B do Código de Processo Penal.

Recurso em Sentido Estrito/Recurso *Ex Officio* nº 0008296-65.2019.8.12.0800 - Ponta Porã.....561

Revisão criminal

Falsificação de documento público e uso de documento falso. Detração penal. Reapreciação da dosagem da pena. Reforma necessária. Agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea. Compensação.

Revisão Criminal nº 1411122-54.2019.8.12.0000 - Campo Grande504

Licitação. Dispensa ou inexigibilidade. Art. 89 da Lei nº 8.666/93. Dosimetria da pena. Pena-base. Readequação. Princípio da especialidade. Nulidade não evidenciada.

Revisão Criminal nº 1412089-02.2019.8.12.0000 - Miranda.....681

Superveniência de lei penal mais benigna. Competência do juízo da execução. Artigos 66, I da LEP e da súmula 611, do Supremo Tribunal Federal.

Revisão Criminal nº 1412178-25.2019.8.12.0000 - Dourados.....627

Roubo

Condenação por roubo tentado. Configuração de roubo consumado. Inversão da posse do bem. Emprego de violência ou grave ameaça. Súmula 582 do Superior Tribunal de Justiça. Reparação civil mínima. Dano moral. Réu reincidente.

Apelação Criminal nº 0000976-34.2019.8.12.0033 - Eldorado.....551

Exclusão da qualificadora do emprego de arma. Uso de faca. Lei nº 13.654/2018. *Novatio legis in melius*. Matéria afeta ao juízo da execução penal. Artigo 66, I, da LEP e súmula 611, do Supremo Tribunal Federal.

Revisão Criminal nº 1400381-18.2020.8.12.0000 - Dourados.....856

Roubo majorado. Sentença que condenou dois réus e absolveu três. Pedido de condenação dos que foram absolvidos. Impossibilidade. Aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Pedido de incidência da majorante de restrição da liberdade da vítima. Impossibilidade.

Apelação Criminal nº 0003900-35.2011.8.12.0021 - Três Lagoas.....896

Tráfico de drogas

Associação para o tráfico. Posse irregular de munição de uso permitido. Pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Possibilidade. Filha que necessita de cuidados especiais. Ausência de violência ou grave ameaça. Medida humanitária.

Habeas Corpus Criminal nº 1400029-60.2020.8.12.0000 - Corumbá.....538

Associação para o tráfico e crime de lavagem de dinheiro. Ocultação de bens e valores provenientes de infração penal. Porte e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pedido de aplicação dos benefícios da confissão espontânea. Impossibilidade. Súmula 231 do STJ.

Apelação Criminal nº 0001518-25.2018.8.12.0021 - Três Lagoas.....641

Violência doméstica

Lesão corporal. Delito praticado em âmbito doméstico. Reconciliação. Princípio da insignificância. Incabível. Condenação mantida. Súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0000846-96.2017.8.12.0006 - Camapuã852