Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 217 - Julho a Setembro de 2020

Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 217 - Julho a Setembro de 2020

Expediente

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

Ano 41, n. 217

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. 217(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. Titulo.

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
Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges
Des. Paschoal Carmello Leandro
Des. Julizar Barbosa Trindade
Des. Carlos Eduardo Contar
Des. Sérgio Fernandes Martins
Des. Sideni Soncini Pimentel
Des. Dorival Renato Pavan
Des. Vladimir Abreu da Silva
Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Des. Marco André Nogueira Hanson
Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Des. Eduardo Machado Rocha
Des. Marcelo Câmara Rasslan
Des. Amaury da Silva Kuklinski
Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Des. Vilson Bertelli
Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Des. Nélio Stábile
Des. Paulo Alberto de Oliveira
Des. Alexandre Bastos
Des. José Ale Ahmad Netto
Des. Jairo Roberto de Quadros
Des. Geraldo de Almeida Santiago
Des. Jonas Hass Silva Júnior
Des. Emerson Cafure
Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Desª. 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

Sumário

Expediente 2

Composição 3

Sumário 4

Jurisprudência Cível 5

Jurisprudência Criminal 495

Noticiário 866

Índice Onomástico 914

Índice de Assuntos 920

Jurisprudência Cível

4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Agravo Interno Cível nº 1402131-55.2020.8.12.0000/50000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO INTERNO – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL ONDE O ADVOGADO EXERCE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL – AFASTADO – DIREITO AO PARCELAMENTO – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Há impossibilidade jurídica em relação ao pedido de impenhorabilidade do imóvel residencial em que reside o executado, sob a tese de que é seu instrumento de trabalho (onde exerce a advocacia), vez que ainda que assim o fosse e não existisse a regra assente nos condomínios residenciais de vedação de utilização para o exercício dos mesmos para o exercício do comércio, somente é impenhorável pelo art. 833, V do CPC, o que constitui a própria "ferramenta do trabalho", o que ocorre com os veículos dos taxistas, motoristas de aplicativos, transporte escolar etc., o que não ocorre com o exercício laboral que pode ser exercido em lugar diverso ao domicílio do recorrente.

Impossibilidade jurídica, também, em relação ao pedido de parcelamento do art. 916 do CPC, vez que a moratória pretendida é vedada expressamente em relação ao cumprimento de sentença, como se vê do texto expresso do § 7º do art. 916 do CPC.

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

Campo Grande, 30 de junho de 2020.

Des. Alexandre Bastos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo interno interposto por V. A. de P. suscita em face da decisão monocrática de f. 243-247, que afastou as teses de defesas na execução e determinou a avaliação do imóvel residência para Expropriação.

V. A. de P. suscita no agravo interno de f. 01-07, em apertada síntese: reconsideração da decisão monocrática e, *"acaso o juízo de retratação seja negativo"*, que seja levado para julgamento pelos para em vista ao provimento do recurso para que seja declarada a impenhorabilidade do imóvel penhorado (art. 833, V do CPC), vez que é onde exerce sua atividade profissional, bem como, seja concedido a moratória consistente no parcelamento do art. 916 do CPC.

A parte recorrida, devidamente intimada (f. 12), apresentou contrarrazões pelo improvimento (f. 14-18).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo interno interposto por V. A. de P. suscita em face da decisão monocrática de f. 243-247, que afastou as teses de defesas na execução e determinou a avaliação do imóvel residência para Expropriação.

Valter Apolinário de Paiva suscita no agravo interno de f. 01-07, em apertada síntese: reconsideração da decisão monocrática e, *acaso o juízo de retratação seja negativo*, que seja levado para julgamento pelos para em vista ao provimento do recurso para que seja declarada a impenhorabilidade do imóvel penhorado (art. 833, V do CPC), vez que é onde exerce sua atividade profissional, bem como, seja concedido a moratória consistente no parcelamento do art. 916 do CPC.

A parte recorrida, devidamente intimada (f. 12), apresentou contrarrazões pelo improvimento (f. 14-18).

É o breve relatório. Passo a decidir.

Tenho por manter a decisão monocrática e, por via de consequência, da continuidade da execução em vista à expropriação do bem penhorado.

Explica-se.

O procedimento/rito é calcado em norma cogente, ou seja, não há disponibilidade nem para as partes e nem para o magistrado, uma vez que decorro da garantia constitucional do devido processo legal do inciso LVII do art. 5º da Constituição brasileira. Então, a forma não é ditada pelo que o magistrado quer, mas sim, na forma em que ela é posta previamente pelo ordenamento jurídico.

Veja-se a respeito da indisponibilidade das normas cogentes pelo STJ:

> *"Em se tratando de norma cogente, estando as partes e o julgador vinculados a tal comando, a ausência de alguma das peças obrigatórias afeta a regularidade formal do recurso, um dos pressupostos gerais da recorribilidade, impondo o seu não-conhecimento."*(Embargos de Declaração no Agravo Regimental nº 239653. Rel. Sálvio De Figueiredo Teixeira).

Ainda, a respeito da norma cogente, pela doutrina:

> *"O direito na sua aplicação e concretização, sem uma vinculação a um procedimento perfeitamente estabelecido, não se coaduna na postura política do estado democrático. Por conseguinte, nem o procedimento é indiferente em face da tutela que lhe cumpre efetivar, nem a tutela é viável de ser obtida sem a estrita obediência ao procedimento adequado."* (SOUZA, Artur César de. Contraditório e revelia. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 125)
>
> *"Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível ao destinatário."* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros. p. 214, v. I).
>
> *"A legalidade das formas processuais ocorre quando as atividades que conduzem ao pronunciamento da providência jurisdicional não podem ser realizadas do modo e na ordem que, a juízo discricionário dos interessados, parecem ser mais apropriadas ao caso singular, mas devem, para poder ter eficácia jurídica, ser realizadas do modo e na ordem que a lei estabeleceu de uma vez para sempre."* (CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, p. 267, v. I).

É justamente fundado nesta premissa da norma cogente do procedimento e do devido processo legal do inciso LIV do art. 5º da CF/88 é que ambas as pretensões recursais pecam pela impossibilidade jurídica do

pedido e pretensões esta que apesar de contra texto expresso de não se encontra atrelado ao direito de defesa sem que se fale em má fé processual, como sugere a parte recorrida.

Impossibilidade jurídica esta, em relação ao pedido de impenhorabilidade do imóvel residencial em que reside o executado sob a tese de que é seu instrumento de trabalho (onde exerce a advocacia), vez que ainda que assim o fosse e não existisse a regra assente nos condomínios residenciais de vedação de utilização para o exercício dos mesmos para o exercício do comércio, somente é impenhorável pelo art. 833, V do CPC, o que constitui a própria "ferramenta do trabalho", o que ocorre com os veículos dos taxistas, motoristas de aplicativos, transporte escolar etc, o que não ocorre com o exercício laboral que pode ser exercido em lugar diverso ao domicílio do recorrente.

Veja-se pelo STJ:

> *"(...) a menos que o automóvel seja a própria ferramenta de trabalho, como ocorre no caso dos taxistas (REsp 839.240/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 30.08.06), daqueles que se dedicam ao transporte escolar (REsp 84.756/RS, Rel. Min. Ruy Rosado, Quarta Turma, DJ de 27.05.96), ou na hipótese de o proprietário ser instrutor de auto-escola, não poderá ser considerado, de per si, como 'útil' ou 'necessário' ao desempenho profissional, devendo o executado, ou o terceiro interessado, fazer prova dessa 'necessidade' ou 'utilidade'. Do contrário, os automóveis passarão à condição de bens absolutamente impenhoráveis, independentemente de prova, já que, de uma forma ou de outra, sempre serão utilizados para o deslocamento de pessoas de suas residências até o local de trabalho (...)."* (REsp 1196142/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 02/03/2011).

Impossibilidade jurídica esta, também, em relação ao pedido de parcelamento do art. 916 do CPC, vez que a moratória pretendida é vedada expressamente em relação ao cumprimento de sentença, como se vê do texto expresso do § 7º do art. 916 do CPC: *"O disposto neste artigo não se aplica ao cumprimento da sentença."*

Regra proibitiva esta, que decorre da boa-fé nas relações negociais que deve ponderar as partes contratantes, de forma que se o executado teve ampla oportunidade de quitação de sua obrigação quanto do processo de conhecimento, não se mostra e efetivo e justo como exige o art. 6º do CPC, que seja agraciado com benesse do parcelamento.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao agravo interno interposto por V. A. de P., para manter a penhora e o indeferimento da moratória/parcelamento do art. 916 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. 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 30 de junho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Agravo de Instrumento nº 1401106-07.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXIGIR CONTAS EM DESFAVOR DE SÓCIO-ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA – COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL RESIDUAL – PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE NÃO SE CONFUNDE COM AQUELA EXIGÍVEL DO INVENTARIANTE. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL DE PROPRIEDADE DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – PRETENSÃO DE QUE O COMPRADOR PROCEDA AO PAGAMENTO MEDIANTE DEPÓSITO JUDICIAL EM VEZ DE ADIMPLEMENTO DIRETO AO VENDEDOR (SÓCIO-ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA OBRIGADA À PRESTAÇÃO DE CONTAS) – IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DE CUMPRIMENTO DESSA OBRIGAÇÃO, PORQUANTO INFORMADO NOS AUTOS QUE O NEGÓCIO FOI INTEGRALMENTE ADIMPLIDO COM A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL POR MEIO DE ESCRITURA PÚBLICA DEFINITIVA – RECURSO 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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto (f. 1-8) por Helmuth Mazz Filho, Herberth Maaz e Larissa Odilia Maaz em face da decisão proferida às f. 78 e 100-101 da Ação de Exigir Contas c/c Tutela de Urgência n. 0800473-42.2020.8.12.0001 - por eles ajuizada em desfavor de Helmuth Maaz e Rodomaq Construtora LTDA -, na qual foi indeferido o pedido de tutela provisória sob o fundamento de que no caso não está presente a probabilidade do direito.

Sustentam, preliminarmente, que:

> *"(...) distribuída a ação por sorteio para a 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, o r. juiz proferiu o despacho de f. 78, declinando a competência para a 5º Vara de Sucessões, onde tramita a Ação de Inventário da senhora Irde, à qual foi o processo remetido"; todavia, "não se trata de pedido de prestação de contas do inventariante quanto ao espólio, mas de pedido de prestação de contas do sócio administrador da empresa da qual possuem os agravantes direito a 50% das cotas sociais"; e, no mérito, que existem "fortes indícios de que o agravado, sr. Helmuth, na qualidade de administrador da empresa Rodomaq, vem dilapidando o patrimônio da mesma, através da venda da propriedade rural denominada Fazenda Roncador, sem prestar qualquer conta aos agravantes do que foi feito que referida monta"; e que "há prova inconteste de que o requerido, com os valores recebidos pela venda do imóvel referido ao Sr. Sérgio Surdi, desviou de forma criminosa parte de tal crédito da empresa Rodomaq, e comprou o imóvel constante da Matrícula 52.431 da 2ª. CRI de Campo Grande, MS, em nome de Construtora Triângulo LTDA."*

Por essas razões, requer *"seja o presente agravo de instrumento conhecido, determinando-se o imediato retorno dos Autos nº 0800473-42.2019.8.12.0001 para a 8ª Vara Cível"*; e, no mérito, *"seja o presente recurso totalmente provido, para que se determine para determinar a expedição de oficio ao Sr. Sergio Surdi, comprador da Fazenda Roncador, para que se abstenha de fazer qualquer pagamento aos requeridos, depositando em juízo o valor das parcelas vincendas, até decisão ulterior."*

O recurso foi recebido (f. 119-126), ocasião em que foi deferida a antecipação da tutela recursal tão somente para, reconhecendo que a competência para processar e julgar o feito é da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, determinar a remessa do processo a esse referido juízo, que é o competente para a apreciar a outra parte da tutela provisória pretendida.

Ato contínuo, observa-se que os agravantes peticionam nestes autos de agravo de instrumento, às f. 135-136, informando que *"retornados os autos à Vara de Origem, o MMJ ao analisar as decisões proferidas, tanto pela MMJza da 5ª. Vara de Família como a proferida pelo R. Desembargador Relator, entendeu que deveria ser mantida a decisão de negativa da liminar de f. 100-1 dos autos"*, razão porque reitera o pedido de deferimento da tutela provisória.

Às f. 139-143, foi deferida a antecipação da tutela recursal e determinada a expedição de oficio ao Sr. Sergio Surdi, comprador da Fazenda Roncador, ordenando-lhe que não fizesse nenhum pagamento que não fosse por meio de depósito à disposição do juízo em que corre a ação, abstendo-se de fazer qualquer pagamento direto por meio diverso e/ou alternativo aos agravados Helmuth Maaz e Rodomaq Construtora LTDA.

Sem contraminuta (f. 134).

VOTO (EM 30/06/2020)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto (f. 1-8) por Helmuth Mazz Filho, Herberth Maaz e Larissa Odilia Maaz em face da decisão proferida às f. 78 e 100-101 da Ação de Exigir Contas c/c Tutela de Urgência n. 0800473-42.2020.8.12.0001 - por eles ajuizada em desfavor de Helmuth Maaz e Rodomaq Construtora LTDA -, na qual foi indeferido o pedido de tutela provisória sob o fundamento de que no caso não está presente a probabilidade do direito.

Sustentam, preliminarmente, que:

> *"(...) distribuída a ação por sorteio para a 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, o r. juiz proferiu o despacho de f. 78, declinando a competência para a 5º Vara de Sucessões, onde tramita a Ação de Inventário da senhora Irde, à qual foi o processo remetido"; todavia, "não se trata de pedido de prestação de contas do inventariante quanto ao espólio, mas de pedido de prestação de contas do sócio administrador da empresa da qual possuem os agravantes direito a 50% das cotas sociais"; e, no mérito, que existem "fortes indícios de que o agravado, sr. Helmuth, na qualidade de administrador da empresa Rodomaq, vem dilapidando o patrimônio da mesma, através da venda da propriedade rural denominada Fazenda Roncador, sem prestar qualquer conta aos agravantes do que foi feito que referida monta"; e que "há prova inconteste de que o requerido, com os valores recebidos pela venda do imóvel referido ao Sr. Sérgio Surdi, desviou de forma criminosa parte de tal crédito da empresa Rodomaq, e comprou o imóvel constante da Matrícula 52.431 da 2ª. CRI de Campo Grande, MS, em nome de Construtora Triângulo LTDA."*

Por essas razões, requer *"seja o presente agravo de instrumento conhecido, determinando-se o imediato retorno dos Autos nº 0800473-42.2019.8.12.0001 para a 8ª Vara Cível"*; e, no mérito, *"seja o presente recurso totalmente provido, para que se determine para determinar a expedição de oficio ao Sr. Sergio Surdi, comprador da Fazenda Roncador, para que se abstenha de fazer qualquer pagamento aos requeridos, depositando em juízo o valor das parcelas vincendas, até decisão ulterior."*

O recurso foi recebido (f. 119-126), ocasião em que foi deferida a antecipação da tutela recursal tão somente para, reconhecendo que a competência para processar e julgar o feito é da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, determinar a remessa do processo a esse referido juízo, que é o competente para a apreciar a outra parte da tutela provisória pretendida.

Ato contínuo, observa-se que os agravantes peticionam nestes autos de agravo de instrumento, às f. 135-136, informando que *"retornados os autos à Vara de Origem, o MMJ ao analisar as decisões proferidas, tanto pela MMJza da 5ª. Vara de Família como a proferida pelo R. Desembargador Relator, entendeu que deveria ser mantida a decisão de negativa da liminar de f. 100-1 dos autos"*, razão porque reitera o pedido de deferimento da tutela provisória.

Às f. 139-143, foi deferida a antecipação da tutela recursal e determinada a expedição de oficio ao Sr. Sergio Surdi, comprador da Fazenda Roncador, ordenando-lhe que não fizesse nenhum pagamento que não fosse por meio de depósito à disposição do juízo em que corre a ação, abstendo-se de fazer qualquer pagamento direto por meio diverso e/ou alternativo aos agravados Helmuth Maaz e Rodomaq Construtora LTDA.

Sem contraminuta (f. 134).

É o relatório. Passo ao voto.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto (f. 1-8) por Helmuth Mazz Filho, Herberth Maaz e Larissa Odilia Maaz em face da decisão proferida às f. 78 e 100-101 da Ação de Exigir Contas c/c Tutela de Urgência n. 0800473-42.2020.8.12.0001 - por eles ajuizada em desfavor de Helmuth Maaz e Rodomaq Construtora LTDA -, na qual foi indeferido o pedido de tutela provisória sob o fundamento de que no caso não está presente a probabilidade do direito.

Do juízo competente para processar e julgar ação de exigir contas.

Sustentam, preliminarmente, que *"distribuída a ação por sorteio para a 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, o r. juiz proferiu o despacho de f. 78, declinando a competência para a 5º Vara de Sucessões, onde tramita a Ação de Inventário da senhora Irde, à qual foi o processo remetido"*; todavia, *"não se trata de pedido de prestação de contas do inventariante quanto ao espólio, mas de pedido de prestação de contas do sócio administrador da empresa da qual possuem os agravantes direito a 50% das cotas sociais"*; por essas razões, requer *"seja o presente agravo de instrumento conhecido, determinando-se o imediato retorno dos Autos nº 0800473-42.2019.8.12.0001 para a 8ª Vara Cível."*

Razão lhes assiste.

Pois bem. Conforme já assentado na decisão de f. 119-126, conquanto tenham formulado pedido disperso no dispositivo da peça recursal, urge consignar que - forte no art. 322, § 2º, do CPC, o qual dispõe que *"a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé"*, é possível inferir que os agravantes pretendem a concessão de antecipação da tutela recursal a fim de que haja reforma da decisão que negou tramitação no âmbito de Vara Cível residual, dada a natureza distinta da ação de exigir contas (de atos de gestão de pessoa jurídica) com as contas a serem prestadas pelo responsável por inventário.

E nesse prisma, observa-se que os elementos fático-probatórios coligidos pelos agravantes - especialmente às f. 22-109 - evidenciam que, na qualidade de administrador da Rodomaq Construtora LTDA, o agravado Helmuth Maaz vem adotando comportamentos que podem estar dilapidando o patrimônio da referida sociedade empresária, sendo que parte de suas cotas sociais integram o inventário no qual os agravantes são sucessores.

Daí a atração e utilidade do mecanismo de prestar contas.

Insiste os agravantes que há conduta duvidosa na venda da Fazenda Roncador, a qual, pelo que se denota dos autos, constitui substancialmente o principal patrimônio da Rodomaq Construtora LTDA - sociedade

empresária da qual, segundo alegam, os agravantes possuem direito sobre 50% das cotas sociais -; sendo que o agravado já recebeu a quantia R$. 6.356.878,95 (seis milhões, trezentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e setenta e oito reais e noventa e cinco centavos) sem prestar contas aos agravantes do que foi realizado com esse dinheiro.

Associado a isso, denota-se indícios de que o agravado, sem nenhuma prestação de contas aos agravantes, empregou os valores até então recebidos para viabilizar a compra de outro imóvel identificado pela Matrícula 52.431 da 2ª. CRI de Campo Grande, MS, em nome de Construtora Triângulo LTDA.

Nesse sentido, os agravantes narram que

> *"(...) há de se esclarecer que, por culpa da má administração do requerido, este, de forma maliciosa,* ***permitiu que o imóvel que servia de sede da então filial da Rodomaq em Campo Grande, MS, fosse levado à praça pela Justiça do Trabalho,*** *por débitos para com a União, como consta do R. 31 de matrícula acima citada,* ***e após a arrematação, com o dinheiro recebido pela venda de parte da Fazenda Roncador, adquiriu o mesmo imóvel em nome de empresa, Triângulo Construtora LTDA., que pertence à sua atual companheira e tem o requerido Helmuth Maaz como administrador, como consta da procuração registrada junto à JUCEMS, e pasmem tem o mesmo endereço da empresa requerida Contrutora Geral LTDA. (Rua Pacífico Lopes Siqueira, 392)****, (...)."* (Destaquei).

Não há dúvida, portanto, de que a narrativa traduz verossimilhança fática, revelando um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelos agravantes - o que configura a probabilidade do direito por eles alegados.

E, de fato, esse assunto é estranho à especialidade do inventário, de seu juízo, devendo ser processado e julgado na Vara Cível Residual.

Nessa trilha, diversamente do compreendido pelo juízo *a quo*, a pretensão aviada nos autos da Ação de Exigir Contas n. 0800473-42.2019.8.12.0001 (de onde foi extraído o presente agravo) não colide com o que foi decidido nos Autos de Inventário n. 0118043- 44.2004.8.12.0001, notadamente no Agravo de Instrumento n. 1414634-79.2018.8.12.0000 (deles extraído), onde, de fato, ficou decidido pelo afastamento da obrigação de depósito em juízo do valor oriundo da venda do imóvel pertencente à Empresa Rodomaq Construtora LTDA, bem assim que o espólio de Irde de Freitas Cayres Maaz não possui direitos aos bens pertencentes à empresa, mas sim às quotas sociais.

Isso porque no referido processo de inventário a pretensão residiu no afastamento da integração do produto da alienação de bens da sociedade empresária ao montante partilhável, sendo inferido que neste deveria ser integrado apenas as quotas sociais pertencentes ao *de cujus*, as quais devem ser liquidadas.

Em outros termos, no processo de inventário ficou decidido - especificamente no Agravo de Instrumento n. 1414634-79.2018.8.12.0000 (deles extraído) - que os bens da sociedade empresária não podem ser confundidos com os bens particulares dos sócios, porquanto se tratam de institutos diversos.

De tal arte, e no sentido das decisões anteriores, os agravantes cumpriram o ônus de carrear sua pretensão de exigir contas da sociedade/pessoa jurídica, distribuindo a ação de onde se emerge a decisão agravada.

Assim, na Ação de Exigir Contas em questão o que se pretende é que o administrador da Rodomaq Construtora LTDA (ora agravado) preste contas aos sócios (que se confundem com os herdeiros do inventário referenciado), em direito por reflexo sucessório sobre quotas da Empresa Agravada; e, nos termos estabelecido no art. 550 e seguintes do CPC, essa via processual é a adequada e legítima para que o agravado, na condição de administrador daquela, preste contas aos agravantes.

E por absoluta sujeição a efetividade que se espera do processo, diante do contexto fático-jurídico delineado nesse caso específico, dessumo que se revela indubitável que o julgamento da prestação de contas poderá, em tese, influir no patrimônio partilhável e repercutir na distribuição de quinhões, razão pela qual infiro que se faz necessária a conclusão do feito de exigir contas para somente após dar prosseguimento ao inventário - ilação que encontra amparo legal no art. 313, inciso V, do Código de Processo Civil.

Nessa toada, e seguro da competência para processar e julgar a Ação de Exigir Contas, tenho que a apreciação do inventário deva ser postergada para quando da solução encontrada na prestação de contas.

Do mérito.

Defendem os agravantes, em suma, que existem:

> *"(...) fortes indícios de que o agravado, sr. Helmuth, na qualidade de administrador da empresa Rodomaq, vem dilapidando o patrimônio da mesma, através da venda da propriedade rural denominada Fazenda Roncador, sem prestar qualquer conta aos agravantes do que foi feito que referida monta"; e que "há prova inconteste de que o requerido, com os valores recebidos pela venda do imóvel referido ao Sr. Sérgio Surdi, desviou de forma criminosa parte de tal crédito da empresa Rodomaq, e comprou o imóvel constante da Matrícula 52.431 da 2ª. CRI de Campo Grande, MS, em nome de Construtora Triângulo LTDA", razões pelas quais requer "seja o presente recurso totalmente provido, para que se determine para determinar a expedição de oficio ao Sr. Sergio Surdi, comprador da Fazenda Roncador, para que se abstenha de fazer qualquer pagamento aos requeridos, depositando em juízo o valor das parcelas vincendas, até decisão ulterior."*

Tenho que a pretensão não encontra mais guarida.

Verte-se dos autos que Sergio Surd não foi cientificado a tempo da decisão que lhe determinava o pagamento foi feito via depósito judicial, e não diretamente ao agravado (Vide certidão de f. 148); bem assim que os agravantes alegam que agiram *"em conluio tanto o devedor quanto o credor, em completo desrespeito ao Poder Judiciário (f. 150-151)"*, motivos pelos quais postulam a expedição de *"Carta Precatória à Comarca de Sorriso, MT para a intimação devida com a advertência de que a não realização do depósito do valor correspondente, será considerada desobediência"* e o desentranhamento dessa informação dos autos ao argumento de que Sergio Surd não se fez representar por Advogado (f. 169).

Sucede, entretanto, que Sergio Surd, que não é parte nestes autos e tampouco nos originários, prestou informação nos autos noticiando que já quitou a Fazenda Roncador e adquiriu a sua propriedade por meio de escritura pública definitiva - motivo pelo qual infiro que houve perda da razão de existir dessa pretensão de oficiá-lo para não proceder a pagamento direto ao agravado.

A propósito, tenho que a pretensão de desentranhamento das informações dos autos - pelo simples fato de não ter sido subscrita por advogado constituído - dissocia totalmente do princípio da eficiência processual (CPC, art. 8º), porquanto, *in casu*, não vislumbro nenhum pragmatismo em se buscar uma determinação para que um terceiro - no caso, o comprador da Fazenda Roncador, que não é parte do processo - seja obrigado a se abster de adimplir um negócio jurídico celebrado junto aos agravados quando, além de não ser parte no processo, informa nos autos que já procedeu à quitação integral e adquiriu a propriedade do imóvel por meio de escritura pública definitiva.

Diante disso, acaso entenderem que Sergio Surd - terceiro que não é parte na lide - incorreu em algum ato ilícito, inclusive agindo supostamente em conluio com o agravado, devem os agravantes valerem-se do ajuizamento da ação adequada, onde, mediante o devido processo legal, poderá produzir provas nesse sentido, o que não é apropriado pela via do agravo de instrumento.

Dispositivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para, ratificando parcialmente a decisão de recebimento, declarar que a 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande é o juízo competente para processar e julgar o feito originário.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 28/07/2020 em face do pedido de vista do Des. Sideni, após o relator dar parcial provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 28/07/2020)

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

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame dos elementos de convicção acostados aos autos.

Trata-se de agravo de instrumento manejado por Helmuth Mazz Filho e outros contra decisão proferida nos autos da Ação de Prestação de Contas que movem contra Helmuth Mazz e outro, declinando da competência. Pretendem o provimento do recurso para o fim de reconhecer a competência do Juízo da 8ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande para processar e julgar a lide, bem como a concessão de medida liminar tendente à expedição de ofício a terceiro, solicitando providências quanto à negócio de compra e venda de gleba pertencente à sociedade empresarial Rodomaq Construtora LTDA.

O ilustre relator, Des. Alexandre Bastos, votou pelo parcial conhecimento do recurso e, nesta parte, pelo seu provimento, para reconhecer a competência do juízo de origem para processar e julgar a lide.

Após a devida análise do conteúdo fático probatório da lide, cheguei às mesmas conclusões exaradas por Sua Excelência. Com efeito, a prestação de contas não guarda pertinência com a sucessão dos bens deixados pela genitora dos agravantes, Irde de Freitas Cayres Maaz, razão pela qual não se justifica seu tramite perante juízo especializado.

No que concerne à medida cautelar requerida (expedição de ofício a terceiro, solicitando providências quanto à negócio de compra e venda de imóvel rural), conforme assentado pelo ilustre Relator, restou prejudicada. Registro, por oportuno, que tal providência poderia ser adotada até extrajudicialmente.

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar, integralmente, o voto da lavra do eminente Relator.

É como voto.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial 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. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

***

2ª Seção Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Ação Rescisória nº 1405488-77.2019.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ADMISSIBILIDADE DO JUÍZO RESCINDENDO – ACOLHIDO – PROCEDÊNCIA DO JUÍZO RESCISÓRIO PARA JULGAR IMPROCEDENTE POR INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE – ACOLHIDO – RESCISÓRIA PROCEDENTE.

O sistema processual permite que seja levado em consideração fatos novos que possam influenciar o resultado de julgamento. O que faz no art. 493 do CPC, para os processos em curso e, pelo inciso VII do art. 966 do CPC, para aqueles com trânsito em julgado, o que ocorre com absolvição em revisão criminal diante de novas provas colhidas em ação de justificação e, de fato que, também, é a causa de pedir de ação civil por atos de improbidade administrativa, a qual foi pela procedência. Fato que revela exata correspondência com a hipótese de ação rescisória do inciso VII do art. 966, CPC, a justificar a procedência do pedido rescindendo.

Em relação ao juízo rescisório de rejulgamento da causa, se os dois fundamentos da condenação em atos de improbidade foram considerados inexistentes em ação de justificação, os quais acolhidos pelo tribunal para julgar procedente a revisão criminal, então, no mínimo, há dúvidas para atos de improbidade, cujo resultado de julgamento meritório é pela improcedência pela aplicação da *Teoria do in dubio pro réu*. Por via de consequência, a dúvida é incompatível com os elementos essenciais para configuração de ato improbo (ilegalidade qualificada e elemento volitivo de desonestidade).

Procedência do pedido rescindendo e rescisório.

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, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de setembro de 2020.

Des. Alexandre Bastos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de ação rescisória com pedido de Tutela, ajuizada por Marcos Josué Duarte dos Santos face o acórdão proferido nos Autos n. 0007720-04.2007.8.12.0021, da ação civil pública por improbidade administrativa, movida em seu desfavor pelo Ministério Público Estadual.

O pedido contido na petição inicial da presente ação rescisória é a procedência, rescindindo-se o acórdão prolatado na Apelação/Reexame Necessário nº 0007720-04.2007.8.12.0021, que tramitou na 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, bem como, novo julgamento com base nos fatos novos ocorridos após a condenação em atos de improbidade administrativa.

A causa de pedir contido na petição inicial consiste em fato novo, mais precisamente, Ação Revisional (n.º 1403393-45.2017.8.12.0000), que absolveu o peticionante, fora alicerçada com provas novas/inéditas

através de duas ações de justificação judicial, as quais demonstraram com robustez que Marcos Josué jamais deveria ter sido parte na ação criminal, e que fez reverberar no âmbito cível a ação de improbidade administrativa, já em fase de Cumprimento de Sentença, bem como, de fatos novos contidos nas Ações de Justificação Judicial (08032458520148120001 e nº 0815152-86.2016.8.12.0001, mídia áudio vídeo anexo).

A parte requerida apresentou contestação às f. 89-101 com pretensão de julgamento pela improcedência do pedido contido na presente ação rescisória.

A Procuradoria Geral de Justiça, devidamente intimada, manifestou às f. 109 pela desnecessidade de oferecimento de Parecer, por atuar como parte na presente ação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de ação rescisória com pedido de tutela, ajuizada por Marcos Josué Duarte dos Santos face o acórdão proferido nos Autos n. 0007720-04.2007.8.12.0021, da ação civil pública por improbidade administrativa, movida em seu desfavor pelo Ministério Público Estadual

O pedido contido na petição inicial da presente ação rescisória é a procedência, rescindindo-se o acórdão prolatado na Apelação/Reexame Necessário nº 0007720-04.2007.8.12.0021, que tramitou na 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, bem como, novo julgamento com base nos fatos novos ocorridos após a condenação em atos de improbidade administrativa.

A causa de pedir contido na petição inicial consiste em fato novo, mais precisamente, Ação Revisional (n.º 1403393-45.2017.8.12.0000), que absolveu o peticionante, fora alicerçada com provas novas/inéditas através de duas ações de justificação judicial, as quais demonstraram com robustez que Marcos Josué ação de improbidade administrativa, já em fase de Cumprimento de Sentença, bem como, de fatos novos contidos nas Ações de Justificação Judicial (08032458520148120001 e nº 0815152-86.2016.8.12.0001, mídia áudio vídeo anexo).

É o breve relatório. Passo a decidir.

Juízo rescindendo.

A ação rescisória é composta de dois juízos.

O inciso I do artigo 968 do Código de Processo Civil permite ao autor cumular ao pedido de rescisão (juízo rescindendo - *judicium rescindens*), ou seja, de desconstituição da decisão transitada em julgado e o pedido de novo julgamento (juízo rescisório - *judicium rescissorium*).

Aqui extraímos as duas fases para esta ação originária excepcional, quais sejam, primeiro se infere se o caso de enquadra no rol que leva a desconstituição do trânsito em julgado do *caput* e incisos do art. 966 - juízo rescindendo.

Após este juízo e, sendo ele positivo, passa-se ao juízo rescindendo, julgamento propriamente dito. Sendo ele negativo é caso de extinção sem resolução do mérito por falta de interesse - adequação do art. 17 e art. 485, VI do CPC, portanto, a admissibilidade da ação rescisória enquadra nas condições da ação.

Veja-se pelo STJ:

> *"Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a cumulação de pedidos na ação rescisória (iudicium rescindens e iudicium rescissorium), prevista no art. 488, I, do*

CPC, é obrigatória, exceto nas demandas fundadas na existência de coisa julgada ou na incompetência absoluta do órgão prolator da sentença. Assim, é inviável considerar como implícito o pedido de novo julgamento da causa. 3. No caso dos autos, observa-se que o autor limitou-se a formular o pedido de rescisão, qual seja o de anulação da decisão objurgada (f. 17), olvidando-se a respeito do iudicium rescissorium, razão pela qual conclui-se pela inépcia da petição inicial. (AR 2.677/PI, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 14/11/2007, DJ 07/02/2008 p. 1)

Embora preveja expressamente o art. 488, I, do CPC a obrigatoriedade do autor de cumular o pedido de rescisão e, se for o caso, de novo julgamento, a cumulação de pedidos não é exigência formal absoluta, devendo ser abrandado o rigor do referido dispositivo. 2. Considera-se implicitamente requerido o novo julgamento da causa, desde que seja decorrência lógica da desconstituição da sentença ou do acórdão rescindendo." (REsp 783.516/PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 29/06/2007 p. 541).

Passo à análise do juízo rescisório - admissibilidade.

A causa de pedir que embasa o pedido do juízo rescisório consiste em fato novo, mais precisamente, Ação Revisional (n.º 1403393-45.2017.8.12.0000), que absolveu o peticionante da ação penal sobre o mesmo através de Revisão Criminal; absolvição criminal esta, que fora alicerçada com provas novas/inéditas através de duas Ações de Justificação Judicial (08032458520148120001 e nº 0815152-86.2016.8.12.0001), as quais demonstraram com robustez as duas teses de defesa de Marcos Josué na ação de improbidade, mais precisamente, que não estava no local dos fatos no dia do acontecimento e que o celular que foi rastreado pela investigação penal já não lhe pertencia quando dos fatos, vez que vendido a terceira pessoa.

Este fato contido na causa de pedir tem previsão como hipótese de ação rescisória, no inciso VII do art. 966 do CPC, aos dispor que:

*"Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: 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.**"* (G.n.).

A hipótese do inciso VII do art. 966 tem o mesmo pano de fundo art. 493 do CPC, que consiste na obrigação de ser levado em consideração pelo Judiciário. Os fatos novos que possam influenciar no resultado de julgamento. O diferencial é que o art. 493 do CPC aplica à relação processual em curso e, o inciso VII do art. 966 do CPC, para as ações com trânsito em julgado.

In casu, após a confirmação do acórdão rescindendo que o condenou em atos de improbidade, surgiu fatos e provas novas advindas da Ações de Justificação Judicial (08032458520148120001 e nº 0815152-86.2016.8.12.0001) que foram capazes de pronunciamento favorável na ação penal, tanto que provida a revisão criminal para absolver o requerente e, portanto, com incidência com todas as letras no inciso VII[1] do art. 966 do CPC.

Assim, há adequação para a ação rescisória, nos termos do *caput* e inciso VII do art. 966 do CPC, de forma a desconstituir o trânsito em julgado (procedência do pedido rescindendo).

Juízo rescisório.

Pois bem, o que se infere do caso posto à apreciação é que o requerente teve sentença de procedência em ato de improbidade por dois fundamentos: que o delator em processo criminal teria feito referência ao mesmo e seu celular foi rastreado e ele estava na localidade do dia do fato (extorsão para liberação de veículo com contrabando). Tanto que assim ficou anotado na fundamentação do acórdão rescindendo da 3ª Câmara Cível este Tribunal:

1 Por pronunciamento favorável entende-se decisão mais vantajosa para a parte do que a proferida: não apenas, necessariamente, decisão que lhe desse vitória total. Tanto pode pedir a rescisão, com base no inciso VII, o litigante que obteve parte do que pretendia e teria obtido ao menos parte usando o documento (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.136, v. V. Nota n. 140).

> *"De outra banda, em relação aos recorrentes Marcos Josué Duarte dos Santos e Cláudio Aparecido Gimenes, a* ***participação*** *deles na empreitada criminosa f****ora ratificada não só pelos depoimentos dos apelantes acima mencionados*** *e das testemunhas ouvidas em juízo, mas, sobretudo, pelos documentos carreados ao feito com a peça exordial, notadamente aqueles que demonstram a existência de Processo Penal militar instaurado em desfavor dos apelantes (001.07.035263-2), por força do qual foram excluídos dos quadros da Polícia Militar (f. 644-655 e 657-659). Nesse diapasão, não é demasiado registrar que* ***não merece guarida a alegação do recorrente Marcos Josué Duarte dos Santos*** *no sentido de que* ***não se encontrava lotado na Comarca de Três Lagoas à época do ilícito****, pois, conforme declinado pela já mencionada testemunha Marcelo Gomes Lopes, foi pedida a ERB de deslocamento do telefone de Duarte e foi traçado o itinerário e ele saiu de Naviraí e estava em Três Lagoas no dia dos fatos."* (G.n.).

Posteriormente, com base nas ações de justificação supracitadas e com base em fatos novos e relevantes, ocorreu a absolvição do Requerente, por decisão não unânime e com fundamento, justamente, na inveracidade das duas premissas do acórdão rescindendo, ou seja, comprovado de que o celular não pertencia mais ao requerente quanto dos fatos e declaração expressa do delator de que o requerente não estava no local no dia dos fatos.

Forte nestas premissas, firmo convicção do art. 371 do CPC pela improcedência do pedido contido na ação de improbidade administrativa.

Explica-se.

Estamos em ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa e com previsão de aplicação de pena/punição e, portanto, e por via de consequência, abre adequação para aplicação de institutos de direito criminal.

Nesta esteira é brilhante o voto proferido no STJ, pelo Ministro César Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, todos do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do *HC* 22432:

> *"A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania.*
>
> *A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.*
>
> *De menor relevo, ao que posso ver, que* ***a Lei nº 8.429/92*** *denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário,* ***extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório).****"* (G.n.).

Igualmente, no REsp n. 721190/CE sendo relator, o Ministro Luiz Fux:

> *"É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais."*

Ora, se o Judiciário em ação penal de revisão com trânsito em julgado entendeu pela inexistência dos fatos que justificaram a procedência da ação civil pública, então, não há outro caminho a ser seguido, vez que

no mínimo, com incidência da regra de que a dúvida é favorável ao réu do julgamento da ação de improbidade administrativa, na mesma intensidade desta regra de julgamento da ação penal.

Assim venho decidindo:

> *"I - O capítulo de autoria e de materialidade em ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa comporta graus de cognição, vez que para o início da ação, contenta-se com mero indício de autoria e materialidade (art. 17, § 8º da Lei 8.429/92 - in dubio pro societate), o que não ocorre com o encerramento pela decisão meritória, que exige indícios exauriente de autoria e de materialidade - §§ 6º, 8º e 11, todos do artigo 17 da Lei n. 8.429/92 - in dubio pro réu."* (Apelação n.º 0072428-26.2007.8.12.0001).

E, por via de consequência, ainda que existisse dúvidas, ainda assim impossível à condenação em atos de improbidade, que a dúvida é incompatível com o elemento volitivo direto em cometer ato improbo.

> *"Para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, **é imprescindível, além da subsunção do fato à norma**, estar caracterizada a **presença do elemento subjetivo**. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (...). Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015;REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014 (REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)."* (REsp 1622001/DF, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017). (G.n.).

E acima afirmo que *"ainda que houvesse dúvidas"*, porque não tenho dúvidas, mas sim, há provas e fatos que confirmam as duas teses de defesa desde o início da ação civil pública, ou seja, o Requerente não estava no local e que o celular periciado não era de sua propriedade e não estava em sua posse quando dos fatos, portanto, ausência de autoria e sem autora sequer se fala em ilegalidade qualificada que é elemento essencial para condenação em atos de improbidade.

Inclusive, o revisor da revisão criminal assim deixou anotado em seu voto pela procedência:

> *"Assim, considerando o acima exposto vislumbro que há indícios veementes de que o automóvel Monza avistado na residência de Gimenez, não pertencia à Marcos Josué Duarte dos Santos, além disso, Antônio C.M. Cunha, declarou que apenas apontou o revisionando como partícipe do crime para livrar-se do processo criminal e obter os benefícios da delação; ademais, não restou comprovado que Duarte foi o receptor das ligações efetuadas. A única medida, portanto, é absolver o Revisionando."*

Portanto, sem autoria, então, ausência da ilegalidade qualificada e de elemento volitivo em ato de desonestidade e, portanto, com regra de julgamento pela procedência desta ação rescisória para julgar improcedente o pedido da ação civil pública de improbidade administrativa.

Isto posto e demais que dos autos consta, julgo procedente o pedido rescindendo para desconstituir do trânsito em julgado do acórdão prolatado na Apelação/Reexame Necessário nº 0007720-04.2007.8.12.0021, que tramitou na 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, nos termos do inciso VI do art. 966, CPC, bem como, para julgar procedente o pedido rescisório pela improcedência do pedido contido na ação civil pública por atos de improbidade supracitada, por inexistência de ilegalidade qualificada e de elemento volitivo de atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 974 do CPC e §§ 6º, 8º e 11, todos do artigo 17 da Lei n. 8.429/92. Sem condenação em sucumbência, nos termos do art. 17 e art. 18 da Lei n. 7.347/85.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

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

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

Campo Grande, 14 de setembro de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Agravo de Instrumento nº 1407066-41.2020.8.12.0000 – Corumbá

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE FERROVIÁRIO COM MORTE – DECISÃO QUE DEFERIU PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA NO SENTIDO DE FIXAR PENSÃO CIVIL POR ATO ILÍCITO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO – AFASTADA – REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADOS – RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA PELO CONVIVENTE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O art. 300 do CPC/2015, por prever medida excepcional, exige a presença cumulativa de requisitos para a concessão da tutela de urgência, de modo que, não constatada a probabilidade do direito e do perigo de dano, não há se falar em concessão da medida.

Compete ao ex-companheiro demonstrar sua dependência econômica em relação à falecida para deferimento da pensão civil por ato ilícito.

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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de julho de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Rumo Malha Oeste S/A interpõe recurso de agravo de instrumento em face da decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS, na Ação de Indenização por Danos Materiais, Morais e Lucros Cessantes n. 0800968-65.2020.8.12.0008, ajuizada por Carlos Murilo de Araujo Pierazzoli em face de Transaço Transportes Nacionais e Internacionais LTDA e Rumo Malha Oeste S.A., que deferiu parcialmente a tutela de urgência nos seguintes termos:

> *"Feitas essas considerações, defiro parcialmente a tutela de urgência para determinar aos réus que, mensalmente, até o final da demanda, a contar do mês subsequente ao recebimento da intimação desta decisão, procedam ao pagamento de R$ 2.387,96 (dois mil, trezentos e oitenta e sete reais e noventa e seis centavos), referentes a 2/3 do valor líquido auferido nos holerites ordinários de f. 55 e 56, diretamente em conta corrente a ser indicada pelo autor, sob pena de incidência de multa mensal de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitada a 12 meses."*

A agravante informa o seguinte:

> *"O agravado propôs ação de reparação de danos morais e materiais e lucros cessantes contra a agravante em razão do falecimento de Élida Aparecida de Campos, que seria sua companheira, alegando que a morte fora decorrente de acidente provado pelo*

descarrilamento de vagões da Empresa Transaço que transitavam pelo leito ferroviário de propriedade da Rumo.

Além disso, requereu em sede de tutela antecipada, fossem as rés condenadas a restabelecer os salários da falecida ao autor, pois a mesma possuía dividas de cartões de credito dentre outras, bem como ajudava nas despesas domesticas e auxílio aos pais aposentados."

Após, sobreveio a decisão agravada.

A recorrente aduz, inicialmente, que deve ser declarada a nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação, porque não se manifestou sobre a existência de elementos que demonstrassem a culpa inequívoca da Rumo sobre o evento danoso, deixando, assim, de manifestar-se sobre a probabilidade do direito necessária à concessão da tutela provisória de urgência.

Em que pese ter pugnado pela nulidade da decisão, e considerando que no mérito é possível decidir em favor da empresa agravante, a quem aproveita a nulidade, requer, desde logo, com fundamento no § 2º do art. 282 do CPC, seja o recurso provido pelo mérito, com a reforma da decisão agravada de modo revogar a tutela provisória de urgência deferida, em virtude da ausência dos requisitos autorizadores.

Quanto à ausência da probabilidade do direito, assevera que o vagão que se chocou com o veículo de Elida Aparecida de Campos não pertencia à Rumo Malha Oeste S/A e sim a uma empresa boliviana de transporte de cargas (Ferrovia Oriental S/A), sendo certo nos fatos relatados na inicial não houve a imputação de qualquer ato comissivo ou omissivo à concessionária Rumo que indique que esta teria qualquer responsabilidade pela ocorrência do acidente.

Entende pela inexistência da demonstração do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, pois o agravado não comprovou a sua dependência econômica em relação à companheira falecida.

Defende que há necessidade de limitação do percentual a ser pago por cada litisconsorte, pois não há como a ora agravante, Rumo, verificar se a Transaço realizou o pagamento de sua quota parte antes que haja manifestação do autor-agravado nos autos informando o não recebimento da integralidade do valor.

Requer seja deferida: a) a antecipação da tutela recursal, reconhecendo-se o vício de fundamentação da decisão agravada, declarando-a nula para que outra seja proferida pelo juízo originário; ou b) subsidiariamente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, para sobrestar os efeitos da decisão agravada, possibilitando a reconsideração pelo juízo de origem.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso de agravo de instrumento.

Às f. 428-431, decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e recebeu o recurso somente no efeito devolutivo.

Contrarrazões às f. 437-439, pugnando pelo desprovimento do recurso de agravo de instrumento.

VOTO

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

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Rumo Malha Oeste S/A em face da decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS, na Ação de Indenização por Danos Materiais, Morais e Lucros Cessantes n. 0800968-65.2020.8.12.0008, ajuizada por Carlos Murilo de Araujo Pierazzoli em face de Transaço Transportes Nacionais e Internacionais LTDA e Rumo Malha Oeste S.A., que deferiu parcialmente a tutela de urgência nos seguintes termos:

> *"Feitas essas considerações, defiro parcialmente a tutela de urgência para determinar aos réus que, mensalmente, até o final da demanda, a contar do mês subsequente ao recebimento da intimação desta decisão, procedam ao pagamento de R$ 2.387,96 (dois mil, trezentos e oitenta e sete reais e noventa e seis centavos), referentes a 2/3 do valor líquido auferido nos holerites ordinários de f. 55 e 56, diretamente em conta corrente a ser indicada pelo autor, sob pena de incidência de multa mensal de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitada a 12 meses."*

A agravante informa o seguinte:

> *"O agravado propôs ação de reparação de danos morais e materiais e lucros cessantes contra a agravante em razão do falecimento de Élida Aparecida de Campos, que seria sua companheira, alegando que a morte fora decorrente de acidente provado pelo descarrilamento de vagões da empresa Transaço que transitavam pelo leito ferroviário de propriedade da Rumo.*
>
> *Além disso, requereu em sede de tutela antecipada, fossem as rés condenadas a restabelecer os salários da falecida ao autor, pois a mesma possuía dividas de cartões de credito dentre outras, bem como ajudava nas despesas domesticas e auxílio aos pais aposentados."*

Após, sobreveio a decisão agravada.

A recorrente aduz, inicialmente, que deve ser declarada a nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação, porque não se manifestou sobre a existência de elementos que demonstrassem a culpa inequívoca da Rumo sobre o evento danoso, deixando, assim, de manifestar-se sobre a probabilidade do direito necessária à concessão da tutela provisória de urgência.

Em que pese ter pugnado pela nulidade da decisão, e considerando que no mérito é possível decidir em favor da empresa agravante, a quem aproveita a nulidade, requer, desde logo, com fundamento no § 2º do art. 282 do CPC, seja o recurso provido pelo mérito, com a reforma da decisão agravada de modo revogar a tutela provisória de urgência deferida, em virtude da ausência dos requisitos autorizadores.

Quanto à ausência da probabilidade do direito, assevera que o vagão que se chocou com o veículo de Elida Aparecida de Campos não pertencia à Rumo Malha Oeste S/A e sim a uma empresa boliviana de transporte de cargas (Ferrovia Oriental S/A), sendo certo nos fatos relatados na inicial não houve a imputação de qualquer ato comissivo ou omissivo à concessionária Rumo que indique que esta teria qualquer responsabilidade pela ocorrência do acidente.

Entende pela inexistência da demonstração do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, pois o agravado não comprovou a sua dependência econômica em relação à companheira falecida.

Defende que há necessidade de limitação do percentual a ser pago por cada litisconsorte, pois não há como a ora agravante, Rumo, verificar se a Transaço realizou o pagamento de sua quota parte antes que haja manifestação do autor-agravado nos autos informando o não recebimento da integralidade do valor.

Requer seja deferida: a) a antecipação da tutela recursal, reconhecendo-se o vício de fundamentação da decisão agravada, declarando-a nula para que outra seja proferida pelo juízo originário; ou b) subsidiariamente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, para sobrestar os efeitos da decisão agravada, possibilitando a reconsideração pelo juízo de origem.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso de agravo de instrumento.

Às f. 428-431, decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e recebeu o recurso somente no efeito devolutivo.

Contrarrazões às f. 437-439, pugnando pelo desprovimento do recurso de agravo de instrumento.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

Inicialmente, é importante destacar que a decisão proferida neste recurso se restringe tão somente ao objeto do agravo de instrumento, qual seja, a antecipação dos efeitos da tutela, sendo despicienda a análise do mérito da ação, que deverá ser analisada pelo juízo singular.

Da alegação de nulidade da decisão agravada por ausência de fundamentação.

A recorrente aduz, inicialmente, que deve ser declarada a nulidade da decisão agravada por falta de fundamentação, porque não houve a manifestação sobre a existência de elementos que demonstrassem a culpa inequívoca da Rumo sobre o evento danoso, deixando, assim, de manifestar-se sobre a probabilidade do direito necessária à concessão da tutela provisória de urgência.

Sem razão a recorrente neste ponto.

O primeiro requisito constante do artigo 300 do CPC se refere à probabilidade do direito. A probabilidade do direito, como o próprio nome diz, não se trata de algo certo, mas apenas provável, capaz de convencer o julgador naquele momento, levando-se em consideração os argumentos utilizados.

Assim, entendo que, *in casu*, o magistrado singular não tinha por obrigação atestar a culpa inequívoca da empresa agravante para deferir a tutela de urgência, mas sim perceber a existência de possibilidade de culpa da Rumo, o que de fato foi feito, haja vista que infere-se que o juiz *a quo* entendeu pela possível responsabilidade da empresa recorrente ao anotar o nexo de causalidade entre a colisão entre vagões e carro e o óbito de Élida Aparecida de Campos.

Portanto, não há se falar em nulidade da decisão agravada por ausência de fundamentação.

Da tutela de urgência.

Para a concessão da tutela de urgência, eis o que prescreve o artigo 300 do CPC/2015:

> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º A tutela de urgência pode ser* ***concedida liminarmente*** *ou após justificação prévia."* (G.n.).

Eis a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves[1] sobre a probabilidade do direito, imprescindível para a concessão de tutela provisória:

> *"(...) a concessão de tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência - ou probabilidade - de o direito existir (...)."*

No caso em apreço, acerca da probabilidade do direito, assim anotou o magistrado singular na decisão invectivada:

> *"Inicialmente, cumpre salientar que o autor da ação possuía união estável com a vítima Élida Aparecida de Campos (f. 71 e 94), que faleceu* ***em virtude de acidente entre seu carro e os vagões utilizados pelas rés****.*

1 **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 411.

> *Extrai-se dos autos que, em suma,* ***o comboio de vagões 'tinha desacoplado da máquina (f. 89)', entrou na ferrovia e veio a colidir com o carro de Élida Aparecida de Campos****. Assim, denota-se que* ***está presente a probabilidade do direito alegado****, sobretudo quando, em razão do óbito, deixou o núcleo familiar de receber os proventos oriundos do trabalho da ré junto a Apae e ao Governo do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 55 e 56)."* Grifei.

Da análise do excerto acima, verifica-se que não há como refutar de plano as razões do autor quanto à responsabilidade pelo acidente, haja vista que se dessume o nexo entre o acidente e o falecimento, de modo que infere-se que há sim a provável responsabilidade da recorrente quanto ao fato, uma vez que a concessionária é responsável pela linha férrea existente no município de Corumbá, de tal sorte que se deduz que seja sua obrigação a manutenção e segurança da malha ferroviária.

No entanto, a partir de uma análise mais acurada do caso, entendo que as probabilidade do direito, bem como o perigo de dano, não subsistem quanto à alegada dependência econômica do agravado Carlos Murilo de Araujo Pierazzoli em relação à companheira falecida Élida Aparecida de Campos. Explico.

É válido anotar que a pensão civil decorrente de ato ilícito se afigura como espécie de dano material com o intuito de recomposição pecuniária do estado financeiro anterior ao evento danoso, de modo que, para haver o pagamento, deve-se comprovar a dependência econômica, consoante o artigo 948, II do Código Civil:

> *"Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*
>
> *II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima."*

Desta feita, em caso de concessão de pensão por morte, com o fito de proporcionar alimentos ao companheiro supérstite, é mister restar patente a necessidade de tal pensionamento, o que não se verifica no caso em epígrafe, uma vez que o recorrido juntou na exordial cópia de sua carteira de trabalho, comprovando que está empregado, recebendo remuneração no importe de R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), montante suficiente para fazer frente ao pagamento de suas necessidade básicas (alimentos, conta de água, energia e telefone, bem como da assistência saúde contratada pelo seu empregador - f. 58-60 dos autos de origem).

16

CONTRATO DE TRABALHO

Empregador :SODEXO FACILITIES SERVICES LTDA
CNPJ : 05.416.618/0038-42
Rua / Av. : Avenida PRINCIPAL 01 100
Município : CAMPO GRAN Estado: MS
Esp. Estab. : ATIVIDADES DE LIMPEZA NÃO ESPECIF
Cargo :GERENTE UNIDADE OPER/CBO:1415-10
Admissão : 18 de novembro de 2019
Registro : 9022914 FIS./Ficha :
Rem. Especif. : R$ 2.800,00
(dois mil oitocentos reais)

Luiz Antonio da Cruz
Gerente de Unidade Operacional
Sodexo - Energia & Recursos
ID: 5083650

Ademais, o agravado não aduziu que seria sustentado pela companheira falecida e que, consequentemente, precisaria da pensão para suprir suas necessidades básicas. Na verdade, limitou-se a requerer o restabelecimento dos salários, uma vez que a falecida *"possuía dívida de cartões de crédito dentre outras, bem como ajudava nas despesas domésticas e auxílio aos pais aposentados, (f. 09 dos autos de origem)."*

Da leitura do sobredito excerto, não há como se dessumir qualquer dependência econômica.

Acerca da não comprovação de dependência econômica em casos análogos, eis os seguintes julgados:

> *"Decisão: acordam os magistrados integrantes da nona câmara cível do tribunal de justiça do estado do paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator.*
>
> *EMENTA – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL –* ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ATROPELAMENTO POR TREM –*** *1. DEVER DE CUIDADO NÃO OBSERVADO POR AMBAS AS PARTES – CULPA CONCORRENTE – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – 2.DANO MATERIAL – DESPESAS COM FUNERAL NÃO DEMONSTRADAS – 3.* ***PENSÃO CIVIL – EX-COMPANHEIRA – RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA.***
>
> *(...).*
>
> *(...)* ***3. Compete à ex-companheira demonstrar sua dependência econômica em relação ao de cujus para deferimento da pensão civil por ato ilícito.*** *Por outro lado, é presumida a dependência econômica entre o genitor e seus filhos, sendo devido pensionamento até que completem 25 anos (...)."* (TJPR - 9ª C.Cível - AC - 1593883-9 - Apucarana - Rel.: Coimbra de Moura - Unânime - J. 20.04.2017). Destaquei.
>
> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO –* ***ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE*** *– DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA NO SENTIDO DE FIXAR ALIMENTOS PROVISIONAIS – REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADOS –* ***RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA PELA SUPOSTA CONVIVENTE*** *– DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (...).* ***Compete à ex-companheira demonstrar sua dependência econômica em relação ao de cujus para deferimento da pensão civil por ato ilícito.*** *II – Recurso conhecido e desprovido."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406865-54.2017.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 23/01/2018, p: 25/01/2018). Destaquei.

Destarte, em razão do não preenchimento dos requisitos do artigo 300 do CPC, entendo que deve ser reformada a decisão agravada.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento, para o fim de reformar a decisão agravada de modo a revogar a tutela de urgência que determinou o pagamento ao agravante de pensão mensal provisória no montante de R$ 2.387,96 (dois mil trezentos e oitenta e sete reais e noventa e seis centavos).

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. 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, 22 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0806525-51.2020.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – CDA EMITIDA CONTRA O ESPÓLIO E EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA O ESPÓLIO – DEVEDOR FALECIDO ANTES DO FATO GERADOR DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA – DEFEITO NA NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – DESCONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE INVENTÁRIO, QUEM É O INVENTARIANTE E SUA QUALIFICAÇÃO –AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO REGULARMENTE CONSTITUÍDO (CDA) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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 julho de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator do processo.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Dourados interpõe recurso de apelação contra sentença de f. 16-18, proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Cível Comarca de Dourados, nestes autos de Ação de Execução Fiscal, que extinguiu o feito sem resolução de mérito com fundamento no art. 485, incisos IV e VI, do CPC.

Em suas razões recursais (f. 21-26), alega o Município apelante que não tendo informações acerca da existência de inventário ou de quem são os herdeiros do espólio do executado pleiteou o prosseguimento do feito executivo para que a citação se desse na pessoa que se apresentasse no endereço indicado como legítimo representante do espólio, na medida em que a execução fiscal se refere a dívida de IPTU do imóvel, referente aos meses de 2016, 2017 e 2018 e um auto de infração de 2017.

Argumenta que e o Município não dispõe de sistema de consulta interligada com o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul nem de outros Estados da Federação, muito menos com os inúmeros cartórios de registro civil espalhados por todos os cantos do país. O que torna a descoberta de inventários judiciais ou extrajudiciais mais difícil ainda para a municipalidade.

Aduz que o caso invoca a aplicação do art. 1.797 do Código Civil, o qual dispõe que até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá ao cônjuge ou companheiro ou ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens. O que também encontra sintonia com os arts. 613 e 614 do CPC que dispõem que o espólio continuará na posse e representação (ativa e passiva) do administrador provisório até que o inventariante preste compromisso.

Defende que enquanto não haja ciência sobre a existência de partilha, é a herança (universalidade de bens) quem responde pela obrigação deixada pelo falecido e, desta feita, como parte formal (espólio), quem detém legitimidade passiva ad causam. Portanto, como a indicação de representante do espólio não é

requisito essencial da petição inicial de execução fiscal, bem como pelo fato do CTN (art. 202, I) admitir que a indicação do polo passivo seja feita conforme a CDA, para a qual basta a declinação do nome e endereço do devedor, então, não possuindo a municipalidade informações sobre o representante legal da parte executada, a citação deve ocorrer em face do espólio, de acordo com a qualificação indicada na peça inicial.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para *"reformar a sentença anteriormente proferida, para fins de prosseguir a execução fiscal em face do espólio, devendo a citação ocorrer no endereço e na pessoa de quem se apresentar como legítimo representante do espólio."*

Sem intimação da parte contrária porque ainda não instaurada a relação jurídica processual.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Dourados contra sentença que extinguiu a Execução Fiscal porque o Município não teria informado acerca da existência do processo de inventário em relação ao espólio do executado, bem como informasse eventuais herdeiros ou qualificasse o respectivo inventariante, proferida nos seguintes termos:

> *"**Vistos.***
>
> *Trata-se de Execução Fiscal ajuizada pelo **Município de Dourados**, qualificados nos autos, em face de **espólio de José Aprígio dos Santos**, pleiteando, em suma, a execução da exação de IPTU e multa referente aos anos de 2016 a 2018 (CDA's de f. 03 -06).*
>
> *À f. 11, restou determinado ao Município de Dourados que informasse acerca da existência do processo de inventário em relação ao espólio do executado, bem como informasse eventuais herdeiros ou qualificasse o respectivo inventariante.*
>
> *Por meio da petição de f. 13-15, pleiteou o exequente o prosseguimento do feito, na medida que: 'a citação ocorrerá no endereço indicado e na pessoa a quem se apresentar como legítimo representante do espólio (f. 14, in fine)'.*
>
> *É o relatório. **Decido.***
>
> *Inicialmente, consigno a impossibilidade do prosseguimento do presente processo unicamente face o espólio ou eventualmente seu representante, que, diga-se, **sequer restou qualificado pelo exequente. Ademais disso,** conforme narrativa do próprio exequente, não existe informação acerca da abertura do inventário, bem como desconhece o exequente eventuais herdeiros do falecido.*
>
> *Com efeito, o ajuizamento da demanda contra o espólio, cujo inventário sequer sabe o exequente se existiu, conforme narrativa do próprio na petição retro, revela a patente nulidade na constituição do crédito tributário.*
>
> *Digo isso porque, no processo de constituição do crédito tributário, deixou o exequente de indicar, especificamente, quem seria o responsável tributário pela exação em questão, sendo que inexiste informação específica em relação à abertura do processo de inventário e tampouco em relação aos eventuais herdeiros do falecido.*
>
> *Nessa vertente, imperioso esclarecer que o espólio é compreendido pela universalidade de bens, direitos e obrigações do falecido, sendo representado pelo inventariante, nos termos dos artigos 75, VII e 618, I, do CPC.*
>
> *Aberta a sucessão, nomeia-se o inventariante, que permanece responsável pela massa de bens até o julgamento, por sentença, da partilha e destinação dos referidos bens, que integravam a universalidade do patrimônio do de cujus.*

Por conseguinte, homologada a divisão dos bens com a partilha, desonera-se o inventariante e tem-se como legitimados os herdeiros que responderão na proporção de seu quinhão, na forma do estabelecido nos artigos 1997 do CC/2002 e 796 do CPC, verbis:

'Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

(...).

Art. 796. O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube'.

Esclarecidas tais premissas, ***entendo que revela-se patente a nulidade insanável da CDA****, na medida que a Fazenda Pública simplesmente indica o espólio do falecido como responsável pelo pagamento da dívida,* ***sendo que sequer possui conhecimento acerca da existência de eventual inventário ou supostos herdeiros.***

Por conseguinte, revela-se flagrante a nulidade da constituição do crédito tributário, na medida que a Fazenda Pública descurou-se de critérios legais e objetivos para efetiva indicação e qualificação do sujeito passivo.

Há que se destacar, ademais, ***que eventual substituição do polo passivo da presente demanda não se mostraria viável em razão da ausência de título executivo regularmente constituído (CDA),*** *sendo certo que a substituição implicaria necessariamente em novo procedimento de lançamento.*

Desta forma, a presente ação merece ser extinta, vez que denota-se, de plano, a nulidade da CDA, porquanto ajuizada a execução face o espólio de pessoa falecida, sem que houvesse, contudo, a correta qualificação do inventariante ou de eventuais herdeiros, inexistindo, ainda, notícia específica se efetivamente restou processado os autos de inventário.

Diante do exposto, ***julgo extinta*** *a presente ação, com fundamento no artigo 485, IV e VI, do Código de Processo Civil, ante a ausência de título executivo líquido, certo e exigível.*

Sem custas. P.RI. Oportunamente, arquive-se." (G.n.).

Ocorre que, em consulta à base de dados do Sistema de Automação do Judiciário - SAJ, da comarca de origem, verifico que em 11/09/2017, o Município ajuizou execução fiscal em face de José Aprigio dos Santos (e não espólio), constatando que o mesmo já havia falecido em 16/02/2009 (f. 26 daqueles autos: Data de Óbito: 16.12.2009), e por esse motivo pediu a desistência da ação nos seguintes termos:

"O Município de Dourados, qualificado nos autos de ação de execução fiscal acima epigrafada, por sua procuradora abaixo assinado, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, requerer a extinção do feito com fundamento no artigo 485, VIII do CPC, combinado com o artigo 26 da LEF[1]*,* ***considerando que o executado já era falecido à época da propositura da ação****, conforme atesta o documento anexo - extrato CADSUS, evidenciando a ilegitimidade deste para figurar no polo passivo.*

Isto posto, requer a devolução de eventual mandado expedido, independentemente de cumprimento, a baixa na distribuição, bem como, levantamento da penhora e registros, se houver, a desistência do prazo recursal e demais atos necessários para o arquivamento em definitivo do feito.

Pede deferimento." Destacamos.

1 Art. 26. Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.

Naquele feito, a Certidão de Dívida Ativa não estava direcionada ao espólio. Já na presente ação, as quatro CDA's tem como devedor o espólio de José Aprigio dos Santos e a Execução Fiscal igualmente já foi ajuizada em face do espólio, sem contudo indicar quem é o inventariante, que é a pessoa responsável por sua representação, conforme art. 75, VII, do CPC[2], e cuja notificação do lançamento é imprescindível.

De fato, dispõe o art. Art. 4º, III, da Lei de Execução Fiscal: *"A execução fiscal poderá ser promovida contra: (...) III - o espólio."*

Contudo, a notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, sendo passível de nulidade o ato, pois a ausência de notificação desrespeita as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório.

Considerando que o Município não sabe se teve inventário, não sabe quem é o inventariante, nem quem são os herdeiros do devedor tributário, que faleceu em fevereiro de 2009, constata-se que o falecimento do contribuinte é anterior ao próprio processo administrativo de lançamento, já que o fato gerador da dívida tributária são débitos de IPTU (imposto regido pela modalidade de lançamento), dos anos de 2016, 2017 e 2018 e uma multa de 2017, e portanto, o inventariante, ou na falta deste, os herdeiros deveriam ter sido notificados, o que confessadamente não ocorreu, ficando ausentes o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

> *"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – TRIBUTÁRIO –* ***INCLUSÃO DO SUCESSOR INVENTARIANTE – ESPÓLIO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO – VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – VÍCIO NO PRÓPRIO LANÇAMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA CDA – IMPOSSIBILIDADE*** *– IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA – DÉBITO NÃO-DECLARADO – LANÇAMENTO SUPLEMENTAR. 1. A ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, postulados com sede constitucional, são de observância obrigatória tanto no que pertine aos 'acusados em geral' quanto aos 'litigantes', seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo. 2. Insere-se nas garantias da ampla defesa e do contraditório a notificação do contribuinte do ato de lançamento que a ele respeita. A sua ausência implica a nulidade do lançamento e da Execução Fiscal nele fundada. 3. A notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, mercê de figurar como pressuposto de procedibilidade de sua exigibilidade. (Precedentes: AgRg no Ag 922099/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ. 19/06/2008; REsp 923805/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ. 30/06/2008). 4. É que segundo doutrina abalizada: 'A notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia'. Trata-se de providência que aperfeiçoa o lançamento, demarcando, pois, a formalização do crédito pelo Fisco. O crédito devidamente notificado passa a ser exigível do contribuinte. Com a notificação, o contribuinte é instado a pagar e, se não o fizer nem apresentar impugnação, poderá sujeitar-se à execução compulsória através de Execução Fiscal. Ademais, após a notificação, o contribuinte não mais terá direito a certidão negativa de débitos. A notificação está para o lançamento como a publicação está para a lei, sendo que para o Min. Ilmar Galvão, no RE 222.241/CE, ressalta que 'Com a publicação fixa-se a existência da lei e identifica-se a sua vigência (...) (PAULSEN, Leandro. Direito tributário. 11. ed., 2009. p.1.010)'. 3.* ***O juízo de primeira instância consignou que: 'Tendo o óbito ocorrido antes da inscrição da dívida ativa, a formação do título não se fez adequadamente (por não ter o lançamento sido notificado a quem de direito, ou por não ter sido a inscrição precedida da defesa por quem tivesse legitimidade para este fim). O defeito é do próprio título, e não processual, e não pode ser sanado senão mediante a renovação do processo administrativo tributário*** *(f. 16)'. 4. O falecimento do contribuinte, ainda na fase do processo administrativo para lançamento do crédito tributário, não impede o Fisco de prosseguir na execução dos seus créditos, sendo certo que o espólio será o responsável pelos tributos devidos pelo de cujus, nos termos do art. 131, II e III, do CTN, ou, ainda, os verbis: Art. 131. São pessoalmente responsáveis: III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão. 5.* ***A notificação do espólio, na pessoa do seu representante legal, e a sua indicação diretamente como devedor no ato da inscrição da dívida ativa e, por conseguinte,***

2 Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...); VII - o espólio, pelo inventariante.

> ***na certidão de dívida ativa que lhe corresponde é indispensável na hipótese dos autos.*** *6. In casu, 'o devedor constante da CDA faleceu em 06/05/1999 (f. 09) e a inscrição em dívida ativa ocorreu em 28/07/2003, ou seja, em data posterior ao falecimento do sujeito passivo', conforme fundamentou o tribunal de origem. 7. A emenda ou substituição da Certidão da Dívida Ativa é admitida diante da existência de erro material ou formal, não sendo possível, entretanto, quando os vícios decorrem do próprio lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA. Precedentes: AgRg no Ag 771386 / BA, DJ 01.02.2007; AgRg no Ag 884384 / BA, DJ 22.10.2007. 8. Enunciado n. 392/STJ, o qual dispõe que 'a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução'. 9. Recurso Especial desprovido. (STJ, REsp 1073494/RJ, Relator(a) Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Data do Julgamento 14/09/2010, DJe 29/09/2010)."* Destacamos.

Portanto, a sentença deve ser mantida.

Quanto à representação do espólio, nota-se de fato a deficiência do Município apelante, como bem o disse, de não dispor de sistema de consulta interligada com o TJMS, com o Estado de MS, outros Estados da Federação, Cartórios Extrajudiciais, mas principalmente por não estar interligado em si mesmo.

Isso porque, em consulta ao SAJ, consulta esta que poderia ser feita por meio de pedido de certidão de feitos distribuídos pelo CPF do *de cujus* (039.268.691-00), encontrou-se os Autos de Arrolamento Comum n. 0800193-49.2012.8.12.0002, que tramitou desde 2012 até a partilha de bens em 2019, pela 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Dourados, em que nele o Município apelante forneceu inclusive uma certidão negativa (f. 19 do Arrolamento), em setembro de 2011, para instrução do Arrolamento:

Validade até: 09.10.2011 | Número: 3811/2011

Atendendo a requerimento constante no processo protocolado sob o nº **27067/11**, datado de 08 de Setembro de 2011, do(a) interessado(a), Vilmar.

Certifico que, revendo em nossos arquivos, livros e demais documentos, constatamos, até a presente data, a *inexistência de débitos tributários e não tributários* em nome de **JOSE APRIGIO DOS SANTOS,** portador(a) do CPF 039.268.691-00, estabelecido(a) nesta cidade de Dourados/MS.

E, por ser verdade, firmamos o presente.

Conforme Lei Complementar nº. 71, de 29 de dezembro de 2003 (CTM):

Art. 441. Será expedida a Certidão Negativa de Débito se for constatada:
I - a inexistência de créditos tributários e não tributários;
II - a existência de créditos tributários e não tributários não vencidos.

....

Art. 445. A Certidão Negativa de Débito e a Certidão Positiva de Débito com efeito de Negativa não exclui o direito da Fazenda Municipal exigir, a qualquer tempo, os créditos a vencer, vencidos e não recolhidos e os que venham a ser apurados.

....

Art. 449. A Certidão Negativa será eficaz, dentro de seu prazo de validade e para o fim a que se destina, perante qualquer órgão ou entidade da Administração Federal, Estadual e Municipal, Direta ou Indireta.

Para constar, concedeu-se a presente **Certidão Negativa de Débito.**

Dourados/MS, 09 de Setembro de 2011.

Pelo formal de partilha homologado, o bem que deu origem às dívidas de IPTU executadas na Execução Fiscal foi partilhado entre os oito filhos (um deles já falecido, cujos dois filhos representaram por cabeça), deixados pelo *de cujus*, tendo sido nomeado inventariante o filho Vilmar de Melo Santos. Posteriormente substituído por Osmar Melo Santos, residente no seguinte endereço:

00, residentes na Rua Bilardo da Silva Neto, 2415, Conjunto Habitacional I – Izidro Pedroso, nesta cidade de Dourados – CEP 79840-300;

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação.

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. 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, 31 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Agravo de Instrumento nº 1413711-53.2018.8.12.0000 – Aquidauana

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO QUANTO ÀS PROVAS – ART. 371 DO CPC – LIMITAÇÃO DA PENHORA À COTA PERTENCENTE AO EXECUTADO FALECIDO – FATO NÃO OBSERVADO PELO JUÍZO *A QUO* – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

De acordo com o art. 206, § 5º, I, do Código Civil, prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, de modo que, o credor dispõe desse lapso temporal para satisfação do seu crédito. Assim, poderá ocorrer a prescrição intercorrente, fulminando o direito do credor em persistir no direito de cobrança caso decorra mais de 05 (cinco) anos sem que a execução seja efetiva em virtude da não localização de bens ou do devedor e inércia do credor, o que não ocorreu no presente caso.

Ao juiz cabe apreciar o pedido de produção de prova de acordo com o que entender atinente à demanda. Portanto, este não está obrigado a julgá-la conforme pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento motivado, conforme dispõe o art. 371 do CPC.

A penhora sobre o imóvel foi deferida com a observação de que *" somente deverá ser penhorado a cota referente ao requerido/falecido"*. Contudo, ao efetivar a constrição, não constou tal observação no mandado, sendo penhorado o bem em sua totalidade, devendo a decisão objurgada ser reformada apenas para limitar a constrição à cota parte do executado falecido.

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

Campo Grande, 9 de setembro de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Odete Sanches Lamego e outros interpõem recurso de agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana/MS, nos Autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0000347-62.20108.12.0005, ajuizada pelo Banco Bradesco S/A, que afastou a alegação de impenhorabilidade, mantendo a constrição de f. 190.

Suscitam tão somente questões preliminares.

Primeiramente, sustentam ocorrência de prescrição quinquenal (art. 206, § 5º do C.C.), argumentando que a execução se refere à Cédula de Crédito Empréstimo Pessoal nº 210/106.689.924, celebrado pelo falecido

Ivan Sanches Lamego em 18/06/2008 com o banco agravado, sendo a execução ajuizada em 19/02/2010, com a informação do falecimento de Ivan ocorrido em 09/08/2016, sendo a penhora do bem realizada em 19/07/2018 (f. 190).

Aduzem que os demais herdeiros não foram citados, mas somente Odete foi intimada (f. 191) da penhora realizada em 18/07/2018 e se manifestou espontaneamente nos autos em 30/07/2018, quando se insurgiram em face da penhora realizada.

Afirmam que a pretensão do exequente, ora agravado, está prescrita, razão pela qual pugna pela extinção do processo com resolução do mérito.

Também arguiram cerceamento de defesa por terem protestado pela produção de prova a fim de comprovar tratar-se de bem de família pela efetivação de um laudo de constatação, o que foi rejeitado pelo juízo, que entendeu pelo julgamento do mérito.

Ademais, asseveram que a penhora é nula porque a determinação do magistrado *a quo* é da penhora apenas da cota referente ao falecido Ivan.

Prequestionam a matéria.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 263-264).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 268-274).

É o relatório.

VOTO

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

Odete Sanches Lamego e outros interpõem recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana/MS, nos Autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0000347-62.20108.12.0005, ajuizada pelo Banco Bradesco S/A, que afastou a alegação de impenhorabilidade, mantendo a constrição de f. 190.

Suscitam preliminar de prescrição quinquenal (art. 206, § 5º do C.C.), argumentando que a execução se refere à Cédula de Crédito Empréstimo Pessoal nº 210/106.689.924, celebrado pelo falecido Ivan Sanches Lamego em 18/06/2008 com o banco agravado, sendo a execução ajuizada em 19/02/2010, com a informação do falecimento de Ivan ocorrido em 09/08/2016, sendo a penhora do bem realizada em 19/07/2018 (f. 190).

Aduz que os herdeiros não foram citados, mas somente Odete foi intimada (f. 191) da penhora realizada em 18/07/2018 e se manifestou espontaneamente nos autos em 30/07/2018, quando se insurgiu em face da penhora realizada.

Afirmam que a pretensão do exequente, ora agravo, está prescrita, razão pela qual pugna pela extinção do processo com resolução do mérito.

Arguiram, também, preliminar de cerceamento de defesa, tendo em vista ter protestado pela produção de prova a fim de comprovar tratar-se de bem de família.

Ademais, alegam que a penhora é também nula porque a determinação do magistrado *a quo* é da penhora apenas da cota referente ao falecido Ivan.

Prequestionam a matéria.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 263-264).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 268-274).

É o relatório. Decido.

Pelo que se dessume dos autos, a parte agravada Banco Bradesco S/A ajuizou ação de execução de título extrajudicial em face de Ivan Sanches Lamego, devedor da Cédula de Crédito Bancário/Empréstimo Pessoal sem Seguro Prestamista nº 321/106.689.924.

Foi certificado pelo Oficial de Justiça à f. 35 o falecimento do executado, informações prestadas pela mãe do executado, Sra. Odete, razão pela qual o exequente requereu a substituição processual com a citação dos herdeiros sucessores.

A agravante Odete foi devidamente intimada (f. 57) e informou que o executado falecido (atestado f. 115), não deixou nenhum herdeiro, nem viúva meeira, bem como que não foi aberto inventário por não possuir bens.

Por restar infrutíferas as tentativas de penhora *online* via Bacenjud nos ativos financeiros em nome do executado, foi requerida a penhora sobre o imóvel matriculado sob nº 1929, de propriedade do Sr. Ivan, que foi deferido pelo juízo (f. 104), sendo efetuada a penhora sobre o bem em 13/07/2018 (f. 190-192).

Os executados, mãe e irmãos do devedor falecido, insurgiram-se contra a penhora requerendo a declaração de nulidade da constrição, com liberação do bem, porque teria recaído sobre bem de família, portanto impenhorável. Ocorre que o juízo *a quo* indeferiu a pretensão dos executados, mantendo a penhora do imóvel por entender que os executados não se desincumbiram do ônus de demonstrar que os frutos da locação do imóvel são utilizados para cobrir o valor pago com a locação da residência onde vivem e que os alugueres são sua única fonte de subsistência, razão pela qual foi interposto o presente agravo.

Analisando a peculiaridade do caso, passo à análise das preliminares.

Da preliminar de prescrição.

Os agravantes suscitam preliminar de prescrição com base no art. 206, § 5º do Código Civil, vez que a Cédula objeto da lide foi emitida em 18/06/2008, sendo a demanda ajuizada em 19/02/2010 e a penhora efetivada somente em 19/07/2018.

Aduzem que só foram integralizados ao polo passivo em 30/07/2018 para manifestarem-se quanto à penhora e por inexistir causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 202, inciso II do CC, a pretensão da parte exequente/agravada esta prescrita, razão pela qual o processo deve ser extinto.

Com o ajuizamento da demanda, sendo determinada a citação do executado, em 29/06/2010 foi certificado pelo meirinho o falecimento do devedor, informação esta fornecida pela genitora do mesmo.

Em 14/10/2010, o juízo suspendeu o feito por 30 (trinta) dias para que o exequente promovesse a substituição processual (f. 45).

O banco credor, por sua vez, pugnou pela intimação da genitora do falecido para que informasse a existência de demais herdeiros (f. 50-51), o que foi deferido pelo juiz (f. 53).

Devidamente intimada (f. 57), a agravante Odete informou que o executado falecido não havia deixado nenhum herdeiro, nem viúva meeira, bem como que não foi aberto inventário por não possuir bens.

À f. 77 foi requerida a suspensão do feito, nos termos do art. 791, III, do CPC, que foi deferido pelo juízo em 12/07/2011 (f. 80), sendo requerido o desarquivamento do feito e 25/08/2014, quando o exequente impulsionou o feito a fim de localizar a existência de bens penhoráveis para garantir a dívida exequenda (f. 83), ficando o processo arquivado por cerca de três anos.

Primeiramente, observa-se que a agravante omitiu informações deste juízo acerca da existência de bens em nome do executado falecido, bem como da existência de demais herdeiros, fatos que só foram descobertos pela instituição financeira agravada (f. 92-102 - 15/12/2014) que encontrou o imóvel adquirido pelo devedor falecido e seus irmãos, ora agravantes, em 20/02/2003.

O deferimento da penhora ocorreu já em 20/01/2015 - f. 104, contudo, antes da efetivação do ato, o juízo determinou que o banco credor juntasse aos autos a certidão de óbito do falecido, bem como a qualificação e endereço dos demais proprietários (f. 106), sendo determinada a intimação dos mesmos.

Em 15/02/2015, o agravado requereu a intimação da genitora do falecido para trazer aos autos a certidão de óbito e a pesquisa dos endereços dos coproprietários do bem junto ao sistema Bacenjud e Infoseg, o que foi deferido pelo juízo à f. 112.

Em 18/08/2016, o banco credor postulou pelo prosseguimento do feito com a expedição do mandado de penhora e avaliação do imóvel (f. 180-181), sendo determinado o cumprimento do despacho de f. 104 em 15/03/2017 e a penhora efetivada em 19/07/2018 (f. 190-192).

Assim, analisando detidamente os autos, é possível constatar que, em momento algum, estes ficaram paralisados, ou seja, sem impulsionamento, pelo prazo de cinco anos, a fim de configurar a prescrição alegada.

O Código Civil no seu art. 206, § 5º, I, estabelece prescrever no prazo de 05 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, de modo que, o credor dispõe desse lapso temporal para satisfação do seu crédito.

Com efeito, decorrendo mais de 05 (cinco) anos sem que a execução seja efetiva em virtude da não localização de bens ou do devedor, poderá ocorrer a prescrição intercorrente, fulminando assim, o direito do credor em persistir no direito de cobrança.

A respeito desse da prescrição, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou:

> *"PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO LEGAL – INSTRUMENTO PARTICULAR – PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73. É assente nesta Corte o entendimento de que deve incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil de 2002, quando se trate de títulos executivos extrajudiciais, consubstanciados em espécie de instrumento particular que veicula dívida líquida, como espelha o caso dos autos."* (STJ - AgInt no AREsp 793.457/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016).

A ocorrência da prescrição intercorrente pode se aperfeiçoar se durante aludido lapso temporal quinquenal ficar evidenciado que o credor não produziu prova prática de quaisquer diligências para impulsionar o prosseguimento da execução de modo concreto e eficaz, o que não ocorreu do caso em análise.

Neste sentido:

> *"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OITIVA DO CREDOR. Incide a prescrição intercorrente, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição."* (STJ - REsp 1589753/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 31/05/2016).

Desnecessárias maiores delongas, a preliminar suscitada deve ser rejeitada, pois em nenhum momento o exequente ficou inerte à demanda, bem como não transcorreu o prazo prescricional, como tenta fazer crer os agravantes.

Desta forma, afasto a preliminar de prescrição arguida pelos agravantes.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Os agravantes suscitam preliminar de cerceamento de defesa por terem protestado pela produção de prova a fim de comprovar tratar-se de bem de família pela efetivação de um laudo de constatação, o que foi rejeitado pelo juízo, que entendeu pelo julgamento do mérito.

Aduziram que no momento em que os agravantes expuseram as suas pretensões, juntaram no processo documentos que, em princípio, trouxeram a impressão de que o imóvel penhorado " pode" ser um bem de família.

Observa-se que quando do deferimento da penhora (f. 104), foi determinada a *"constrição da cota parte do imóvel que pertencia ao executado falecido"* e seus irmãos, sendo expedido mandado de penhora, avaliação, intimação à Sra. Odete como *" representante do espólio de Ivan Sanches Lameg (f. 189)"*, que juntamente com os demais herdeiros, prontamente, manifestaram-se nos autos (f. 194-202) alegando a impenhorabilidade do bem.

Quanto ao pedido de expedição de mandado de constatação que foi indeferido pelo juízo, sabe-se que ao Juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda. Sendo assim, este não está obrigado a julgá-la conforme pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento motivado (art. 371 do CPC), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos concernentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso.

Ademais, o livre convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução (artigos 370 e 371, do CPC), autorizam-no a dispensar a produção de provas que considerar desnecessárias para o deslinde do feito, como no caso em tela.

Vejamos trecho pertinente do julgado:

> *"No caso posto em juízo, não restou comprovado que os herdeiros possuem apenas o imóvel penhorado e que* ***utilizam o mesmo como sua moradia, eis que conforme relatado o mesmo encontra-se locado para terceiro.***
>
> ***Ademais não há qualquer prova de que o aluguel é necessário para a subsistência dos peticionantes****, nos termos da Súmula 486 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: 'É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família'.*
>
> ***Os peticionantes limitaram-se a anexar contrato de locação de imóvel em nome de uma das requerentes (f. 228-229), contrato este que sequer possui firma reconhecida para comprovar a data de sua assinatura, ademais, como já dito não há qualquer prova que indique que o valor obtido com a locação do imóvel penhorado é utilizada para adimplemento do aluguel do outro imóvel****.*
>
> ***Ressalte-se que não há nenhum comprovante de que os frutos do imóvel revertam em pagamento do aluguel do outro imóvel, o que poderia ter sido feito através da juntada extratos bancários ou de recibos emitidos em favor da suposta locadora.***
>
> ***Sendo assim, tem-se que os peticionantes não se desincumbiram do ônus de demonstrar que, de fato, os frutos da locação do imóvel deixado pelo executado são utilizados para cobrir locatício da residência que vivem, bem como não demonstraram que os alugueres são sua única fonte de subsistência, eis que os peticionantes se qualificam como bancário e auxiliar administrativa (f. 194).***
>
> *Nesse sentido colaciono o seguinte julgado:*

> *AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA SOBRE ALUGUERES DE ÚNICO IMÓVEL ALUGADO A TERCEIROS – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE A RENDA REVERTA PARA O SUSTENTO DA FAMÍLIA – SÚMULA 486, STJ – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO – MANUTENÇÃO DA PENHORA – RECURSO IMPROVIDO. No caso, não restou demonstrado que o aluguel constrito é necessário para viabilizar sua moradia e de sua família."* (TJ-SP - AI: 21361064720148260000 SP 2136106-47.2014.8.26.0000, Relator: Armando Toledo, Data de Julgamento: 23/09/2014, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/09/2014). Destaquei.

Neste sentido, segue recente ementa de minha relatoria:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PEDIDO DE NULIDADE DE SENTENÇA – REJEITADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Cabe ao Juiz, enquanto destinatário da prova, definir acerca da necessidade e utilidade da produção de provas para a formação do seu convencimento motivado, a teor do disposto no art. 370 do CPC, não sendo obrigado a deferir a produção probatória quando verificar sua desnecessidade."*

In casu, há que ser observado que, no caso em análise, a dilação probatória postulada pelos executados, ora agravantes (laudo de constatação), é totalmente impertinente e até inócua, mesmo porque poderia comprovar o alegado através de outros tipos de prova, como bem destacado pelo juízo *a quo*.

Portanto não há que se falar em cerceamento de defesa, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada.

Da nulidade da penhora - Limitação da constrição apenas à cota pertencente a Ivan Sanches Lamego.

Os agravantes alegam que a penhora é nula porque a determinação do magistrado *a quo* é da penhora apenas da cota referente ao executado falecido Ivan.

Afirmam que a fração do imóvel que pertencia ao devedor originário foi integralmente transferida para a agravante Odete, sua genitora, por força de arrolamento que tramitou na Comarca de Aquidauana (Autos nº 0000604-24.2009.8.12.0005).

De fato, assiste razão aos agravantes, eis que o juízo *a quo* deferiu a penhora sobre o imóvel (f. 104) com a observação de que *"somente deverá ser penhorado a cota referente ao requerido/falecido Ivan Sanches Lamego. Contudo, ao efetivar a constrição, não constou tal observação no mandado, sendo penhorado o bem em sua totalidade, (f. 189-192)."*

Desta forma, a decisão objurgada deve ser reformada apenas para constar que a penhora deve ser limitada à cota parte do executado falecido Ivan Sanches Lamego, mantendo-a inalterada nos demais termos.

Prequestionamento.

Acerca do prequestionamento, destaco que o julgador não está obrigado a contrapor todos os argumentos e teses trazidos pelas partes.

Convém esclarecer, mais uma vez, que prequestionamento, para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário, significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida (questões fáticas e/ou de direito), não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, de forma que uma vez ventiladas no acórdão, viabilizam a sua eventual impugnação perante os Tribunais Superiores, sendo que na atual sistemática do novo CPC se consideram *"incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade (art. 1.025, CPC/15)."*

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto e dou-lhe parcial provimento para o fim de reformar a decisão agravada apenas para constar que a penhora realizada deve ser limitada à cota parte do executado falecido Ivan Sanches Lamego.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 9 de setembro de 2020.

***

Órgão Especial
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Mandado de Segurança Cível nº 1411125-09.2019.8.12.0000

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVO – DEMISSÃO DE SERVIDOR A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO – PRÁTICA DE FALTA GRAVÍSSIMA – DESÍDIA FLAGRANTE NO DEVER DE FISCALIZAR REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA EXAMINADA EM CONJUNTO COM O MÉRITO – EXPIRAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO PARA CONCLUSÃO E JULGAMENTO DO PAD – NULIDADE INEXISTENTE (SÚMULA 592 STJ E ART. 273, § 2º, LEI ESTADUAL 1.102/90) – CERCEAMENTO DE DEFESA (NEGATIVA DE ACESSO A PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE NOVA PROVA PERICIAL) – VISTA DOS AUTOS NA REPARTIÇÃO E/OU POSSIBILIDADE DE FOTOCOPIAR DOCUMENTOS – COMPARTILHAMENTO DE PROVAS DA POLÍCIA FEDERAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE IMPLANTAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO DA RODOVIA MS-430 (OPERAÇÃO LAMA ASFÁLTICA), COM VULTOSOS PREJUÍZOS AO ERÁRIO – TESE DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA PENA DISCIPLINAR DE DEMISSÃO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

Estando a preliminar de inadequação da via eleita imbricada com a questão de fundo, mostra-se oportuno examiná-la em conjunto com o mérito.

Afasta-se a tese de nulidade de processo administrativo-disciplinar, se ao servidor foram franqueados todos os meios de defesa previstos em lei, tendo havido, inclusive, o compartilhamento de robustas provas periciais oriundas da Polícia Federal, instituto vulgarmente conhecido no meio jurídico como "prova emprestada", o qual é amplamente aceito no ordenamento jurídico brasileiro, em atenção ao princípio da celeridade processual, como preconiza o art. 372 do CPC.

O simples fato de o impetrante juntar perícia particular e contrapor laudos de perícia criminal federal, sob o argumento da necessidade de produção de nova perícia específica, é incompatível com a tese de liquidez e certeza do pedido.

De modo geral, como reconhece a jurisprudência, é defeso ao Poder Judiciário, sobretudo em mandado de segurança, incursionar no mérito dos atos administrativos, circunstância, porém, relativizada, excepcionalmente (cfr. AgRg no Ag 1.298.842/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe 29.6.2010 e AgRg nos EDcl no REsp 902.419/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 15.2.2008),[1] quando se trata de analisar questões de natureza grave, tais como a sanção pertinente à demissão de Servidor Público, em que se permite a verificação da efetiva ocorrência dos ilícitos imputados a ele, bem assim avaliação da punição disciplinar aplicada.

Não possui direito líquido e certo de anular processo administrativo-disciplinar, instaurado e concluído sob os rigores da lei, com vistas à reintegração no cargo, o servidor demitido, a bem do serviço público, por ter agido com flagrante desídia no cumprimento do dever, causando lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio estadual, em clara ofensa ao art. 235, incisos VII e XII da Lei Estadual n. 1.102/90, o que afasta a alegação de ofensa aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e igualdade na aplicação da pena disciplinar.

1 Recurso Especial Repetitivo n. 1.257.665/CE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de julho de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Fausto Carneiro da Costa Filho, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança em face de ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na aplicação da pena disciplinar de demissão do ora requerente, com a nota "a bem do serviço público".

Inicialmente, protocolizou a petição inicial de f. 1 a 53, substituindo-a, depois, a título de emenda, pela petição de f. 2.109 a 2.151, isso antes de ser proferida a presente decisão, sob a justificativa de que, *"por um lapso, no momento da conversão da referida peça em 'pdf', foi utilizada petição relativa ao servidor Wilson Roberto Mariano, (f. 2.109)."*

Argumenta, em linhas gerais, que a decisão proferida pela autoridade coatora é totalmente ilegal, portanto, violadora do seu direito líquido e certo, bem assim que a grave penalidade de demissão a si imposta decorre de Processo Administrativo revestido de nulidades insanáveis, no qual operou-se a prescrição e a decadência, esta decorrente da inobservância do prazo legal para a sua conclusão.

Detalha os fatos, sustentando, em resumo, que: 1) é servidor público estadual integrante do quadro permanente de pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, lotado na Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL; 2) foi investigado, assim como outros servidores, no âmbito da Operação Lama Asfáltica, objeto dos contratos de obras de pavimentação da Rodovia MS 430 nºs OV 168/2012, 74/2013, 75/2013 e 76/2013, em que atuou como fiscal e membro da Comissão de Fiscalização, cujos fatos e irregularidades, em tese, foram constatados pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e Controladoria Geral da União; 3) em 23 de fevereiro de 2018, a Controladoria Geral do Estado, objetivando a apuração de eventuais infrações administrativas por parte de servidores lotados na AGESUL, instaurou, por meio da Resolução n. "P" CGE/MS n. 43, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) n. 53/000024/18, tendo como processado o impetrante e ainda outros 9 (nove) servidores).

Apresenta como fundamentos para a concessão da segurança, as seguintes razões:

A conclusão e julgamento do Processo Administrativo Disciplinar ultrapassou o prazo de 120 (cento e vinte) dias, ofendendo os arts. 258 e 272 da Lei n. 1.102/1990 (excesso de prazo).

A Comissão Processante vulnerou os princípios da ampla defesa e do contraditório (cerceamento de defesa), com ofensa ao art. 5º, LV, da CF, e ao art. 248 da Lei n. 1.102/90, porque:

O PAD foi instaurado a partir de elementos de provas compartilhadas mediante autorização da Justiça Federal de Campo Grande (prova emprestada), tendo como objeto, em relação ao impetrante, supostas falsificações dos Boletins de Medições da obra de asfaltamento da Rodovia MS 430;

Conforme constou no relatório final da Comissão Processante, *"o impetrante atuou como fiscal das obras relativas ao Contrato n. OV 168/2012 (Proc. n. 19/101.038/2012 - Trecho São Gabriel do Oeste - entr. MS 080, seg. estaca 0+0,00 a 750+0,00, com extensão de 15,00 km), ou seja, primeira parte da obra de*

implantação da MS 430, com a atribuição de fiscalizar, fazer vistorias, efetuar medições e atestar a prestação de obras públicas e serviços de engenharia contratados, tendo composto a comissão de fiscalização para os Contatos nºs 074/2013, 075/2013 e 076/2013, (f. 2.121-2.122)";

A Comissão Processante sugeriu a demissão do servidor, baseando-se nos laudos periciais tomados de empréstimo da Polícia Federal e no Relatório da CGU, considerando como absolutamente corretos tais documentos, bem assim *"qualificando-os como fortes, plausíveis e consistentes e, portanto, certas as irregularidades apontadas, limitando-se a averiguar se o impetrante tomou alguma providência quanto às irregularidades, (f. 2.122)"*;

Entretanto, em sua defesa, o impetrante *"impugnou referidos laudos, juntando outro laudo, elaborado pelo proprietário da empresa responsável pela fiscalização externa da execução da obra de implantação da Rodovia MS 430, Sr. Marcos Puga, atestando a perfeita execução da obra contratada e que as impropriedades existentes nos laudos formulados pela CGU e Polícia Federal não existiram (f. 2.122)"*, bem assim requereu, expressamente, a realização de perícia, a fim de comprovar que suas medições corresponderam ao que efetivamente havia sido executado, todavia, o pedido de prova pericial sequer foi apreciado pela Comissão Processante, que se limitou a analisar pedido semelhante formulado pela defesa do processado Hélio Yudi Komiyama (f. 1.035 do PAD);

A produção da prova pericial é imprescindível para a demonstração da efetiva execução dos contratos e, consequentemente, da inexistência de irregularidades nas medições realizadas pelo impetrante;

Somente através da prova pericial é que o contraditório estará efetivamente cumprido, uma vez que os laudos juntados pela comissão processante nos autos do procedimento administrativo foram produzidos de forma unilateral pela autoridade policial e pelo órgão federal de controle, não havendo como impugnar tais documentos apenas por meio de testemunhas;

A única forma de contraprova é a realização de uma nova perícia, a ser realizada por profissional com independência e acompanhada por assistentes técnicos da defesa.

Houve, também, cerceamento de defesa, porquanto foi negado ao servidor o acesso aos procedimentos administrativos anteriores ao PAD, instaurados acerca de sua atuação funcional, enquanto Fiscal de Obras da AGESUL, com base nos fatos apurados na Operação Lama Asfáltica, inclusive tratando também da Rodovia MS 430, objeto do PAD ora objurgado, contudo, a Comissão Processante autorizou tão somente vista dos autos nas dependências da CGE, asseverando que, caso fosse de interesse da defesa obter cópias dos processos, deveria apresentar resmas de papéis.

A exacerbada pena aplicada ao impetrante, por meio do Decreto "P" n. 1.242, de 5.8.2019, por infração aos deveres funcionais preconizados no art. 218, III e XII, da Lei n. 1.102/90, violou os princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, porquanto:

Da atuação do impetrante como fiscal de obras, quanto às medições das obras da MS 430, não se verifica desídia que tenha resultado em lesão aos cofres públicos;

Não pretende a análise do mérito do ato administrativo que decretou a sua demissão, mas sim a efetiva observância dos preceitos legais que devem nortear os processos administrativos disciplinares;

Apesar de ter integrado a Comissão de Fiscalização, que subscreveu os atestados de medições relativas às execuções dos Contratos nºs 074/2013 e 076/2013, e de ter atuado como fiscal quando da execução do Contrato n. 168/2012, foi responsabilizado pelas medições de 4 (quatro) contratos;

De acordo com as normas da AGESUL, o membro da Comissão de Fiscalização não tinha a incumbência de realizar a fiscalização *in loco* das obras, até porque não havia estrutura física para tal atividade, como veículos;

Os relatórios eram elaborados pelo fiscal da obra, que anexava as fotografias e os assinava, cabendo aos membros da Comissão de Fiscalização apenas a conferência dos cálculos das medições;

Assim, o impetrante atuou como fiscal nos trechos de implantação da Rodovia MS 430, entre as estacas 00 a 750 (extensão de 15,00 km), ou seja, primeiro lote da obra (Contrato OV n. 168/2012), fiscalizando a obra toda semana, de modo que não poderia ter sido responsabilizado por supostas irregularidades nas fiscalizações dos demais lotes da obra de implantação e pavimentação da MS 430, relativas aos Contratos nºs 075/2013 e 076/2013;

O servidor Wilson Roberto Mariano de Oliveira foi responsabilizado apenas pelas supostas irregularidades nas medições dos Contratos em que atuou como fiscal, ou seja, 074/2013, 075/2013 e 076/2013, sendo isento em relação ao Contrato n. OV 168/2012;

Outros fiscais de obras, que apenas figuraram como membros da Comissão de Fiscalização, nos 4 (quatro) contratos, sofreram sanção de suspensão por 90 (noventa) dias;

Apesar de apresentar a mesma condição quanto aos demais servidores, membros da Comissão de Fiscalização, no tocante aos Contratos nºs 074/2013, 075/2013 e 076/2013, o impetrante recebeu tratamento desigual, sendo penalizado com a sanção de demissão;

Ainda em relação ao servidor Wilson Roberto Mariano de Oliveira, é possível verificar que o impetrante apresenta situação menos gravosa, já que atuou como fiscal em um único processo, quando aquele atuou em três, e, mesmo assim, recebeu a mesma pena;

Não se vê do relatório final da Comissão Processante, tampouco da decisão da autoridade coatora, a ponderação quanto aos critérios para a aplicação da pena de demissão (art. 232, incisos I a III);

O impetrante não apresenta em seu histórico funcional antecedentes que o prejudiquem, tratando-se de servidor de exemplar atuação e dedicação ao serviço público;

Quanto à inexecução total ou parcial do serviço de enleivamento do Contrato n. 168/2012, no tocante à atribuição de fiscalizar do impetrante, restou demonstrado, nos autos do PAD, que as irregularidades apontadas pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal não existem, tanto que esclareceu que, na fiscalização, utiliza as normas técnicas adotadas pelo DNIT, critério esse que é utilizado pela fiscalização das obras do Estado desde quando o mesmo entrou na AGESUL, em 1994, até os dias atuais;

Quando das investigações pela Polícia Federal, o impetrante consultou a atual administração da AGESUL, no sentido de saber se, nas fiscalizações de obras de pavimentação rodoviária, deveriam ser utilizados os critérios de fiscalização utilizados na MS 430, tendo sido positiva a resposta.

Reportando-se a diversos suprimentos doutrinário-jurisprudenciais, requer a concessão de tutela de urgência, para o fim de suspender os efeitos do Decreto "P" n. 1.242, de 5 de agosto de 2019, reintegrando o impetrante no cargo público, até final julgamento do presente *mandamus*.

Requer a concessão da segurança, com o fito de reconhecer a nulidade do processo administrativo-disciplinar e, consequentemente, do Decreto "P" n. 1.242, de 5 de agosto de 2019, reintegrando o impetrante, no cargo público.

Requer, por derradeiro, a concessão da gratuidade processual.

Atribui à causa o valor de R$ 248.976,00 (duzentos e quarenta e oito mil e novecentos e setenta e seis reais), equivalente a 12 (doze) vezes a remuneração pleiteada, em virtude do caráter alimentar do pedido.

Por meio da decisão monocrática de f. 2.152 a 2.157, foi desacolhido o pedido de gratuidade processual e deferida a liminar, com ordem para suspensão imediata dos efeitos dos Decretos "P" n. 1.242, de 5.8.2019, reintegrando o impetrante, em consequência, imediatamente ao cargo público que vinha ocupando, sem

solução de continuidade no recebimento dos subsídios mensais a que tem direito, até final julgamento do presente *mandamus*.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou defesa/informações, arguindo preliminar de inadequação da via eleita, sob o argumento de que o mandado de segurança impetrado carece de dilação probatória, no tocante à tese de violação dos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, por falta de interesse processual.

Quanto ao mérito, repele todas as teses esposadas na inicial do *writ* e salienta que a conduta do servidor causou prejuízos ao erário na ordem de R$ 6.413.549,26 (seis milhões, quatrocentos e treze reais, quinhentos e quarenta e nove reais e vinte e seis centavos), arrematando:

> *"Portanto, a conclusão acerca da cominação da pena de demissão (do servidor) foi mais que do que adequada, não havendo reparos a serem feitos e não podendo lhe socorrer sua postura funcional, sobretudo considerando-se a nefasta dimensão do ilícito cometido,* ***ao assinar de forma irresponsável e desidiosa boletins de medição, com dados falsamente inseridos, sem empreender quaisquer vistorias no empreendimento, e a sua repercussão para os cofres estaduais e, por via de consequência, para a população em geral****."* (f. 2.210-2.211). (G.n.).

Instado a se pronunciar, a pedido do Ministério Público, sobre a preliminar de inadequação da via eleita, suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o impetrante manifestou-se às f. 2.489-2.503, pugnando pela rejeição da preliminar e improcedência da defesa, quanto ao mérito.

O Ministério Público ofereceu parecer opinando pela rejeição da preliminar de inadequação da via eleita e pela denegação da segurança (f. 2.510-2.545).

VOTO

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

Dos fatos.

Fausto Carneiro da Costa Filho, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança em face de ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na aplicação da pena disciplinar de demissão do ora requerente, com a nota *"a bem do serviço público"*.

Inicialmente, protocolizou a petição inicial de f. 1 a 53, substituindo-a, depois, a título de emenda, pela petição de f. 2.109 a 2.151, sob a justificativa de que, *"por um lapso, no momento da conversão da referida peça em 'pdf', foi utilizada petição relativa ao servidor Wilson Roberto Mariano (f. 2.109)."*

Argumenta, em linhas gerais, que a decisão proferida pela autoridade coatora é totalmente ilegal, portanto, violadora do seu direito líquido e certo, bem assim que a grave penalidade de demissão a si imposta decorre de Processo Administrativo revestido de nulidades insanáveis, no qual operou-se a prescrição e a decadência, esta decorrente da inobservância do prazo legal para a sua conclusão.

Detalha os fatos, sustentando, em resumo, que: 1) é servidor público estadual integrante do quadro permanente de pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, lotado na Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL; 2) foi investigado, assim como outros servidores, no âmbito da Operação Lama Asfáltica, objeto dos contratos de obras de pavimentação da Rodovia MS 430 nºs OV 168/2012, 74/2013, 75/2013 e 76/2013, em que atuou como fiscal e membro da Comissão de Fiscalização, cujos fatos e irregularidades, em tese, foram constatados pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e Controladoria Geral da União; 3) em 23 de fevereiro de 2018, a Controladoria Geral do Estado, objetivando a apuração de eventuais infrações administrativas por parte de servidores lotados na AGESUL, instaurou, por meio da Resolução n. "P" CGE/MS n. 43, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) n. 53/000024/18, tendo como processado o impetrante e ainda outros 9 (nove) servidores).

Apresenta como fundamentos para a concessão da segurança, as seguintes razões:

A conclusão e o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar ultrapassaram o prazo de 120 (cento e vinte) dias, ofendendo os arts. 258 e 272 da Lei n. 1.102/1990 (excesso de prazo).

A Comissão Processante vulnerou os princípios da ampla defesa e do contraditório (cerceamento de defesa), com ofensa ao art. 5º, LV, da CF, e ao art. 248 da Lei n. 1.102/90, porque:

O PAD foi instaurado a partir de elementos de provas compartilhadas mediante autorização da Justiça Federal de Campo Grande (prova emprestada), tendo como objeto, em relação ao impetrante, supostas falsificações dos Boletins de Medições da obra de asfaltamento da Rodovia MS 430;

Conforme constou no relatório final da Comissão Processante, *"o impetrante atuou como fiscal das obras relativas ao Contrato n. OV 168/2012 (Proc. n. 19/101.038/2012 - Trecho São Gabriel do Oeste - entr. MS 080, seg. estaca 0+0,00 a 750+0,00, com extensão de 15,00 km), ou seja, primeira parte da obra de implantação da MS 430, com a atribuição de fiscalizar, fazer vistorias, efetuar medições e atestar a prestação de obras públicas e serviços de engenharia contratados, tendo composto a comissão de fiscalização para os Contratos nºs 074/2013, 075/2013 e 076/2013, (f. 2.121-2.122)"*;

A Comissão Processante sugeriu a demissão do servidor, baseando-se nos laudos periciais tomados de empréstimo da Polícia Federal e no Relatório da CGU, considerando como absolutamente corretos tais documentos, bem assim *"qualificando-os como fortes, plausíveis e consistentes e, portanto, certas as irregularidades apontadas, limitando-se a averiguar se o impetrante tomou alguma providência quanto às irregularidades, (f. 2.122)"*;

Entretanto, em sua defesa, o impetrante *"impugnou referidos laudos, juntando outro laudo, elaborado pelo proprietário da empresa responsável pela fiscalização externa da execução da obra de implantação da Rodovia MS 430, Sr. Marcos Puga, atestando a perfeita execução da obra contratada e que as impropriedades existentes nos laudos formulados pela CGU e Polícia Federal não existiram, (f. 2.122)"*, bem assim requereu, expressamente, a realização de perícia, a fim de comprovar que suas medições corresponderam ao que efetivamente havia sido executado, todavia, o pedido de prova pericial sequer foi apreciado pela Comissão Processante, que se limitou a analisar pedido semelhante formulado pela defesa do processado Hélio Yudi Komiyama (f. 1.035 do PAD);

A produção de [nova] prova pericial é imprescindível para a demonstração da efetiva execução dos contratos e, consequentemente, da inexistência de irregularidades nas medições realizadas pelo impetrante;

Somente através da prova pericial é que o contraditório estará efetivamente cumprido, uma vez que os laudos juntados pela comissão processante nos autos do procedimento administrativo foram produzidos de forma unilateral pela autoridade policial e pelo órgão federal de controle, não havendo como impugnar tais documentos apenas por meio de testemunhas;

A única forma de contraprova é a realização de uma nova perícia, a ser realizada por profissional com independência e acompanhada por assistentes técnicos da defesa.

Houve, também, cerceamento de defesa, porquanto foi negado ao servidor o acesso aos procedimentos administrativos anteriores ao PAD, instaurados acerca de sua atuação funcional, enquanto Fiscal de Obras da AGESUL, com base nos fatos apurados na Operação Lama Asfáltica, inclusive tratando também da Rodovia MS 430, objeto do PAD ora objurgado, contudo, a Comissão Processante autorizou tão somente vista dos autos nas dependências da CGE, asseverando que, caso fosse de interesse da defesa obter cópias dos processos, deveria apresentar resmas de papéis.

A exacerbada pena aplicada ao impetrante, por meio do Decreto "P" n. 1.242, de 5.8.2019, por infração aos deveres funcionais preconizados no art. 218, III e XII, da Lei n. 1.102/90, violou os princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, porquanto:

Da atuação do impetrante como fiscal de obras, quanto às medições das obras da MS 430, não se verifica desídia que tenha resultado em lesão aos cofres públicos;

Não pretende a análise do mérito do ato administrativo que decretou a sua demissão, mas sim a efetiva observância dos preceitos legais que devem nortear os processos administrativos disciplinares;

Apesar de ter integrado a Comissão de Fiscalização, que subscreveu os atestados de medições relativas às execuções dos Contratos nºs 074/2013 e 076/2013, e de ter atuado como fiscal quando da execução do Contrato n. 168/2012, foi responsabilizado pelas medições de 4 (quatro) contratos;

De acordo com as normas da AGESUL, o membro da Comissão de Fiscalização não tinha a incumbência de realizar a fiscalização *in loco* das obras, até porque não havia estrutura física para tal atividade, como veículos;

Os relatórios eram elaborados pelo fiscal da obra, que anexava as fotografias e os assinava, cabendo aos membros da Comissão de Fiscalização apenas a conferência dos cálculos das medições;

Assim, o impetrante atuou como fiscal nos trechos de implantação da Rodovia MS 430, entre as estacas 00 a 750 (extensão de 15,00 km), ou seja, primeiro lote da obra (Contrato OV n. 168/2012), fiscalizando a obra toda semana, de modo que não poderia ter sido responsabilizado por supostas irregularidades nas fiscalizações dos demais lotes da obra de implantação e pavimentação da MS 430, relativas aos Contratos nºs 075/2013 e 076/2013;

O servidor Wilson Roberto Mariano de Oliveira foi responsabilizado apenas pelas supostas irregularidades nas medições dos contratos em que atuou como fiscal, ou seja, 074/2013, 075/2013 e 076/2013, sendo isento em relação ao Contrato n. OV 168/2012;

Outros fiscais de obras, que apenas figuraram como membros da Comissão de Fiscalização, nos 4 (quatro) contratos, sofreram sanção de suspensão por 90 (noventa) dias;

Apesar de apresentar a mesma condição quanto aos demais servidores, membros da Comissão de Fiscalização, no tocante aos Contratos nºs 074/2013, 075/2013 e 076/2013, o impetrante recebeu tratamento desigual, sendo penalizado com a sanção de demissão;

Ainda em relação ao servidor Wilson Roberto Mariano de Oliveira, é possível verificar que o impetrante apresenta situação menos gravosa, já que atuou como fiscal em um único processo, quando aquele atuou em três, e, mesmo assim, recebeu a mesma pena;

Não se vê do relatório final da Comissão Processante, tampouco da decisão da autoridade coatora, a ponderação quanto aos critérios para a aplicação da pena de demissão (art. 232, incisos I a III);

O impetrante não apresenta em seu histórico funcional antecedentes que o prejudiquem, tratando-se de servidor de exemplar atuação e dedicação ao serviço público;

Quanto à inexecução total ou parcial do serviço de enleivamento do Contrato n. 168/2012, no tocante à atribuição de fiscalizar do impetrante, restou demonstrado, nos autos do PAD, que as irregularidades apontadas pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal não existem, tanto que esclareceu que, na fiscalização, utiliza as normas técnicas adotadas pelo DNIT, critério esse que é utilizado pela fiscalização das obras do Estado desde quando o mesmo entrou na AGESUL, em 1994, até os dias atuais;

Quando das investigações pela Polícia Federal, o impetrante consultou a atual administração da AGESUL, no sentido de saber se, nas fiscalizações de obras de pavimentação rodoviária, deveriam ser utilizados os critérios de fiscalização utilizados na MS 430, tendo sido positiva a resposta.

Reportando-se a diversos suprimentos doutrinário-jurisprudenciais, requer a concessão de tutela de urgência, para o fim de suspender os efeitos do Decreto "P" n. 1.242, de 5 de agosto de 2019, reintegrando o impetrante no cargo público, até final julgamento do presente *mandamus*.

Requer a concessão da segurança, com o fito de reconhecer a nulidade do processo administrativo-disciplinar e, consequentemente, do Decreto "P" n. 1.242, de 5 de agosto de 2019, reintegrando o impetrante no cargo público.

Requer, por derradeiro, a concessão da gratuidade processual.

Atribui à causa o valor de R$ 248.976,00 (duzentos e quarenta e oito mil e novecentos e setenta e seis reais), equivalente a 12 (doze) vezes a remuneração pleiteada, em virtude do caráter alimentar do pedido.

Por meio da decisão monocrática de f. 2.152 a 2.157, foi desacolhido o pedido de gratuidade processual e deferida a liminar, com ordem para suspensão imediata dos efeitos do Decreto "P" n. 1.242, de 5.8.2019, reintegrando o impetrante, em consequência, imediatamente ao cargo público que vinha ocupando, sem solução de continuidade no recebimento dos subsídios mensais a que tem direito, até final julgamento do presente *mandamus*.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou defesa/informações, arguindo preliminar de inadequação da via eleita, sob o argumento de que o mandado de segurança impetrado carece de dilação probatória, no tocante à tese de violação dos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, por falta de interesse processual.

Quanto ao mérito, repele todas as teses esposadas na inicial do *writ*, arrematando:

> *"Portanto, a conclusão acerca da cominação da pena de demissão (do servidor) foi mais que do que adequada, não havendo reparos a serem feitos e não podendo lhe socorrer sua postura funcional, sobretudo considerando-se a nefasta dimensão do ilícito cometido,* ***ao assinar de forma irresponsável e desidiosa boletins de medição, com dados falsamente inseridos, sem empreender quaisquer vistorias no empreendimento, e a sua repercussão para os cofres estaduais e, por via de consequência, para a população em geral****."* (f. 2.210-2.211). (G.n.).

Instado a se pronunciar, a pedido do Ministério Público, sobre a preliminar de inadequação da via eleita, suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o impetrante manifestou-se às f. 2.489-2.503, pugnando pela rejeição da preliminar e improcedência da defesa, quanto ao mérito.

O Ministério Público ofereceu parecer opinando pela rejeição da preliminar de inadequação da via eleita e pela denegação da segurança (f. 2.510-2.545).

É o relatório.

O processo foi reincluído em pauta para julgamento.

Do direito.

Preâmbulo.

Conforme explanado no relatório, o Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado a partir de elementos compartilhados mediante autorização da Justiça Federal, Seção Judiciária da Comarca de Campo Grande (prova emprestada), tendo por objeto as obras relativas ao Contrato OV 168/2012 (Proc. n. 19/101.038/2012), Trecho São Gabriel do Oeste, com extensão de 15 km, tendo o impetrante *"composto a comissão de fiscalização para os Contratos nºs 074/2013, 075/2013 e 076/2013, (f. 2.121-2.122)"*, em que se investigaram supostas falsificações dos Boletins de Medições da obra de asfaltamento da Rodovia MS 430.

Na decisão do Governador, que remeteu os autos à Controladoria-Geral do Estado (CGE-MS), para a adoção de providências, constou na parte atinente ao ora impetrante, Fiscal de Obras Públicas lotado na AGESUL - Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos:

> *"b)* ***Fausto Carneiro da Costa Filho,*** *ocupante do cargo de Fiscal de Obras Públicas, sob a Matrícula Funcional n. 22154021: a Comissão Processante concluiu que o servidor* ***'(...) atuou com incúria e negligência, procedendo de forma desidiosa ao assinar e atestar os boletins de medições de serviços que não foram prestados e, ainda, serviços prestados sem a qualidade e cobertura esperada, exerceu a função de fiscal da obra rodovia MS-430- Estaca O+O, 00 a 750+0, 00 e membro da comissão de fiscalização dos lotes OI a 03. Responsável direto pelo superfaturamento por quantidades e qualidade, proporcionou prejuízos aos cofres públicos (...)' - f. 1.522-1.523.***
>
> ***Por conseguinte, a Comissão consignou em seu Relatório que o servidor Fausto Carneiro da Costa Filho violou os deveres contidos nos incisos III e XII do artigo 218 e, assim agindo, ocasionou lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio estadual, visto que agiu com desídia no cumprimento do seu dever funcional, nos termos do art. 235, incisos VII e XII, sugerindo, por fim, em razão da gravidade funcional de sua conduta, a pena disciplinar de demissão (231, IV), com a nota 'a bem do serviço público',*** *com arrimo no artigo 236, todos da Lei nº 1.102/1990 - f. 1.528."* (f. 2.098). (G.n.).

De modo geral, como reconhece a jurisprudência, é defeso ao Poder Judiciário, sobretudo em mandado de segurança, incursionar no mérito dos atos administrativos, circunstância, porém, relativizada, excepcionalmente (cfr. AgRg no Ag 1.298.842/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe 29.6.2010 e AgRg nos EDcl no REsp 902.419/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 15.2.2008),[2] quando se trata de analisar questões de natureza grave, tais como a sanção pertinente à demissão de Servidor Público, em que se permite a verificação da efetiva ocorrência dos ilícitos imputados ao trabalhador, bem assim a avaliação da punição disciplinar aplicada.

Da preliminar de inadequação da via eleita.

A preliminar de inadequação da via eleita, arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, relativamente aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, está imbricada com o mérito, razão pela qual será examinada em conjunto com a matéria de fundo.

Prazo de conclusão do PAD.

A expiração do prazo para conclusão do PAD é fato incontroverso, tanto que o impetrado o admite, apresentando, porém, justificativa plausível para o atraso, em vista de se tratar de processo complexo envolvendo inúmeros fatos e pessoas.

A propósito, o § 2º do art. 273 da Lei Estadual n. 1.102/1990 (Estatuto dos Funcionários Públicos) é taxativo ao dispor que *"o julgamento do processo fora do prazo legal não implica em sua nulidade."*

Ademais, o impetrante não demonstrou qual foi o prejuízo que sofreu com a demora da conclusão do processo administrativo disciplinar, o que vem ao encontro da orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *"o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver demonstração de prejuízo à defesa, (Súmula n. 592)."*

Cerceamento de defesa.

De acordo com o impetrante, o Processo Administrativo Disciplinar seria nulo pelo fato de lhe ter sido negado acesso aos processos administrativos e indeferido pedido de nova perícia, com a finalidade de comprovar que as medições corresponderam ao que efetivamente havia sido executado e que não houve irregularidades nas medições realizadas pelo impetrante.

Entretanto, não procedem os argumentos do impetrante. Conforme esclarecido nas informações de f. 2.188 e seguintes, o impetrante solicitou pedido de vista e cópias dos Processos ns. 57/101.072/2015, de 09/07/2015 (Assunto: Suspensão de servidores investigados no exercício das funções públicas - Mandado de

2 Recurso Especial Repetitivo n. 1.257.665/CE.

Busca e Apreensão n. 029.2015-SC e Of. Intimação n. 2.609/15, J. Federal) e 57/102.104/2015 de 09/12/2015 (Assunto: apurar indícios de irregularidades nas obras de rodovias estaduais MS 171, 184 e 228), instaurados pela autoridade máxima da Agesul.

Tais processos não foram anexados ao PAD do impetrante:

> *"(...) tendo em vista não ter relação com o objeto da apuração deste, qual seja, implantação e pavimentação da Rodovia MS-430", de modo que "os pedidos de vistas e cópias não interferem no pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme alegado, pois tratam de outros fatos, não tendo relação com a execução dos contratos de pavimentação da Rodovia MS 430, (f. 2.188)."*

Tanto isso é verdade que, no Relatório Final da Comissão Processante, albergada pelo Governador do Estado, não constou qualquer menção aos documentos que instruíram os autos dos Processos Administrativos ns. 57/101.072/2015 e 57/102.104/2015.

Apesar disso, consta dos autos que:

> *"(...) para garantir o saneamento e a regularidade do processo e evitar futura alegação de cerceamento de defesa,* ***foi deferido acesso aos Processos ns. 57/101.072/2015 e 57/102.104/2015, nas dependências da Controladoria-Geral do Estado, conforme artigo 187, da Lei n. 1.102/90 (...).****"* (f. 2.188). G.n.

Ou seja, igualmente improcede a tese de cerceamento de defesa, sob alegação de falta de acesso aos autos, não só porque se tratavam de processos estranhos aos interesses do investigado, como também porque, apesar disso, foi aberto vista dos processos solicitados pelo impetrante na repartição pública, com a possibilidade de extração de cópias, conforme autoriza do art. 187 da Lei Estadual n. 1.102/90, segundo o qual, *"para o exercício do direito de petição é assegurada vista do processo ou documento, na repartição, ao funcionário ou a procurador por ele constituído."*

Outrossim, a alegação de que a Administração exigiu do impetrante o fornecimento de papéis para extração de cópias também depende de dilação probatória, não sendo suscetível de análise em sede de mandado de segurança. Ainda que houvesse prova pré-constituída a esse respeito, tal exigência não seria ilegal, mormente em vista da grande quantidade de documentos a serem fotocopiados, sobretudo porque o requerente não é beneficiário da gratuidade processual.

Quanto ao pedido de nova prova pericial, com a finalidade de comprovar que as medições corresponderam ao que efetivamente havia sido executado e que não houve irregularidades nas medições realizadas pelo impetrante, tal requerimento foi acertadamente repelido pela Comissão Processante.

É cediço que o compartilhamento de provas, vulgarmente conhecido no meio jurídico como "prova emprestada", em atenção ao princípio da celeridade processual, é amplamente aceito em nosso direito, como, aliás, se infere do art. 372 do CPC.[3]

Não procede a tese de que o requerimento de prova pericial do impetrante não foi apreciado pela Comissão Processante, a qual teria se restringido ao pedido do servidor Hélio Yudi Komiyama. Basta examinar o Relatório de f. 2.079 e seguintes para se verificar que tal postulação (do servidor Hélio Yudi Komiyama) foi analisada em conjunto com o pedido dos demais servidores investigados, inclusive do ora requerente.

Com efeito, extrai-se do Parecer PGE/CJUR-SAD/Nº 2020/2019, exarado a pedido do Governador do Estado, por força do inciso I, art. 1º do Decreto n. 11.304, de 21.07.2003,4 com vistas à aferição da regularidade formal do procedimento e do atendimento aos princípios do contraditório e ampla defesa, o seguinte:

3 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

4 Art. 1º. Além das hipóteses já previstas na legislação será obrigatória a audiência da Procuradoria-Geral do Estado: I - nos processos administrativos disciplinares, instaurados no âmbito a administração pública direta, que concluírem pela prática de ilícito praticado por servidor, que enseje a penalidade de demissão, cassação de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão, antes da decisão da autoridade competente, para manifestação quanto à regularidade do procedimento e do atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a fim de garantir a efetividade da punição.

"(...) primeiramente, importante destacar que a defesa dos alegantes não pleiteou no momento oportuno a produção da referida prova pericial. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, já que foram citados para requererem as provas que pretendiam produzir, e assim não o fizeram com relação à prova pericial.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que as provas requeridas em sede de PAD devem ser pertinentes, podendo ser rejeitadas caso sejam protelatórias, inúteis ou desnecessárias, conforme decisões a seguir transcritas:

(...).

Observa-se que a exigência feita pelo Superior Tribunal de Justiça para indeferimento de prova no PAD é que a decisão seja motivada e com fundamento em elementos fáticos constantes dos autos. E, atento aos comandos do STJ, às f. 1.035-1.038, o Presidente da Comissão Processante bem fundamentou sua decisão, senão vejamos:

(...).

A Comissão de Processo Administrativo Disciplinar - CPAD tem parâmetros sólidos e consistentes para uma conclusão adequada e justa para o caso em comento.

A prova pericial, conquanto normalmente mereça prestígio em virtude de sua feição técnica e isenta, não tem força absoluta. A CPAD pode, motivadamente, formar seu convencimento com fulcro em outros elementos probatórios coletados nos autos do processo administrativo disciplinar, se melhor orientarem o ato decisório, sobretudo quando constituem um conjunto harmônico e consistente.

Deve-se valorar o possível resultado efetivo para o processo administrativo disciplinar, ***quando constam dos autos 5 (cinco) laudos periciais criminais, 1 (um) relatório de auditoria, 10 (dez) interrogatórios dos servidores com estrita observância ao contraditório e ampla defesa, 14 (catorze) inquirições de testemunhas, 1 (uma) inquirição de informante, 10 (dez) defesas prévias com 4 (quatro) laudos e 4 (quatro) relatórios fotográficos elaborados pelo Engenheiro Marcos Tadeus Enciso Puga, proprietário da empesa MP Engenharia LTDA, responsável pelo gerenciamento e fiscalização da obra da rodovia MS 430, que foram juntados pelos servidores acusados.***

Portanto, conforme exposto acima, o conjunto probatório se mostra suficiente para o esclarecimento dos fatos, não havendo necessidade de realização de mais perícias técnicas, não implicando em cerceamento de defesa.

O conjunto probatório relacionado no juízo de admissibilidade da lavra do d. Corregedor-Geral do Estado e a instrução processual produzida até o momento e a juntada de documentos pelos servidores acusados, são suficientes para esclarecimento com exatidão dos fatos aqui apurados, não havendo necessidade de nova prova pericial.

Pelos motivos expostos, rejeito o pedido de produção de prova pericial.

Do excerto acima é possível aferir a presença de consistente fundamentação elaborada pela Comissão Processante, ***uma vez que esta considerou o conjunto probatório contido nos autos para formar seu convencimento, pois, além dos laudos periciais criminais extraídos dos inquéritos promovidos pela Polícia Federal ou mesmo do relatório de auditoria realizado pela CGU, também levou em consideração a prova testemunhal produzida, os depoimentos prestados nos interrogatórios por todos os servidores processados, os argumentos apresentados nas defesas produzidas, além dos laudos e relatórios fotográficos, inclusive aqueles elaborados pelo Engº Marcos Puga, juntados pelas defesas.***

Assim, a partir das provas produzidas e dos elementos fáticos constantes nos autos, a CPAD concluiu de forma fundamentada pelo indeferimento do pedido de prova pericial, nos termos do que apregoa o Superior Tribunal de Justiça, de tal forma que não prospera a

> *legação de nulidade formulada pelos processados acima nominados, quanto ao indeferimento de prova pericial pleiteada por outro processado."* (f. 2.079-2.083). (G.n.).

A rigor, o simples fato de o impetrante juntar perícia particular e contrapor laudos de perícia criminal federal, sob o argumento da necessidade de produção de nova perícia específica, é incompatível com a tese de liquidez e certeza do pedido.

Ainda que assim não fosse, o que se admite por mera concessão dialética, é de se considerar que o Estado destaca, nas informações, que, na defesa preliminar de f. 614-500 (PAD - *sic*), o impetrante *"limitou-se, ao final, a protestar por tal prova de forma genérica, sem especificar o objeto de abordagem técnica (v.g., quais seriam os contratos administrativos relativos à Rodovia MS-430, bem como os serviços medidos e atestados a serem periciados), tampouco pleiteou oportuna indicação de assistente técnico e formulação de quesitos, (f. 2.189)."*

E concluiu, citando trecho em que *"o próprio engenheiro responsável pelo gerenciamento e supervisão da obra em questão admite a falha e defeito nos serviços, (f. 2.190)":*

> *"Tanto é assim que é possível concluir que a prova técnica a que fez menção no desfecho de sua defesa residiria no* ***relatório produzido pelo engenheiro Marcos Tadeu Enciso Puga, em 03.05.2016,*** *confeccionado em resposta ao Laudo de Perícia Criminal Federal n. 1848/2015, que consistiu na apuração de irregularidades na execução de implantação e pavimentação do segmento da MS-430, entre as estacas 00 a 750 (extensão de 15 km), objeto do Contrato Administrativo n. 168/2012,* ***no qual o impetrante assevera ter atuado como fiscal da obra.***
>
> *Tal* ***documento técnico*** *instruiu a defesa preliminar do impetrante* ***e foi acostado em mídia digital à f. 507 dos autos do PAD*** *(documento anexo) - folha essa que estranhamente não instrui o processo judicial -,* ***sendo devidamente apreciado e valorado no Relatório Final*** *- CPAD n. 53/000.024/2018, da Comissão Processante (f. 2009-2017)(...)."* (f. 2.190). (G.n.).

Da autoria dos fatos e da legalidade da pena de demissão.

Nesse ponto, basta examinar os fundamentos constantes do Laudo de Perícia Criminal Federal (Engenharia) nº 1.872/2015 - SETEC/SR/DPF/MS, de f. 76-93, expedido pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal, em especial no Capítulo V.2, sob o título *"Análise de quantidades contratadas e executadas"*, no item Serviço de "Enleivamento", baseado na análise dos documentos apresentados e vistoria *in loco*, em especial as fotografias de f. 82-83 e os boletins de medição, em que se constata, a olhos nus, que os serviços não foram realizados de maneira satisfatória.

Na referida perícia constam os Boletins de Medição (documentos que atestam que os serviços pagos foram executados nas quantidades e com a qualidade especificada), os quais foram assinados por 5 (cinco) pessoas, entre elas o ora impetrante, em que se concluiu pela existência de superfaturamento de 83% do valor total medido das obras, com prejuízo estimado aos cofres públicos de R$ 1.246.618,88 (um milhão, duzentos e quarenta e seis mil, seiscentos e dezoito reais e oitenta e oito centavos).

Sem prejuízo de outras perícias realizadas pela Polícia Federal, na conclusão do Laudo 425/2015 - SETEC/SR/DPF/MS, de f. 94-135, apurou-se, a partir dos Boletins de Medição assinados por 7 (sete) pessoas, entre elas o ora impetrante (Medição Final - 1º ao 19º), que *"existem serviços medidos/pagos em quantidade e/ou qualidade inferior ao efetivamente executados na obra examinada",* em que também se apontou significativo dano ao erário (R$ 4.019.538,61 - quatro milhões, dezenove mil, quinhentos e trinta e oito reais e sessenta e um centavos).

Considerando a extensão e a gravidade dos fatos apurados que envolve a responsabilidade de um grande número de pessoas, a quantidade de contratos fiscalizados não diminui o grau de culpabilidade do servidor, ora impetrante, restando inócua qualquer tentativa de se comparar a outros servidores, em nome do princípio da isonomia.

Convém alertar, por fim, que a severa punição aplicada ao servidor escapa ao âmbito da discricionariedade da autoridade administrativa, hipótese em que se admite, como ressalvado, o controle da legalidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Diante da gravidade da conduta perpetrada pelo servidor, em que restou demonstrado, à saciedade, que aquele agiu com flagrante desídia no exercício de suas funções, resultando daí vultoso prejuízo aos cofres públicos, não se pode dizer que a sanção aplicada tenha desbordado do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, estando correta a pena de demissão aplicada ao impetrante, amparada na Lei Estadual n. 1.102/90, em seu art. 235, incisos VII (lesão aos cofres púbicos e dilapidação do patrimônio estadual) e XII (desídia no cumprimento do dever), não é passível de ser revista por meio deste mandado de segurança.

Parte dispositiva.

À luz de todas essas considerações, em sintonia com o parecer emanado da douta Procuradoria-Geral da Justiça, denego o presente mandado de segurança impetrado pelo servidor Fausto Carneiro da Costa Filho, com revogação da liminar concedida, extinguindo o processo, com resolução do mérito, restando afastados os argumentos residuais ventilados na inicial.

Custas, se houver, por conta do impetrante.

Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, da Súmula n. 512 do STF e da Súmula n. 105 do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas e, no mérito, denegaram a segurança, 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. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 1º de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Agravo de Instrumento nº 1413925-10.2019.8.12.0000 – Amambai

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – OMISSÃO DE ENTRADA E SAÍDA DE BOVINOS – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – REJEITADA – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR – ÔNUS DA PROVA – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE, CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA – CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA – ARTIGO 204, CTN – DAP – DECLARAÇÃO ANUAL DE PRODUTOR – MULTA FISCAL – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONVERTIDA EM PRINCIPAL – ARTIGO 113, § 3, DO CTN DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A alegação em simples petição de exceção de pré-executividade quanto à ausência de provas do fato gerador pelo agravado, ou que a omissão de documentação fiscal não ensejaria o lançamento do ICMS exigido pelo agravado, senão mera multa por descumprimento de obrigação acessória, não é capaz de afastar a presunção de legitimidade, certeza e liquidez da CDA - Certidão de Divida Ativa, nos termos do art. 204, do CTN, que preleciona *"a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite"*, sendo cabíveis, apenas, os embargos à execução, para o desiderato (STJ. REsp 1.725.310/SP).

Na hipótese, toda a tese defensiva do agravante cinge-se a alegar vícios na formação do auto de infração, com base exclusivamente nas informações lançadas no campo "descrição das infrações e penalidades", sem contudo, nada comprovar, olvidando-se que o lançamento do tributo exigido pelo agravado ocorreu, também, com base nas informações prestadas pelo próprio agravante na DAP - Declaração Anual de Produtor, sem que houvesse qualquer insurgência ou pedido de retificação das referidas informações, oportunamente, além, outrossim, da conversão da obrigação acessória, em principal, nos termos do art. 113, § 3, do CTN, que dispõe *"a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária"*, não havendo meios, portanto, para dar guarida às alegações do agravante.

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, 10 de julho de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Luiz Alberto Prandini interpõe agravo de instrumento inconformado com a decisão (f. 379-820, dos autos de origem) proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Amambaí, nos autos da Execução Fiscal, Processo n. 0001878-70.2002.8.12.0004, manejada pelo agravado Estado de Mato Grosso do Sul, que rejeitou a exceção de pré-executividade por ele deduzida.

O agravante, em razões recursais (f. 1-6), aduz o equívoco da decisão, pois, segundo alega, não há provas do fato gerador pelo agravado, quanto à omissão de saída da mercadoria (reses descritas no auto de infração): *"(...) a ação de execução fiscal está amparada na Certidão de Dívida Ativa - CDA 325/2002-T, no valor total nominal de R$ 139.543,73, emitida em 24.04.2002, originada do Auto de Infração nº. 041874, séria 'A', lavrado em 06.12.2000, no qual se descreveu no campo 5, o seguinte, verbis: O contribuinte acima identificado Omitiu SAÍDAS nos seguintes anos-base: I) 1995- 661 bois; - com Base de Cálculo de R$ 203.588,00 e ICMS de R$ 34.609,96, calculado à alíquota de 17%; II) 1998- 67 garrotes(1-2), 18 novilhas(2-3); - com Base de Cálculo de R$ 19.211,00 e ICMS de R$ 3.265,87, calculado à alíquota de 17%; Os quantitativos de entradas e saídas foram obtidos das notas fiscais de produtor relacionados no Levantamento de Rebanho dessa Secretaria de Estado da Fazenda (SEF-MS); as demais informações das DAPs (Declaração Anual do Produtor). Intima-se o contribuinte a recolher ou impugnar o presente Auto no prazo de 20 (Vinte) dias, junto à AGENFA de Amambai"*, decorrendo à improcedência total do referido AI, referente aos fatos descritos no ano-base 1995.

Alegou que, no levantamento fiscal, a conclusão foi de que houve omissão de entradas de 72 garrotes de 1 a 2 anos e 138 novilhas de 1 a 2 anos e 5 vacas, totalizando 215 reses, mas, a descrição no auto de infração do ano-base 1995 é de omissão de saídas e não de entradas. Noticiou que o agravado, além de não descrever o fato gerador, delineou mera irregularidade fiscal pelo agravante por não estar na posse dos documentos fiscais, decorrendo mera infração acessória tributária, e, assim, deveria lançar tão-somente a multa administrativa de 10% (dez por cento), sobre o valor da operação, cuja importância seria de R$ 2.722,00 (dois mil e setecentos e vinte e dois reais), que corresponde ao valor da multa por "omissão de entradas", conforme calculado no demonstrativo fiscal.

Por esses motivos, requer o provimento do recurso para, reformando a decisão recorrida:

> *"(...) seja acolhida a exceção de pré-executividade apresentada para decretar a nulidade da execução fiscal, determinando o cancelamento da inscrição do débito tributário na dívida ativa. Requer, alternativamente, caso não seja o entendimento pela anulação in totum do auto de infração e lançamento, o valor da autuação para o ano de 1995 deverá ser reduzido para R$ 2.722,00, que corresponde ao valor da multa por omissão de entradas, conforme calculado no demonstrativo fiscal."*

O recurso foi recebido (f. 401).

O agravado, em contrarrazões (ps. 406-11), pautou pelo desprovimento do recurso.

As partes não se opuseram ao Julgamento Virtual.

VOTO

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

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, cuja insurgência recursal cinge-se a obter a reforma da decisão recorrida que rejeitou a exceção de pré-executividade, cujo agravante alega, em resumo, a ausência de provas acerca das infrações administrativas que deram ensejo à lavratura do auto de infração, decorrendo a improcedência da exigência fiscal relativa ao ano-base 1995.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos (f. 379-82, dos autos de origem):

> *"(...) Luiz Alberto Prandini, qualificado nos autos, opôs exceção de pré-executividade à execução movida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, alegando não há prova acerca das infrações administrativas que deram ensejo à lavratura do auto de infração. No levantamento fiscal, a conclusão foi de que houve omissão de entradas de 72 garrotes de 1/2 anos, 138novilhas de 1/2 anos e 5 vacas, totalizando 215 reses. Mas, a descrição no auto de infração do ano-base 1995 é de omissão de saídas e não omissão de entradas. A exigência fiscal relativa ao ano-base 1955 é improcedente. A omissão de saída não é fato gerador do ICMS, podendo, no máximo, ensejar penalidade administrativa. Não há obrigação tributária*

e, consequentemente, a execução é nula. Pede a extinção da execução fiscal e o cancelamento do débito tributário. Intimado, o excepto pugnou pela rejeição (f. 317-333).

(...).

No caso, a parte excipiente alega que não há obrigação tributária em relação ao ano-base 1995 em razão da não ocorrência do fato gerador, uma vez que o levantamento fiscal demonstra que houve omissão de saída, que não é fato tributável.

O enquadramento legal das infrações tributárias supostamente praticadas pelo excipiente, constou do próprio auto de infração, como o seguinte:

'1995 - Decreto Lei n. 66/79, redação do anexo I da Lei n. 904/88, artigos 5º, I, 14, III,39, I e 65 c/c o Anexo VI do RICMS (Decreto n. 5.800/91), artigo 37; 1998 - Lei n. 1.810/97,artigos 5º, I, 13, I, 20, I, 41, III a, 90, I c/c o anexo XV do RICMS (Decreto n. 5.800/91 e 9.203/98), artigo 37' Do Auto de Infração de n. 041874 de f. 70, consta que:

'O contribuinte acima identificado omitiu saídas nos seguintes ano-base:

I) 1995- 661bois; - com Base de Cálculo de R$ 203.588,00 e ICMS de R$ 34.609,96, calculado à alíquota de 17%;

II) 1998 - 67 garrotes (1-2), 18 novilhas(2-3); - com Base de Cálculo de R$ 19.211,00 e ICMS de R$ 3.265,87, calculado à alíquota de 17%; os quantitativos de entradas e saídas foram obtidos das notas fiscais de produtor relacionadas no Levantamento de Rebanho Bovino dessa Secretaria de Estado da Fazenda (SEF-MS); as demais informações das DAPs (Declaração Anual do Produtor)'.

Não obstante no referido documento haja apenas menção à 'omissão de saída', dos Demonstrativos por Espécie do Levantamento Fiscal de Bovinos dos anos de 1995 e 1998 (f. 72-3), que integram referido auto de infração, há menção expressa à 'omissão de entrada', com a descrição exata das quantidades.

Assim, ao contrário do alegado pelo excipiente, há prova documental suficiente materializando infração prevista na legislação tributária estadual, não havendo falar em nulidade do auto de infração.

Tanto no demonstrativo do ano de 1995 (f. 72), como no do ano de 1998 (f. 73), constam expressa e claramente 'omissões de entrada', sendo que, apenas no último há menção também a 'omissões de saída'.

De mais a mais, o descumprimento de obrigação acessória pelo contribuinte também enseja penalidade, que, no caso, fora fixada em observância à legislação tributária estadual expressamente indicada no auto de infração (1995: DL 66/79, redação da Lei n. 1225/91, art. 100, I, d; 1998: Lei n. 1810/97, art. 117, I, h).

Tanto isso é verdade, que no Demonstrativo referente ao ano de 1995 (f. 72), não consta valor referente a eventual imposto que deixou de ser recolhido, mas apenas menção à multa por omissão de entrada.

E, como se sabe, a obrigação acessória converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (art. 113, § 3º, CTN).

Em outras palavras, o descumprimento de dever tributário instrumental, tal como no caso, autoriza a aplicação de penalidade.

Não há, pois, falar em nulidade da execução.

Ante a tal, rejeito a exceção de pré-executividade."

Como se vê, a decisão recorrida rejeitou a exceção de pré-executividade aventada pela agravante, sob entendimento, em resumo, de insubsistência da alegação do agravante quanto à ausência de provas dos fatos consubstanciado no AI que embasa a Execução Fiscal, além, outrossim, de demonstrar de maneira bastante objetiva que não se trata apenas de "infração tributária acessória", na forma alegada pelo agravante, pois, como se pode constatar da decisão agravada, além das "omissões de entrada e de saída", há, também, a conclusão de que o ICMS é devido com base, não só nas ausências das referidas notas fiscais, mas, também, com as informações prestadas pelo próprio agravante na Declaração Anual de Produtor - DAP, informações essas não impugnadas pelo agravante, oportunamente, e, ainda, com base no art. 113, § 3º, do CTN, que determina a conversão da obrigação acessória em principal, *"pelo simples fato da sua inobservância, relativamente à penalidade pecuniária."*

Destaco, ademais, que a mera defesa do agravante, consubstanciada na ausência de provas do fato gerador pelo agravado, ou que a simples omissão de documentação fiscal não ensejaria o lançamento do imposto exigido pelo agravado, mas mera multa fiscal, não poderia ser conhecida nos estreitos da exceção de pré-executividade, de maneira que caberia ao agravante deduzir sua defesa em Embargos à Execução, onde seria permitida a instrução processual, não havendo meios para, por simples petição, analisar todo o processo administrativo anexado pelo agravado, ou afastar a presunção de legitimidade da Certidão de Dívida Ativa, nos termos do art. 204, do CTN:

> *"Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.*
>
> *Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite."*

De se considerar, que toda a tese defensiva do agravante cinge-se a alegar vícios na formação do auto de infração, com base exclusivamente nas informações lançadas no campo 5, *"descrição das infrações e penalidades"*, do AI n. 041874 (f. 70), sem contudo, nada comprovar, olvidando-se que o lançamento do tributo devido ocorreu, também, com base nas informações prestadas pelo próprio agravante na DAP - Declaração Anual de Produtor, sem que houvesse qualquer insurgência ou pedido de retificação das referidas informações, oportunamente, além, evidentemente, do quanto contido no precitado art. 113, § 3, do CTN, que dispõe: *"a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária",* não havendo meios, portanto, para dar guarida às alegações do agravante.

A propósito:

> *"TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL – RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PROVA DOCUMENTAL – AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE – ANÁLISE SIMPLES – POSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ADMINISTRATIVA – DECRETO 1.9862013 – DECURSO DE PRAZO LEGAL – OCORRÊNCIA DO INSTITUTO – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1- **Tratando-se de matéria que exija dilação probatória ou, até mesmo que, embora embasada em prova documental constante dos autos, demande aprofundada análise e debates, essa não é a via adequada, sendo cabíveis, apenas, os embargos à execução.** (REsp 1725310/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 25/05/2018).*
>
> *2- Com o decurso do prazo registrado no § 4º do artigo 19 do Decreto nº 1.986/2013, há de se reconhecer a prescrição intercorrente no feito administrativo."* (TJMT. APL 0002267-51.2016.8.11.0082. 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo. Rel(a). Des(a). Helena Maria Bezerra Ramos. J. 29/04/19. DJ. 10/05/19). (G.n.).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS – AÇÃO DE EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.*

> ***A alegação do agravante quanto a um eventual direito de compensação exige dilação probatória, ainda mais diante da controvérsia da existência do direito, sendo incompatível com a exceção de pré-executividade****. Provas documentais que não são suficientes a demonstrar os fatos alegados pelo agravante. Decisão mantida. Agravo desprovido."* (TJRS. Agravo de Instrumento nº 70078624392. 16ª Câmara Cível. Rel(a) Des(a). Deborah Coleto Assumpção de Moraes. J. 22/11/18. DJ. 26/11/18) (G.n.).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ISS – PRESCRIÇÃO DIRETA – INOCORRÊNCIA – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR – AUSÊNCIA DE PROVA – PRETENSÃO DE TRIBUTAÇÃO PELO ISS FIXO – DESCABIMENTO.*
>
> *Caso em que a constituição dos créditos ocorreu em 11/09/2012, sendo que a execução fiscal foi ajuizada em 10/05/2013; antes, portanto, do decurso do prazo qüinqüenal. No que diz com* ***a inexistência de fato gerador, nada veio aos autos para afastar a presunção de certeza e liquidez que goza a divida ativa regularmente inscrita (art. 204, CTN), ônus que incumbia ao apelante, nos termos do art. 373, I, do CPC.*** *Ademais, as notas fiscais acostadas pelo apelante não comprovam a ausência de ocorrência do fato gerador no período apurado; apenas demonstram que houve exercício da atividade nos anos de 2005 e 2006, em nada se relacionando com o período objeto da cobrança. (...) apelação desprovida."* (TJRS. Apelação Cível n. 70080533987. 22ª Câmara Cível. Rel(a). Des(a). Marilene Bonzanini. J. 08/02/19 . DJ. 15/02/19). Grifei.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso.

Deixo de arbitrar verba honorária sucumbencial recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, a teor da Súmula 519/STJ, que dispõe: *"Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios."*

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0813079-73.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ILEGITIMIDADE PASSIVA E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – APELADO CONDENADO POR CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES CUJA PENA APLICADA JÁ FOI CUMPRIDA – ALEGADO DIREITO AO ESQUECIMENTO QUE FUNDAMENTA A PRETENSÃO DE OBRIGAR O PROVEDOR DE PESQUISA DE ELIMINAR DE SEU SISTEMA DE BUSCA A INFORMAÇÃO DA VIDA PREGRESSA OCORRIDA COM O APELADO – IMPOSSIBILIDADE – INFORMAÇÕES QUE NÃO SÃO CONSIDERADAS ILEGAIS E QUE RETRATAM FATOS VERÍDICOS – DIREITO À INFORMAÇÃO – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA SOBRE O CONTEÚDO PELO PROVEDOR DE BUSCAS DE CONTEÚDO DE CONTEÚDO VIRTUAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

As provedoras de ferramenta de pesquisa/busca no ambiente da *internet*, disponibilizando resultado de busca vinculada a palavra-chave, viabilizando, ademais, que o usuário da rede mundial de computadores tenha acesso a lista de sítios eletrônicos vinculados ao indexador usado, ostentam legitimidade para figurarem na angularidade passiva da ação que tem por objeto a cominação da obrigação de viabilizarem a obtenção de resultado negativo de busca, emergindo da adequação do instrumento processual elegido, da sua utilidade material, da necessidade da interseção judicial para obtenção do resultado almejado e da inexistência de óbice ao pedido no plano abstrato as condições da ação e a presença dos pressupostos processuais indispensáveis à deflagração da relação processual. Preliminares de ilegitimidade passiva ad causam e falta de interesse de agir afastadas.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o *Google*, enquanto provedor de pesquisa, é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

Assim, a filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do Código e Defesa do Consumidor, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

Ademais, os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de agosto de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Google Brasil *Internet* LTDA, ré nos autos da ação de obrigação de fazer movida por Marlon Castilho Batistao, interpõe recurso de apelação objetivando reformar sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo autor *" para condenar a requerida a retirar o nome do requerente de seu provedor de busca das vinculações relacionadas ao crime de tráfico de drogas pelo qual cumpriu pena no prazo de 15 dias, (f. 144)."*

Sustenta, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, posto que a demanda deveria ser ajuizada tão somente em face daqueles que mantém o conteúdo tido por ofensivo ao direito de personalidade e que possuem a capacidade de removê-lo e excluí-los definitivamente da *internet*, no caso, os jornais eletrônicos Folha de Londrina e Extra Globo, que não compõem o polo passivo desta ação.

Defende que a atividade desempenhada de provedor de pesquisa na *internet* restringe-se à mera localização e organização de páginas virtuais públicas e livres dispostas no universo virtual, sendo tal conteúdo de titularidade de terceiros, e não da apelante, motivo pelo qual a pretensão de obrigação de fazer deveria ter sido endereçada contra os autores das matérias e notícias impugnadas.

Também sustenta que o apelado não existe interesse processual no manejo a presente ação porque a tutela pretendida é inútil e desnecessária na medida em que a remoção do resultado de busca não impede o acesso ao conteúdo da informação por outros meios.

No mérito, sustenta: 1) que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não cabe responsabilizar os provedores de pesquisa na *internet* pelo conteúdo criado por terceiros; 2) a inaplicabilidade daquilo que se convencionou denominar "direito ao esquecimento", seja por falta de previsão legal, seja porque após o balanceamento dos direitos envolvidos devem prevalecer o interesse público, a liberdade de expressão e imprensa em relação à alegação de ofensa ao direito de personalidade suportado pela parte Apelada. No mais, não há obrigação legal de implementação dessa tese para os provedores de buscas, consoante consolidado no julgamento do AgInt no REsp n. 1.593.873-SP; 3) prevalência, após um exame de proporcionalidade, do direito fundamental à liberdade e acesso à informação, de titularidade de toda a sociedade, sobre um suposto "direito ao esquecimento" fragilmente sustentado pela parte Apelada. Conforme demonstrado, para o caso destes autos, o interesse público na manutenção da disponibilidade dessa informação supera o interesse particular da Parte Apelada em afastá-lo do acesso público à informação. Não há, por isso, qualquer justificativa que possa apoiar a pretendida remoção e, finalmente; 4) Inexistência de dever legal de monitoramento e remoção/desindexação de links incertos e inespecíficos através de busca de nomes/termos/expressões, bem como a inviabilidade de varredura de resultados de busca pelo provedor de aplicações, ante a exigência legal de ordem judicial e de localização inequívoca do material infringente (art. 19, *caput* e § 1º da Lei n.º 12.965/2014), sob risco de censura prévia e repreensão de conteúdo de terceiros, que não se referem ao objeto da demanda.

Alternativamente, na remota hipótese de ser mantida a obrigação de desindexação estabelecida na r. sentença, o que não se espera, requer seja a obrigação limitada aos endereços específicos já indicados à f. 02 da exordial, em observância ao art. 19 da Lei nº 12.965/14 e jurisprudências do C. STJ, bom como seja reconhecido o tempestivo e regular atendimento da obrigação, conforme demonstrado no tópico 2 desta peça recursal.

Em contrarrazões apresentadas à f. 195-200, o apelado bate-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

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

Google Brasil *Internet* LTDA, ré nos autos da ação de obrigação de fazer movida por Marlon Castilho Batistao, interpõe recurso de apelação objetivando reformar sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo autor *" para condenar a requerida a retirar o nome do requerente de seu provedor de busca das vinculações relacionadas ao crime de tráfico de drogas pelo qual cumpriu pena no prazo de 15 dias, (f. 144)."*

Sustenta, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, posto que a demanda deveria ser ajuizada tão somente em face daqueles que mantém o conteúdo tido por ofensivo ao direito de personalidade e que possuem a capacidade de removê-lo e excluí-los definitivamente da *internet*, no caso, os jornais eletrônicos Folha de Londrina e Extra Globo, que não compõem o polo passivo desta ação.

Defende que a atividade desempenhada de provedor de pesquisa na *internet* restringe-se à mera localização e organização de páginas virtuais públicas e livres dispostas no universo virtual, sendo tal conteúdo de titularidade de terceiros, e não da apelante, motivo pelo qual a pretensão de obrigação de fazer deveria ter sido endereçada contra os autores das matérias e notícias impugnadas.

Também sustenta que o apelado não existe interesse processual no manejo a presente ação porque a tutela pretendida é inútil e desnecessária na medida em que a remoção do resultado de busca não impede o acesso ao conteúdo da informação por outros meios.

No mérito, sustenta: 1) que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não cabe responsabilizar os provedores de pesquisa na *internet* pelo conteúdo criado por terceiros; 2) a inaplicabilidade daquilo que se convencionou denominar "direito ao esquecimento", seja por falta de previsão legal, seja porque após o balanceamento dos direitos envolvidos devem prevalecer o interesse público, a liberdade de expressão e imprensa em relação à alegação de ofensa ao direito de personalidade suportado pela parte apelada. No mais, não há obrigação legal de implementação dessa tese para os provedores de buscas, consoante consolidado no julgamento do AgInt no REsp n. 1.593.873-SP; 3) prevalência, após um exame de proporcionalidade, do direito fundamental à liberdade e acesso à informação, de titularidade de toda a sociedade, sobre um suposto "direito ao esquecimento" fragilmente sustentado pela parte Apelada. Conforme demonstrado, para o caso destes autos, o interesse público na manutenção da disponibilidade dessa informação supera o interesse particular da Parte Apelada em afastá-lo do acesso público à informação. Não há, por isso, qualquer justificativa que possa apoiar a pretendida remoção e, finalmente; 4) Inexistência de dever legal de monitoramento e remoção/desindexação de links incertos e inespecíficos através de busca de nomes/termos/expressões, bem como a inviabilidade de varredura de resultados de busca pelo provedor de aplicações, ante a exigência legal de ordem judicial e de localização inequívoca do material infringente (art. 19, *caput* e § 1º da Lei n.º 12.965/2014), sob risco de censura prévia e repreensão de conteúdo de terceiros, que não se referem ao objeto da demanda.

Alternativamente, na remota hipótese de ser mantida a obrigação de desindexação estabelecida na r. sentença, o que não se espera, requer seja a obrigação limitada aos endereços específicos já indicados à f. 02 da exordial, em observância ao art. 19 da Lei nº 12.965/14 e jurisprudências do C. STJ, bom como seja reconhecido o tempestivo e regular atendimento da obrigação, conforme demonstrado no tópico 2 desta peça recursal.

Em contrarrazões apresentadas à f. 195-200, o apelado bate-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Passo ao voto.

Da preliminar de ilegitimidade passiva.

Sustenta a apelante a sua ilegitimidade passiva, posto que a demanda deveria ser ajuizada tão somente em face daqueles que mantém o conteúdo tido por ofensivo ao direito de personalidade e que possuem a capacidade de removê-lo e excluí-los definitivamente da *internet*, no caso, os jornais eletrônicos Folha de Londrina e Extra Globo, que não compõem o polo passivo desta ação.

A prefacial na realidade confunde-se com o próprio mérito da questão, devendo com ele ser analisado.

Entretanto, ainda que assim não fosse, verifica-se que a preliminar não merece guarida, na medida em que a alegada responsabilidade civil da empresa apelante adviria, segundo o autor, da omissão da ré em retirar de seus serviços de busca, a informação de condenação criminal do autor por tráfico de drogas, condenação já cumprida.

Com efeito, o intuito da demanda ajuizada é no sentido de obstar a vinculação do nome do autor recorrido à sua biografia criminal disponibilizada pela ré apelante na página da *internet* por meio de serviço de busca de conteúdo virtual.

Em sendo assim, como a medida pleiteada somente poderia ser imputada à apelante, tem-se pela efetiva existência da sua legitimidade para integrar o polo passivo da presente demanda.

Julgando caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal afastou essa preliminar, bem como a preliminar de falta de interesse de agir, em acórdão, cuja ementa, na parte em que interessa, contém a seguinte redação:

> *"As provedoras de ferramenta de pesquisa/busca no ambiente da internet, disponibilizando resultado de busca vinculada a palavra-chave, viabilizando, ademais, que o usuário da rede mundial de computadores tenha acesso a lista de sítios eletrônicos vinculados ao indexador usado,* ***ostentam legitimidade para figurarem na angularidade passiva da ação*** *que tem por objeto a cominação da obrigação de viabilizarem a obtenção de resultado negativo de busca,* ***emergindo da adequação do instrumento processual elegido, da sua utilidade material,*** *da necessidade da interseção judicial para obtenção do resultado almejado e da inexistência de óbice ao pedido no plano abstrato as condições da ação e a presença dos pressupostos processuais indispensáveis à deflagração da relação processual."* (TJDF; Proc 07065.38-82.2017.8.07.0003; Ac. 114.7053; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; Julg. 30/01/2019; DJDFTE 14/02/2019). (G.n.).

Com esses acréscimos, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

Preliminar de falta de interesse processual.

Também não merece ser acolhida a preliminar de falta de interesse de agir, haja vista o precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal transcrito no tópico anterior.

Com efeito, a forma mais razoável de se garantir o direito ao esquecimento é justamente obstar as referências aos interessados nos mecanismos de procura de conteúdo digital disponíveis, sendo um deles a própria ferramenta disponibilizada pela apelante (*Google Search*), derivando daí a utilidade no manejo da presente ação e, via de consequência, o interesse processual da parte apelada.

Dito isto, afasto a preliminar de falta de interesse de agir.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia em determinar se o provedor de pesquisa na *internet* tem o dever de excluir do conteúdo de seus resultados de pesquisa, quando da pesquisa do nome do autor, páginas que noticiem a condenação do autor por crime de tráfico de entorpecentes cuja pena já foi cumprida.

Após detida análise dos autos, penso que o recurso merece provimento.

Com efeito, o caso dos autos deve ser analisado à luz do art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*), dispositivo o qual possibilita que, por meio de uma ordem judicial, os provedores de aplicações da *internet* sejam obrigados a tornar indisponível determinado conteúdo gerado por terceiros, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro de um prazo.

Vejamos:

> *"Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet* ***somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado****, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário."* (G.n.).

A interpretação que se extrai desse dispositivo é que existe liberdade de expressão em veicular temas diversos na *internet*, notadamente, quando se trata de um sítio eletrônico apenas de buscas (que não é o produtor direto da notícia). A exceção acontece apenas quando existe ordem judicial em sentido contrário específica e tal ordem é descumprida.

Deveras, é de sabença trivial que a empresa *Google* é o maior site de busca da *internet*, sendo considerada como um provedor de aplicação e, por isso, via de regra, não se responsabiliza pelo conteúdo de terceiro disponibilizado em sua plataforma. Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Souza e Celina Bottino nos ensinam que:

> ***"Os provedores de aplicações de internet podem ser compreendidos como a pessoa que fornece um conjunto de funcionalidades que são acessadas por meio de um terminal conectado à internet.*** *O provedor de aplicações de internet aparenta englobar os tradicionalmente chamados provedores de conteúdo (que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelo próprios usuários da internet, como, as redes sociais, os aplicativos de mensagens e as plataformas para compartilhamento de vídeos) e de hospedagem (que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto)."* (G.n.).

Sobre a responsabilidade civil do provedor de aplicações de *internet* por conteúdo de terceiro, os supracitados autores afirmam que:

> *"Um dos aspectos mais importantes do tratamento da liberdade de expressão no Marco Civil da Internet decorre justamente de sua inserção como parâmetro a ser ponderado nos casos de responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiro.*
>
> *O artigo 19 dispõe que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura,* ***o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente, por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário****."* (SOUZA, C.A.; LEMOS, R.; BOTTINO, C. (Coord.). Marco civil da *internet*: jurisprudência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 96.) (G.n.).

Outrossim, é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que os provedores de aplicação de *internet* não são obrigados a realizar um monitoramento prévio do conteúdo de terceiros que disponibilizam em suas plataformas, senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET – DECISÃO MANTIDA.*

1 Consoante a jurisprudência desta Corte, ***não se constitui atividade intrínseca do serviço prestado pelo provedor de conteúdo da internet a fiscalização prévia das informações postadas no site por seus usuários, portanto, não se aplica à hipótese a responsabilidade objetiva prevista no art. 927 do CC/2002, tampouco o art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso****.*

2 Não se conhece de questão jurídica ventilada tão somente em sede de agravo interno, que revela inadmissível inovação recursal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 484.995/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 10/02/2015). (Destaquei).

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – GOOGLE – YOUTUBE – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO – DANO MORAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROVEDOR – NOTIFICAÇÃO JUDICIAL – DESCUMPRIMENTO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM OFENSOR – REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

1. Ação ajuizada em 31/10/2012. Recurso interposto em 14/10/2015 e atribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal compreende as seguintes controvérsias: (i) a responsabilidade do recorrente por conteúdo gerado por terceiros em aplicação de internet por ele mentido; (ii) a configuração de dano moral e o valor de sua reparação; e (iii) eventual excesso no valor das multas diárias aplicadas sobre o recorrente.

3. Esta Corte fixou entendimento de que '(i) não respondem os provedores objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso'. Precedentes.

4. Aos provedores de aplicação, aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes.

5. Segundo a jurisprudência desta Corte, pode-se definir danos morais como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade.

6. O valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor. Precedentes.

7. Recurso especial conhecido e não provido." (Resp 1641133/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 01/08/2017).

Sobre o tema, portanto, repise-se que o Superior Tribunal de Justiça definiu que:

"(i) não respondem os provedores objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente,

sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso."

Postas tais premissas pela Corte Superior e fazendo uma subsunção com os fatos controvertidos nos autos, tem-se que o *Google* não é responsável objetivamente pelos conteúdos resultados das buscas realizadas, não podendo, ainda, ser obrigado a exercer controle prévio do conteúdo das informações.

Ademais, somente haveria obrigação de remover qualquer conteúdo mediante ordem judicial e diante da existência de dados ilegais, o que não ocorre no presente caso.

Vê-se, com razoável clareza, que, em momento algum, o autor/apelado alega ser ilegal a notícia, de modo que a causa de pedir recai na possível falta de razoabilidade diante do fato de já ter cumprido a pena pelo crime de tráfico de entorpecentes. Invoca, por sua vez, a chamada "teoria do esquecimento" sob o argumento de que não poderiam eternamente ser recordado, no meio social, por tal condenação.

Portanto, sendo o *Google* um provedor de busca, não é responsável pela produção de qualquer conteúdo, não havendo obrigação jurídica em retirar tal conteúdo do ar, mormente porque não se trata de notícia falsa ou ilegal.

Importante trazer à colação trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no Resp n. 1.316.921 - RJ, vejamos: *"O Google não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, limitando-se a indicar links onde podem ser encontrados os termos de busca fornecidos pelo próprio usuário."*

Ainda nos dizeres da Ministra, *"os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação"*. Dessa forma, *"os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido."*

Vejamos o acórdão assim ementado:

> *"CIVIL E CONSUMIDOR – INTERNET – RELAÇÃO DE CONSUMO – INCIDÊNCIA DO CDC – GRATUIDADE DO SERVIÇO – INDIFERENÇA – PROVEDOR DE PESQUISA – FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS – DESNECESSIDADE – RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS – NÃOCABIMENTO – CONTEÚDO PÚBLICO – DIREITO À INFORMAÇÃO.*
>
> *1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.*
>
> *2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo 'mediante remuneração', contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.*
>
> *3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.*
>
> *4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.*
>
> *5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web*

onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

9. Recurso especial provido." (REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012)

Nosso Tribunal de Justiça tem seguido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da leitura da ementa dos seguintes acórdãos:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – GOOGLE – PROVEDOR DE PESQUISA – EXCLUSÃO PÁGINAS EM RESULTADO DE PESQUISA – RESPONSABILIDADE AFASTADA – ART. 18 DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET) – REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE INFORMAÇÃO – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDO – HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (TJMS. Apelação Cível n. 0814847-05.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 08/05/2019, p: 09/05/2019).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ILEGITIMIDADE PASSIVA E FALTA DE INTERESSE RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA À DIALETICIDADE – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – DIREITO AO ESQUECIMENTO – NÃO APLICAÇÃO – PROVEDOR DE BUSCAS DE CONTEÚDO VIRTUAL – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA SOBRE O CONTEÚDO – INFORMAÇÕES QUE NÃO SÃO CONSIDERADAS ILEGAIS – DIREITO À INFORMAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - Se o intuito da demanda ajuizada é justamente no sentido de obstar a vinculação do nome dos autores à operação policial ocorrida na página da internet de busca de conteúdo disponibilizada pela apelante, tem-se que pela efetiva existência da sua legitimidade para integrar o polo passivo da presente demanda. Ademais, se o(a) apelante expõe as razões, de fato e de direito, pelas quais entende que deve ser anulada ou reformada a sentença recorrida, conforme o artigo 1.010, II, do CPC/2015, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade. 2 - Conforme entendimento do STJ, o Google, enquanto provedor de pesquisa, é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 3 - Assim, a filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

> *4 - Ademais, os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico. 5 - Recurso conhecido e provido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0805387-88.2016.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 16/06/2020, p: 18/06/2020).

Dito isso, conclui-se que o *Google* não deve ser obrigado a restringir suas pesquisas, uma vez que não se pode reprimir o direito da sociedade à informação.

Diante de tais considerações, tem-se que o recurso de apelação merece ser provido para o fim de decretar a improcedência da pretensão formulada na inicial.

Dispositivo.

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto por *Google* Brasil *Internet* S/A e dou-lhe provimento para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Em consequência, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 11, condeno o apelado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios que arbitro em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

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. 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, 12 de agosto de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Agravo de Instrumento nº 1403100-70.2020.8.12.0000 – Corumbá

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE RECONHECIMENTO DE SUCESSÃO EMPRESARIAL – AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO E O PROSSEGUIMENTO NA EXPLORAÇÃO DA MESMA ATIVIDADE ECONÔMICA – SUCESSÃO DEMONSTRADA – RECURSO DESPROVIDO.

A jurisprudência reconhece que a sucessão empresarial pode ser evidenciada através de prova indireta, independentemente de formalização, admitindo-se sua presunção quando os elementos indiquem a aquisição do fundo de comércio e o prosseguimento na exploração da mesma atividade econômica, no mesmo endereço, com o mesmo objeto social, atingindo, inclusive, a mesma clientela já consolidada pela empresa sucedida.

No presente caso, conclui-se pela configuração da sucessão empresarial, visto que a empresa agravante instalou-se na mesma localidade, utilizando-se do mesmo ponto comercial de sua antecessora, beneficiando-se de idêntica clientela e dedicando-se à comercialização do mesmo produto.

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, 26 de junho de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Cidade Branca Comércio de Alimentos Eireli agrava da decisão que, nos autos do Incidente de Reconhecimento de Sucessão Empresarial apresentado por Rondai Segurança LTDA ME, acolheu o pedido de reconhecimento da sucessão empresarial, bem como determinou a inclusão da agravante do polo passivo do cumprimento de Sentença n. 0802814-93.2015.8.12.0008.

Afirma que para ocorrer a sucessão empresarial é necessário a incorporação, transformação, aquisição de controle acionário ou qualquer ato caracterizador de verdadeira cessão, hipóteses que não se amoldam ao caso concreto.

Argumenta que sequer existe identidade de titularidade entre as empresas sucedida e sucessora, inclusive possuem CNPJ distintos. Além disso, a mera circunstância de exercer a atividade comercial nos mesmos locais utilizados pela empresa Quadri Comércio de Alimentos LTDA, bem como com a utilização de bens em nome desta, não é suficiente para configurar a existência de sucessão empresarial.

Pediu, ainda, pela concessão da gratuidade judicial.

Por fim, diante da ausência dos requisitos da sucessão empresarial requer a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, pugna pela reforma da decisão agravada a fim de julgar improcedente o pedido de reconhecimento da sucessão empresarial, excluindo a agravante do polo passivo da Ação de Execução n. 0802814-93.2015.8.12.0008.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 76).

Contraminuta às f. 78-83.

É o relatório.

VOTO

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

A controvérsia dos autos é verificar se houve sucessão empresarial entre as empresas Cidade Branca Comércio de Alimentos Eireli e Quadri Comércio de Alimentos LTDA.

A sucessão empresarial é um dos efeitos jurídicos e obrigacionais decorrentes de um contrato especial de compra e venda, que tem por objeto o estabelecimento comercial da empresa, o qual se denomina trespasse.

O contrato de trespasse é por definição aquele por via do qual o acervo de bens materiais e imateriais (marca, ponto comercial, nome empresarial etc.) do empresário é integralmente alienado a outro, que passa então a ser o seu titular com relação a direitos e obrigações, inclusive com relação a algumas originadas anteriormente ao próprio negócio, fenômeno que se denomina sucessão empresarial.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.146, disciplina objetivamente a matéria, ao dispor que:

> *"Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento."*

Assim, exatamente com o escopo de evitar fraudes, o Código Civil impõe a persistência da responsabilidade do adquirente conjuntamente com o alienante por débitos anteriores contraídos por este, desde que regularmente contabilizados. Trata-se de norma cogente que, portanto, não admite qualquer flexibilização.

A jurisprudência reconhece que a sucessão empresarial pode ser evidenciada através de prova indireta, independentemente de formalização, admitindo-se sua presunção quando os elementos indiquem a aquisição do fundo de comércio e o prosseguimento na exploração da mesma atividade econômica, no mesmo endereço, com o mesmo objeto social, atingindo, inclusive, a mesma clientela já consolidada pela empresa sucedida.

No presente caso, consta dos autos que a oficiala de justiça, em cumprimento de mandado, verificou que *"os funcionários estão usando uniforme com a logomarca de Cidade Branca Supermercado, porém, observei que há caminhões, placas internas e carrinhos de compra com a logomarca da empresa executada (f. 44 dos autos principais)"*. Também foi demonstrado que as filias da empresa agravante funcionam no mesmo endereço onde eram as filiais da empresa sucedida (Quadri Comércio deAlimentos LTDA), bem como exerce a mesma atividade.

Conclui-se, então, pela configuração da sucessão empresarial, visto que a empresa agravante instalou-se na mesma localidade, utilizando-se do mesmo ponto comercial de sua antecessora, beneficiando-se de idêntica clientela e dedicando-se à comercialização do mesmo produto.

Neste sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE RECONHECEU A SUCESSÃO EMPRESARIAL – ALEGAÇÃO DE NÃO OCORRÊNCIA DE TAL SUCESSÃO E PEDIDO DE INSTITUIÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA – IMPOSSIBILIDADE – SUCESSÃO EMPRESARIAL DEMONSTRADA – INCOMPATIBILIDADE COM O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – RECURSO*

CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Existe a sucessão empresarial quando se adquire o patrimônio comercial de um estabelecimento com a continuidade da atividade, ficando responsável pelas finanças e negócios já firmados. In casu, restou verificada a sucessão empresarial, visto que o apelante está na posse da instituições de ensino há mais de quatro anos, sendo fato notório que a empresa vem explorando a atividade, inclusive recebendo as mensalidades dos alunos. 2. Não é o caso de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois ocorreu a sucessão de empresas e os dois institutos não se confundem, uma vez que a sucessão empresarial pode ser reconhecida por simples petição, não havendo fórmula rígida para sua demonstração." (TJMS. Apelação Cível n. 0803340-83.2017.8.12.0010, Fátima do Sul, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 23/08/2018, p: 27/08/2018)

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO CUMULADO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO – SUCESSÃO EMPRESARIAL – NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO – ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA – IMPOSSIBILIDADE – INSTITUTOS DIVERSOS – MÉRITO – EMBARGANTE INCLUÍDA NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – SUCESSÃO EMPRESARIAL – DEMONSTRADA – LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Inaplicável a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica por se tratar de instituto diverso da sucessão empresarial. No caso, deve ser mantido o reconhecimento da legitimidade da apelante para figurar no polo passivo da ação, pois é filha do executado, tendo iniciado suas atividades empresariais dias após o ajuizamento da ação de execução, possuindo ambas estreita relação e comunhão de interesses, caracterizado pelo agrupamento empresarial de caráter familiar, demonstrando a sucessão empresarial." (TJMS. Apelação Cível n. 0802331-12.2019.8.12.0012, Ivinhema, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 30/04/2020, p: 07/05/2020)

Portanto, a decisão agravada que acolheu o pedido de reconhecimento da sucessão empresarial, bem como determinou a inclusão da agravante do polo passivo do cumprimento de Sentença n. 0802814-93.2015.8.12.0008, deve ser mantida em sua integralidade.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 26 de junho de 2020.

***

1ª Seção Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Mandado de Segurança Cível nº 1403781-40.2020.8.12.0000

EMENTA – 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 da propriedade do bem imóvel ou do direito real, mas apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário.

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

Campo Grande, 6 de julho de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Maria Letícia Ferreira Lins impetra Mandado de Segurança contra ato ilegal praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda do Mato Grosso do Sul, consubstanciado na cobrança do tributo ITCMD na extinção de usufruto de imóvel recebido em doação, materializado pela guia de arrecadação ITCD n. 2413/2020, no valor de R$ 206.363,55, com vencimento para a dia 01/05/2020, emitida pela Secretaria de Estado de Fazenda.

Narra que recebeu em doação na data de 13/06/2001, uma gleba de terras rurais, com área de 748,2091 hectares, denominada Fazenda Carreteira, situada no Município de Caarapó/MS, objeto da Matrícula n. 14.101 do CRI da Comarca de Caarapó/MS, que foi doado à impetrante pelos senhores Aureliano Severo Lins e Maria de Lourdes Severo Lins, gravada com cláusula de usufruto vitalício em favor dos doadores, inclusive com cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Noticia que no dia 24/05/2001 foi pago o ITCD junto à AGENFA de Caarapó/MS, no valor de R$ 41.845,27, Guia n. 034/2001, relativo a alíquota de 2% sobre o valor de R$ 2.092.263,47, correspondente a 2/3 do total atribuído a cada imóvel doado na referida escritura pública.

Noticia, ainda, que após o óbito dos usufrutuários, visando consolidar a plena propriedade do imóvel, a impetrante realizou pedido de extinção do usufruto, oportunidade em que a autoridade coatora avaliou o imóvel rural em R$ 20.636,355,19 - base de cálculo de 1/3, no valor de R$ 6.878.785,06, exigindo a cobrança do ITCMD, na alíquota de 3%, no valor de R$ 206.363,55.

Assevera que impugnou o lançamento por meio de recurso administrativo no dia 17/03/2020, o qual foi indeferido na data de 01/04/2020, tendo por fundamento os artigos 122, IV e 127, VI, do Código Tributário Estadual, Lei n. 1.810/97.

Alega que não concorda com referido entendimento, haja vista que com a morte dos usufrutuários e a extinção do usufruto, não há qualquer transferência e nem transmissão do bem imóvel, e menos ainda do direito real, ocorrendo única e simplesmente a consolidação plena da sua propriedade.

Aduz que:

> *"(...) inexistindo transmissão, como é esta situação, não há que se falar em fato gerador de imposto ITCMD, nos termos do artigo 155, I, da Constituição Federal, ou do artigo 35, II, do Código Tributário Nacional, pois a titularidade do imóvel denominado 'Fazenda Carreteira', com a área de 748,2091 ha, objeto da Matrícula n. 14.101 do CRI da Comarca de Caarapó-MS, permanece sob o domínio da impetrante, situação esta, que perdurou durante todo o período do usufruto instituído ocorrendo, agora, mero destacamento dos atributos do uso e do gozo do respectivo bem (sic)."*

Sustenta que o lançamento do imposto além de ilegal é inconstitucional, vez que a Constituição Federal traz como fato gerador do ITCMD, unicamente, a transmissão da propriedade, circunstância que não é da exação imposta.

Colaciona inúmeros precedentes desta Corte.

Defende, portanto, a presença de direito líquido e certo da impetrante, bem como do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Ao final, pugna pela concessão de medida liminar para suspender a cobrança do ITCD referente a Guia n. 2413/2020 até o julgamento final do presente *mandamus*, evitando assim a incidência de multa e juros.

Às f. 58-63 foi deferida liminar para determinar a suspensão da cobrança do ITCD referente a Guia n. 2.413/2020 até o julgamento final do *writ*.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 73-79, defendendo a legalidade da exigência do pagamento dos valores cobrados a título de ITCD, por expressa previsão legal no artigo 122, I, do Código Tributário Estadual, alterado pela Lei nº 5.153/2017. Requereu, ao final, a denegação da segurança.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 89-96, pela concessão da segurança.

VOTO

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

A impetrante narrou que recebeu em doação na data de 13/06/2001, uma gleba de terras rurais, com área de 748,2091 hectares, denominada Fazenda Carreteira, situada no Município de Caarapó/MS, objeto da Matrícula n. 14.101 do CRI da Comarca de Caarapó/MS, que foi doado à impetrante pelos seus genitores Aureliano Severo Lins e Maria de Lourdes Severo Lins, gravada com cláusula de usufruto vitalício em favor dos doadores, inclusive com cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Noticiou que após o óbito dos usufrutuários, visando consolidar a plena propriedade do imóvel, a impetrante realizou pedido de extinção do usufruto, oportunidade em que a autoridade coatora exigiu a cobrança do ITCMD, na alíquota de 3%, no valor de R$ 206.363,55.

Alegou que não concorda com referido entendimento, haja vista que com a morte dos usufrutuários e a extinção do usufruto, não há qualquer transferência e nem transmissão do bem imóvel, e menos ainda do direito real, ocorrendo única e simplesmente a consolidação plena da sua propriedade, razão pela qual requereu a concessão da segurança para declarar a inexistência do fato gerador do ITCD constante na Guia nº 2.413/2020.

Pois bem. É consabido que o mandado de segurança é ação constitucional posta à disposição de pessoas físicas ou jurídicas contra ato de autoridade para proteção de direito líquido e certo.

Direito líquido e certo, a seu turno, é definido pelo insigne Hely Lopes Meirelles, com muita propriedade, como *"(...) o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração."* (WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança. 31. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38). E continua o culto professor:

> *"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 sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.*
>
> *Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração.* ***Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança."*** (*ob. cit*. p. 38-39) (Grifo nosso).

Dos ensinamentos acima, colhe-se que o mandado de segurança não comporta produção de provas, certo que entre os requisitos específicos desta ação está a comprovação, de plano, da violação do direito líquido e certo.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou este entendimento, senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – SUCEDÂNEO DE AÇÃO POPULAR – INVIABILIDADE – SÚMULA 101/STF – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INOCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA (...) 4. Não é difícil perceber que o direito vindicado não pode ser qualificado como líquido e certo; ao contrário, os documentos trazidos aos autos apenas confirmam a impressão inicial de que não há qualquer prova pré-constituída a amparar diretamente a pretensão formulada, mas apenas uma série de certidões e outros elementos assemelhados que, segundo dedução do ora agravante, indicariam a prática de crimes financeiros, como a lavagem de dinheiro."* (AgRg no MS 14634. Relator Ministro Castro Meira. Publicação DJe 10.5.2010).
>
> *"ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE LIMINAR – ANISTIA – DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. 1.* ***Entre os requisitos específicos da ação mandamental está a comprovação, mediante prova pré-constituída, do direito subjetivo líquido e certo do impetrante.*** *2.* ***Ausência de comprovação documental pré-constituída da situação que alega o impetrante na inicial a afastar o suposto direito líquido e certo.*** *Segurança denegada."* (MS 14444/DF. Relator Ministro Humberto Martins. Publicação DJe 30.6.2010) (Grifo nosso).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEI Nº 10.559/2002 – ANISTIA – INTERVENÇÃO NO SINDICATO DOS AERONAUTAS – ATO DE EXCEÇÃO – PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – AUSÊNCIA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. Entre os requisitos específicos da ação mandamental está a comprovação, mediante prova pré-constituída, do direito subjetivo líquido e certo do impetrante. (...) 3. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito."* (MS 11.867/DF. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Publicação DJ 20.11.2006).

No caso *sub examine*, tem-se que referida cobrança, de fato, mostra-se ilegal e abusiva, vez que, conforme entendimento exposto por ora da concessão da medida liminar, sobre a extinção de usufruto decorrente da morte dos usufrutuários não há a ocorrência do fato gerador do ITCMD.

A base normativa do ITCMD encontra-se na Constituição Federal, em seu artigo 155, inciso I, que dispõe:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (...)."

Logo, o fato gerador do referido imposto é a transmissão causa mortis e doação de bens e direitos, o que importa afirmar que se trata de imposto sobre o acréscimo patrimonial decorrente transmissão de propriedade de quaisquer bens ou de direitos em decorrente de falecimento do seu titular ou transmissão e cessão gratuitas.

Aliado a isso, o CTN detalhou, em seu artigo 35, estabelece:

> *"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.*
>
> *Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários."*

Sabe-se, ainda, que a doação é ato translativo de domínio, por meio do qual o doador, em ato espontâneo, entrega gratuitamente parte de seus bens ou vantagens a outrem (donatário) que, em convergência de vontades, os aceita expressa ou tacitamente (artigo 538, do CC). Além disso, o usufruto é um direito real sobre coisa alheia, por meio do qual o nu proprietário transmite ao usufrutuário (pessoa para quem o usufruto foi constituído) o direito à posse, ao uso, à administração e à percepção dos frutos de um determinado bem, quer seja imóvel ou móvel (artigo 1.225, inciso IV c.c. artigo 1.394, ambos do CC).

Portanto, diferentemente da doação, na qual há a transferência da propriedade do bem ao donatário, no usufruto ocorre apenas a divisão da posse do bem, ou seja, o nu-proprietário não transfere a propriedade ao usufrutuário, mas apenas a posse direta.

Desta forma, com a extinção do usufruto, não há a transferência da propriedade do usufrutuário ao nu-proprietário, apenas ocorre a consolidação da propriedade em favor deste, que passará a exercer a posse plena.

A propriedade foi transferida ao donatário pelo ato de doação, sendo garantido ao doador o usufruto vitalício do bem, ou seja, o exercício da possa direta sobre o imóvel. Assim, com a extinção do usufruto pela morte dos usufrutuários, não há a ocorrência do fato gerador do ITCMD por não implicar transferência de bens ou direitos, sendo descabida a cobrança praticada pela autoridade coatora.

Portanto, tem-se que a norma estadual - artigo 122, IV, do Código Tributário Estadual - como posto no parecer ministerial, excedeu aos limites da competência tributária outorgada pelo artigo 155, I, da CF, pois buscou equiparar a extinção do usufruto, quer pela renúncia, quer pela morte do usufrutuário, a uma forma de transmissão da propriedade, o que, como visto, não se confunde, já que no usufruto não há qualquer alteração da propriedade do bem imóvel ou móvel para caracterizar o fato gerador do ITCMD.

Nesse sentido, inúmeros são os precedentes desta Corte, senão vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ITCMD – USUFRUTO – EXTINÇÃO PELA MORTE DA USUFRUTUÁRIA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE FATO GERADOR – SEGURANÇA CONCEDIDA, COM O PARECER. 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 n. 1415633-95.2019.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 18/02/2020, p: 20/02/2020)

"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 da propriedade do bem imóvel ou do direito real, mas apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário." (TJMS. Mandado de Segurança Cível n. 1410690-35.2019.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 16/12/2019, p: 17/12/2019)

"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 n. 0808866-84.2019.8.12.0002, Dourados, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 21/10/2019, p: 23/10/2019)

"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 n. 0019785-18.2012.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/01/2016, p: 29/01/2016)

Portanto, verifica-se presente a ofensa ao direito líquido e certo dos impetrantes, devendo ser concedida a segurança, nos termos propostos na inicial.

Isso posto, com o parecer, concedo a segurança para tornar definitiva a liminar, a fim de declarar a inexistência do fato gerador do ITCD e, como consequência, afastar a incidência do ITCMD no caso em comento.

Sem custas e honorários (artigo 25, da Lei Federal n. 12.016/2009).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

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, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 6 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Agravo de Instrumento nº 1405867-81.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – UTILIDADE PÚBLICA – REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA APÓS 4 ANOS – LAPSO TEMPORAL DEMASIADO – PREJUÍZO À JUSTA INDENIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – NÃO OFENSA À PRECLUSÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Segundo consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em circunstâncias excepcionais, é possível o afastamento da coisa julgada para se permitir a realização de nova perícia no imóvel expropriado. Para tanto, o devedor deve demonstrar que o valor fixado no título, devido a circunstâncias extraordinárias, não atende à determinação constitucional de justa indenização.

Com fulcro no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, temos que a desapropriação por interesse social e por necessidade ou utilidade pública, ocorrerá mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. Portanto, devendo a indenização ser justa, é necessário considerar a grande valorização dos imóveis situados na zona urbana desde o período da primeira avaliação, o que torna necessária a apuração do atual valor de mercado do bem.

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, 21 de julho de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

JBS S.A. agrava da decisão proferida nos autos da ação de desapropriação movida pelo Município de Rio Brilhante, que determinou a realização da nova perícia técnica no imóvel objeto da desapropriação.

Relata que em 2013 o Município de Rio Brilhante propôs a presente ação para desapropriação de parte de área de propriedade da agravante, com a finalidade de construção de loteamento urbano de casas populares.

Afirma que em setembro de 2016, houve apresentação de laudo pericial judicial, avaliando a área no valor de R$ 3.908.000,00, pelo que expressamente concordou a agravante, apesar do valor estar aquém a avaliação extrajudicial por ela realizada no ano de 2015, que apurou o montante de R$ 4.015.718,50.

Salienta que, por outro lado, o Município não concordou com a perícia, tendo sido prestado os esclarecimentos necessários pelo perito, em que insistiu o agravado com seu descontentamento.

Esclarece que, diante do imbróglio, foi determinada a intimação do Município para se manifestar, no prazo de 05 dias, sob pena de homologação, trazendo esclarecimentos sobre a perícia, oportunidade em que o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo.

Defende, portanto, a preclusão do direito do agravado em pugnar pela realização de nova perícia, pelo que deve ser revogada a decisão agravada, mantendo-se o valor encontrado pela perícia judicial realizada em setembro/2016.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Resposta do agravado às f. 461-465, pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de ação de desapropriação movida pelo Município de Rio Brilhante em desfavor de JBS S.A., em que foi determinada pelo juízo *a quo* a realização de nova avaliação na área expropriada, para valorar a justa indenização pela expropriação do imóvel.

Conforme se depreende dos autos, há controvérsia quanto à necessidade de realizar nova perícia no imóvel objeto da ação de desapropriação interposta pelo Município de Rio Brilhante, considerando que a precedente avaliação ocorreu no ano de 2016, o lapso temporal é de aproximadamente 4 (quatro) anos até a presente data.

Conforme ensinamento doutrinário: *"A lei tem o intuito de fazer da indenização o justo pagamento dos direitos prejudicados. O fim da sentença é fixar o justo valor da coisa. A indenização deve corresponder o mais exatamente possível ao desfalque imposto ao patrimônio do expropriado."* (FAGUNDES, M. Seabra. Da desapropriação no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 338-343)

Com fulcro no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, temos que a desapropriação por interesse social e por necessidade ou utilidade pública, ocorrerá mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. Portanto, devendo a indenização ser justa, é necessário considerar a grande valorização imobiliária, o que torna necessária a apuração do atual valor de mercado do bem.

Ademais, somente a correção monetária do valor apurado desde o ano de 2016 não corresponderia à valorização do imóvel nos últimos anos, e por consequência, não garantiria o pagamento de justa indenização após o decurso de aproximadamente 04 (quatro) anos, não sendo justo o agravado pagar o valor estabelecido anteriormente, uma vez que tal valor não corresponde mais à realidade do imóvel.

Essa medida só beneficia a agravante!

No que tange a inércia do agravada em se manifestar sobre a perícia, não há que falar em preclusão, pois o juiz poderá determinar, de ofício, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480, CPC), além de que cabe ao juiz, também de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito (art. 370, CPC).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é possível o afastamento da coisa julgada para se permitir a realização de nova perícia no imóvel expropriado, quando o valor fixado na primeira perícia não atender à determinação constitucional de justa indenização, vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – EXECUÇÃO – COISA JULGADA – REQUERIMENTO PARA ELABORAÇÃO DE NOVO LAUDO PERICIAL – DISTORÇÃO NÃO ENCONTRADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA – REVISÃO – INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1.* ***Segundo consolidada jurisprudência desta Corte, em circunstâncias excepcionais, é possível o afastamento da coisa julgada para se permitir a realização de nova perícia no imóvel expropriado. Para tanto, o devedor deve***

***demonstrar que o valor fixado no título, devido a circunstâncias extraordinárias, não atende à determinação constitucional de justa indenização** (...)."* (AgInt no REsp 1550659/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020) (G.n.).

E mais, quando decorrido considerável lapso temporal, o Superior Tribunal de Justiça também entende sobre a necessidade de realização de nova perícia, a saber:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DESAPROPRIAÇÃO – ARTIGOS INFRACONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF – REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA – POSSIBILIDADE ANTE A EXCEPCIONALIDADE OCORRIDA – PRECEDENTES – ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO EXARADO PELO STJ – SÚMULA 83/STJ. 1. A matéria inserta nos arts. 437, 438 e 439, parágrafo único, do Código de Processo Civil - CPC não foi debatida pelo acórdão hostilizado, de modo que não foi atendido o requisito inarredável do prequestionamento. Incidência, na espécie, da Súmula n. 282/STF. 2. **Esta Corte Superior possui entendimento no sentido da possibilidade de elaboração de nova perícia, em casos excepcionais, como quando o lapso temporal transcorrido entre a data da avaliação e o seu pagamento seja demasiado o suficiente a não demonstrar a justa indenização, que é justamente o caso dos autos**, conforme relatado no acórdão recorrido. Precedentes: REsp 906.227/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 05/11/2010; REsp 592.736/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 10/10/2005. 3. Dessarte, o acórdão do tribunal a quo guarda perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, incidindo, no presente caso, o enunciado da Súmula 83/STJ, in verbis: 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 83.804/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012). (G.n.).

Na mesma linha de raciocínio é o julgado de minha relatoria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA APÓS 9 ANOS – LAPSO TEMPORAL DEMASIADO – PREJUÍZO À JUSTA INDENIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.* ***Com fulcro no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, temos que a desapropriação por interesse social e por necessidade ou utilidade pública, ocorrerá mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. Portanto, devendo a indenização ser justa, é necessário considerar a grande valorização dos imóveis situados na Comarca de Campo Grande desde o período da primeira avaliação, o que torna necessária a apuração do atual valor de mercado do bem.**"* (TJMS. Apelação Cível n. 0010126-24.2008.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 19/08/2014, p: 12/09/2014). (G.n.).

Visto isso, após a análise dos autos, tenho por necessária a realização de nova perícia no imóvel objeto da referida ação, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito e garantir o pagamento de indenização justa, na forma do inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, sendo afastadas as alegações da agravante quanto a preclusão.

E como dito, a nova perícia em nada prejudica a agravante, até porque a nova perícia atenderá a valorização imobiliária considerando o bem como imóvel urbano e não rural, tal como requerido pela agravante e acertadamente consignado na decisão agravada, senão vejamos:

> *"Primeiro, inviável acolher a pretensão do Município para que a área desapropriada seja considerada zona rural para fins de avaliação.*
>
> *Com efeito, como bem ponderou a JBS em sua manifestação de f. 339, a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que* ***o critério para a aferição da natureza do imóvel, para a sua classificação, se urbano ou rural, para fins de desapropriação, leva em consideração não apenas sua localização geográfica, mas também a destinação do bem****. 5 (Grifei).*

> *Ora, no caso em apreço, a própria petição inicial crava que 'sobre o imóvel declarado de utilidade pública pretende o expropriante implantar um loteamento visando a edificação de casas populares e outros empreendimentos de utilidade pública (sic) (f. 04)', o que é confirmado pelos documentos de f. 11-36.*
>
> *Assim, nada mais incongruente pretender o Município que o imóvel seja considerado zona rural com base em parâmetros registrais, urbanísticos e tributários, de modo que o novo exame deve obedecer aos parâmetros já utilizados na perícia de f. 267-286, mediante a utilização da NBR-14.653-2 (avaliação de imóveis urbanos)."* (G.n.).

Desta feita, irretorquível a decisão agravada.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 21 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Agravo de Instrumento nº 1401777-30.2020.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA – DISTÂNCIA CONSIDERÁVEL ENTRE A RESIDÊNCIA DAS PARTES E A COMARCA DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO – PARALISAÇÃO DE ATIVIDADES PRESENCIAIS EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19 – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Em virtude da distância considerável entre os autores e réus da demanda da comarca de tramitação dos autos, a videoconferência é o meio mais eficaz a garantir os princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), bem como do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).

O referido meio alternativo tem sido muito utilizado, especialmente em razão de grave pandemia que assola o Brasil e o mundo e tem por desiderato garantir a continuidade, efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, sem qualquer comprometimento com o amplo direito de defesa de qualquer das partes.

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, 9 de julho de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Grazyella Rocha de Carvalho e outros interpõem agravo de instrumento, insurgindo-se contra a decisão de f. 15, proferida pela juíza da 8ª Vara Cível de Dourados MS, Dra. Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, que indeferiu a realização de audiência de conciliação por videoconferência, *"tendo em vista que é ônus das partes e seus advogados se dirigirem à sede da vara onde tramita o feito."*

Discorrem acerca da previsão legal da prática de ato processuais de forma digital e que não há óbice para realização da audiência por videoconferência.

Pedem a concessão de efeito suspensivo, pois nova audiência está para ser designada e podem ser condenadas à multa do art. 334, § 8º 72 do CPC, além do prejuízo à celeridade processual.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo, para impedir a designação de audiência de conciliação até o julgamento deste agravo de instrumento (f. 21-23).

A agravada Revalmed Prospecção de Clientes LTDA ME apresentou contraminuta às f. 37-41, enquanto os agravadosCentro Universitário de Caratinga - UNEC e Mirtys Fabiany de Azevedo Pereira quedaram-se inertes (f. 42).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Grazyella Rocha de Carvalho e outros, insurgindo-se contra a decisão de f. 15, proferida pela juíza da 8ª Vara Cível de Dourados MS, Dra. Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, que indeferiu a realização de audiência de conciliação por videoconferência, *"tendo em vista que é ônus das partes e seus advogados se dirigirem à sede da vara onde tramita o feito."*

Eis o teor da decisão atacada:

> *"Indefiro a realização de audiência de conciliação por videoconferência, tendo em vista que é ônus das partes e seus advogados se dirigirem à sede da vara onde tramita o feito.*
>
> *No mais, citem-se as requeridas no endereço fornecido às f. 107, designando-se nova data para realização da audiência de conciliação."* (f. 93).

A decisão merece reforma.

Conforme estabelece o art. 334, § 7º, do CPC, *"audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei."*

O Provimento n.º 215/2019 do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que alterou o art. 1º do Provimento n.º 184/2018, estabelece a possibilidade de realização de audiências em processos criminais por videoconferência, restando omisso no ato normativo as audiências cíveis.

Contudo, no atual contexto de pandemia de Covid-19, no âmbito deste Tribunal de Justiça, foi editada a Portaria n.º 1.746/2020, que dispõe, em seus artigos 7º e 8º:

> *"**Art. 7º** As audiências em primeiro grau de jurisdição, a partir de 04 de maio de 2020, **poderão ser retomadas pelo sistema de videoconferência, vedada a realização de ato que exija a presença física de advogados, partes e testemunhas.***
>
> ***Art. 8º** Para realização das sessões do Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais, bem como das audiências em primeiro grau de jurisdição, está assegurada a utilização da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico, bem como a ferramenta Google Meet disponibilizado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul."* (G.n.).

Verifica-se que há regulamentação para a realização de videoconferência no âmbito deste Tribunal de Justiça, bem assim como em primeiro grau de jurisdição e isso se justifica pelas seguintes razões.

No presente caso, foi ajuizada ação de rescisão contratual c/c indenização por danos morais e materiais por Grazyella Rocha de Carvalho, Kawane Marcia de Melo Silva, Luanna Évelin Alves dos Santos e Pollyana Rocha de Carvalho, em face de Revalmed Prospecção de Clientes LTDA ME, Centro Universitário de Caratinga - UNEC e Mirtys Fabiany de Azevedo Pereira.

Dos autores, dois residem em Vitória da Conquista/BA, enquanto os demais têm domicílio em Barra do Garças/MT e Edéia/GO.

Dos réus, apenas um tem domicílio na Comarca de Dourados/MS, local de tramitação dos autos. Os outros réus têm domicílio em Belo Horizonte/MG e Caratinga/MG.

Os autores justificaram a competência do juízo em razão de cláusula de eleição de foro, tendo sido esse o motivo do ajuizamento da ação na Comarca de Dourados/MS.

Logo, em virtude da distância considerável entre os autores e réus da demanda da comarca de tramitação dos autos, a videoconferência é o meio mais eficaz a garantir os princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), bem como do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).

Ademais, em razão da suspensão dos atos presenciais pela Portaria n.º 1.746/2020 do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, e apesar do retorno das atividades presenciais programado pela Portaria 1.794/2020 para o dia 03/08/2020, o próprio artigo 11 da portaria dispõe que tal prazo poderá ser *"prorrogável caso o período emergencial decorrente da pandemia do novo Coronavírus - Covid-19 exija."*

Ademais, ao contrário do alegado pela agravada Revalmed em contraminuta, não vislumbro a ocorrência de qualquer prejuízo às partes pela realização do audiência por videoconferência. Ao contrário, o referido meio alternativo tem sido muito utilizado, especialmente em razão de grave pandemia que assola o Brasil e o mundo e tem por desiderato garantir a continuidade, efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, sem qualquer comprometimento com o amplo direito de defesa de qualquer das partes.

Assim, considerando que houve a citação de todos os réus, conforme se observa dos avisos de recebimento acostados às f. 95, 106 e 127 dos autos originários, bem como a impossibilidade de precisar a data do retorno das atividades, e levando-se em consideração também a distância de todas as partes da comarca na qual tramita o processo, deve ser reformada a decisão exarada pelo juízo *a quo*, de modo a autorizar a realização de audiência de conciliação por videoconferência.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto por Grazyella Rocha de Carvalho e outros e lhe dou provimento para reformar a decisão e determinar a realização da audiência de conciliação por meio de videoconferência.

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, 9 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Agravo de Instrumento nº 2000229-18.2020.8.12.0000 – Campo Grande

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – PERÍCIA JUDICIAL – LAUDO DE ENGENHARIA/ARQUITETURA – VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS – PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – RECURSO DO ESTADO – ADEQUAÇÃO DO VALOR À RESOLUÇÃO 232 DO CNJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – DECISÃO REFORMADA.

O art. 95, § 3º, II do CPC dispõe expressamente que o valor dos honorários periciais deve respeitar a tabela do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça em caso de omissão de tabela local.

A Resolução n. 232 estabeleceu os parâmetros de fixação desses honorários, estabelecendo o valor de R$ 490,12 para laudos de engenharia/arquitetura, valor que pode ser majorado em até cinco vezes, a depender da complexidade da perícia, mediante decisão fundamentada.

Recurso conhecido e provido para minorar o valor dos honorários periciais para R$ 2.450,60, que é cinco vezes o valor permitido pela tabela anexa à Resolução.

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, 30 de julho de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento insurgindo-se contra a decisão de f. 31-32, proferida pelo douto juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, Dr. Marcelo Andrade Campos Silva, que homologou a proposta de honorários apresentada pelo perito nomeado nos autos da Ação de Desapropriação Indireta movida apor Cícero Gomes da Rocha em face do Município de Campo Grande.

Trata-se de ação de desapropriação indireta movida por Cícero Gomes da Rocha em face do Município de Campo Grande, na qual foram deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita ao autor.

O requerente relatou que é o legitimo proprietário de um Lote de terreno sob o nº 12, da Quadra nº 04, no loteamento denominado Bairro Arapongas, matriculado sob nº 02/31.742 do Livro 02, Folha 01, da 2ª Circunscrição Imobiliária desta Capital.

Contou que o Município teria se apossado ilegalmente de parte do imóvel sem a desapropriação exigível e, de consequência, sem o prévio e justo pagamento em dinheiro.

Apresentou Avaliação de nº 021/2016, da Câmara de Valores de Campo Grande, firmada pelo responsável técnico, Sr. Sergio de Arruda Mendonça e Ronaldo Ribeiro, que avaliou a área desapropriada, medindo 165,60 m2 em R$ 57.960,00 (Cinquenta e sete mil, novecentos e sessenta reais) e do imóvel todo em R$ 271.000,00 (Duzentos e setenta e um mil reais).

Após regular trâmite processual, o juiz *a quo* deferiu a produção de prova pericial, nomeando para tanto a Empresa Real Brasil Consultoria e Perícias.

O expert ofereceu proposta de honorários de R$ 7.480,00.

O Estado manifestou sua contrariedade ao valor e o juiz *a quo* homologou a proposta.

É contra essa decisão que o Estado agrava discorrendo, inicialmente, sobre o cabimento do recurso. No mérito, alega a desarrazoabilidade do valor requerido. Afirmou que os honorários devem ser fixados em R$ 2.450,60, conforme item 2.1 da Tabela da Resolução n. 232/2016 do CNJ, devendo observar o disposto no art. 95, § 3º, II do CPC.

Afirma que a empresa pericial, em sua manifestação, sequer indicou a quantidade de horas a serem trabalhadas, valor unitário, despesas e tributos incidentes, não apresentando, assim, qualquer justificativa para a formulação de sua proposta, fazendo-a de forma aleatória e dissociada da realidade dos fatos.

Destaca que as Resoluções do CNJ nº 232 e 127/2011 não são vinculantes, tratando-se de recomendação do Poder Judiciário para evitar abusos na nomeação de Peritos, porém, segundo a jurisprudência atual a aplicação da Resolução nº 232/2016 não se mostra facultativa, mas obrigatória, pois passou a ter sua aplicação exigida pelo Novo CPC, exatamente nos incisos I e II do § 3º do art. 95, quando o Egrégio Tribunal de Justiça local não possuir tabela própria, como ocorre no caso dos autos.

É o que se denota da simples leitura do art. 102, § 5º, do Regimento Interno daquele Conselho (Resolução 67, de 3/3/2009), editada com base no disposto no § 2º do art. 5º da Emenda Constitucional 45, de 8/12/2004).

Requereu o recebimento do agravo com efeito suspensivo e, ao fim, o provimento dele para cassar a decisão a fim de que se observe o disposto na Tabela do CNJ. Alternativamente, requer seja sua responsabilidade limitada ao valor de R$ 2.450,60.

O agravo foi recebido às f. 91-93 com efeito suspensivo.

Contrarrazões às f. 102-107 e 116-122.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, insurgindo-se contra a decisão de f. 31-32, proferida pelo douto juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, Dr. Marcelo Andrade Campos Silva, que homologou a proposta de honorários apresentada pelo perito nomeado nos autos da Ação de Desapropriação Indireta movida apor Cícero Gomes da Rocha em face do Município de Campo Grande.

Eis o teor da decisão atacada:

Tratam os autos de ação de desapropriação indireta, na qual foi deferida a produção de prova pericial e sobre a proposta de honorários do perito, houve impugnação por parte do Estado de Mato Grosso do Sul.

Propostos os honorários periciais em R$ 7.480,00 (sete mil, quatrocentos e oitenta reais), argumentou o Estado tratar-se de valor excessivo, mencionando que nos casos de assistência judiciária gratuita deveria ser seguida a Resolução nº 232/2016 do CNJ, a qual limita a responsabilidade estatal.

Intimado, o *expert* manifestou-se no sentido de ratificar a proposta apresentada, levando-se em conta a relevância, o risco e a complexidade da tarefa, o tempo destinado aos trabalhos e a qualificação profissional do pessoal envolvido.

Vieram-me conclusos para decisão.

É esta, em apertada síntese, a história relevante do feito para este momento. Decido.

Trata-se de ação ordinária onde há impugnação ao valor proposto a título de honorários periciais, buscando o Estado limitar sua responsabilidade quanto ao pagamento da verba, caso o ônus recaia à parte beneficiária da justiça gratuita.

Primeiramente, saliente-se que o valor dos honorários periciais deve englobar o montante do serviço a ser executado pelo perito, a duração deste, sua complexidade, a importância da lide e, inclusive, as despesas para a realização dos trabalhos.

Além destes fatores objetivos, existem ainda outros, de ordem subjetiva, que hão de incidir sobre o preço dos serviços ofertados, que incluem o nome do profissional, a qualidade do serviço prestado, e mesmo a confiança que este desperta perante o juízo que o nomeia.

Em segundo lugar, pontua-se que os parâmetros delineados pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 232/2016) servem apenas de orientação, posto se tratar de ato regulamentar sem efeito vinculante.

Ademais, destaca-se que o disposto no art. 95, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil não impõe uma obrigação ao magistrado, mormente pela utilização pelo legislador do vocábulo "poderá".

Não é outro, portanto, o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – HONORÁRIOS PERICIAIS – MANUTENÇÃO DO VALOR ARBITRADO – **RESOLUÇÃO 232 DO CNJ – INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE** – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Para a fixação dos honorários periciais devem ser considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como a complexidade do trabalho do profissional e o tempo exigido para a sua realização. No caso, é notória a complexidade da causa, uma vez que envolve questão afeta à avaliação de um imóvel rural com área de 17.360 hectares. **A Resolução nº 232 do Conselho Nacional de Justiça, não possui efeito vinculante**, apesar de poder ser utilizada como parâmetro. ***(TJMS. Agravo de Instrumento n. 2000338-19.2018.8.12.0900, Porto Murtinho, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 10/07/2018, p: 20/07/2018)***

Por outro lado, as peculiaridades da causa e a fundamentação utilizada pelo perito para ratificar o valor proposto autorizam a homologação dos honorários periciais no montante pretendido.

Desta forma, tenho que a proposta é perfeitamente compatível com a perícia a ser realizada, razão pela qual atribuo devido o valor dos honorários periciais em R$ 7.480,00 (sete mil, quatrocentos e oitenta reais).

ISTO POSTO, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem homologar a proposta de honorários apresentada às fls. 166/169, em R$ 7.480,00 (sete mil, quatrocentos e oitenta reais), para realização da perícia.

Intime-se para instalação da perícia.

Como visto, o Estado agrava alegando a desarrazoabilidade do valor requerido. Afirmou que os honorários devem ser fixados em R$ 2.450,60, conforme item 2.1 da Tabela da Resolução n. 232/2016 do CNJ, devendo observar o disposto no art. 95, § 3º, II do CPC.

Afirmou que a empresa pericial, em sua manifestação, sequer indicou a quantidade de horas a serem trabalhadas, valor unitário, despesas e tributos incidentes, não apresentando, assim, qualquer justificativa para a formulação de sua proposta, fazendo-a de forma aleatória e dissociada da realidade dos fatos.

Destaca que as Resoluções do CNJ nº 232 e 127/2011 não são vinculantes, tratando-se de recomendação do Poder Judiciário para evitar abusos na nomeação de Peritos, porém, segundo a jurisprudência atual a aplicação da Resolução nº 232/2016 não se mostra facultativa, mas obrigatória, pois passou a ter sua aplicação exigida pelo Novo CPC, exatamente nos incisos I e II do § 3º do art. 95, quando o Egrégio Tribunal de Justiça local não possuir tabela própria, como ocorre no caso dos autos.

Entendo que o recurso merece provimento.

O novo Código de Processo Civil, no artigo 95, § 3º, II, dispôs expressamente que quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário da justiça gratuita, ela será paga com recursos alocados no orçamento do Estado, hipótese em que o valor necessariamente deverá ser fixado conforme tabela do respectivo tribunal, ou em caso de omissão, por resolução do Conselho Nacional de Justiça. Confira-se o referido dispositivo:

"Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

(...).

§ 3º. Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

(...);

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça."

Este Tribunal ainda não possui referida tabela, motivo pelo qual deve-se aplicar a Resolução n. 232, de 13/07/2016, do Conselho Nacional de Justiça.

É esse o entendimento deste Tribunal, conforme se vê dos seguintes julgados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – PERÍCIA JUDICIAL – AVALIAÇÃO DE IMÓVEL URBANO – VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS – VENCIDO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA – READEQUAÇÃO DO MONTANTE ARBITRADO PARA ATENDER OS CRITÉRIOS DA RESOLUÇÃO N 232 DO CNJ – RECURSO PROVIDO. A Lei n. 13.105/2015, ao instituir o novo Código de Processo Civil, foi expressa no artigo 95, § 3º, II, em consignar a observância do valor dos honorários periciais à tabela do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça; tanto por isso este último órgão editou a Resolução n. 232 estabelecendo os parâmetros de fixação desses honorários. In casu, a decisão que homologou o valor dos honorários periciais foi posterior à nova lei e à resolução regulamentadora, de modo que deve a esses regramentos se adequar, verificada a excessividade dos honorários fixados. Para os serviços de avaliação de imóvel urbano, conforme normas da ABNT, a Resolução estabeleceu o valor de R$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais), podendo ser cinco vezes referido valor, a depender da complexidade da perícia. Recurso provido para minorar o valor dos honorários periciais ao importe de R$ 2.150,00, que é cinco vezes o valor permitido pela tabela anexa à Resolução." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 2000353-98.2020.8.12.0000, Corumbá, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 14/07/2020, p: 17/07/2020)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – HONORÁRIOS PERICIAIS EM AÇÃO PROPOSTA POR BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – ENCARGO ATRIBUÍDO AO ENTE ESTATAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 95, § 3º, DO CPC – RESOLUÇÃO N. 232, DO CNJ – READEQUAÇÃO DO VALOR HOMOLOGADO PELO JUÍZO SINGULAR – DECISÃO MODIFICADA – RECURSO PROVIDO. Conforme estabelecido no artigo 95, § 3º, do CPC, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário da justiça gratuita e paga com os recursos do Estado, o valor deverá ser fixado conforme tabela do Tribunal e, na ausência, do Conselho Nacional de Justiça. Inexistindo tabela deste Tribunal de Justiça, deve ser observada a Resolução n. 232, do CNJ, que expressamente definiu os parâmetros e valores para fixação dos honorários periciais para serem pagos aos peritos, no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus, nos termos do disposto no art. 95, § 3º, II, do Código de Processo Civil. No caso, uma vez que os valores homologados pelo juízo superam o limite definido na referida resolução, necessária a sua readequação, restando autorizada, diante do caso concreto, a estipulação em até cinco vezes o montante previsto na tabela da resolução (artigo 1º, § 4º, da Resolução n. 232/CNJ)." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 2000158-16.2020.8.12.0000, Naviraí, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 22/05/2020, p: 26/05/2020)

Segundo o art. 2º, § 2º da referida Resolução, quando o valor dos honorários for fixado em valor superior ao da tabela oficial, seu pagamento estará limitado àqueles valores estabelecidos pelo CNJ. Confira-se:

"Art. 2º O magistrado, em decisão fundamentada, arbitrará os honorários do profissional ou do órgão nomeado para prestar os serviços nos termos desta Resolução, observando-se, em cada caso:

I - a complexidade da matéria;

II - o grau de zelo e de especialização do profissional ou do órgão;

III - o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço;

IV - as peculiaridades regionais.

§ 1º O pagamento dos valores de que trata este artigo e do referente à perícia de responsabilidade de beneficiário da gratuidade da justiça será efetuado com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal.

§ 2º Quando o valor dos honorários for fixado em montante superior aos definidos em tabela oficial, seu pagamento, a ser realizado pelos cofres públicos, estará limitado àqueles valores estabelecidos pelo Tribunal ou, na sua falta, pelo CNJ, conforme anexo.

§ 3º Em sendo o beneficiário da justiça gratuita vencedor na demanda, a parte contrária, caso não seja beneficiária da assistência judiciária, deverá arcar com o pagamento integral dos honorários periciais arbitrados.

§ 4º O juiz, ao fixar os honorários, poderá ultrapassar o limite fixado na tabela em até 5 (cinco) vezes, desde que de forma fundamentada.

§ 5º Os valores constantes da tabela anexa serão reajustados, anualmente, no mês de janeiro, pela variação do IPCA-E." (G.n.).

Por outro lado, o § 4º acima destacado dispõe que o juiz poderá ultrapassar o limite da tabela em até 05 vezes, desde que de forma fundamentada.

No caso, a perícia é para elaboração de laudo de engenharia/arquitetura para o qual a Resolução estabeleceu o valor de R$ 490,120 (quatrocentos e noventa reais e doze centavos).

O valor dos honorários pleiteados e homologados, em R$ 7.480,00 revela-se, portanto, excessivo, e deve ser minorado para R$ 2.450,60 (dois mil, quatrocentos e cinquenta reais e sessenta centavos), que é cinco vezes o valor permitido pela tabela.

Além disso, trata-se de quantia razoável para a realização da avaliação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul para minorar o valor dos honorários periciais que foram homologados para o valor de R$ 2.450,60 (dois mil, quatrocentos e cinquenta reais e sessenta centavos).

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, 30 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0839123-66.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DOS APELOS SUSCITADAS POR AMBAS AS PARTES POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADAS – QUESTÃO DE FUNDO – OFENSAS DE CUNHO RACIAL PROFERIDAS EM GRUPO DE MENSAGEM DO APLICATIVO *WHATSAPP* – DANO MORAL CARACTERIZADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANTIDO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DESCABIDA, *EX VI* DO ENUNCIADO DA SÚMULA 326 DO STJ – MULTA APLICADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO – SANÇÃO AFASTADA – *DECISUM* DE PRIMEIRO GRAU REFORMADO EM PARTE – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – APELO DO REQUERIDO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se nas razões recursais o recorrente mostra de maneira suficiente as razões de fato e de direito pelos quais entende que a sentença estaria equivocada, dando perfeitas condições para o juízo *ad quem* analisar o seu recurso, não há falar em afronta ao princípio da dialeticidade.

Demonstrado nos autos que a parte ré emitiu contra o autor ofensas de cunho racial em grupo de mensagens do aplicativo *WhatsApp*, a consequência lógica é que o dano moral resta caracterizado.

Nas ações de indenização por dano moral deve ser observado o critério da razoabilidade para que o valor arbitrado não seja extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento ilícito, tampouco ínfimo, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

Em ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca - Súmula 326 do STJ.

Mostra-se descabida a aplicação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do novel CPC, caso não se constate que o recorrente possuía o desígnio de tão somente retardar o andamento do processo.

Recurso do autor conhecido e provido em parte; apelo do réu 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 de Alex Pereira de Souza e deram parcial provimento ao apelo de Jamil de Freitas Damaceno, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de setembro de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Jamil de Freitas Damaceno e Alex Pereira de Souza interpõem recurso de apelação cível contra sentença prolatada pelo juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de indenização por danos morais aforada pelo primeiro em face do segundo, acolheu a pretensão deduzida na peça inaugural.

Requer o primeiro recorrente, a reforma do *decisum*, sustentando, em síntese, que:

> *"1) (...) embora tenha reconhecido o direito do apelante de ser indenização em razão dos danos morais que lhe foram causados pelo apelado (objeto principal do pedido), fixou o quantum indenizatório em valor menor ao postulado na inicial, condenando reciprocamente os litigantes no pagamento das custas processuais e nos honorários de advogado; 2) (...) a sentença julgou procedente o pedido formulado, e não parcialmente procedente, de modo que não há que se cogitar em sucumbência recíproca; 3) (...) não agiu com a certo a sentença ao fixar o valor devido a título de danos morais em R$ 5.000,00, verba que deverá ser majorada para R$ 15.000,00, nos termos em que requerido na peça inicial; 4) (...) ao julgar o recurso de embargos de declaração oposto pelo apelante, a sentença apelada o condenou no pagamento de multa processual no equivalente a 2% sobre o valor atualizado da causa, por ter sido o recurso considerado meramente protelatório e, ainda, um abuso do direito de recorrer por parte do apelante, então embargante, de modo que já se encontra como vencedor da demanda, não faz sentido interpretar sua irresignação, absolutamente fundamentada e alicerçada em farta jurisprudência, como meramente protelatória, razão pela qual deverá ser afastada a multa processual contra ele imposta pela sentença apelada."*

O segundo apelante Alex Pereira de Souza, por seu turno, postula a reforma decisório, aduzindo, em resumo, que:

> *"1) Esclareceu o recorrente em todo transcurso processual que não houve, portanto, animus difamandi e nem, muito menos, injuriandi; 2) (...) o emprego de tal expressão foi em virtude de conflitos ocorrido entre o recorrente e o recorrido tendo em vista que o recorrido diversas vezes difamou o recorrente inflamando no grupo palavras nas quais demonstravam que o recorrente estava enganando a Policia Militar dizendo-se que o mesmo estava com 'enxaqueca' e conforme exposto no grupo de whatsapp em f. 52 quando disse: '**nego é macho pra caramba não é um boiolinha que fica dando migué'**; 3) (...) demonstrou e deixou evidenciado sua situação de saúde tendo em vista possuir um problema de saúde, enxaquecas, e a forma na qual o recorrido provocava o recorrente tanto no grupo de whatsapp como no CFAP era utilizar essa situação difamando o recorrente perante seus pares, ocasionando assim o conflito; 4) (...) não restou caracterizado dano moral, na medida em que o Sr. Jamil de Freitas Damaceno não demonstrou qualquer sofrimento, vexame, dor, humilhação alheio à normalidade da vida em sociedade ou que sua honra tenha sido maculada; 5) (...) ad agumentandum tantum, caso se decida pela existência de dano moral a ser indenizado, roga-se pela observância ao princípio da proporcionalidade ínsita à extensão do suposto dano, de modo a dar parcial provimento ao recurso para minorar o quantum indenizatório na sentença."* (G.n.).

Em contrarrazões, os apelados suscitam preliminar de não conhecimento dos apelos, por violação ao princípio da dialeticidade, enquanto que no mérito manifestam-se pelo desprovimento nas partes que lhes interessam.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por Jamil de Freitas Damaceno e Alex Pereira de Souza contra sentença prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de indenização por danos morais aforada pelo primeiro em face do segundo, acolheu a pretensão deduzida na peça inaugural.

Como relatado, requer o primeiro recorrente, a reforma do *decisum*, sustentando, em síntese, que:

> *"1) (...) embora tenha reconhecido o direito do apelante de ser indenização em razão dos danos morais que lhe foram causados pelo apelado (objeto principal do pedido), fixou o quantum indenizatório em valor menor ao postulado na inicial, condenando reciprocamente os litigantes no pagamento das custas processuais e nos honorários de advogado; 2) (...) a sentença julgou procedente o pedido formulado, e não parcialmente procedente, de modo que não há que se cogitar em sucumbência recíproca; 3) (...) não agiu com a certo a sentença ao fixar o valor devido a título de danos morais em R$ 5.000,00, verba que deverá ser majorada para R$ 15.000,00, nos termos em que requerido na peça inicial; 4) (...) ao julgar o recurso de embargos de declaração oposto pelo apelante, a sentença apelada o condenou no pagamento de multa processual no equivalente a 2% sobre o valor atualizado da causa, por ter sido o recurso considerado meramente protelatório e, ainda, um abuso do direito de recorrer por parte do apelante, então embargante, de modo que já se encontra como vencedor da demanda, não faz sentido interpretar sua irresignação, absolutamente fundamentada e alicerçada em farta jurisprudência, como meramente protelatória, razão pela qual deverá ser afastada a multa processual contra ele imposta pela sentença apelada."*

O segundo apelante Alex Pereira de Souza, por sua vez, postula a reforma decisório, aduzindo, em resumo, que:

> *"1) Esclareceu o recorrente em todo transcurso processual que não houve, portanto, animus difamandi e nem, muito menos, injuriandi; 2) (...) o emprego de tal expressão foi em virtude de conflitos ocorrido entre o recorrente e o recorrido tendo em vista que o recorrido diversas vezes difamou o recorrente inflamando no grupo palavras nas quais demonstravam que o recorrente estava enganando a Policia Militar dizendo-se que o mesmo estava com 'enxaqueca' e conforme exposto no grupo de whatsapp em f. 52 quando disse: 'nego é macho pra caramba não é um boiolinha que fica dando migué'; 3) (...) demonstrou e deixou evidenciado sua situação de saúde tendo em vista possuir um problema de saúde, enxaquecas, e a forma na qual o recorrido provocava o recorrente tanto no grupo de whatsapp como no CFAP era utilizar essa situação difamando o recorrente perante seus pares, ocasionando assim o conflito; 4) (...) não restou caracterizado dano moral, na medida em que o Sr. Jamil de Freitas Damaceno não demonstrou qualquer sofrimento, vexame, dor, humilhação alheio à normalidade da vida em sociedade ou que sua honra tenha sido maculada; 5) (...) ad agumentandum tantum, caso se decida pela existência de dano moral a ser indenizado, roga-se pela observância ao princípio da proporcionalidade ínsita à extensão do suposto dano, de modo a dar parcial provimento ao recurso para minorar o quantum indenizatório na sentença."*

Juízo de admissibilidade.

Denota-se que o *decisum* foi disponibilizado nos autos em 30/4/2020 (f. 144), tendo as respectivas intimações sido realizadas aos 5/5/2020, com início do prazo recursal no dia 6/5/2019 (f. 146), enquanto que estes recursos foram manejados em 26/5/2020 (f. 147-157 e f. 158-166), competindo assinalar que o término do prazo ocorreu nesta data, ou seja, em 26/5/2020.

Portanto, nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c o art. 219, *caput*, do novo Código de Processo Civil, os apelos são tempestivos, já que propostos no prazo legal de quinze dias úteis, assim como estão em consonância com o art. 1.007, do mesmo diploma legal, cumprindo registrar que o apelante Alex Pereira de Souza é beneficiário da justiça gratuita, incidindo, destarte, o § 1º deste último preceito normativo em prol dele.

Preliminares de não conhecimento dos apelos manejados por ambas as partes, suscitadas em contrarrazões, por afronta ao princípio da dialeticidade.

Sustentam o autor e réu, em suas contrarrazões, respectivamente, que houve violação ao princípio da dialeticidade nas peças recursais interpostas por um e outro, sob a justificativa de que foi não mostrado o desacerto do decisório recorrido, com a devida explicitação da existência de ilegalidade, injustiça ou inadequação fática, não atacando, de fato, a motivação do *decisum*.

Sobre a matéria, o Professor Nelson Nery Júnior leciona:

> *"O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão."* (Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5. ed. RT, 2000. p. 149).

In casu, examinando detidamente as razões dos dois recursos de apelação aviados pelos litigantes, vê-se que restaram suficientemente demonstrados e atacados os motivos pelos quais eles entendem que a sentença estaria equivocada, dando perfeitas condições para que este juízo *ad quem* conheça de seus apelos, consoante prescreve o art. 1.010, inciso III, do Diploma Processual Civil de 2015, obedecendo, dessarte, o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal.

Sendo assim, rejeito as preliminares *sub examine*.

Mérito.

De início, anoto que os dois apelos serão apreciados concomitantemente.

Por outro lado, nota-se do relatório da sentença que o demandante Jamil de Freitas Damaceno, neste momento apelante, aforou esta ação de indenização por danos morais em face de Alex Pereira de Souza, agora recorrente, pelos motivos abaixo expostos:

> *"(...) o requerente alega que ambos são policiais militares, e frequentavam um curso de formação para cabos junto com outros 25 policiais militares. Durante uma das aulas deste curso o requerido proferiu após uma brincadeira realizada pela requerente ofensas raciais como '**só porque a princesa Isabel assinou a lei áurea preto já acha que é gente, só que assinou a lápis**'. As injurias raciais proferidas pelo requerido não se limitaram aquelas palavras ditas em sala de aula, pois os alunos do curso possuíam um grupo no whatsapp, **neste grupo novamente o requerido se expressou de maneira ofensiva dizendo 'mais um preto q mal tem ensino médio**'. Alega ainda que o requerido enviou um áudio no grupo ofendendo novamente sua honra em razão de sua raça."* (G.n.).

Em vista dos fatos supra mencionados, o autor pugnou pela condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais no importe não inferior a R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O julgador de primeira instância, ao prolatar a sentença de f. 125-129, acolheu a pretensão deduzida na peça vestibular, nos termos que se seguem:

> *"Pelo exposto, julgo procedente o pedido formulado pelo autor, para condenar o demandado Alex Pereira de Souza, ao pagamento de danos morais, no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento, isto é, da prolação da presente sentença, e acrescidos de juros de mora, na forma do art. 406, do Código Civil, a partir da citação, nos termos da fundamentação acima e declaro resolvido o mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.*
>
> *O autor requereu indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00, tendo tido êxito, contudo, em obter R$ 5.000,00, isto é, aproximadamente 1/3 de sua pretensão inicial.*
>
> *Em tal situação, reputo ter sido recíproca a sucumbência, devendo o autor arcar com 2/3 das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios e o requerido com os 1/3 restantes, ficando suspensa a exigibilidade em relação ao autor, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (f. 28).*
>
> *Arbitro os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% sobre o valor da condenação atualizada, na forma do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil/2015."*

Tecidas essas breves considerações, a meu ver, a sentença merece reparos.

No tocante ao dano moral, cumpre frisar que, na espécie, restaram incontroversas as ofensas de cunho racial emitidas pelo demandado, porquanto ele disse em grupo de mensagem do aplicativo *WhatsApp*, no qual faziam parte diversos alunos de um curso de formação para cabo da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, que o requerente seria *"um preto que mal tem o ensino médio (f. 22)"*, enviando, ainda, a seguinte mensagem de áudio no aludido grupo (f. 27):

> *"(...) e outra bicho,* ***você é só um preto que não tem nem o ensino médio direito nas costas,*** *eu tenho um laudo, eu tenho um acompanhamento de um neurologista, que atesta que eu não posso interromper o sono e se um neurologista fala isso,* ***não é um preto filha da puta igual você, que vai falar ao contrário.****"* (G.n.).

À vista disso, compreendo que a parte autora não sofreu mero "dissabor comezinho", como defendido pelo requerido, mas, sim, um sofrimento que foge aos padrões da normalidade, interferindo de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar, atingindo-lhe, via de consequência, os direitos inerentes à sua personalidade, configurando, assim, um dano moral indenizável.

Em questão similar, assim decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E ADESIVO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –* ***OFENSA VERBAL EM RAZÃO DA COR DE PELE DA AUTORA – DANO CONFIGURADO – CONDUTA DESNECESSÁRIA QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DA BOA CONVIVÊNCIA – INDENIZAÇÃO DEVIDA*** *– QUANTUM MANTIDO – VERBA DE SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSO PRINCIPAL E ADESIVO IMPROVIDOS. 1. No que se refere ao dano moral em razão de ofensa verbal, é justa indenização no sentido de se compensar a humilhação sofrida. 2. Os requisitos para a caracterização do dano moral foram comprovados e a indenização se faz devida. 3. Na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato, bem como sua condição financeira. In casu, levando em conta todos esses fatores, R$ 7.240,00 (sete mil, duzentos e quarenta reais) a título de indenização por danos morais constitui quantum capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o requerido torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 4. Não há que se falar em minoração dos honorários advocatícios, pois ao fixar o percentual de 15% sobre o valor da condenação o juiz a quo observou a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço, nos termos do que dispõe o art. 20, § 3º, do CPC."* (Apelação Cível nº 0821005-18.2012.8.12.0001; Relator Desembargador Sideni Soncini Pimentel; 5ª Câmara Cível; Julgado em 8/9/2015). (Grifamos)

A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.

Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos.

Segundo farto precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A revisão da indenização por dano moral apenas é possível quando o quantum arbitrado nas instâncias originárias se revelar* ***manifestamente irrisório*** *ou exorbitante. Não estando configurada uma dessas hipóteses, torna-se incabível examinar a justiça do valor fixado na indenização, uma vez que tal análise demanda incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência do enunciado da Súmula 7/STJ.*
>
> *(...).*
>
> *6. Agravo interno não provido."* (AgInt nos EDcl no AREsp 977.648/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017). (G.n.).

Passa-se a examinar, assim, o *quantum* indenizatório, fixado na r. Sentença em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Como é sabido, inexiste no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve tão somente observar alguns critérios assentados pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em perpetrar futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar, na obra "Reparação Civil por Danos Morais", 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. RT, pág. 233, acentua a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, explanando:

> *"(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante."*

Rui Stoco, em sua obra "Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. RT, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo magistrado no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na análise do dano moral.

Confira-se:

> *"a) o magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."*

Nesse cenário, é de se ver que o réu praticou, na realidade, crime de racismo, pelos termos em que tratou o autor como preto que sequer teria formação no ensino médio, em curso que frequentavam, afirmando mais, ainda, que *"só porque a princesa Isabel assinou a lei áurea preto já acha que é gente, só que assinou a lápis."*

As ofensas foram graves e o Brasil não admite que seja dado tratamento discriminatória em razão de atos que resultem de preconceitos de raça, cor ou etnia. É crime inafiançável e imprescritível, para se aquilatar a importância que o legislador brasileiro deu para punir quem pratique crime odioso desta espécie (Lei 7.716/89). Em seu artigo 20 estabelece referida lei que é crime também *"praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (pena: reclusão de 1 a três anos), com sujeição, inclusive, à perda da função pública, se servidor público."*

O fato foi grave e não se admite que qualquer pessoa possa atentar contra a honra do outro promovendo discriminação racial tal qual o fez o réu.

O valor fixado na r. Sentença, assim, nem de longe representa razoabilidade no *quantum* arbitrado, e merece induvidosamente elevação, para atender aos fins da reparação civil, antes enunciados.

O que determina o valor a ser indenizado é o caso concreto. Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – OFENSAS EM COLETIVO – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – VALOR – RAZOABILIDADE – ALTERAÇÃO – NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS – ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ – AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *(...).*
>
> *2.* ***O valor fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por dano moral, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, seguindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade****, não se enquadra nas hipóteses permissivas de revisão da referida indenização. Precedentes.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (G.n.).

Doutro norte, no tocante à alegação do apelante Jamil de Freitas Damaceno no sentido de inexistência de sucumbência recíproca na presente demanda, penso que prospera, na medida em que, em sede de ação de indenização por danos morais, na hipótese de o pedido ser acolhido a menor, não enseja perda parcial, já que ele é meramente estimativo.

Aliás, nesse sentido, é o enunciado da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

> *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."*

Por derradeiro, no que corresponde à multa de 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, aplicada pelo magistrado de instância singela em desfavor do demandante, sob a justificativa de que os embargos de declaração por ele opostos contra a sentença seriam protelatórios, pois, de acordo com o julgador *a quo*, a pretensão do ora recorrente não estaria fundada, efetivamente, em omissão, contradição ou obscuridade, mas, simplesmente, em seu inconformismo com o *decisum*, a meu sentir, mais uma vez assiste razão a ele, porque, por mais que se esforce, não se constata o desígnio do requerente de tão somente retardar o andamento do feito, valendo ressaltar que ele se sagrou vencedor na demanda.

Face ao exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Alex Pereira de Souza e lhe nego provimento.

De outro tanto, conheço do apelo manejado por Jamil de Freitas Damaceno e lhe dou parcial provimento para, reformar em parte a sentença, determinar que o primeiro (o réu) arque com a totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, com a observância do § 3º do art. 98 do novo CPC, haja vista ser beneficiário da gratuidade da justiça, assim como afastar a multa imposta ao segundo - ao autor - na decisão de f. 142-143, mantendo-se o decisório recorrido em seus demais termos.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Alex Pereira de Souza e deram parcial provimento ao apelo de Jamil de Freitas Damaceno, 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, 9 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0000652-73.2011.8.12.0017 – Nova Andradina

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS MÉDICOS – FETO MACROSSÔMICO – PRÉ-NATAL NÃO REALIZADO ADEQUADAMENTE – ÓBITO DA CRIANÇA – PERDA DE UMA CHANCE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSOS DESPROVIDOS.

A responsabilidade civil do Município de Nova Andradina é objetiva e baseia-se na Teoria do Risco Administrativo, encontrando-se prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Já a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, isto é, só pode ser reconhecida verificada a culpa, segundo o artigo 186, do CC, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência. A disposição do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, repete que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.

As condições clínicas da autora justificavam atenção maior do médico que realizou o pré-natal. Logo, o erro profissional, atinente à falha de atendimento no pré-natal, tirou da autora a chance de receber diagnóstico preciso de sua gravidez, com ciência prévia da macrossomia e, por consequência, adoção de condutas médicas adequadas, com eventual antecipação do parto, através de cesariana.

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de acordo com as peculiaridades da demanda, observado o grau da lesão sofrida e os fatores sócio-econômicos das partes envolvidas, além da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, se mostra justa e adequada a fixação de maneira solidária do valor dos danos morais em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

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, 28 de julho de 2020.

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.

Município de Nova Andradina e Walter Cremasco Neto, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos da Ação Indenizatória que lhes move Liomar Maria dos Santos, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que

julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de condenar solidariamente os apelantes ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais.

Do recurso de apelação interposto por Walter Cremasco Neto.

Alega que a prova pericial carreada aos autos foi determinante para comprovar que o evento morte do filho da autora não teve qualquer nexo causal com o pré- natal realizado pelo recorrente. Tanto que o perito concluiu que: *"(...) não existe nos autos elementos que confirmem nexo causal entre procidência de cordão umbilical e tipo de pré-natal, qualidade e/ou tipo de laudo de Ultrassonografia. Não existe nexo casual entre as condições ao nascimento e o tipo de assistência obstétrica que a autora foi submetida."*

Aduz que jamais praticou qualquer ato caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência. A perícia foi determinante em dizer que inexiste nexo causal entre o evento morte e o pré-natal realizado pelo requerido.

Diz que não há nos autos qualquer "nesga" de evidência que corrobore a tese de que haveria qualquer chance de se evitar o resultado no caso de realização de exame pré-anestésico, o que desconstitui a tese da perda de uma chance por completa ausência de previsibilidade de resultado diverso com a adoção da providência tida como causa da subtração da chance. Ainda que se adote a Teoria da Perda de Chance, necessário se faz demonstrar, de forma estreme de dúvida, que haveria um mínimo de expectação de se conquistar resultado diverso do ocorrido acaso o ato tido como ilícito (omissivo ou comissivo) fosse observado, o que efetivamente não se comprovou nos autos.

Defende que até a data do último exame realizado a gestação da autora estava normal. E mais, o Ministério da saúde preconiza um total 6 exames pré-natais, porém a autora realizou 13 exames, sendo que em nenhum deste apresentou qualquer anormalidade.

Argumenta que a autora foi atendida não só pelo requerido, mas também pela médica Dra Estela Van Melis, a qual foi quem realizou o último exame na autora, ficando comprovado que até aquele momento a gravidez da autora fluía normalmente.

Explica que a responsabilidade civil do médico é, em regra, subjetiva. E ainda, a obrigação do médico é "de meio" em contraposição à "obrigação de resultado", de forma que ele se obriga a empregar os meios adequados, segundo o estado da técnica e da arte médica, para curar o paciente, mas não se obriga a garantir o resultado da cura.

Sustenta que utilizou-se das técnicas recomendáveis para o caso, não havendo falar em responsabilidade. E mais, ficou comprovado que o feto estava vivo antes da cirurgia. Subsidiariamente pugna pela redução do *quantum*.

Prequestiona a matéria.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Do recurso de apelação interposto por Município de Nova Andradina.

Afirma que a responsabilidade fundada em atendimento e serviços médicos junto a hospitais públicos é subjetiva, tornando-se indispensável a demonstração da existência dos elementos caracterizadores da responsabilização pretendida pela parte autora, quais sejam: a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade entre o ato e o dano e, ainda, a concorrência de culpa.

Requer o provimento do recurso a fim de que o pedido inicial seja julgado improcedente, reconhecendo-se a responsabilidade subjetiva do apelante.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

A PGJ deixou de emitir parecer. (f. 1.217-1.219)

É o relatório. Inclua-se em pauta para julgamento.

VOTO EM 14/07/2020

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Município de Nova Andradina e Walter Cremasco Neto, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos da Ação Indenizatória que lhes move Liomar Maria dos Santos, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de condenar solidariamente os apelantes ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais.

Segundo consta, a autora/apelada ingressou com a presente demanda pretendendo a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais, sob o argumento de que no dia 05 de janeiro de 2010 deu entrada no Hospital das Clínicas Santa Helena conveniado ao Sistema Único de Saúde - SUS com início de contrações uterinas para dar à luz seu segundo filho.

Relatou que ao nascer o bebê, pesando quilos, constatou-se que se tratava de gestação de feto macrossômico, sendo certo que a criança não chorou, tendo apresentado insuficiência respiratória, razão pela qual foi transferido para a Unidade de Terapia Intensiva Neonatal no Município de Dourados-MS, mas não resistiu e veio a falecer.

Sustentou que o requerido Amaro Gonçalves da Silva Santos Filho foi o médico que realizou o exame de ultrassonografia, e errou ao não indicar o peso real do feto, tendo apontado em exame realizado na data de 07/12/2009 que pesava apenas 2,7 quilos, quando, na verdade, nasceu 28 dias depois pesando 5 quilos.

Aduziu que o requerido Walter Cremasco Neto foi o médico obstetra responsável pelo acompanhamento de todo o período pré-natal, razão pela qual errou ao não diagnosticar a existência de feto macrossômico e, consequentemente, a necessidade da realização de parto cirúrgico, o que teria salvado a vida do bebê.

Explicou que o requerido Modesto Mariano Grochocki foi o médico responsável pela realização do parto natural, não tendo usado a perícia e técnica necessárias para evitar o resultado morte.

Defendeu a responsabilidade do Hospital das Clínicas Santa Helena e do Município de Nova Andradina: o primeiro por se tratar do hospital conveniado ao SUS onde foi realizado o parto, e o segundo porque todo o acompanhamento pré-natal, bem como o parto propriamente dito, foi realizado através do Sistema Único de Saúde por médicos vinculados à referida municipalidade.

Em sede de contestação, os requeridos Walter Cremasco Neto e Modesto Mariano Grochocki pugnaram pela improcedência do pedido (f. 84-118, 188-201); ao passo que os requeridos Amaro Gonçalves da Silva Santos Filho, Hospital das Clínicas Santa Helena e Município de Nova Andradina-MS suscitaram preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, pugnaram pela improcedência do pedido. (f. 202-222, 146-163, 232-235).

Laudo pericial e complemento às f. 671-705 e 732-733.

O magistrado *a quo* rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido.

Interpostos recursos, esta Corte acolheu a preliminar de nulidade da sentença, para o fim de retornar os autos à comarca de origem para que o julgador singular intimasse as partes sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance. (f. 1035-1039)

Em cumprimento à decisão do Tribunal de Justiça e em atenção ao princípio da vedação de decisões surpresa encampado pelo novo Código de Processo Civil, sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance, intimou-se as partes para manifestação.

Após, foi proferida sentença, *verbis:*

> *"(...) posto isso, nos autos da presente ação de indenização por danos morais ajuizada por Liomar Maria dos Santos em face de Amaro Gonçalves da Silva Santos Filho, Modesto Mariano Grochocki, Município de Nova Andradina, Vendramin & Guimarães LTDA - (Hospital das Clíninas Santa Helena) e Walter Cremasco Neto: I. Julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais em relação aos requeridos Vendramin & Guimarães LTDA - (Hospital das Clíninas Santa Helena) e Modesto Mariano Grochocki, ficando arbitrado em favor de cada um dos advogados dos citados requeridos honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do CPC, cuja exigibilidade, todavia, fica suspensa em razão da concessão dos benefícios da gratuidade processual. II.* ***Julgo procedente o pedido de indenização por danos morais em relação aos requeridos Município de Nova Andradina-MS, Amaro Gonçalves da Silva Santos Filho e Walter Cremasco Neto para o fim de condená-los, solidariamente, ao pagamento de indenização em favor da parte autora no valor equivalente a R$ 100.000,00 (cem mil reais), sobre o qual incidirão juros de mora na forma do art. 1º, da Lei 9.494/97 e correção monetária pelo IPCA-E (RE 870.947), desde a data da presente sentença, haja vista a inaplicabilidade da Súmula 54/STJ nos casos que versam sobre indenização por dano moral, pois a incidência de juros de mora deve ocorrer partir do arbitramento da obrigação e sua correspondente quantificação por sentença judicial, nos termos do artigo 407 do Código Civil de 2002, porquanto não há como considerar em mora o devedor se não tinha ele como satisfazer obrigação pecuniária ainda não quantificada por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes (Nesse sentido REsp 903.258/RS). Atento ao princípio da sucumbência, com fulcro no art. 85 do CPC - e considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço - condeno os requeridos ao pagamento de honorários advocatícios fixados na base de 15% sobre o valor da condenação (valor global). Declaro extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil. Deixo de remeter a reexame necessário tendo em vista que o valor da condenação seguramente não ultrapassará o limite de 500 salários mínimos previsto no art. 496, § 3º, inciso II, do CPC."*** (Negritei)

Inconformados, recorrem os requeridos Walter Cremasco Neto e Município de Nova Andradina.

Do recurso de apelação interposto por Walter Cremasco Neto.

Alega que a prova pericial carreada aos autos foi determinante para comprovar que o evento morte do filho da autora não teve qualquer nexo causal com o pré- natal realizado pelo recorrente. Tanto que o perito concluiu que: *"(...) não existe nos autos elementos que confirmem nexo causal entre procidência de cordão umbilical e tipo de pré-natal, qualidade e/ou tipo de laudo de Ultrassonografia. Não existe nexo casual entre as condições ao nascimento e o tipo de assistência obstétrica que a autora foi submetida."*

Aduz que jamais praticou qualquer ato caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência. A perícia foi determinante em dizer que inexiste nexo causal entre o evento morte e o pré-natal realizado pelo requerido.

Diz que não há nos autos qualquer "nesga" de evidência que corrobore a tese de que haveria qualquer chance de se evitar o resultado no caso de realização de exame pré-anestésico, o que desconstitui a tese da perda de uma chance por completa ausência de previsibilidade de resultado diverso com a adoção da providência tida como causa da subtração da chance. Ainda que se adote a Teoria da Perda de Chance, necessário se faz demonstrar, de forma estreme de dúvida, que haveria um mínimo de expectação de se conquistar resultado diverso do ocorrido acaso o ato tido como ilícito (omissivo ou comissivo) fosse observado, o que efetivamente não se comprovou nos autos.

Defende que até a data do último exame realizado a gestação da autora estava normal. E mais, o Ministério da saúde preconiza um total 6 exames pré-natais, porém a autora realizou 13 exames, sendo que em nenhum deste apresentou qualquer anormalidade.

Argumenta que a autora foi atendida não só pelo requerido, mas também pela médica Dra Estela Van Melis, a qual foi quem realizou o último exame na autora, ficando comprovado que até aquele momento a gravidez da autora fluía normalmente.

Explica que a responsabilidade civil do médico é, em regra, subjetiva. E ainda, a obrigação do médico é "de meio" em contraposição à "obrigação de resultado", de forma que ele se obriga a empregar os meios adequados, segundo o estado da técnica e da arte médica, para curar o paciente, mas não se obriga a garantir o resultado da cura.

Sustenta que utilizou-se das técnicas recomendáveis para o caso, não havendo falar em responsabilidade. E mais, ficou comprovado que o feto estava vivo antes da cirurgia. Subsidiariamente pugna pela redução do *quantum*.

Prequestiona a matéria.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Do recurso de apelação interposto por Município de Nova Andradina.

Afirma que a responsabilidade fundada em atendimento e serviços médicos junto a hospitais públicos é subjetiva, tornando-se indispensável a demonstração da existência dos elementos caracterizadores da responsabilização pretendida pela parte autora, quais sejam: a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade entre o ato e o dano e, ainda, a concorrência de culpa.

Requer o provimento do recurso a fim de que o pedido inicial seja julgado improcedente, reconhecendo-se a responsabilidade subjetiva do apelante.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Diante da similitude das matérias, analiso concomitantemente os recursos.

Consigno, inicialmente, que a responsabilidade civil do Município de Nova Andradina é objetiva e baseia-se na Teoria do Risco Administrativo, encontrando-se prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, assim redigido:

> *" Art. 37. (...).*
>
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

Hely Lopes Meirelles ensina que:

> *"O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão."* (Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 622)

Com efeito, é assente o entendimento de que a responsabilidade do estado, tomado este no seu sentido lato, é objetiva em caso de danos causados a particulares, ou seja, independe da comprovação de culpa.

Nesse sentido, precedente deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRISÃO ILEGAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – COMPROVADO O ATO ILÍCITO, O DANO E O LIAME DE CAUSALIDADE DANOS MATERIAIS CARACTERIZADOS ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA ARTIGO 1º-F, DA LEI N.º 9.494/97 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A responsabilidade do Estado é objetiva quando se tratar de indenização por danos morais por atos praticados por seus agentes, independente de culpa, pois é seu dever zelar, no caso, pela integridade física dos detentos que estão sob sua custódia, nos termos do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Se, pela conduta omissiva dos agentes públicos do Estado, o autor da ação foi obrigado a contratar advogado para promover a sua defesa em virtude da prisão ilegal a que foi submetido, coerente se afigura atribuir ao demandado a responsabilidade pela reparação do dano material causado ao ofendido. Nos termos do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97 á dívida deve ser atualizada com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Decaindo o autor de parte mínima de seus pedidos, deve o Estado/apelante arcar integralmente com o pagamento das custas processuais e honorários, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, tal qual como lançado na sentença. Se todas as questões são amplamente debatidas e decididas, dispensável qualquer manifestação expressa sobre os dispositivos Prequestionado."* (Apelação/Reexame Necessário nº 0006507-55.2010.8.12.0021. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 10.6.2014)

Por outro lado, a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, isto é, só pode ser reconhecida verificada a culpa, segundo o artigo 186, do CC, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência. A disposição do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, repete que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.

Como ensina James Eduardo Oliveira, a responsabilidade pessoal é sempre subjetiva:

> *"Contratual ou não, essa responsabilidade é sempre subjetiva, pois o artigo em exame [art. 951, CC] refere-se expressamente à negligência, à imprudência e à imperícia, que são elementos da culpa. Temos então aqui uma expressa exceção à regra do parágrafo único do artigo 927. A atividade médica, embora por sua natureza implique risco para os direitos de outrem, vale dizer, embora essencialmente perigosa, não gera responsabilidade objetiva para o profissional que a exerça, mas sim subjetiva."* (Código civil anotado e comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 846).

O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado de que:

> *"(...) a responsabilidade da instituição médica, no que tange à atuação (...) técnico profissional (erro médico) de seu preposto é subjetiva, dependendo, portanto, da aferição da culpa pelos danos causados (STJ, AgRg no AREsp 647.110/CE, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 29/05/2015)". Ademais, "no julgamento do REsp 258.389/SP, da relatoria do eminente Ministro Fernando Gonçalves (DJ de 16.6.2005), este Pretório já decidiu que 'a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a Súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto', de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese."* (STJ, AgRg no Ag 1261145/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 03/09/2013).

Notadamente, as circunstâncias que compõem o presente feito exigem uma análise com minúcia de todos os elementos que circundam as alegações da parte autora e das rés. Em demandas de naturezas tais, em que são necessários conhecimentos técnicos específicos para a aferição da regularidade no procedimento

adotado pelo médico, amparar-se em provas que confiram ao juízo a formação de uma convicção concreta sobre os fatos é, deveras, fundamental para o deslinde da demanda.

No caso vertente, resta incontroverso que a autora, no dia 05 de janeiro de 2010, deu entrada no Hospital das Clínicas Santa Helena conveniado ao Sistema Único de Saúde - SUS com início de contrações uterinas para dar à luz seu segundo filho. Restou evidenciado que o bebê nasceu mediante parto normal pesando 5 quilos, constatando-se, ainda, que se tratava de gestação de feto macrossômico, o qual apresentou insuficiência respiratória em razão da procidência do cordão umbilical, razão pela qual foi transferido para a Unidade de Terapia Intensiva Neonatal no Município de Dourados-MS, mas não resistiu e veio a falecer.

Além disso, também é fato incontroverso que o requerido Walter Cremasco Neto, ora apelante, foi o médico obstetra responsável pelo acompanhamento de todo o período de gestação e também o seria em relação ao parto, mas dele não participou por se encontrar em gozo de férias no fatídico dia.

Pois bem.

Do exame do laudo pericial de f. 681-682, extrai-se que quando do pré-natal houve indicação da necessidade de uma investigação mais aprofundada para detectar a presenção de diabetes na gestação, o que não ocorreu, *verbis:*

> *"(...).*
>
> *Um dado que está no cartão de pré-natal da autora é um exame de glicemia (mede o nível de glicose no sangue), na página 36 dos autos, exames de setembro de 2009 uma glicemia de jejum de 105mg/dl, e na página 47 dos autos já mais próximo do parto, em novembro de 2009, uma glicemia de jejum de 98mg/dl, ou seja, se para uma gestante a glicemia de jejum deve sempre estar abaixo de 90mg/dl, esses resultados implicariam em uma investigação para diabetes na gestação. O que poderia ter sido a causa do peso fetal do caso em discussão.*
>
> *Consta na complementação do laudo às f. 732-733:*
>
> *8. Considerando se tratar de macrossomia fetal que possivelmente foi causado por diabetes, não deveria ter sido diagnosticado e feito o controle da doença no período gestacional? R. Sim. O ideal deveria ser o controle no período gestacional."*

Da necessidade de indicação do parto cirúrgico em vez do parto normal para o caso vertente, a perita pontuou ao responder o Quesito Complementar nº 3, apresentado às f. 732-733, o seguinte:

> *"3. Se o médico detectasse o peso de 5 quilos do nascituro, o parto normal seria indicado?*
>
> *R. Poderia ser indicado, mas o risco de distocia de ombro existe. A literatura médica é generosa na indicação de cesariana neste tipo de peso fetal."*

Ora, não há dúvida de que as condições clínicas da autora justificavam atenção maior do médico que realizou o pré-natal. A própria perícia, em casos tais, afirma que o médico deveria investigar a diabetes gestacional com exame de sangue chamado "Curva Glicêmica", exame não realizado na autora.

O exame que deveria ter sido realizados no pré-natal poderia precisar adequadamente a melhor forma para o parto e o procedimento a ser seguido no caso.

Logo, pode-se afirmar que o erro profissional, atinente à falha de atendimento no pré-natal, tirou da autora a chance de receber diagnóstico preciso de sua gravidez, com ciência prévia da macrossomia e, por consequência, adoção de condutas médicas adequadas, com eventual antecipação do parto, através de cesariana.

Dessa forma, pelo exposto acima, conclui-se que, no presente feito, trata-se de típica situação do dever de indenização não pelo fato em si, mas pela perda de uma chance, já que, em face da falta de diligência dos

médicos requeridos em prosseguir com a investigação e, assim, com o tratamento adequado para o quadro clínico da autora, deixaram de disponibilizar a esta uma chance de evitar o ocorrido.

Como bem delineado pelo juízo de primeira instância:

> *"(...) a falta de diagnóstico preciso, que incumbia aos requeridos Walter Cremasco Neto e Amaro Gonçalves da Silva Santos Filho, tirou da autora a chance de que todas estas intercorrências fossem evitadas. Isto porque não há dúvida de que os réus, cada qual na medida de suas competências, não empregaram todos os meios existentes para o correto diagnóstico da autora no pré-natal."*

Dito de outra forma, ainda que o desfecho pudesse ser idêntico, mesmo que tivesse o imediato atendimento adequado às necessidades da vítima, a má conduta adotada pelos requeridos concorreu efetivamente para resultado lesivo.

Sobre o tema, vale transcrever os pertinentes apontamentos doutrinários de Sérgio Cavalieri Filho[1]:

> *"Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá certeza de que o evento ser realizará.* ***Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento****. Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade.* ***Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade*** *(Henri Lalou, apud Sanseverino, ob.cit. p.67). Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável."* (Grifei).

E, mais especificamente sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à atividade médica, destaca o eminente doutrinador[2]:

> *"A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com o doente perca a possibilidade de que a doença possa a vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provar ab orige o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas em dano causado diretamente pelo médico."* (f. 114-115)

Nesse diapasão, em casos similares:

> *"APELAÇÃO CÍVEL –* ***RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DE ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR – PACIENTE INGRESSA EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA, PELO SUS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA –*** *VÍTIMA DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL* ***NEGLIGENCIADA QUANTO A UM RESPOSTA RÁPIDA AO GRAVE DIAGNÓSTICO, INCLUSIVE QUANTO À DEMORA NA LIBERAÇÃO PARA REMOÇÃO DA PACIENTE A OUTRO CENTRO CLÍNICO ESPECIALIZADO – PERDA DE UMA CHANCE DE MITIGAÇÃO DE SEQUELAS – DANOS MORAIS DIMENSIONADOS A PARTIR DO PERCENTUAL DE CHANCE DE MELHOR RECUPERAÇÃO TERAPÊUTICA CASO HOUVESSE MÍNIMA DILIGÊNCIA POSSÍVEL DE SER ESPERADA DA INSTITUIÇÃO – AUSENTE DEVER DE INDENIZAR RELATIVAMENTE AO PENSIONAMENTO DEVIDO AO NEXO CAUSAL.*** *1.* ***A responsabilidade do hospital é objetiva, incidindo no presente caso o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, em especial porque a paciente ingressou no hospital demandado como usuária de serviço custeado pelo poder público, via SUS. Precedentes.*** *2. Caso em que a paciente ingressou na instituição em situação de emergência devido à*

1 *In* **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. Atlas, 2015. p. 109.

2 Obra já citada.

sintomas de acidente vascular cerebral isquêmico (AVC), o que foi diagnosticado; porém, não tendo havido médico à disposição para pronta avaliação neurológica e tampouco facilitada a liberação da paciente para outro centro clínico especializado na capital, após a obtenção de vaga. Falha na prestação do serviço médico-hospitalar verificada em face desta negligência e inclusive por não dispor de medicamento essencial para a mitigação de sequelas decorrentes de isquemia caso aplicado em breve janela terapêutica. 3. Ainda que não seja possível estabelecer nexo de causalidade direto entre a falha de atendimento e o resultado da moléstia, ficando a jovem paciente em estado vegetativo, é certo que a má prestação do serviço retirou da autora a chance de um melhor prognóstico ou ao menos redução dos danos provenientes da demora na intervenção medicamentosa, de cunho neurológico. 4. No caso presente, o dever de indenizar não advém do tratamento inadequado, pois o dano decorre do acidente vascular ocorrido, corretamente identificado em tempo hábil; ***mas sim a responsabilidade do hospital decorre da circunstância de não ter comprovado que foi suficientemente diligente em transferir ou liberar a paciente para que buscasse atendimento apropriado em um hospital com mais estrutura. Típica situação do dever de indenizar não pelo fato em si, mas sim pela perda de uma chance, no caso permitir que a autora buscasse, ante a gravidade do caso, logo identificado, dentro da janela terapêutica, um tratamento que evitasse ou minorasse as sequelas do grave acidente.*** *5. Quantum indenizatório que deve considerar um percentual de chance perdida fixado em 20%, tendo em vista o grave quadro agudo e a breve janela terapêutica na qual seria possível uma intervenção de sucesso. Assim, considerando-se que em situação normal, diante do quadro de sofrimento e pelas sequelas resultantes, seria arbitrado, dentro de parâmetros adotados por casos análogos, uma indenização, a título de danos morais, equivalente a R$ 100.000,00; desse modo, teria a parte autora, aplicando-se o percentual antes fixado, o direito a uma indenização, pela perda da chance, equivalente a R$ 20.000,00. 6. Danos materiais relativos a pensionamento que não são devidos porque ausente o nexo de causalidade direto entre a conduta e o dano, pressupostos para reconhecimento dessa espécie indenizatoria. 7. Sucumbência redimensionada. Apelo parcialmente provido."* (Apelação Cível nº 70070905211, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 09/11/2016) (Grifei).

"APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – REEXAME NECESSÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – MUNICÍPIO – OMISSÃO NA LIBERAÇÃO DE TRANSPORTE DE RECÉM-NASCIDO PARA TRATAMENTO EM HOSPITAL ESPECIALIZADO – FALECIMENTO DURANTE O PERCURSO – NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO – DEVER DE INDENIZAR MANTIDO – QUANTUM – MAJORAÇÃO – DESCABIMENTO – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO. ART. 11 DA LEI ESTADUAL N. 8.121/85. Trata-se de examinar apelação e recurso adesivo interpostos pelas partes em face da sentença de procedência proferida nos autos da ação de indenização por dano moral decorrente do falecimento do filho recém-nascido da autora ante a omissão do Município em providenciar a remoção para hospital que contava com tratamento especializado. De acordo com o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, dentre elas os municípios, é objetiva, razão pela qual respondem pelos danos que seus agentes derem causa. In casu, a situação de demora na liberação do deslocamento do paciente através de UTI móvel para hospital de outro município que contava com atendimento especializado é fato incontroverso. Desimporta saber se a omissão do Município em prestar o serviço foi causa exclusiva ou não da morte do recém-nascido, pois o que se está a analisar no presente feito é a perda de duas chances: a da criança, de salvar-se mediante a prestação de atendimento especializado, e a da mãe, de ter seu filho junto a si. Assim, não há se falar em ausência de demonstração do nexo de causalidade, pois induvidoso que a omissão do ente público ceifou as chances de sobrevivência do filho da autora. Condenação mantida. Recurso adesivo. O dano moral deve ser fixado de tal forma que o valor arbitrado não seja tão irrisório que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbado a ponto de implicar enriquecimento ilícito para a parte autora. Sendo assim, a quantia fixada pelo juízo de origem (R$ 50.000,00) se mostra adequada e não desborda do que vem sendo comumentemente fixado por esta Corte em casos análogos. Quantum mantido. Custas processuais - Merece reforma parcial a sentença, em sede de reexame necessário, para o fim de isentar a parte ré do pagamento das custas, consonante preceitua o art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, com redação dada pela Lei n. 13.471/10.

Recursos desprovidos. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário." (Apelação Cível nº 70041762493, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 09/04/2015).

Assim, devidamente verificados o nexo causal e a culpa dos requeridas no caso em tela, passo à análise dos danos morais.

No que concerne aos danos morais, inegável a sua ocorrência, sendo os referidos prejuízos configurados *in re ipsa* em face das circunstâncias do caso concreto, notadamente diante das consequências graves ocorridas.

Em relação à quantificação do dano, convém trazer a lição de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto[3]:

> *"Valorado o dano moral e comprovada a sua existência, abre-se a segunda fase, momento em que entra em cena a quantificação do dano moral e com ele a investigação de sua extensão. Neste momento não mais avulta considerar o fato lesivo, porém o seu impacto sobre as peculiaridades da pessoa da vítima, isto é, o antes e o depois do dano. O que se busca é a individualização do dano moral. Uma comparação da condição humana da vítima no momento anterior à lesão com a maior ou menor gravidade do reflexo dela sobre a pessoa. (...) com a análise deste contexto, a sentença revelará a razoável relação que existe entre as particularidades da vítima e o valor da condenação."*

E, mais precisamente sobre o arbitramento de danos morais pela perda de uma chance, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

> *"Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o julgador bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade da perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas. O valor da indenização deverá ser fixado de maneira equitativa pelo juiz, atentando, também aqui para o princípio da razoabilidade.* ***A indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem****. (f. 177)*
>
> *(...).*
>
> *Em outras palavras, o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde é a chance de cura e não a continuidade de vida. A falta reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura (obrigação de meio).* ***A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitoria futura, o que refletirá no montante da indenização*** *(...)."* (f.. 483). (Grifei)

Desse modo, no que diz respeito ao valor da condenação, em face da inexistência de parâmetros legais, o julgador deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como para atentar para a natureza jurídica da indenização.

A melhor doutrina entende que alguns aspectos relevantes devem ser examinados pelo julgador no momento da fixação da indenização: a extensão do dano causado, a situação patrimonial e a imagem do causador do dano, a situação patrimonial do lesado e a intenção do autor do dano. O valor indenizatório não pode se transformar em uma fonte de enriquecimento ilícito para o lesado. Por outro lado, a indenização apresenta um caráter preventivo e pedagógico, visa não só compensar a dor moral causada, mas também punir o ofensor, não podendo, portanto, revestir-se de caráter irrisório.

E, no que diz respeito à indenização de dano moral pela chance perdida, o aresto do STJ antes transcrito, da lavra da eminente Ministra Nancy Andrighi[4], também elenca pressupostos específicos a serem observados para esse tipo de indenização, quais sejam: (I) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 366-7.

4 Recurso Especial nº 1254141/PR, 3ª Turma, julgado em 04-12-2012.

de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (II) que a ação ou omissão do defensor tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (III) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

Destarte, analisando os fatores apontados, tenho como justa e adequada a fixação de maneira solidária do valor dos danos morais em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Logo, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, conheço dos recursos interpostos, mas nego-lhes provimento.

Nos termos do § 11, do art.85, do CPC, majoro a verba recursal para 20% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Bertelli), após o relator negar provimento aos recursos. O 2º vogal aguarda. (sust. Oral: Dr. Willians S. Garbelini).

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º Vogal)

Após analisar os autos acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0830213-50.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – FRAUDE PRATICADA POR TERCEIROS DENTRO DE AMBIENTE DIGITAL DISPONIBILIZADO PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – SÚMULA 479 DO STJ – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE – DANO MATERIAL DEMONSTRADO – RECURSO DESPROVIDO.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ), de modo que estas só não respondem pelos danos se provar que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou ainda que, prestado o serviço, o defeito inexiste.

Sendo incontroversa a fraude praticada por terceiros durante o acesso do *site* bancário e a fragilização do sistema, na medida que ocorreu dentro do próprio ambiente digital disponibilizado pela instituição financeira, impõe-se o ressarcimento pelas transações fraudulentas.

Nos termos da Súmula n. 479 do STJ, *"as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."*

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 maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal (Des. Nélio Stábile). Julgamento conforme o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 31 de agosto de 2020.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator do processo.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Santander (Brasil) S/A em face da sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação ordinária movida por J3H Educacional LTDA - ME e Curso Nota Dez LTDA., julgou procedentes os pedidos formulados na exordial.

Em suas razões recursais (f. 272-285), alega não ser responsável pelos danos praticados por terceiros e ser a culpa exclusiva da vítima, havendo circunstância excludente do nexo de causalidade.

Afirma que as transações foram realizadas mediante a utilização de senha pessoal e *token* com a digitação de *login* que são únicos e intransferíveis, cuja guarda e uso constitui responsabilidade exclusiva do correntista.

Sustenta, por fim, a não incidência das normas consumeristas.

Pugna, ao final, pela reforma da sentença para que os pedidos inicias sejam julgados totalmente improcedentes.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 296-301).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Santander (Brasil) S/A em face da sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação ordinária movida por J3H Educacional LTDA - ME e Curso Nota Dez LTDA., julgou procedentes os pedidos formulados na exordial.

Consta dos autos que as empresa requerentes são titulares de conta corrente junto à instituição financeira requerida e alegam terem sido alvos de fraude em 10, 11 e 12 de abril de 2017, por meio da qual foram realizados pagamentos de títulos no importe de R$ 115.038,00, via *internet banking*, operações que desconhece.

Sustentam que ocorreram tentativas extrajudiciais de terem os valores devolvidos para suas contas, mas infrutíferas.

Por tais razões, pleitearam a condenação do banco requerido ao pagamento de indenização pelos danos materiais.

A lide foi contestada à f. 30-42, e apresentada réplica à f. 226-230. Após, sobreveio a sentença de procedência nos seguintes termos (f. 262-268):

> *"Isto posto, julgo procedentes os pedidos da parte requerente contidos na inicial, com fulcro no artigo 487, I do Código de Processo Civil/2015, para os fins de:*
>
> *A) Condenar o requerido a pagar ao requerente o valor de R$ 115.038,00 (cento e quinze mil e trinta e oito reais), a título de danos materiais, que deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV e acrescidos de juros de mora, na forma do art. 406, do Código Civil, desde o efetivo desembolso.*
>
> *Condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 85, § 2º, do CPC."*

Irresignada, a instituição bancária interpôs recurso de apelação, alegando não ser responsável pelos danos praticados por terceiros e ser a culpa exclusiva da vítima, havendo circunstância excludente do nexo de causalidade.

Afirmou que as transações foram realizadas mediante a utilização de senha pessoal e *token* com a digitação de *login* que são únicos e intransferíveis, cuja guarda e uso constitui responsabilidade exclusiva do correntista.

Sustentou, por fim, a não incidência das normas consumeristas.

Pugnou, ao final, pela reforma da sentença para que os pedidos inicias sejam julgados totalmente improcedentes.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 296-301).

Passo à análise das razões do recurso.

Inicialmente, em que pese a apelante defenda a inaplicabilidade das normas consumeristas à espécie porque a apelada é pessoa jurídica, a relação existente entre as partes se amolda perfeitamente aos conceitos de consumidor e fornecedor devendo a matéria ser apreciada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

À propósito:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PESSOA JURÍDICA – AÇÃO PROPOSTA EM COMARCA DIVERSA DO DOMÍCILIO DO AUTOR – RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DA LEI CONSUMERISTA – ELEIÇÃO DO FORO DO ESCRITÓRIO DO PATRONO DO AUTOR – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO FORO DA AGÊNCIA BANCÁRIA – LOCAL DA CONTRATAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. 1. Aplicação do CDC. A jurisprudência é uníssona sobre a efetiva aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados perante instituições financeiras, entendimento que restou consolidado pela Súmula n.º 297 do Superior Tribunal de Justiça,* ***inclusive quando se tratar de pessoa jurídica.*** *2. Foro competente. O benefício conferido ao consumidor, consubstanciado na possibilidade de eleição do foro de seu domicílio, efetivamente renunciado no caso concreto, em virtude da propositura da ação em foro distinto de seu domicílio, tem como finalidade a facilitação de sua defesa, não se estendendo ao seu procurador, a quem o legislador não concedeu qualquer privilégio neste sentido. Assim, a demanda deve ser proposta no Foro da agência onde a obrigação foi assumida e deveria ser cumprida, isto porque, escritório do patrono das partes. 3. Recurso de agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido."* (TJ-PR - AI: 6456251 PR 0645625-1, Relator: Fábio Haick Dalla Vecchia, Data de Julgamento: 10/03/2010, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 353). (G.n.).

Aliás, o art. 3º, § 2º, do CDC inclui a atividade bancária no conceito de serviço, e ainda este é o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Súmula n. 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."*

Dito isto, contata-se que o pedido de reparação de dano formulado nos autos decorre de fato do serviço (CDC, art. 14), de modo que o prestador de serviços, no caso, o banco apelante, só não responde pelos danos se provar que a culpa é exclusiva do consumidor ou terceiro, ou ainda que, prestado o serviço, o defeito inexiste.

Reza o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido.*
>
> *(...).*
>
> *§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

Ensina Sérgio Cavalieri Filho que:

> *"O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexo causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."* (Programa de responsabilidade civil. 11. ed. Atlas. p. 484-485).

Logo, se não provada pelo fornecedor de serviços à hipótese excludente, torna-se objetivamente responsável pela reparação dos danos causados pelo vício na prestação de serviço, como consequência do risco da atividade desenvolvida.

No caso em apreço, infere-se que foram realizados pagamentos de títulos bancários derivados de atos fraudulentos de terceiros, os quais as empresas correntistas desconhecem (f. 8-9). Tal fato é incontroverso, pois o banco apelante limita-se a sustentar que o evento se deu por culpa exclusiva da vítima, que teria fornecido a senha e a sequência numérica do *token*.

Outrossim, os apelados tiveram inclusive o acesso às suas contas bloqueados por "suspeita de fraude" (f. 2), o que revela a confirmação da instituição bancária sobre o evento fraudulento.

Assim, a tese defensiva não é suficiente para isentar o requerido da responsabilidade pela fraude ocorrida por meio dos canais de transação que faculta aos seus clientes, na medida em que ela ocorreu dentro do próprio ambiente digital disponibilizado pelo banco apelante.

Logo, considerando que a fraude ocorreu durante o acesso do *site* bancário, atrai-se a aplicação da Súmula 479 do STJ:

> *"Súmula n. 479. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."*

Ora, quando o banco apelante permite a realização de operações bancárias via *internet*, assume o risco de sua atividade e, se permite ainda a fraude, através de seu *site*, tem de suportar os riscos e os danos decorrentes.

A respeito, colhem-se os seguintes julgados:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZATÓRIA – FRAUDE EM CONTA BANCÁRIA – FORTUITO INTERNO – PRECEDENTES STJ RESP 1.199.782-PR – RECUSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1.Na esteira do entendimento trilhado no julgamento do REsp 1.99.792-PR 'As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno'. 2.Consoante a teoria do risco do empreendimento aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes dos seus negócios. Nesse prisma, à medida que o internet banking traz inúmeros*

benefícios à instituição financeira, traz também riscos advindos da evolução tecnológica, razão pela qual nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula 479 do STJ, o banco apelante deve responder objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. 3.Recurso conhecido e desprovido." (TJAM - AC: 06104027620188040001 AM 0610402-76.2018.8.04.0001, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 13/05/2019, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 13/05/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TRANSAÇÃO BANCÁRIA VIA INTERNET – BANKLINE – FRAUDE – NEGATIVA DE RECONHECIMENTO DO DÉBITO PELO AUTOR – FALHA NA SEGURANÇA DE PROTEÇÃO DOS DADOS CADASTRAIS DE CLIENTES – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO – RESTITUIÇÃO DO VALOR COBRADO/ DEBITADO – DANO MORAL – AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. I- Quando o Banco disponibiliza ao consumidor seus serviços através da internet/web, tem o dever de tomar todos os cuidados para que as informações sigilosas de seus clientes não sejam acessadas por terceiros, sob pena de serem responsabilizados pelos danos decorrentes da insegurança das operações financeiras. II- Mostra-se correta a sentença primeira que declarou inexistentes os débitos bancários questionados, realizado por terceiro fraudador, determinando ao réu que estorne os valores descontados indevidamente e todos os encargos decorrentes das operações consideradas fraudulentas, a fim de deixar a conta com saldo zero. III- A simples cobrança indevida de valores em conta corrente não configura hipótese de dano in re ipsa, sendo imprescindível a comprovação do dano moral para o qual se pede indenização. IV- Não havendo prova de que o saldo negativo de R$152,83 na conta corrente do autor tenha ocasionado a negativação do seu nome perante os órgãos de proteção ao crédito ou acarretado em qualquer prejuízo ao seu bom nome perante terceiros ou que tenha efetivamente defasado/comprometido seus recursos necessários à sua subsistência, não restou configurado o alegado dano moral a fim de imputar à parte ré o pagamento da respectiva indenização." (TJMG - AC: 10000190676684001 MG, Relator: João Cancio, Data de Julgamento: 22/10/2019, Data de Publicação: 22/10/2019)

Destarte, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento. Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal)

Peço vênia ao Eminente Desembargador Relator para discordar de seu entendimento e votar de maneira divergente.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Santander S/A em face da sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, a qual julgou procedentes os pedidos iniciais formulados por J3H Educacional LTDA - ME e Curso Nota Dez LTDA. Aduz, em síntese que não praticou nenhum ato ilícito, sendo os danos causados por culpa exclusiva da vítima. Alega, ainda, a impossibilidade de ser responsabilizado por ato provocado por terceiro.

Ante a detida análise dos autos, concluo que o Banco apelante comprovou suficientemente, inclusive pela palavra do próprio representante legal das Autoras, que este forneceu os dados, senhas e número de *token* a terceiros, que utilizaram-se das informações passadas pelas próprias Autoras para fazer saques, transferências e pagamentos fraudulentos.

Não houve qualquer participação do referido Banco e nem mesmo de qualquer funcionário, na artimanha narrada. Compreensível que a instituição não poderia sequer prever que as Empresas Autoras (aqui traduzidas por um funcionário, sócio ou, até mesmo, por seu proprietário) fossem cair em tal golpe e seguir todas as orientações do estelionatário, conforme se evidencia a f. 33 da Contestação e f. 274 do recurso de apelação.

Ademais, a própria impugnação à contestação não tem sequer aparência de veracidade (f. 226-230). Conforme consta no áudio juntado logo antes da impugnação, o próprio representante legal das autoras confessa que recebeu ligação de estelionatário fazendo-se passar por funcionário do Banco, para o qual esse representante legal voluntariamente repassou dados sigilosos das contas (senha e *token*).

Logo, vislumbra-se que o mesmo tentou se eximir da responsabilidade alegando que entrou na página do Banco e foi reencaminhado para uma outra página que seria fraudulenta e, não conseguindo entrar em contato com o telefone indicado, aguardou uma ligação de retorno, o que ocorreu e então repassou os dados. Essa alegação de ter sido redirecionado a partir da própria página do banco é inverossímil.

Como bem anotado pela instituição bancária, não se vislumbra qualquer falha no sistema de segurança do Banco apelante, tendo a vulnerabilidade de transações bancárias ocorrido no momento em que foram fornecidos, a terceiro, dados bancários sigilosos e de conhecimento exclusivo das Empresas Apeladas.

Portanto, concluo que não se trata de má prestação de serviço ou em precariedade na segurança do serviço bancário, mas sim de que a culpa pelos danos materiais causados à referida pessoa jurídica seja exclusivamente sua.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e voto por dar-lhe provimento, reformando a sentença do juízo *a quo* para o fim de julgar a ação improcedente.

É como voto.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º 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 2º vogal (Des. Nélio Stábile). Julgamento conforme o artigo 942 do CPC.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 31 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0830483-45.2015.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – FESTA REALIZADA EM CHÁCARA – MORTE POR AFOGAMENTO EM PISCINA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS REQUERIDAS – APLICABILIDADE DO CDC – VÍTIMA SOB EFEITO DE ÁLCOOL – CULPA CONCORRENTE CARACTERIZADA – DANOS MORAIS – DEVIDOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO REDUZIDO – PENSÃO MENSAL DEVIDA – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA REDUZIDOS – RECURSO DE DULCE NEIDE MARCIANO DA SILVA PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DE WILMA VIEIRA LIMA DESPROVIDO.

Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Tendo sido demonstrada a falha na prestação do serviço da parte requerida, que agiu com negligência ao realizar a festa sem o devido alvará de funcionamento, bem como sem a presença de salva-vidas ou outro meio para impedir o acesso dos convidados à piscina, impõe-se o dever de indenizar os danos sofridos pela parte autora.

O dano moral na hipótese de morte de familiar configura-se de forma *in re ipsa,* ou seja, em casos tais o dano decorre da força dos próprios fatos. Isso porque o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vitima.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Verificado que tais critérios não foram atendidos pela sentença, impõe-se a redução do *quantum*.

Consoante entendimento jurisprudencial do STJ, em se tratando de morte de filho maior e sendo a família de baixa renda, a dependência econômica é presumida, sendo devida a pensão mensal aos genitores da vítima.

O valor dos honorários de sucumbência deve ser reduzido para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, pois referido montante se mostra mais adequado aos critérios previstos no § 2º do art. 85 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de Dulce Neide Marciano da Silva. Por maioria e de acordo com o artigo do 942 do CPC, negaram provimento ao apelo de Wilma Vieira Lima, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 8 de setembro 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.

Dulce Neide Marciano da Silva e Wilma Vieira Lima, inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Indenizatória que lhes movem Janaina Sanches de Araujo, Valdomira Sanches de Araújo e Wilson Jorge Alves de Araújo, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido, a fim de condenar solidariamente as requeridas:

> *"a) ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada autor(a), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do falecimento da vítima, e atualizado monetariamente pelo INPC, a contar da data desta decisão;*
>
> *b) ao ressarcimento dos danos materiais, na forma de pensão mensal no valor equivalente a metade de 1/3 (um terço) do salário mínimo até a data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos, se antes não ocorrer a morte dos beneficiários, observado o direito de acrescer. As prestações vencidas devem ser pagas em parcela única, incidindo sobre esse montante juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, e correção monetária desde a data de cada vencimento."*

Do recurso de apelação interposto por Dulce Neide Marciano da Silva.

Alega culpa exclusiva da vítima, pois segundo o depoimento da irmã da vítima, Sra. Janaína, no dia dos fatos a vítima teria ingerido bebida alcoólica em sua residência, tendo deixado o local por volta das 20:00hs, sendo que posteriormente tomou conhecimento que por volta das 24:00hs, Cleber esteve em um bar no Bosque da Esperança (f. 40).

Afirma que a testemunha Jeová Ferreira Lima Filho declarou no inquérito policial que a vítima tinha ingerido muita bebida alcoólica e que não sabia nadar (f. 71-72). Assim, a atitude da vítima foi a causa determinante da morte.

Explica que tratava-se de um baile *funk* o qual não estava incluso o uso da piscina, conforme anúncio de f. 30.

Assevera que não se mostra razoável exigir da apelante a contratação de pessoas capacitadas e salva-vidas se o evento (baile) não compreendia o uso da piscina.

Explana que a dependência econômica dos apelados em relação à vítima, não restou demonstrada, de forma que não há falar em danos materiais.

Sustenta que a presunção de que o *de cujus* contribuía para a manutenção da casa dos pais deve ser afastada, sobretudo se ele mantinha família constituída, aliado ao fato de que o genitor era comerciante por ocasião da morte do filho.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

Do recurso de apelação interposto por Wilma Vieira Lima.

Defende culpa exclusiva da vítima, pois a vítima agiu única e exclusivamente por vontade pessoal, infringindo as regras e avisos do produtor do evento.

Reverbera que haviam seguranças no local cuidando da piscina impedindo a entrada de qualquer um, e quando o evento já havia finalizado, como vale destacar, um grupo de 3-5 pessoas invadiram a piscina e dentre eles estava a vítima que sabia nadar e mesmo assim veio a óbito.

Explana que a testemunha que esteve presente, Maxuel Aparecido Martins, afirmou e declarou que era proibida a entrada na piscina e que todos foram alertados, consoante seu depoimento (1 minuto e 14 segundos).

Esclarece que a 4ª testemunha, mesmo não sabendo informar muitas coisas por conta de sua idade, informou que haviam seguranças e estes estavam devidamente trajados e identificados.

Defende que o evento já havia acabado conforme destacado por todos os depoentes que estiveram presentes e mesmo assim a vítima junto com mais alguns indivíduos adentraram na piscina de forma irregular e desrespeitosa.

Expõe que a testemunha Maxuel Aparecido Martins disse que a morte da vítima ocorreu em questão de um minuto ou dois minutos do momento que haviam pulado na piscina e houve resgate e tentativa de socorro.

Argumenta que o *quantum* indenizatório não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sustenta que não há falar em danos materiais (pensão), pois não comprovados, além do que, a época dos fatos o genitor da vítima era comerciante.

Requer a reforma da sentença quanto aos honorários de sucumbência, sob o argumento de que foram fixados de maneira exorbitante (20% sobre o valor da condenação).

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO (EM 25/08/2020)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Dulce Neide Marciano da Silva e Wilma Vieira Lima, inconformadas com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Indenizatória que lhes movem Janaina Sanches de Araujo, Valdomira Sanches de Araújo e Wilson Jorge Alves de Araújo, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido, a fim de condenar solidariamente as requeridas:

> *"a) ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para cada autor(a), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do falecimento da Vítima, e atualizado monetariamente pelo INPC, a contar da data desta decisão;*
>
> *b) ao ressarcimento dos danos materiais, na forma de pensão mensal no valor equivalente a metade de 1/3 (um terço) do salário mínimo até a data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos, se antes não ocorrer a morte dos beneficiários, observado o direito de acrescer. As prestações vencidas devem ser pagas em parcela única, incidindo sobre esse montante juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, e correção monetária desde a data de cada vencimento."*

Os apelados, na qualidade de pais e irmãos da vítima, ingressaram com a presente demanda pretendendo a condenação das requeridas ao pagamento de danos morais e materiais em razão do óbito do Sr. Cléber Sanches de Araújo.

Argumentaram que conforme Inquérito Policial (Processo nº 0047079-11.2013.8.12.0001), na data de 26 de outubro de 2013, por volta das 3h45, a vítima de 31 anos idade morreu em função de asfixia por afogamento em piscina, ocorrido no Sítio da Colina (propriedade da 2ª Ré Dulce Neide), localizado na Rua Fernando Coutinho, 507, Vila Neuza, nesta Capital, quando participava de um baile *funk* promovido pela 1ª Ré (Wilma Vieira).

Alegaram que não havia alvará de funcionamento para a realização do evento, bem como não houve informação à Polícia Militar. Que no local dos fatos não havia equipe de segurança ou salva-vidas para garantir a segurança dos frequentadores do evento.

Devidamente citadas, as requeridas pugnaram pela improcedência do pedido. (f. 106-120, 132-134)

Oitiva de testemunhas às f. 181-182.

Sentença de procedência às f. 183-197.

Inconformadas, as requeridas recorrem.

Do recurso de apelação interposto por Wilma Vieira Lima.

Alega culpa exclusiva da vítima, pois segundo o depoimento da irmã da vítima, Sra. Janaína, no dia dos fatos a vítima teria ingerido bebida alcoólica em sua residência, tendo deixado o local por volta das 20:00hs, sendo que posteriormente tomou conhecimento que por volta das 24:00hs, Cleber esteve em um bar no Bosque da Esperança (f. 40).

Afirma que a testemunha Jeová Ferreira Lima Filho declarou no inquérito policial que a vítima tinha ingerido muita bebida alcoólica e que não sabia nadar (f. 71-72). Assim, a atitude da vítima foi a causa determinante da morte.

Explica que tratava-se de um baile *funk* o qual não estava incluso o uso da piscina, conforme anúncio de f. 30.

Assevera que não se mostra razoável exigir da apelante a contratação de pessoas capacitadas e salva-vidas se o evento (baile) não compreendia o uso da piscina.

Explana que a dependência econômica dos apelados em relação à vítima, não restou demonstrada, de forma que não há falar em danos materiais.

Sustenta que a presunção de que o *de cujus* contribuía para a manutenção da casa dos pais deve ser afastada, sobretudo se ele mantinha família constituída, aliado ao fato de que o genitor era comerciante por ocasião da morte do filho.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

Do recurso de apelação interposto por Dulce Neide Marciano da Silva.

Defende culpa exclusiva da vítima, pois a vítima agiu única e exclusivamente por vontade pessoal, infringindo as regras e avisos do produtor do evento.

Reverbera que haviam seguranças no local cuidando da piscina impedindo a entrada de qualquer um, e quando o evento já havia finalizado, como vale destacar, um grupo de 3-5 pessoas invadiram a piscina e dentre eles estava a vítima que sabia nadar e mesmo assim veio a óbito.

Explana que a testemunha que esteve presente, Maxuel Aparecido Martins, afirmou e declarou que era proibida a entrada na piscina e que todos foram alertados, consoante seu depoimento (1 minuto e 14 segundos).

Esclarece que a 4ª testemunha, mesmo não sabendo informar muitas coisas por conta de sua idade, informou que haviam seguranças e estes estavam devidamente trajados e identificados.

Defende que o evento já havia acabado conforme destacado por todos os depoentes que estiveram presentes e mesmo assim a vítima junto com mais alguns indivíduos adentraram na piscina de forma irregular e desrespeitosa.

Expõe que a testemunha Maxuel Aparecido Martins disse que a morte da vítima ocorreu em questão de um minuto ou dois minutos do momento que haviam pulado na piscina e houve resgate e tentativa de socorro.

Argumenta que o *quantum* indenizatório não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sustenta que não há falar em danos materiais (pensão), pois não comprovados, além do que, a época dos fatos o genitor da vítima era comerciante.

Requer a reforma da sentença quanto aos honorários de sucumbência, sob o argumento de que foram fixados de maneira exorbitante (20% sobre o valor da condenação).

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

Passo à análise conjunta dos recursos.

O ponto central em discussão consiste em apurar se há ou não responsabilidade civil das requeridas, ora apelantes, pelos alegados danos materiais e morais sofridos pelos autores, ora apelados, em decorrência do afogamento do Sr. Cléber que resultou em sua morte. E, em caso positivo, arbitrar o valor adequado a título de reparação de danos.

Destaca-se, inicialmente, que a relação existente entre as partes é de cunho consumerista, devendo a matéria ser apreciada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, preceituam os artigos do CDC:

> *"Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*
>
> *(...).*
>
> *Art. 3° 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.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2° 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."*

O pedido de reparação de dano formulado nos autos decorre de fato do serviço (artigo 14, do CDC), de modo que o prestador de serviços, no caso, as apelantes, só não respondem pelos danos se provarem a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, ou ainda que, prestado o serviço, o defeito inexiste.

Reza o artigo 14, do CDC que:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

(...).

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

Ensina Sérgio Cavalieri Filho que:

> *"O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexo causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."* (Programa de responsabilidade civil. 11. ed. Atlas. p. 484-485).

Logo, se a hipótese excludente não for provada pelo fornecedor de serviços, torna-se ele objetivamente responsável pela reparação dos danos causados pelo vício na prestação de serviço, como consequência do risco da atividade desenvolvida.

Ademais, em se tratando de responsabilidade civil, incidem também os artigos 186 e 927 ambos do Código Civil:

> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

No caso dos autos, conforme Inquérito Policial de f. 35 e seguintes, no dia 26 de outubro de 2013, por volta das 3h45, Cleber Sanches de Araújo, 31 anos idade - filho e irmão dos autores -, morreu em função de *"asfixia mecânica em meio líquido, decorrente de submersão (afogamento)"* - (conclusão do laudo pericial de f. 53) em piscina, ocorrido no Sítio da Colina (propriedade de Dulce Neide - 2ª Ré), localizado na Rua Fernando Coutinho, 507, Vila Neuza, nesta Capital, quando participava de um baile *funk* promovido por Wila Vieira (1ª Ré).

Ficou demonstrado que no dia e hora mencionados, Cleber Sanches de Araújo, quando do término da festa, pulou na piscina e se afogou, chegando a ser socorrido pelos presentes, que tentaram reanimá-lo, mas não resistiu. O SAMU foi acionado, mas a vítima já havia falecido.

Para melhor análise dos fatos, cito trechos dos depoimentos testemunhais da forma apresentada pelo Ministério Público Estadual quando do inquérito policial:

> *"Wilma Vieira Lima, ouvida às f. 69-70, disse que promoveu a festa para comemorar o aniversário de sua afilhada Ariana, e que estava proibida a entrada na piscina, mas que no fim da festa todos ouviram alguém gritando que uma pessoa estava se afogando na piscina, quando chegaram no local a vítima ainda estava com vida, e os presentes tentando ressuscitá-lo, mas não houve tempo, que não sabe o que de fato aconteceu e que ninguém entrou na piscina durante a festa.*
>
> *Ariana De Lima Pau Ferro, ouvida às f. 80-81, afirmou que não estava autorizada a utilização da piscina, pois ela era muito profunda, e que em um dado momento todos correram para a piscina, sendo que dois rapazes estavam dentro dela, um já no fundo e outro tentando ajudar, dizendo por fim, que não conhecia a vítima.*
>
> *Jeová Ferreira Lima Filho, ouvido à f. 107, alegou que no fim da festa resolveu entrar na piscina, junto com Cleber, para nadar, sendo que havia várias pessoas nadando no local e em um dado momento Cleber pulou na piscina e não retornou, pulando em seguida para retirá-lo, que várias pessoas no local tentaram ajudar, porém sem sucesso. Afirmou, por fim, que Cleber havia ingerido muita bebida durante o dia na casa de sua irmã."* (f. 59-60)

E ainda:

Luan César Vilela Vieira declarou que (f. 57):

> Testemunha compromissada na forma da lei, prometendo dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado e sabendo ler e escrever, inquirido, respondeu: QUE: em relação aos fatos narrados no BO nº 15072/2013/DEPAC-CENTRO, tem a esclarecer que é conhecido da pessoa de WILMA VIEIRA LIMA, e na data de 26 de outubro de 2013, estava participando do BAILE FUNK no SITIO DA COLINA, localizado na Rua Fernando Coutinho, 507, Bairro Vila Neusa, nesta capital, organizado por WILMA; QUE, por volta das 03h40min o baile já havia terminado e o depoente estava ajudando a limpar o local, quando ouviu pessoas gritando que havia um rapaz se afogando na piscina; QUE, o depoente saiu correndo e pulou na piscina para tentar salvar o tal rapaz; QUE, o depoente conseguiu empurrá-lo para cima e todos que estavam no local retiraram o rapaz de dentro da piscina; QUE, o depoente informa que quando retirou o rapaz da piscina, o mesmo ainda estava com vida; QUE, o Corpo de Bombeiros chegou ao local e tentou reanimar o tal rapaz, porém o mesmo não resistiu vindo a óbito;

Importante mencionar ainda as declarações realizadas pela autora Janaína (irmã da vítima) quando do inquérito policial (f. 40):

Inquirido pela Autoridade Policial, **RESPONDEU**: *QUE, a declarante é irmã da vítima CLEBER SANCHES DE ARAÚJO, o qual foi vítima de Homicídio na data de 26/10/2013, em uma Festa que ocorria no Sitio da Colina, situado na Rua Fernando Coutinho, nº. 507, bairro Vila Neuza, último nesta capital e com relação aos fatos, tem a informar como segue:QUE, na data de 25 de outubro, CLEBER esteve na residência da declarante, por volta das 18hs30mn, onde permaneceu por algum tempo e ingeriu aproximadamente 05 cervejas, tendo deixado o local de mototaxi, por volta das 20hs00mn;QUE, posteriormente a declarante tomou conhecimento que por volta da 24hs00mm da mesma data, Cleber este em um Bar no Bosque da Esperança, de onde saiu em um veículo da marca Eco Sport de cor branca e juntamente com Jeová, Maxsuel e irmão deste (dono do carro) e foram para um Baile funk, que estava sendo promovido no Sitio Da Colina por uma pessoa denominada Wilma, a qual a declarante conheceu posteriormente;QUE, por volta das 04hs40mn da manhã, a declarante se encontrava em sua residência, ocasião em que, chegou o amigo de Cleber, denominado Jeová e disse ao marido da declarante que Cleber havia caído no Sitio e não voltou, em seguida jogou a mochila que Cleber usava na sala, chamou o marido da declarante para o lado de fora da casa e passaram a conversarem, momento em que, disse ao marido Ada declarante que acreditava que Cleber estava morto, tendo inclusive, explicado o local onde havia ocorrido os fatos;QUE, passado alguns minutos, o marido a declarante, o qual chama-se Marcondes Luiz da Silva, foi para o interior do imóvel e disse a declarante que acreditava que Cleber estava morto, momento em que, montaram em uma motocicleta que possuem e se dirigiram para o Sitio Colina, onde a declarante constatou que seu irmão Cleber esta morto, coberto por um plástico, ocasião em que,*

Por sua vez, o depoimento das testemunhas ouvidas em juízo foi no seguinte sentido:

> *"Que a piscina estava liberada, pois não tinha nada obstruindo o seu uso. Que resolveram entrar livremente na piscina. Que a vítima sabia nadar. Que na festa não tinha nenhum tipo de salva-vidas e segurança. Que estavam sob efeito de álcool. Que a vítima trabalhava como sonoplasta. Que na época dos fatos o pai da vítima tinha um comércio e sua mãe era cozinheira. Que a vítima ajudava financeiramente os pais. (Depoimento de Jeová)*
>
> *(...) a vítima teria pulado na piscina. Que a Sr. Wilma anunciou (de boca) no começo da festa que não era pra ninguém entrar na piscina. Que por volta das 2 horas da manhã os convidados começaram a pular na piscina. Que a vítima pulou e já foi direto para o fundo da piscina quando perceberam o afogamento. Que na festa não tinha nenhum cartaz contendo aviso de proibição para uso da piscina. Que não tinha salva-vidas, boias ou algo semelhante. Que na época dos fatos a vítima trabalhava com som e o seu pai tinha um bar. (Depoimento de Maxuel)*
>
> *(...) que não tina salva-vidas na festa e a piscina não era cercada. Que haviam seguranças na festa. (Depoimento de Nadilza)."*

Consoante se denota, ficou comprovado que a requerida e responsável pela festa (Sra. Wilma) não tinha alvará de funcionamento, bem como que não havia comunicado a PM sobre a festa (f. 58).

E mais, no local não haviam salva-vidas (depoimento de Ariana - f. 70), tendo ficado comprovado que o aviso proibindo a utilização da piscina era feito "boca a boca", não existindo nenhuma informação ou aparato impeditivo ao seu entorno.

Sendo assim, ficou caracterizada a falha na prestação do serviço ofertado pelas requeridas e que culminou na morte do Sr. Cléber, uma vez que a parte ré tinha o dever legal de garantir a segurança das pessoas que participavam do evento, fornecendo a adequada prestação de serviço, mormente se levar em conta que na festa era comercializada bebida alcoólica e *drinks*.

Outrossim, cediço que em festas como a dos autos, após determinadas horas, geralmente os convidados acabam se extrapolando e pulando na piscina como motivo de diversão, momento este que torna evidente o risco para o público presente.

O fato de que festa teria terminado, não significa que a responsabilidade das apelantes tinha se encerrado, haja vista que a responsabilidade pela segurança dos que ali participavam somente se encerraria quando todos tivessem deixado o local.

Sendo assim, sabendo a parte requerida que no local da festa existia uma piscina, e que geralmente no fim da festa uma ou outra pessoa tem o costume de se jogar na piscina, deveria ter contratado salva-vidas e/ou isolar o local para impedir o acesso ao público, precauções essas não comprovadas nos autos.

Como bem fundamentou o julgador *a quo*:

> *"Diante desse quadro, forçoso reconhecer que a ré, ao liberar o uso da piscina (ou mesmo não impedir o uso) aos seus frequentadores e comercializar bebidas alcoólicas, assume o risco de que pessoas embriagadas adentrem na piscina, razão pela qual deve disponibilizar a segurança necessária aos participantes do evento, seja pela contratação de pessoas capacitadas que impeçam aqueles que se apresentam em estado de embriaguez de ingressarem na piscina, ou pela contratação de um número suficiente de salva-vidas a atender a demanda de seu público."*

Outrossim, pela teoria do risco do empreendimento, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes dos seus negócios, independentemente de sua culpa, pois a responsabilidade decorre da atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços.

O artigo 23 do CDC trata sobre a teoria do risco da atividade econômica:

> *"Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade."*

Por oportuno, colacionam-se as lições do professor Leonardo de Medeiros Garcia:

> *"O artigo aborda a teoria do risco da atividade econômica, estabelecendo uma garantia de adequação dos produtos e serviços (arts. 18 ao 22), em que o empresário ou quem explora a atividade econômica deve suportar os riscos provenientes de seu negócio.*
>
> *O Código estabelece de maneira explícita que o fornecedor não poderá se eximir de sua responsabilidade ao argumento de que desconhecia o vício de adequação, que tanto pode ser quanto à qualidade, quantidade ou informação dos produtos e serviços. Uma vez constatado o vício, o consumidor tem direito de obter a sanação e, ainda, de receber indenização por perdas e danos, se houver.*
>
> *(...).*
>
> *O CDC não estabelece essa diferença, devendo haver ampla e integral reparação, nos moldes da responsabilidade objetiva, sendo dispensável a observância do elemento culpa. Assim, basta a verificação do vício para que o fornecedor seja, diante da garantia estabelecida no artigo, obrigado a responder pela inadequação dos produtos e serviços. Dessa forma, conclui-se que a demonstração de boa-fé no sistema consumerista não é capaz de elidir a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor."* (GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 184).

Vale ressaltar também que após 2 anos dos fatos narrados na exordial, outra morte aconteceu no mesmo local, conforme notícia de f. 31 e 34.

De outra banda, mesmo o Ministério Público Estadual tendo deixado de oferecer denúncia em razão da morte ter sido acidental - segundo a conclusão do promotor (f. 60), e o inquérito sido arquivado (f. 61), não afasta o dever de indenizar da parte requerida.

Sobre o tema já decidiu esta Corte:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA – MORTE POR AFOGAMENTO NO LAGO DO HOTEL – EQUIPAMENTOS AQUÁTICOS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO DOS HÓSPEDES SEM CONDIÇÕES APTAS DE USO – AUSÊNCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS DE SEGURANÇA –INDENIZAÇÃO DEVIDA – APURAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA – FALTA DO MÍNIMO DE HABILIDADES TÉCNICAS PARA NADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO – RECURSO DOS AUTORES NÃO PROVIDO E DO HOTEL PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *Enseja a conduta culposa do estabelecimento hoteleiro a violação do dever de cuidados ao deixar à disposição caiaques inaptos para uso sem adoção de medidas protetivas e de segurança contra acidentes, sem fornecer coletes salva-vidas e sem fiscalização de seus funcionários.*
>
> *Configura culpa concorrente da vítima a utilização de instrumento de recreação aquática sem ter qualidades técnicas para tanto, em um lago desconhecido e especialmente sem saber nadar (...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0844348-04.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 15/06/2020, p: 17/06/2020)

E mais:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO – AFOGAMENTO OCORRIDO NA PISCINA DE CLUBE – RELAÇÃO CONSUMERISTA RECONHECIDA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – NEXO CAUSAL CONFIGURADO, CUJO LIAME ENTRE A CONDUTA OMISSIVA DO RÉU E O RESULTADO MORTE RESTARAM DEMONSTRADOS – AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS DE REANIMAÇÃO E PROFISSIONAIS HABILITADOS A PROCEDER OS PRIMEIROS SOCORROS NA VÍTIMA DO EVENTO (...)."* (TJ-RJ - APL: 00028797820058190008 Rio de Janeiro Belford Roxo 1 Vara Civel, Relator: Andrea Fortuna Teixeira, Data de Julgamento: 08/06/2016, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor, Data de Publicação: 14/06/2016)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – AFOGAMENTO EM PISCINA DE CLUBE – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE SALVA-VIDAS – CONFIRMAÇÃO – PENSIONAMENTO CIVIL E QUANTUM INDENIZATÓRIO (...).*
>
> *(...) não se pode falar em culpa exclusiva da vítima que isente a parte ré de responsabilidade, se configurada a falha na prestação de seus serviços, consubstanciada na omissão de socorro (...)."* (TJ-MG - AC: 10707110131075001 MG, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 29/05/2014, Câmaras Cíveis / 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/06/2014).

Por outro lado, vejo que a culpa concorrente também está caracterizada, na medida que tanto na fase de inquérito policial como em juízo, ficou comprovado que no dia dos fatos Cléber (vítima) já estava bebendo cerveja desde às 18:30 (declaração da irmã da vítima), sendo que depois se dirigiu para um bar e de lá foi para a festa de *funk* com Jeová e Maxuel.

Ficou demonstrado também a conduta negligente da vítima ao pular na piscina quando do término da festa, e após várias horas consumindo bebida alcoólica, tanto é verdade que Jeová Ferreira Lima Filho (amigo da vítima) disse na fase de inquérito policial que a vítima havia ingerido muita bebida alcoólica. (f. 72)

Ressalto que o fato da vítima estar sob efeito de álcool, por si só, não caracteriza culpa exclusiva, mormente pelas circunstâncias que se deram os acontecimentos (ausência de aviso proibitivo, ausência de salva-vidas e isolamento ao entorno da piscina).

Desse modo, reconhecendo a causa concorrente, fica a responsabilidade da parte ré atenuada, consoante preconiza o art. 945 do Código Civil:

> *"Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."*

Danos morais.

É cediço que o dano moral na hipótese de morte de familiar configura-se de forma *in re ipsa*, ou seja, em casos tais o dano decorre da força dos próprios fatos. Isso porque o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vítima.

A propósito:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA – MORTE DA VÍTIMA – DANOS MORAIS AOS IRMÃOS – CABIMENTO – DESPESAS DE FUNERAL E SEPULTAMENTO – PROVA – DESNECESSIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Presume-se o dano moral na hipótese de morte de parente, tendo em vista que o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vítima. 2. Os irmãos, vítimas por ricochete, têm direito de requerer a indenização pelo sofrimento da perda do ente querido, sendo desnecessária a prova do abalo íntimo. No entanto, o valor indenizatório pode variar, dependendo do grau de parentesco ou proximidade, pois o sofrimento pela morte de familiar atinge os membros do núcleo familiar em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da reparação. 3. Na presente hipótese, foi fixada a indenização por danos morais aos irmãos da vítima no valor correspondente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia razoável e proporcional ao montante arbitrado aos genitores (R$ 30.000,00).(...)."* (AgInt no REsp 1165102/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 07/12/2016).

No que tange à quantificação dos danos morais, há de se levar em conta os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, sem olvidar o grau de culpa dos envolvidos, a extensão do dano, bem como a necessidade de efetiva punição do ofensor, a fim de evitar reincidência da sua conduta lesiva.

Dispõe o art. 944 do CC: *"A indenização mede-se pela extensão do dano"*. E em seu complementar parágrafo único*: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."*

Calha trazer a colação a lição do doutrinador Des. Rui Stoco:

> *"Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas."* (Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1709)

Incumbe ao julgador, na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, levar em conta as peculiaridades do caso concreto, estimando valor que não dê margem ao enriquecimento sem causa do ofendido, porém seja suficiente para significar adequada reprimenda ao ofensor, evitando que esse reincida no comportamento lesivo.

De outra banda, conforme acima já fundamentado, em caso de culpa concorrente, a responsabilidade da parte ré atenuada, consoante preconiza o art. 945 do Código Civil:

> *"Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."*

No caso presente, são evidentes e inegáveis os danos morais experimentados pelos autores, pois ficaram privados do convívio do filho e irmão cuja vida foi ceifada de forma trágica.

Sopesados tais vetores, bem como considerando gravidade da conduta culposa das requeridas e as graves consequências do evento danoso, e ainda levando em conta a culpa concorrente e a capacidade econômica dos ofensores, reputo mais adequada a fixação de indenização por danos morais em R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) que, reduzidos pela metade em razão da concorrência de culpa chega-se a um valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), que deverá ser dividido pelos três autores (R$ 20.000,00 para cada), reformando assim a sentença recorrida que fixou o *quantum* em R$ 50.000,00 para cada autor.

Isso porque o valor ora fixado não destoa dos parâmetros da jurisprudência, em situações em que se busca compensar o denominado "dano-morte", estando também mais próximo da realidade econômica das partes.

Da pensão mensal.

As requeridas explanam que a dependência econômica dos apelados em relação à vítima não restou demonstrada, de forma que não há falar em danos materiais.

Sustenta que a presunção de que o *de cujus* contribuía para a manutenção da casa dos pais deve ser afastada, sobretudo se ele mantinha família constituída, aliado ao fato de que o genitor da vítima era comerciante quando dos fatos.

Novamente sem razão.

Preceituam os arts. 948 e 950, ambos do CC:

> *"Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*
>
> *(...);*
>
> *II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.*
>
> *Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu."*

Por sua vez, o entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que, em se tratando de morte de filho maior e sendo a família de baixa renda, a dependência econômica é presumida, vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANO MORAL – RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM – REEXAME – ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DENTRO DO PERCENTUAL LEGAL – REVISÃO – IMPEDIMENTO DA SÚMULA N. 7/STJ – MORTE DO FILHO – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – PRESUNÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DOS PAIS – INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL – DECISÃO MANTIDA.*
>
> *(...) 2. Consoante a jurisprudência deste STJ, tratando-se de família de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros, sendo devido o pagamento de pensão, como dano material (...)."* (AgRg no AREsp 833.057/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 21/03/2016)

E mais:

> *"APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS EM ACIDENTE DE VEÍCULOS COM MORTE – VEÍCULO CONDUZIDO PELO REQUERIDO REALIZA CONVERSÃO À ESQUERDA SEM AS DEVIDAS CAUTELAS, OBSTRUINDO A PASSAGEM DA MOTOCICLETA QUE DETINHA PREFERÊNCIA DE PASSAGEM – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 28 E 34 DO CTB – EXCESSO DE VELOCIDADE DA VÍTIMA – NÃO COMPROVAÇÃO – CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA AFASTADA – D**ANO MATERIAL – PENSÃO MENSAL – ÓBITO DE FILHO MAIOR – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – DEPENDÊNCIA PRESUMIDA** – DANO MORAL – MANUTENÇÃO – RECURSO DESPROVIDO – QUANTUM."* (TJPR - 10ª C. Cível - 0013542-28.2014.8.16.0017 - Maringá - Rel.: Desembargadora Ângela Khury - J. 29.11.2018). (G.n.).

No caso dos autos ficou demonstrado que à época do falecimento de Cléber este trabalhava como sonoplasta em uma empresa (prova testemunhal), assim como ajudava financeiramente os pais. E ainda, o pai da vítima tinha um bar e sua genitora era cozinheira em alguns momentos, consoante prova testemunhal, razão pela qual não merece reforma a sentença nessa parte, que fixou a pensão em 1/3 do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 65 anos.

Outrossim, o fato da parte recorrente sustentar que a vítima possuía filho e esposa, não afasta o dever de indenizar, mormente quando comprovada a dependência econômica dos genitores da vítima.

Honorários.

A parte requerida pugna ainda pela redução dos honorários de sucumbência, os quais foram fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Com razão.

Dispõe o art. 85, § 2º, do CPC que:

> *"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2.º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*
>
> *I - o grau de zelo do profissional;*
>
> *II - o lugar de prestação do serviço;*
>
> *III - a natureza e a importância da causa;*
>
> *IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."*

Ao fixar a verba honorária, o julgador deve se valer dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para obter um *quantum* a título de honorários que represente justa remuneração pelo trabalho realizado A respeito:

> *"(...) esta Corte Superior pode rever o valor estabelecido a título de honorários sucumbenciais, nas hipóteses em que a condenação se distancia dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade, o que não se evidencia no caso concreto (...)."* (AgInt no AREsp 1531500/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/04/2020, DJe 04/05/2020)

No caso, considerando os critérios delineados nas alíneas do § 2.º do art. 85 do CPC, ou seja, 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 serviço, mostra-se adequada a fixação dos honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor da condenação, quantia esta razoável e condizente com a demanda, sendo capaz de remunerar condignamente o profissional que laborou no feito.

Logo, merece reparos a sentença nesse ponto.

Ante o exposto, conheço dos recursos, dou parcial provimento ao apelo interposto por Dulce Neide Marciano da Silva para reduzir o *quantum* dos danos morais para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor, bem como a verba sucumbencial para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Por sua vez, nego provimento ao recurso interposto por Wilma Vieira Lima.

Em razão do desprovimento do apelo de Wilma Vieira Lima e, nos moldes do artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro para 12% sobre o valor da condenação os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora, observada a regra do artigo 98, § 3.º, do CPC/2015.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Nélio), após o relator negar provimento ao apelo de Wilma Vieira Lima e dar parcial provimento ao apelo de Dulce Neide Marciano da Silva. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 08/09/2020)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal)

Peço vênia ao Eminente Desembargador Relator para dissentir de seu entendimento e votar de forma parcialmente divergente.

As apelantes Dulce Neide Marciano e Wilma Vieira Lima requerem o provimento de suas apelações para que seja reformada a sentença que as condenou ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 e ao ressarcimento dos danos materiais, na forma de pensão mensal no valor equivalente à metade de 1/3 do salário mínimo até a data em que o falecido completaria 65 anos, se antes não ocorrer a morte dos beneficiários.

O Eminente relator votou pela manutenção da responsabilidade civil das apelantes, apenas reduzindo o *quantum* indenizatório dos danos morais para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual estou de acordo, por concluir que sua fundamentação muito bem solucionou o mérito da referida questão.

Entretanto, diante da análise dos autos, vislumbra-se que, em casos como esse, em havendo descendentes, os ascendentes da vítima ficam excluídos da indenização, sendo por danos materiais e ou por danos morais. Da mesma maneira, não havendo descendentes, os ascendentes recebem a devida indenização, mas os colaterais (irmãos) ficam excluídos de tal ressarcimento. Assim como na sucessão, uma classe mais próxima exclui as demais.

No caso dos autos, a ação deve ser julgada improcedente quanto a irmã da vítima, Janaína, que fica assim excluída das indenizações, por ser de direito.

Ante o exposto, conheço dos presentes recursos e, acerca da manutenção da responsabilidade civil das requeridas e da redução do *quantum* indenizatório de danos morais para o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acompanho o relator, por concluir que sua fundamentação muito bem solucionou o mérito do assunto.

Entretanto, voto por excluir a colateral Janaína Sanches de Araujo da indenização por danos materiais (pensão), bem como da indenização por danos morais, em razão de haver ascendentes (pais) da vítima. De consequência, voto por dar provimento parcial e em termos ao recurso das requeridas para o fim de julgar improcedente o pedido e a ação com relação a Janaína Sanches de Araújo. Quanto a esta e na proporção de um terço, inverto os ônus da sucumbência.

É como voto.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de Dulce Neide Marciano da Silva. Por maioria e de acordo com o artigo do 942 do CPC, negaram provimento ao apelo de Wilma Vieira Lima, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação/Remessa Necessária nº 0500291-42.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO DA ÁREA DESAPROPRIADA – AVALIAÇÃO REALIZADA POR PERITO – ADOÇÃO DA DATA DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DATA DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO – RECURSOS VOLUNTÁRIOS PREJUDICADOS – SENTENÇA INSUBSISTENTE EM REMESSA NECESSÁRIA.

Na desapropriação por utilidade pública (Decreto Municipal 10.411/2008), a indenização justa somente é alcançada com a avaliação judicial.

Nos termos do disposto no artigo 26, do Decreto-Lei 3.365/41, o valor da indenização deve ser contemporâneo ao da avaliação. Caso em que a desapropriação ocorreu em março de 2008 e a perícia foi realizada apenas no ano de 2011.

"(...) *não é de hoje que o STJ entende ser a regra que o valor da indenização seja contemporâneo à avaliação judicial, tendo em vista que o laudo inicial se reportou ao preço de mercado à época em que confeccionado. Embora haja exceções reconhecidas na jurisprudência, é imperioso o cuidado para que elas não se tornem regra, de modo a subverter o comando legal expresso.*" (STJ, REsp 1784637/RJ)

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, julgaram prejudicado o recurso voluntário e declararam insubsistente a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de junho de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de apelação cível interpostos por Joaquim de Paula Ribeiro e pelo Município de Campo Grande e de Remessa Necessária da sentença proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Desapropriação.

Joaquim de Paula Ribeiro, em seu apelo de f. 424-437, em síntese, alega que:

O valor do depósito prévio é irrisório e inferior até mesmo ao do metro quadrado cobrado pelo IPTU do ano de 2008;

O laudo de f. 79-105, atualizado às f. 132-136, foi elaborado com *"metodologia correta, todos os procedimentos normais e legais, pesquisas de mercado da região do imóvel, e com diagnóstico de mercado"*, apontou que o valor da área desapropriada em 2010 era de R$ 277.912,27 e em 2014 de R$ 673.000,00, não podendo prevalecer a perícia do juízo que chegou a quantia irrisória de R$ 31.886,62 em outubro de 2018;

O laudo judicial apenas atualizou o valor inicialmente ofertado pela municipalidade, ignorando que o imóvel está localizado em área nobre, ofendendo a indenização prévias, justa, real e atual preconizada pela Carta Magna;

Não foram contabilizados os danos emergentes e os lucros cessantes quando da estipulação do *quantum* indenizatório, tampouco o correto valor de mercado e as melhorias públicas existentes e futuras, destacando ainda, que *"o valor de mercado diminui com a área remanescente menor",* insistindo que o laudo deve levar em consideração *"o antes e o depois da desapropriação",* já que a indenização engloba *"o que pode existir";*

Juntou aos autos documento comprovando que no ano de 2016 a Energisa S/A adquiriu imóvel em frente ao desapropriado pelo valor de R$ 318,05 o metro quadrado, o que reforça que o indicado nestes autos é injusto, absurdo e abusivo, não recompondo o patrimônio de forma justa.

Requer a reforma da sentença, para que a indenização seja fixada no valor constante dos laudos apresentados, devidamente corrigido com juros compensatórios de 12% ao ano a contar da data de imissão de posse e acrescido de correção monetária e juros de mora desde a data da elaboração do laudo até o efetivo pagamento.

Por fim, que o valor do IPTU devido seja calculado nos termos do REFIS - PPI, autorizando-se a compensação.

Em seu apelo voluntário, o Município de Campo Grande (f. 452-466) defende que:

O imóvel em discussão nos autos já estava gravado com a servidão *non edificandi* antes da desapropriação, não tendo o *expert* procedido à correta aplicação do *"fator depreciação relativo à APP";*

Nos termos do art. 26, da CF:

> *"(...) todas as águas são de domínio público, inclusas, portanto, as dos córregos", razão pela a área particular por onde corre o leito das águas do Córrego Segredo não é indenizável, restando apenas a indenização pelas áreas marginais;"acolher cegamente o laudo pericial por simplesmente tratar-se de técnico designado pelo judiciário vai contra a própria imparcialidade que rege as relações jurídicas, já que pende a pré-considerar o estudo pericial mais idôneo do que os dados técnicos igualmente demonstrados pelo expropriante", destacando, ainda, que o perito judicial "incluiu a valorização decorrente das próprias obras públicas para o cômputo da importância atingida".*

Os honorários advocatícios devem ser minorados para 0,5% da diferença apurada entre o valor do depósito inicial e a indenização definida em sentença, em razão da baixa complexidade da demanda.

In fine, requer o provimento do apelo para fixar a indenização no valor total de R$ 8.128,35, nos termos da avaliação municipal e a redução dos honorários advocatícios para o mínimo legal, limitados a 1%.

Apenas o Município de Campo Grande apresentou contrarrazões (f. 472-478) pelo desprovimento do apelo da *ex adversa.*

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer por entender ausente interesse público a justificar sua intervenção no feito.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimentos recursais de Apelação Cível interpostos por Joaquim de Paula Ribeiro e pelo Município de Campo Grande e de Remessa Necessária da sentença proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Desapropriação.

Os recursos voluntários serão analisados em conjunto com a remessa necessária e as teses enfrentadas de acordo com sua prejudicialidade.

Consoante se viu do relatório, ambos recorrentes insurgiram-se contra o valor da indenização apontado pelo *expert.*

Como cediço, o aforamento de ação de desapropriação implica na justa reposição patrimonial ao expropriado, a partir do qual resta caracterizado o consequente dever de indenizar, nos termos do art. 5º, XXIV, da CF. Portanto, a indenização deve ser exata, devendo ser concedido ao expropriado o direito de receber o valor equivalente à área expropriada.

A demanda expropriatória, manejada com fundamento no Decreto-Lei 3.365/41, tem como objeto a apuração e o pagamento da justa indenização pelo ente expropriante ao expropriado, sendo que esta tem o escopo de tornar indene o desapropriado para que possa recompor o seu patrimônio, através de valor que o possibilite adquirir bem com as mesmas características, sem qualquer prejuízo.

Na desapropriação por utilidade pública (Decreto Municipal 10.411/2008), a indenização justa somente é alcançada com a avaliação judicial, conforme disposto no Decreto-Lei 3.365/41 que, em seu artigo 26, dispõe:

> *"Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado."*

Ocorrendo perícia, nada mais natural que o valor alcançado pela prova técnica sirva de base ao convencimento do juiz. A importância do laudo pericial, apresentado pelo perito judicial nomeado, nas ações de desapropriação reside no fato de que as circunstâncias mencionadas neste serão exatamente as que irão motivar o convencimento do julgador na fixação do valor da indenização, muito embora o juiz não esteja adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, nos termos dos artigos 171 e 479, do CPC.

Por oportuno, a lição de Vicente de Paula Mendes[1]:

> *"Só há um perito no processo expropriatório. Pode-se até admitir que o assistente avalie, ofereça laudo e procure convencer. Mas ele age em nome da parte que o indicou, orientando-a na defesa de seus interesses, pois, no processo da desapropriação, quem faz a avaliação é o próprio perito designado pelo juiz, funcionando os assistentes técnicos das partes como fiscalizadores e, por isso mesmo, não emitem laudos."*

Ainda, não se pode olvidar que as diretrizes elencadas no art. 27[2], da Lei das Desapropriações, para o fim buscar o correto preço do bem - estimativa fiscal, preço de aquisição, valor auferido pelo proprietário, situação, estado de conservação, valor venal, valorização e depreciação da área remanescente - servem apenas como paradigma geral a ser observado, jamais vinculando de forma absoluta a decisão sobre o preço, consoante bem elucida José Carlos Moraes Salles[3]:

> *"(...) embora o juiz deva atender aos elementos mencionados no art. 27 da Lei das Desapropriações, não está ele obrigado a limitar-se exclusivamente ao exame dos mesmos. Com efeito, outros poderão ser sopesados pelo magistrado no desenvolvimento lógico do raciocínio de que resultará a fixação do quantum indenizatório. Não se perca de vista, ainda, que na busca do justo preço exigido pela Constituição, o juiz poderá até mesmo desprezar aqueles elementos, se verificar que seu emprego pode levar ao estabelecimento de um ressarcimento injusto para o expropriado."*

1 **A indenização na desapropriação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 177.

2 Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

3 **A desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência**. 4. ed. RT, 2000. p. 528.

Há que se lembrar também que a indenização na desapropriação deve ser prévia e justa, ressalvados os casos constitucionalmente previstos (art. 5º, XXIV e XXV, CF), não sendo admissível ao Estado promover ressarcimento em excesso pela perda de bem imóvel particular, às custas do Erário Público, sob pena de locupletamento ilícito por parte do expropriado.

No caso dos autos, o laudo pericial foi realizado em 2011 os Autos 0029809-47.2008.8.12.0001, do qual foi desmembrado este feito, tendo o perito avaliado todos os imóveis objeto de desapropriação por meio do Decreto Municipal 10.411/2008 (f. 186-276).

Naquele, o *expert* informou que se valeria da metodologia indicada pela NBR 14653-1 da ABT, identificando *"o valor de um bem, de seus frutos e direitos",* bem como *"o custo de um bem",* esclarecendo que *"para a avaliação dos terrenos utilizaremos o método comparativo direto de mercado e para as glebas o método involutivo, já para as construções (benfeitorias) o método da quantificação de custo, (f. 188-189)."*

Diante da discordância das partes com aquele laudo, o *expert* foi intimado para esclarecimentos, tendo, em outubro de 2018 informado que foram considerados os valores praticados à época do *"decreto expropriatório, qual seja, março/2008",* destacando:

> *"A área objeto de desapropriação encontra-se às margens do Córrego, tendo, portanto, uma faixa non aedificandi. Essa área foi calculada através da planta adotada pela prefeitura para cálculo das áreas desapropriadas, obtendo-se o percentual constante no laudo, de 65%."*

Veja-se, o perito foi claro ao dispor que o laudo tomou como base os valores praticados no mercado à época do decreto de desapropriação, qual seja, março de 2008, não havendo no apelo voluntário qualquer insurgência a respeito de tanto.

Contudo, não se pode ignorar que o feito subsume-se à remessa necessária, razão pela qual o Colegiado pode rever até mesmo os pontos que não foram objeto de devolução nos recursos voluntários.

E, como dito dantes, o artigo 26, do Decreto-Lei 3.365/41 é claro ao dispor que na desapropriação por utilidade pública, o valor da indenização deve ser contemporâneo ao da avaliação.

A interpretação para o referido dispositivo, segundo o Superior Tribunal de Justiça é de que o valor da indenização será contemporâneo à data da perícia. Por oportuno:

> *"PROCESSUAL CIVIL – DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA – OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA – INDENIZAÇÃO – JUSTO VALOR – SÚMULA 7/STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – NÃO COMPROVAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Desapropriação proposta pela Rodovia das Colinas S/A contra os proprietários do imóvel descrito na inicial, com área de 30.014,86m², declarado de utilidade pública pelo Decreto Estadual 50.399/2005, para o fim de implantação do Anel Viário de Itu, com interligação entre as rodovias SP-300 e SP-75. 2. O Juiz de 1º grau acatou o valor unitário do terreno apontado na perícia oficial inicial (R$ 21,20/m²), condenando o expropriante a pagar a justa indenização fixada no valor de R$ 636.615,032, atualizado até maio de 2006, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença até o pagamento definitivo, e juros compensatórios de 12% ao ano a partir da imissão de posse, calculados sobre a diferença apurada entre 80% do preço ofertado e o valor do bem fixado na sentença. 3. O tribunal a quo reformou parcialmente a sentença e assim consignou na sua decisão: conquanto ambos os laudos sejam dignos de credibilidade, é nítido que o provisório, realizado em maio de 2005, apurou como valor unitário do terreno de R$ 21,20 m2, e, o definitivo, apresentado em março de 2010, o de R$ 39,15 m2. Tal disparidade se dá em razão do fato da primeira avaliação por perito judicial ser, conforme previsão legal (art. 26. caput, Decreto-Lei n° 3.365/41) contemporânea ao tempo do desapossamento e, a segunda, absorveu a maisvalia existente sobre os imóveis da região quando já implementada a obra pública. Não se pode perder de vista que a justa indenização deve levar em conta o*

imóvel no estado contemporâneo a sua perda, e não muito tempo depois, quando a realidade geográfica tenha se alterado radicalmente, e fatores supervenientes sejam agregados ao bem. (...) a partir de então, nota-se que as críticas sugestionadas tanto pela expropriante quanto pelos expropriados nas razões de suas respectivas apelações habitam o campo da mera generalidade, da compreensível intenção parcial de defenderem os próprios interesses, sem que qualquer refutação possa conduzir a mínima obliteração razoável do que o perito oficial apurou no laudo provisório acostado a f. 132-145, pelo contrário, o mister exercício por este auxiliar do juízo é bem consentâneo a realidade apresentada naquele momento, qual seja, o 'contemporâneo da avaliação' (f. 1.235-1.238, e-STJ). 4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 5. ***O STJ entende que, em regra, o valor da indenização será contemporâneo à data da perícia****. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.195.011/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/2/2011; AgRg no REsp 1438111/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/05/2014; AgRg no AREsp 329.936/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13/11/2013). 6. Observa-se que houve duas avaliações judiciais, e que o juiz sentenciante adotou, com base no contexto fáticoprobatório, a primeira perícia realizada. Nesse diapasão, tal posição não contraria a orientação do STJ de que, em regra, o valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação judicial, tendo em vista que o laudo inicial se reportou ao preço de mercado à época em que confeccionado. 7. Afastar a conclusão do Tribunal de origem de que o primeiro laudo alcançou o justo preço a ser pago ao expropriado demanda revolvimento de fatos e provas, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial'. 8. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea 'c', da Constituição Federal. 9. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa parte, não provido."* (STJ, REsp 1661943/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017). (G.n.).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – REALIZAÇÃO DE DUAS PERÍCIAS – REGRA GERAL – INDENIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA À PRIMEIRA AVALIAÇÃO. 1. Não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. 2. A segunda perícia, do que se extrai dos autos, já foi realizada e devidamente atacada por Agravo de Instrumento (f. 216 e seguintes, e-STJ). Os fundamentos para a sua realização de ofício não devem ser aqui abordados em razão da nítida preclusão. 3. Ao adotar o segundo laudo, houve violação do art. 26 do Decreto-Lei 3.365/1941, que determina ser o valor da indenização contemporâneo à avaliação. Assim, qualquer valorização ou mesmo depreciação ocorrida no imóvel não deve ser considerada se ocorrida após a emissão do laudo pericial, salvo na situação específica da área remanescente de propriedade do réu (art. 27, caput, do Decreto-Lei 3.365/1941). ***4. Com efeito, não é de hoje que o STJ entende ser a regra que o valor da indenização seja contemporâneo à avaliação judicial, tendo em vista que o laudo inicial se reportou ao preço de mercado à época em que confeccionado****. Embora haja exceções reconhecidas na jurisprudência, é imperioso o cuidado para que elas não se tornem regra, de modo a subverter o comando legal expresso. 5. No mesmo sentido é o Parecer do Ministério Público Federal: 'O erro do acórdão recorrido parece estar na premissa genérica de que o desenvolvimento econômico da região é motivo suficiente para a realização de nova perícia. No entender do tribunal de origem, tal circunstância, além de prejudicar a análise acerca do juízo de majoração ou diminuição do valor do bem, demonstraria que os expropriados não teriam sido devidamente indenizados (...) ninguém duvidaria de que os malefícios havidos no imóvel, após a imissão, correm por conta do expropriante. Assim, se uma praga devastar o potencial agropastoril do imóvel, o problema é literalmente do ente público, que o deverá indenizar por quanto valia, quando da imissão. O mesmo se diga, em relação a inundações, incêndio e depredação, por exemplo. Se*

não se concebe que os danos à propriedade no curso do processo repercutam na fixação de seu preço, então, por simetria, dever-se-á admitir o mesmo em relação a benefícios advindos ao imóvel, naquele intervalo'. 6. Devem os autos retornar à origem para considerar o marco de avaliação o do primeiro laudo pericial elaborado, adotando-o, ou reabrindo a instrução para apuração do quantum sem considerar a posterior valorização imobiliária. 7. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido." (STJ, REsp 1784637/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019). (G.n.).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Sodalício, incluindo acórdão de nossa relatoria:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – VALOR DA INDENIZAÇÃO DA ÁREA DESAPROPRIADA – AVALIAÇÃO REALIZADA POR PERITO – ADOÇÃO DA DATA DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DATA DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO – REDIMENSIONAMENTO DA SUCUMBÊNCIA – AUTOR DECAIU DE PARTE MÍNIMA DOS PEDIDOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – LIMITE DE 5% RESPEITADO – ART. 27, § 1º DO DECRETO-LEI 3.364/1941 – RECURSO DESPROVIDO." (TJMS. Apelação Cível n. 0058171-25.2009.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 27/04/2020, p: 29/04/2020).

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA C.C. DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO JUSTA – VALOR CONTEMPORÂNEO À DATA DA AVALIAÇÃO – DANO MORAL DEVIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – LIMITE DE 5% RESPEITADO – ART. 27, § 1º DO DECRETO-LEI 3.364/1941 – JUROS DE MORA DE 6% AO ANO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. ***Indenização justa deve corresponder ao valor real do bem ao tempo da elaboração do laudo.*** *Inteligência do artigo 5º, XXVI, da Constituição da República e artigo 26 do Decreto-Lei 3365/41. É de se reconhecer o dano moral quando restar comprovado o abalo psíquico, sendo o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) suficiente para atender as finalidades compensatória e inibitória. Os honorários devem ser fixados em 5% sobre a diferença entre o valor fixado na sentença e o preço ofertado. Os juros moratórios são de 6% ao ano, a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito (art.15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0061153-12.2009.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 05/02/2020, p: 07/02/2020). (G.n.).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO DIRETA – INDENIZAÇÃO DEVE SER CONTEMPORÂNEA AO VALOR APURADO NA AVALIAÇÃO JUDICIAL – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO AFASTADO – DESVALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE DA FAZENDA - DIVISA COM ATERRO SANITÁRIO – REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O artigo 26 do Decreto-Lei 3.365/1941 atribui à justa indenização o predicado da contemporaneidade à avaliação judicial, de cujo entendimento comunga o Superior Tribunal de Justiça. 2. Por outro lado, não há que se falar em enriquecimento ilícito dos requeridos com a fixação da indenização no valor aferido na perícia judicial, como entendeu o julgador singelo, tendo em vista que além dessa quantia ser contemporânea à avaliação judicial, deve ser levado em conta a desvalorização do restante da área (343 ha) por fazer divisa com aterro sanitário, conforme atestou a perícia judicial, cujo valor da indenização por certo superaria aquele encontrado pela perícia judicial. 3. Em consequência, deverá ser mantida a sucumbência recíproca, porém diante do valor da indenização ter sido fixado conforme pleiteado pelos requeridos, o autor deverá arcar com 80% e os requeridos com 20% das custas processuais e honorários advocatícios, estes que se fixa em 15% sobre o proveito econômico com a demanda (diferença entre a indenização fixada e o valor ofertado), nos termos do art. 85, § 2 e 86, ambos do CPC." (TJMS. Apelação Cível n. 0005748-24.2010.8.12.0011, Coxim, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 18/12/2019, p: 19/12/2019)

Dessa forma, o laudo realizado em 2011, deveria ter levado em consideração os valores daquela época, e não os praticados no ano de 2008.

Não se ignora que a avaliação foi realizada por meio de pesquisas com valores de venda de lotes com características similares, não só para assegurar um valor econômico real ao bem, mas também um preço justo, eis que se trata de uma avaliação com a comparação com outros lotes da mesma área. Contudo, estes parâmetros foram considerados de forma retroativa à data da desapropriação, o que contraria o disposto no art. 26, do Decreto-Lei 3.365/41 e o entendimento pacificado na jurisprudência.

Assim, em sede de remessa necessária, torno insubsistente a sentença, determinando a realização de nova avaliação, que deverá apontar o valor do imóvel a ela contemporâneo.

Com isso, os apelos voluntários restam prejudicados.

Ex positis, em remessa necessária, torno insubsistente a sentença, determinando o retorno dos autos para que seja realizada nova avaliação, nos termos supra definidos.

Por consequência, julgo prejudicados os recursos voluntários interpostos por Joaquim de Paula Ribeiro e pelo Município de Campo Grande/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram prejudicado o recurso voluntário e declararam insubsistente a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível nº 0033582-95.2011.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA – OBRA PÚBLICA CONTRATADA – EXTINÇÃO CONTRATUAL PELO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS EDITALÍCIAS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 78, INCISOS I E II DA LEI DE LICITAÇÃO – APRESENTAÇÃO DAS PLANILHAS DAS MEDIÇÕES INADIMPLIDAS PELA CONTRATANTE E PAGAMENTOS FEITOS NO DECORRER DA AÇÃO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS PAGAMENTOS REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE CONDENAÇÃO EM LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS – ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA VERBA HONORÁRIA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Da análise apurada dos documentos colacionados no caderno processual há prova suficiente de que a extinção do contrato se deu pela inadimplência da apelante ao não cumprir com a execução do serviço no prazo estipulado.

No Direito Público, a Administração é obrigada a fazer o que consta em lei, sendo lícita a rescisão unilateral de contrato de obras e serviços diante do inadimplemento contratual por culpa do contratado. Aplicabilidade do artigo 78, incisos I, II e III da Lei de Licitação (nº 8.666/93).

A norma processual civil prevê que a proporção da verba honorária será devida sobre o valor atualizado da causa se não houver valor da condenação, ou se não for possível mensurar o proveito econômico, o que não ocorre no caso dos autos, já que houve reconhecimento parcial do débito pela apelada e homologado pelo magistrado na sentença. Precedentes do STJ. (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019 e AgInt no AREsp 1590334/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/06/2020, DJe 25/06/2020).

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, 20 de julho de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Contel Construções e Telecomunicações LTDA contra decisão proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Cobrança de Valores e Indenização por Danos Morais, Materiais e Lucros Cessantes movida em face de Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - Agesul, que homologou o reconhecimento parcial do pedido quanto ao pagamento do débito de R$ 282.165,44

(duzentos e oitenta e dois mil, cento e sessenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), devido pela 5ª e 6ª medições do Contrato de Cessão nº 006/05-ASGAB, declarando o cumprimento integral e simultâneo da obrigação, e julgou improcedentes os demais pedidos, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Em síntese, alega que:

Restou comprovado nos autos a existência de medições em atraso, já que os serviços eram executados desde o ano de 2006 e que só foram pagos em 2015;

A obra era executada na medida que era solicitada pela recorrida, em conformidade com o fluxo de caixa e a viabilidade econômica de pagamento do Estado;

Evidente que a causa da rescisão contratual se deu por culpa da administração, já que houve atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos, nos termos do art. 78, inciso XV, da Lei n. 8.666/93;

O julgador singular se baseou em pareceres realizados de forma unilateral, sem que houvesse sido oportunizado o contraditório e a ampla defesa por profissional habilitado, inexistindo nos autos sequer procedimento administrativo instaurado;

A administração pública demorou aproximadamente 180 dias para analisar o pedido de prorrogação do contrato para que houvesse adequação financeira e;

Quanto à verba sucumbencial, deve ser observado o disposto no Código de Processo Civil de 1973 para sua fixação, já que a ação foi proposta no ano de 2011, e caso não seja este o entendimento, deve ser arbitrada sobre o valor da condenação ou do proveito econômico.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo, com preliminar de inovação recursal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Consta na inicial que a empresa apelante é cessionária dos direitos e obrigações do Contrato OC nº 193/04-ASGAB, registrado no Termo de Cessão nº 006/2005, que tinha por objeto a construção do campus da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul na cidade de Coxim-MS, e que foi rescindido pela apelada sem motivos.

Relatou que a requerida deixou de efetuar os pagamentos referentes à 5ª e 6ª medição realizada, sendo que a 5º medição correspondia ao valor atualizado até fevereiro de 2011 de R$ 168.928,28, enquanto a 6º medição era de R$ 75.073,74, afirmando que não cometeu nenhuma irregularidade contratual, requerendo o recebimento das duas últimas medições da obra executada, a devolução da redenção da 4º medição, lucros cessantes previstos do contrato pela desmobilização, e indenização por dano moral.

A requerida se defendeu sob o fundamento de que a rescisão do contrato se deu pela extinção em razão do término do prazo para conclusão da obra, considerando que a empresa contratada executou, no período de 28/11/2005 a 14/12/2006, apenas 27,50% da obra, e quando da determinação da paralisação de todas as obras contratadas pelo Estado mediante o Decreto 12.236, de 09/01/2007, restavam ainda serviços a serem concluídos na proporção de 72,50%, havendo somente 14 dias para que o prazo contratual se expirasse. Aduziu que não concorda com os valores apresentados na inicial referentes às 5º e 6º medições, com as alegações de retenção da caução da 4º medição e do pedido de ressarcimento da retenção de 5% feita nos pagamentos realizados à empresa CONMEX, não cabendo também o dever de indenizar, já que foi comprovada a lentidão na execução da obra e o descumprimento dos prazos estipulados no contrato consoante as disposições editalícias.

A autora fora intimada para impugnar a contestação e documentos (f. 304), porém quedou-se inerte (f. 305).

O magistrado *a quo* determinou intimação para as partes declinarem as provas que pretendiam produzir, sob pena de preclusão (f. 308), havendo a publicação no Diário Oficial (f. 309), contudo igualmente decorreu o prazo sem manifestação da autora (f. 312).

Às f. 314, autora manifestou-se requerendo o julgamento antecipado da lide, e a requerida informou que efetuou o pagamento dos valores incontroversos e reconhecidos na contestação relativos às 5º e 6º medições, devidamente atualizados pelo IGP/FGV, acrescido de juros legais (0,5%) ao mês, totalizando em R$ 282.165,44 (duzentos e oitenta e dois mil, cento e sessenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos) (f. 320-323).

Consta ainda à f. 324 a determinação pelo julgador singular para que se procedesse a intimação da autora acerca dos documentos juntados e dos valores depositados pela apelada, todavia sequer houve contrariedade especificamente sobre os valores depositados, consoante se vê da petição de f. 328.

Pois bem.

Com efeito, é incontroverso nos autos que a empresa CONMEX Engenharia LTDA foi vencedora da Licitação nº 17/2004, que teve como objeto a construção do campus da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul na cidade de Coxim, e cedeu todos os direitos e obrigações do Contrato OC nº 193/04-ASGAB para empresa apelante, consoante documento de f. 31, no qual as partes assinaram Termo de Cessão nº 006/05 - ASGAB em 01/11/2005, tendo a apelante assumido todos os direitos e obrigações da empresa cedente e obrigando-se a dar continuidade na execução da obra e concluir os trabalhos em até 240 dias.

O início da obra pela apelante ocorreu em 28.11.2002 - Ordem de Início de Serviços nº 0097/2005 (f. 261-263) -, havendo a prorrogação do prazo por mais 180 dias, como demonstra o primeiro Termo Aditivo de Cessão (f. 34). Dessa forma, a apelante deveria concretizar e finalizar a obra até a data de 21/01/2007, contudo não o fez, como consta à f. 261-262, já que no período de 28/11/2005 a 14/12/2006 fora executado apenas 27,50% da obra, demonstrando que seria impossível de ser concluída até 21/01/2007, motivo pelo qual restou comprovado que a extinção do contrato se deu pelo não cumprimento da obra no prazo assinalado.

Pelo acervo probatório se verifica que a extinção do contrato ocorreu pelo atraso na conclusão da obra, consoante demonstra o Parecer nº 08-PJU-RNR/AGESUL/2007 emitido no Processo Administrativo nº 19/100.995.2004 (f. 259-286), e não controverso pela apelante.

Quanto à alegação de que os pareceres administrativos foram realizados de forma unilateral, sem razão a apelante.

Há comprovação nos autos de que houve um procedimento administrativo instaurado e com ciência e participação da empresa construtora, como se constata à f. 287, quando ela solicita a devolução da caução dos valores recolhidos como garantia de execução dos serviços em R$ 8.413,50 (f. 297), e o pagamento foi feito pelo cheque nominal entregue à apelante que assinou o recebimento da cártula em 27/07/2010 (f. 300).

Assim, não há se falar que os pareceres administrativos ocorreram de forma unilateral, visto que a apelada juntou cópia do procedimento administrativo por ocasião da contestação, e a autora foi intimada para impugnação (certidão de f. 304), porém deixou transcorrer *in albis* o prazo sem atendimento (f. 306), havendo apenas a manifestação pelo julgamento antecipado da lide (f. 314).

Em suma, da análise apurada dos documentos colacionados no caderno processual, há prova suficiente de que a extinção do contrato se deu pela inadimplência da apelante em não cumprir com a execução do serviço no prazo estipulado.

É imprescindível acrescentar que no direito público, a Administração é obrigada a fazer o que consta em lei, sendo lícita a rescisão unilateral de contrato de obras e serviços diante do inadimplemento contratual por culpa do contratado.

Assim dispõe o artigo 78, incisos I e II da Lei de Licitação (8.666/93):

> *"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
>
> *I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;*
>
> *II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;*
>
> *III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados."*

Com relação aos débitos pendentes, a apelada reconheceu aqueles referentes à 5º medição, porém quanto à 6º medição apenas o valor de R$ 4.383,07, motivo pelo qual efetuou o pagamento atualizado na conta bancária da apelante no total de R$ 282.165,44 (f. 320-323), não havendo impugnação sobre as planilhas de medição apresentadas às f. 271-286.

De tal moldura deduz-se que a autora não se desincumbiu de comprovar todos os fatos constitutivos de seu direito, ônus que lhe competia, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

Logo, acertada a sentença que decidiu pela improcedência dos pedidos da autora referente aos alegados prejuízos materiais, lucros cessantes e danos morais por ausência de ato ilícito praticado pela Administração Pública, não merecendo reforma nessas questões.

Quanto ao valor da verba sucumbencial verifica-se que há desproporcionalidade comparando-se à quantia recebida pela empresa contratada.

O magistrado assim decidiu:

> *"Condeno o requerente ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da demandada, fixados em 10% do valor atualizado da causa, deduzindo-se o montante que foi vencedor."* (f. 338)

A norma processual civil prevê que a proporção da verba honorária será devida sobre o valor atualizado da causa se não tiver o valor da condenação ou se não for possível mensurar o proveito econômico, o que não ocorre no caso dos autos, já que houve reconhecimento parcial do débito pela apelada e homologado pelo Magistrado na sentença.

Confira-se:

> *"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*
>
> *I - o grau de zelo do profissional;*
>
> *II - o lugar de prestação do serviço;*
>
> *III - a natureza e a importância da causa;*
>
> *IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:*

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos."

Sobre os critérios referentes à base de cálculo na condenação da verba honorária, a Corte Superior vem decidindo para seguir a ordem de preferência contida no art. 85, § 2º do CPC, *verbis*:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PRECEITO COMINATÓRIO DE EXCLUSÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – IMPROCEDÊNCIA – SUCUMBÊNCIA – FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO E DE PROVEITO ECONÔMICO ESTIMÁVEL, SENDO O VALOR DA CAUSA MUITO BAIXO PARA A RELEVÂNCIA DA DEMANDA (CPC, ART. 85, § 2º); INCIDÊNCIA DA REGRA DE EQUIDADE (CPC, ART. 85, § 8º) – AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Agravo interno contra decisão da Presidência que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial. Reconsideração.

2. A Segunda Seção, ao interpretar as regras do art. 85, §§ 2º e 8º, do novo CPC, decidiu que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser estabelecidos segundo a 'seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art.85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)' (REsp 1.746.072/PR, Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, DJe de 29/3/2019). (...) 6. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial." (AgInt no AREsp 1590334/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/06/2020, DJe 25/06/2020).

"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º) – REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º) – PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO – SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes

bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido." (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019)

Como se vê na inicial, o valor dado à causa em 09.02.2011 foi de R$ 749.562,50, e calculando-se o índice de 10% sobre tal montante atualizado, a condenação da verba honorária seria desproporcional em relação ao valor pago pela devedora e homologado na sentença.

Desse modo, há de se alterar a base de cálculo da condenação da verba honorária para que seja fixada em 10% (dez por cento) sobre o débito reconhecido e pago pela apelada, qual seja, R$ 282.165,44 (duzentos e oitenta e dois mil, cento e sessenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos) (f. 320-323).

Ex positis, dou parcial provimento ao recurso interposto, para o fim de alterar a base de cálculo da verba honorária, fixando a quantia de 10% (dez por cento) sobre o débito pago pela empresa apelada e homologado pelo Magistrado na sentença.

Considerando o disposto no art. 85, § 11, do CPC, fixo os honorários recursais no percentual de 3% sobre a quantia adimplida, ficando rateada entre as partes tal obrigação, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 20 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Agravo de Instrumento nº 1402044-02.2020.8.12.0000 – Corumbá

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – SUBSTITUIÇÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA POR EXÓTICA – SUSPENSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL – RISCO DE DANO AMBIENTAL – VERIFICADA A EXISTÊNCIA DE FALHAS NA CONCESSÃO DA AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL PARA SUPRESSÃO DE EXTENSA ÁREA RURAL – PREVALÊNCIA DO DEVER DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – SÚMULA 618 DO STJ – COM O PARECER MINISTERIAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

No caso concreto, restou verificada a existência de falhas na concessão da autorização ambiental, fato este que pode causar sérios riscos ao meio ambiente, mormente no que concerne àquela parte da região do Pantanal, onde a atividade será executada.

A presunção de legalidade e veracidade da licença ambiental não pode se sobrepor à necessidade de preservação do meio ambiente, de modo que deve ser mitigada, em virtude dos princípios da precaução e da prevenção.

Na ação civil pública voltada a apuração de dano ambiental a inversão do ônus da prova é pertinente. Súmula 618 do STJ.

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 maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Divergiu o 1º Vogal (Des. Marco André Hanson).

Campo Grande, 17 de agosto de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de agravo de instrumento interposto pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL contra decisão proferida pelo MM Juiz da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual, que deferiu a liminar postulada para: a) deferir a inversão do ônus da prova, com fundamento nos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; b) suspender a Autorização Ambiental n. 210/2019, até o julgamento do mérito da presente demanda; c) determinar que a requerida Majora Participação LTDA se abstenha de iniciar ou dar continuidade às atividades de supressão de vegetação arbórea, substituição de pastagem nativa e sapecagem no interior da "Fazenda São Sebastião", objetos da Autorização Ambiental n. 210/2019, até que haja julgamento em definitivo desta ação, sob pena de multa no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada hectare de intervenção; d) determinar à demandada Majora Participações LTDA que se abstenha de proceder a qualquer intervenção na propriedade rural "Fazenda

São Sebastião", no Município de Corumbá/MS, que não esteja previamente autorizada, sob pena de multa no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada hectare de intervenção.

Em síntese, alega que:

Há a necessidade da presença de todos os requisitos e pressupostos legais ensejadores da concessão dos efeitos da tutela antecipada para se cogitar o seu deferimento, o que não se afigura, *in casu*, eis que ausente à verossimilhança da alegação e a prova inequívoca da existência do direito que visa proteger, bem como inexistente o fundado receio de dano irreparável;

Resta ausente a hipossuficiência do Ministério Público em relação ao IMASUL, na posição de instituição aparelhada para o trato das questões ambientais, necessária a prova mínima da ocorrência dos danos para que seja invertido o ônus da prova em relação à inexistência de nexo de causalidade entre ação ou omissão dos réus.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso, para o fim de reformar a decisão recorrida, bem como para indeferir a inversão do ônus da prova. Em pedido subsidiário, caso entendido pela manutenção da inversão do ônus da prova, requer, quando do julgamento deste agravo, o necessário pronunciamento a respeito da distribuição do ônus da prova, devendo elucidar qual o assunto (tema jurídico) dependerá de prova e por qual litigante recairá o ônus dessa produção, visto que são vários os interesses constantes nesta ação.

Contraminuta pelo desprovimento do recurso (f. 58-85).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso às f. 100-110.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de agravo de instrumento interposto pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL contra decisão proferida pelo MM Juiz da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual.

Compulsando os autos originais, verifico que o Ministério Público Estadual ingressou com ação civil pública em face do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL e Majora Participações LTDA, argumentando, em apertada síntese, que registrou a Notícia de Fato n. 01.2019.00003278-8 para conhecer do Parecer n. 18/2018/CEIPPAM, que concluiu pela existência de falhas e omissões no EIA e no Procedimento de Licenciamento para supressão vegetal e substituição de pastagens nativas em 10.516,8331 hectares no imóvel rural Fazenda São Sebastião, pertencente a Majora Participações LTDA., objeto do Processo n. 0897/2016 (SPI n. 61/402000/2016) junto ao IMASUL, bem como recomendar a adoção de providências.

Aduziu que o Parecer nº 18/2018/CEIPPAM apontou falhas e omissões graves no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e no Processo de Licenciamento, os quais têm por objetivo a obtenção de autorização ambiental para supressão vegetal e substituição de pastagens nativas em 10.516,8331 hectares no imóvel rural Fazenda São Sebastião. Nos termos do Estudo de Impacto Ambiental EIA e do Plano Básico Ambiental PBA, ambos datados de fevereiro/2016, com o licenciamento ambiental serão 1.826,0002 hectares de vegetação arbórea e substituídos 8.690,8329 hectares de pastagens nativas na "Fazenda São Sebastião", com a finalidade de conversão do uso do solo para pecuária.

Esclareceu que a Autorização Ambiental nº 210/2019, licencia a supressão de 1.678,2526 hectares de vegetação arbórea, a substituição de 8.087,3330 hectares de pastagens nativas, o aproveitamento de 93.424,19 m³ de material lenhoso e a sapecagem (queima controlada) de 1.678,2526 hectares.

A supradita Autorização, a despeito de sua emissão, não observou o Zoneamento Ecológico Econômico do Estado de MS, as Resoluções do CONAMA, o Código Florestal, além da existência de várias falhas e omissões no Termo de Referência, no Estudo de Impacto Ambiental e no processo do licenciamento ambiental, podendo causar sérios riscos ao meio ambiente, em especial, àquela parte do Pantanal onde a atividade será executada.

Em síntese, que o processo de licenciamento possui as seguintes falhas graves: a) o Estudo de Impacto Ambiental EIA não atendeu na íntegra o Termo de Referência TR; b) na sugestão e aprovação da Reserva Legal não foram obedecidos os critérios previstos no artigo 14 da Lei nº 12.651/ 2012; c) o EIA e o licenciamento não obedeceram ao disposto nos artigos 4º e 12 do Decreto Estadual nº 14.273/ 2015; d) eventual violação do Zoneamento Ecológico-Econômico; e) possível falta de análise do Zoneamento Ecológico-Econômico; f) não houve análise do uso alternativo do solo e do seu aproveitamento; g) ausência de estudos e medidas mitigatórias e compensatórias em razão da fauna ameaçada de extinção; h) compensação ambiental desproporcional; i) não há autorização para Estudo Arqueológicos concedida pela Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional IPHAN; e j) o EIA e o Processo de Licenciamento Ambiental apresentam falhas e omissões.

Como consequência, ponderou que a supressão vegetal e a substituição de pastagens nativas que somam 9.765,5856 hectares no Bioma Pantanal, sob a égide de Autorização Ambiental AA expedida no bojo de Processo Administrativo eivada por falhas e omissões graves, poderão causar grande impacto ambiental no ecossistema da Bacia do Alto Paraguai, haja vista a possibilidade de causar o atropelamento e afugentamento de animais silvestres; a alteração da qualidade do ar; a contaminação do solo; incêndios; a exposição do solo a intempéries; a perda do banco de sementes; a redução de matéria orgânica do solo; a dificuldade do fluxo gênico de fauna e flora; a extinção de espécies vegetais e animais; e a formação de processos erosivos.

O imóvel em comento, com área total de 22.326,8967 hectares, em decorrência de apenas um pedido de substituição e supressão de vegetal nativa terá, ao longo do curto espaço de tempo de 4 anos, 43,73% da sua área total convertida em pastagem exótica. Detalhou os fatos, discorreu sobre o direito incidente e pugnou a inversão do ônus da prova.

O magistrado *a quo* deferiu a liminar postulada para: a) deferir a inversão do ônus da prova, com fundamento nos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; b) suspender a Autorização Ambiental n. 210/2019, até o julgamento do mérito da presente demanda; c) determinar que a requerida Majora Participação LTDA se abstenha de iniciar ou dar continuidade às atividades de supressão de vegetação arbórea, substituição de pastagem nativa e sapecagem no interior da "Fazenda São Sebastião", objetos da Autorização Ambiental n. 210/2019, até que haja julgamento em definitivo desta ação, sob pena de multa no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada hectare de intervenção; d) determinar à demandada Majora Participações LTDA que se abstenha de proceder a qualquer intervenção na propriedade rural "Fazenda São Sebastião", no Município de Corumbá/MS, que não esteja previamente autorizada, sob pena de multa no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada hectare de intervenção.

Pois bem.

> *"No que se refere às tutelas provisórias de urgência, o art. 300 do CPC/2015 dispõe:*
>
> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.*
>
> *§ 1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fiduciário idôneo para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*
>
> *§ 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*
>
> *§ 3º. A tutela urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."*

Como se observa, vislumbrando a presença dos requisitos ensejadores (probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), possível a concessão da tutela provisória de urgência pleiteada.

In casu, os documentos que instruíram a inicial, demonstram, em juízo de cognição sumária, a existência de possíveis falhas na concessão de Autorização Ambiental para supressão de extensa área rural de propriedade da empresa Requerida, conforme se extrai do Parecer 18/2018/CEIPPAM, acostado às f. 63-84 dos autos de origem, justificando a suspensão do ato administrativo em análise.

Outrossim, conforme asseverado no judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça:

> *"(...) a liminar concedida não tem o condão de esgotar o objeto da demanda, mas apenas proporcionar a adoção das medidas iniciais à adequada proteção ao meio ambiente. Como bem destacado pelo representante ministerial, há sérios riscos de ocorrência de danos ambientais, os quais serão feitos sem mitigação ou compensação, com base em estudos falhos e atos ilegais, (f. 107)."*

No caso, há o perigo de dano, haja vista que a autorização para desmatamento e substituição de pastagem de mais de 9 (nove) mil hectares já foi emitida e autoriza a derrubada da metade vasta área do Pantanal, o que sim tornaria a situação irreversível.

Assim, cumpre frisar o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, nos termos do artigo 225 da CF[1].

Somado a isso, tem-se o princípio da precaução, que visa mitigar ou eliminar o risco de dano ambiental, ainda que não haja certeza científica.

Neste sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADA. MÉRITO – SUSPENSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL – SUPRESSÃO VEGETAL – ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL – RISCO DE DANO AMBIENTAL – NÃO OBSERVÂNCIA DO ZONEAMENTO DA APA – PREVALÊNCIA DO DEVER DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – COM O PARECER MINISTERIAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - No caso em tela, não há se falar em inépcia da inicial, uma vez que foram apresentados o pedido (suspensão da licença ambiental) e a causa de pedir (ausência de análise do zoneamento ambiental da área de preservação ambiental), de tal sorte que da narração dos fatos infere-se logicamente a conclusão. A exordial da Tutela Cautelar Antecedente observou os termos do artigo 305 do CPC, máxime no que tange à indicação da lide e seu fundamento. II - No caso concreto, a autorização ambiental não levou em consideração o Zoneamento da Área de Preservação Ambiental, suas limitações e condicionantes, fato este que pode causar sérios riscos ao meio ambiente, mormente no que concerne àquela parte da região do Pantanal, onde a atividade será executada. III - A presunção de legalidade e veracidade da licença ambiental não pode se sobrepor à necessidade de preservação do meio ambiente, de modo que deve ser mitigada, em virtude dos princípios da precaução e da prevenção."* (TJ-MS - AI: 14064267220198120000 MS 1406426-72.2019.8.12.0000, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 19/08/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/08/2019)
>
> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO AMBIENTAL – LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA – TAMPONAMENTO PROVISÓRIO DE POÇO ARTESIANO – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO – DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE QUE ÓRGÃO DO EXECUTIVO ABSTENHA-SE DE EMITIR LICENÇA – INGERÊNCIA NO PODER EXECUTIVO – NÃO CONFIGURADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO*

1 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.

IMPROVIDO. É possível a determinação de tamponamento provisório de poço artesiano quando a sua utilização possa causar danos ao meio ambiente e à coletividade, forte na observância aos princípios da prevenção e da precaução. É lícito ao Poder Judiciário, como medida assecuratória de direitos constitucionalmente reconhecidos, determinar que o Executivo abstenha-se de emitir licenças e alvarás. Tratando-se de direito ambiental, a inversão do ônus da prova é cabível, mormente em homenagem ao princípio da precaução." (TJ-MS - AI: 14140658320158120000 MS 1414065-83.2015.8.12.0000, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, Data de Julgamento: 04/10/2016, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/10/2016)

Outrossim, é mister salientar que a presunção de legalidade e veracidade da licença ambiental não pode se sobrepor à necessidade de preservação do meio ambiente, de tal modo que deve ser mitigada, em virtude dos princípios da precaução e da prevenção.

Por derradeiro, no que concerne à insurgência contra a inversão do ônus da prova, entendo como correta tal decisão.

A jurisprudência pátria, à luz dos princípios da prevenção e da precaução, entende que é possível a inversão do ônus da prova em sede de ação civil pública ajuizada em face da ocorrência de suposto dano ambiental, uma vez que, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao princípio ambiental da precaução, impõe-se ao empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, mormente em razão de sua responsabilidade objetiva.

A propósito, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a inversão do ônus da prova nas ações civis ajuizadas pelo Ministério Público, na condição de substituto processual da sociedade, que tenham por objetivo apurar eventual responsabilidade por dano ambiental, posto que, em verdade, a inversão se dá em favor desta última, que detém o direito de ver reparado eventual dano ambiental ocorrido ou deste ser devidamente compensado. Segundo a Corte Superior, em referida hipótese, a inversão do ônus da prova também se justifica em observância ao princípio da precaução.

Vejamos:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA DO MEIO AMBIENTE – ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO – RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, A DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA 182/STJ – ONUS PROBANDI – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DA MATÉRIA, NO MÉRITO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – QUESTÕES AMBIENTAIS – CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS E DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO ENTRE AS PARTES – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 5 E 7 DO STJ – ENCARGO EM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS PERICIAIS – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MATÉRIA SOLUCIONADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) V. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que 'o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório (AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015)' (STJ, AgInt no AREsp 779.250/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016). Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, merece ser mantida a decisão ora agravada, em face do disposto no enunciado da Súmula 568 do STJ (...)." (AgInt no AREsp 1151766/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018)

"PROCESSUAL CIVIL – AMBIENTAL – CUSTEIO DE PERÍCIA PARA AVALIAR SE HOUVE INVASÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICOPROBATÓRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO VERGASTADO – SÚMULA 538/STF – MULTA PROCESSUAL – INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA – NECESSIDADE DE JULGAMENTO COLEGIADO PARA ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA – IMPOSIÇÃO DE MULTA INADEQUADA – SANÇÃO PROCESSUAL AFASTADA – PRECEDENTES DO STJ. 1. Na hipótese dos autos, o juízo originário consignou que a inversão do ônus da prova decorreu da aplicação do princípio da precaução, como noticiado pelo próprio recorrente à f. 579/STJ. Nesse sentido, a decisão está em consonância com a orientação desta Corte Superior de que o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório. (AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015) (...)." (AgInt no AREsp 779.250/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016)

No mesmo sentido confira-se alguns precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE IMÓVEL – PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DO MUNICÍPIO – DEFERIMENTO PARCIAL DE PEDIDO LIMINAR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É possível a inversão do ônus da prova em sede de ação civil pública, a fim de imputar ao Município requerido a responsabilidade de comprovar a adoção de medidas para a manutenção e conservação de imóvel tombado, entendimento que encontra amparo no princípio da precaução, aplicando-se por analogia o art. 6.º, inciso VIII, e o art. 117, ambos do Código de Defesa do Consumidor." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1407638-65.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 18/12/2018, p: 08/01/2019)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA EM CONTRAMINUTA – VÍCIO SANADO – PREFACIAL REJEITADA – MÉRITO – DANO AO MEIO AMBIENTE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO – PRECEDENTES DO STJ – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a decisão que determinou a inversão do ônus da prova, porquanto compete a quem está sendo apontado como causador do dano ambiental provar que não o fez, mormente em homenagem ao princípio da precaução." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1409341-31.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 18/12/2018, p: 08/01/2019)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – LIMINAR – INVERSÃO ÔNUS PROVA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. É comportável a inversão do ônus da prova em sede de ação civil pública, a fim de imputar ao suposto poluidor/predador a responsabilidade de comprovar que suas atividades não são nocivas ao meio ambiente, entendimento que encontra amparo no princípio da precaução, aplicando-se por analogia os artigos 6.º, inciso VIII, combinado com o artigo 117, do Código de Defesa do Consumidor." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1405280-98.2016.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 30/01/2017, p: 31/01/2017)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MULTA COMINATÓRIA EM TUTELA DE URGÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 01. É possível o estabelecimento de multa cominatória para o não cumprimento da tutela de urgência, em Ação Civil Pública, inclusive de ofício, para a demanda cujo objeto seja o cumprimento de dever de fazer ou de não fazer, conforme inteligência do art. 11 da Lei n. 7.347/85. 02. A interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 em conjunto com o art. 21 da

Lei 7.347/1985, somado ao Princípio Ambiental da Precaução, tornam possível a inversão do ônus da prova em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público. Recurso conhecido e não provido." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406669-21.2016.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 10/08/2016, p: 16/08/2016)

Dessarte, não se vislumbra qualquer equívoco na decisão proferida pelo juízo de primeira instância, que se encontra em total consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como por esta Corte.

Ex positis, com o parecer, nego provimento ao recurso.

É como voto.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º Vogal)

Peço vênia ao e. relator para divergir.

Conforme relatado, trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, contra decisão proferida em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual, que deferiu a liminar postulada para o fim de: (a) deferir a inversão do ônus da prova, com fundamento nos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; (b) suspender a Autorização Ambiental n. 210/2019, até o julgamento do mérito da presente demanda; (c) determinar que a requerida Majora Participação LTDA se abstenha de iniciar ou dar continuidade às atividades de supressão de vegetação arbórea, substituição de pastagem nativa e sapecagem no interior da "Fazenda São Sebastião", objetos da Autorização Ambiental n. 210/2019, até que haja julgamento em definitivo desta ação, sob pena de multa no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada hectare de intervenção; d) determinar à demandada Majora Participações LTDA que se abstenha de proceder a qualquer intervenção na propriedade rural "Fazenda São Sebastião", no Município de Corumbá/MS, que não esteja previamente autorizada, sob pena de multa no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada hectare de intervenção.

A matéria não é nova neste Sodalício.

Recentemente, em sessão de julgamento do Órgão Especial, no Agravo Interno Cível nº 1402520-11.2018.8.12.0000/50000 - Corumbá, ocorrida em 04/03/2020, acompanhando o voto de relatoria do e. Presidente deste Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, posicionei-me negando provimento ao recurso paro o fim de manter a decisão monocrática que deferiu a suspensão dos efeitos da decisão liminar da proferida nos autos de Ação Civil Pública n.º 0900088-86.2017.8.12.0008, até o trânsito em julgado.

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

"EMENTA – AGRAVO INTERNO – SUSPENSÃO DE SEGURANÇA – SUSTAÇÃO DOS EFEITOS DE AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL – ABALO À ORDEM PÚBLICA ADMINISTRATIVA E ECONÔMICA – EFEITO MULTIPLICADOR – OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO – RECURSO DESPROVIDO.

O fumus boni iuris decorre, primeiro, do abalo da ordem pública administrativa, ou seja, da violação à ordinária prestação de atividade constitucional e legalmente estabelecida. Por se tratar de ato administrativo de competência da Administração Pública, que em juízo de delibação observou as formalidades e os requisitos legais, impõe-se a mínima intervenção do Poder Judiciário a fim de preservar o princípio constitucional da separação dos poderes.

Mostra-se também provável a ocorrência de lesão à economia pública decorrente do potencial efeito multiplicador de decisões da mesma natureza, na medida em que as taxas advindas dos serviços prestados pelo órgão ambiental, uma vez não recolhidas, poderão causar prejuízo à prestação de serviços essenciais à sociedade, resultando daí o periculum in mora."

Conquanto no referido Pedido de Suspensão de Liminar nº 1402520-11.2018.8.12.0000, o IMASUL tenha inicialmente buscado a suspensão da liminar concedida na Ação Civil Pública n.º 0900088-86.2017.8.12.0008, diversa, portanto, da que originou o presente expediente recursal (0900104-69.2019.8.12.0008), em consulta ao SAJ - Serviço de Automação da Justiça, extrai-se que o citado Órgão, ora agravante, formulou naqueles autos requerimento para extensão dos efeitos da decisão lá concedida também para esta demanda, o que restou deferido, conforme decisão monocrática proferida pelo e. Presidente do Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> *"(...) ex positis, com fundamento no § 8º do art. 4º da Lei Federal 8.437/1992 e no § 5º do art. 15 da Lei Federal 12.016/2009, defiro o pedido formulado pelo Instituto do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul - IMASUL, para estender os efeitos da suspensão de liminar deferida às f. 331-335, sobrestando as decisões proferidas nos Processos nº 0900098-62.2019.8.12.0008 e* ***0900104-69.2019.8.12.0008****, até o trânsito em julgado (...)."* (Sem destaque no original)

Vê-se, portanto, que a decisão liminar proferida na Ação Civil Pública que deu origem ao presente expediente recursal encontra-se com seus efeitos sobrestados, em razão da decisão supracitada.

De qualquer forma, com todo respeito ao entendimento do voto condutor, mantenho o posicionamento antes manifestado no sentido reformar a decisão agravada.

Isto porque, na espécie, o agravante primeiramente invoca a inexistência de requisitos e pressupostos legais ensejadores do deferimento da concessão dos efeitos da tutela antecipada, eis que ausente à verossimilhança da alegação e a prova inequívoca da existência do direito que visa proteger, bem como, inexistente o fundado receio de dano irreparável.

Com efeito, neste aspecto, tem razão o agravante.

Como órgão licenciador ambiental do Poder Público, ao IMASUL compete realizar os procedimentos de licenciamentos/autorizações ambientais dentro da sua competência administrativa. Ou seja, trata-se de competência típica e indelegável do Poder Executivo, lembrando que constitui um dos mais relevantes instrumentos de administração do meio ambiente.

Do feito originário extrai-se que a Autorização Ambiental nº 201/2019, com validade até 13/03/2023, para supressão vegetal em uma área de 9.765,5856ha (nove mil, setecentos e sessenta e cinco hectares, cinco mil e oitocentos e cinquenta e seis metros quadrados) da "Fazenda São Sebastião", Matrícula nº 29.334, no Município de Corumbá/ MS, foi concedida pelo agravante por intermédio de sua equipe multidisciplinar, em juízo de conveniência e oportunidade (precedido de EIA/RIMA), que concluiu pela emissão de laudo técnico de autorização de supressão vegetal na Fazenda São Sebastião.

Nesse aspecto, por se tratar de ato administrativo de competência da Administração Pública, que em juízo de delibação observou as formalidades e os requisitos legais, impõe-se a mínima intervenção do Poder Judiciário, a fim de preservar o princípio constitucional da separação dos poderes, entendimento esse que vem sendo aplicado pelo e. Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – SONEGAÇÃO POR COBERTURA CAMBIAL – MULTA IMPOSTA PELO BACEN – LEI N. 4.595/1964 E DECRETO N. 23.258/1933 – PARÂMETROS – MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. A Lei n. 4.595/64 e o Decreto n. 23.258/33 não deixam dúvidas de que a competência para decidir sobre a quantidade de multa a ser aplicada no caso de sonegação de cobertura cambial é do Banco Central do Brasil. 2. Observadas todas as formalidades e requisitos legais inerentes ao ato administrativo, não cabe ao Poder Judiciário interferir em seu conteúdo, sob pena de indevida afronta à independência dos poderes. A ingerência no mérito do ato administrativo é situação excepcionalmente admitida pela jurisprudência do STJ. Precedentes: REsp 1099647/RS, Minha Relatoria, Primeira Turma, DJe 01/07/2010; RMS 27.954/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/10/2009; AgRg no MS 13.918/DF, Rel. Ministra Eliana*

Calmon, Primeira Seção, DJe 20/04/2009; REsp 983.245/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 12/02/2009. 3. Agravo interno não provido." (AgInt nos EDcl no REsp 1458777/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018)

Não se olvida, é verdade, que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental das gerações presentes e futuras, devendo por isso a sua violação ser objeto de tutela. Entretanto, fato é que, observados os princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da finalidade do ato administrativo, não deve o Poder Judiciário interferir nas licenças concedidas pelos competentes órgãos ambientais concedidas através de procedimentos de licenciamentos/autorizações ambientais dentro de sua competência administrativa.

Observe-se, ademais, que a verificação das irregularidades apontadas pelo agravado em ambas as licenças ambientais concedidas à ré Majora Participações LTDA. demandaria análise mais aprofundada do mérito, não sendo oportuna nesta sede recursal.

De outro lado, e não menos importante, há ainda que se considerar a motivação contida na decisão no Pedido de Suspensão de Liminar nº 1402520-11.2018.8.12.0000 quanto o abalo à ordem econômica, ante a provável ocorrência de lesão à economia pública decorrente do potencial efeito multiplicador de decisões da mesma natureza, na medida em que as taxas advindas dos serviços prestados pelo órgão ambiental, segundo sabe-se, ultrapassam o valor de 7 milhões de reais ao ano, cuja supressão certamente prejudicará a prestação de serviços essenciais à sociedade, resultando daí o *periculum in mora*.

É inegável o prejuízo ao interesse público qualificado pela irreparabilidade ou pela difícil reparação. Portanto, estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, decorrente da potencialidade de grave lesão à ordem administrativa e econômica do Estado, a reforma da decisão agravada na parte em que concedeu a tutela de urgência é a medida que se impõe, a fim de proteger os bens juridicamente tutelados.

Por fim, cumpre analisar a insurgência do agravante quanto à determinação de inversão do ônus probatório, alegando a necessidade de se considerar a situação de hipossuficiência frente a grande estrutura e ao amparo técnico a disposição do representante Ministerial.

Sobre este aspecto o juízo de primeiro grau decidiu:

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

Nesse passo, consoante a principiologia vigente no Direito Ambiental, com destaque especial para o intitulado 'poluidor- agador' e, ainda, considerado o direito difuso em questão, defiro, desde logo, a inversão do ônus da prova, com fundamento nos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito, ambos conjugados com o princípio da precaução, o qual, segundo Alexandra Abraão, trata-se de espécie de princípio in dubio pro ambiente: na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor.

'Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...);

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

Em igual sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça:

ACP – DANO AMBIENTAL – ÔNUS – PROVA. Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009." (REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/08/2009)

O tema comporta uma interpretação interdisciplinar entre as normas de proteção ao consumidor e às referentes à defesa dos direitos coletivos, razão pela qual nas ações civis ambientais, em função de seu objetivo, qual seja, tutela de bem jurídico de caráter público e coletivo, impõe-se a aplicação do disposto no art. 6º, inc. VIII do CDC, no intuito de resguardar ou reparar o patrimônio público de uso coletivo.

Na hipótese dos autos, em verdade, não se está a tratar de um empreendimento que produz atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, em especial porque, repita-se, o IMASUL, por intermédio de sua equipe multidisciplinar, em juízo de conveniência e oportunidade, concluiu pela emissão de laudo técnico de autorização de supressão vegetal na Fazenda São Sebastião.

Como já dito, a substituição de pastagem no Pantanal não é um procedimento novo e, a eventual constatação de degradação ambiental pode ser comprovada pelo agravado, bastando anexar as perícias em áreas em que já houve a supressão com a demonstração que houve dano àquele local ou, ainda, aguardar prova técnica a ser produzida durante a instrução processual, para o que o Órgão Ministerial não encontrará nenhuma dificuldade em sua produção.

Nesse norte, defeso concluir que a substituição de pastagem no Pantanal, permitida/autorizada pelo órgão competente através de procedimentos de licenciamentos/autorizações ambientais dentro de sua competência administrativa, seja circunstância que possa se caracterizar como atividade potencialmente danosa a respaldar o pedido de inversão do ônus probatório, o que evidencia que o *Parquet*, ora agravado, possui condições técnicas de comprovar o alegado dano ambiental.

Logo, nessa parte, merece igual provimento o recurso, a fim de determinar a reforma da decisão recorrida quanto à inversão do ônus probatório.

Ante o exposto, divergindo do ilustre relator e contrário ao parecer da PGJ, conheço do presente recurso de agravo de instrumento e dou-lhe provimento para, reformando a decisão recorrida, indeferir o pedido de tutela de urgência, bem como a inversão do ônus da prova.

É como voto.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (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. Divergiu o 1º vogal (Des. Marco André Hanson).

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de agosto de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0800297-21.2016.8.12.0028 – Bonito

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA ECAD – PRELIMINAR DE DIALETICIDADE – NÃO ACOLHIDA – PRESCRIÇÃO TRIENAL – DIREITOS AUTORAIS – TV POR ASSINATURA EM QUARTOS DE HOTEL – PAGAMENTO FEITO PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS – *BIS IN IDEM* – QUARTOS – USO PRIVATIVO – AUSÊNCIA DE FREQUÊNCIA COLETIVA – NÃO INCIDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Conforme entendimento firmado por este Tribunal e também pela Corte Superior, o prazo prescricional para cobrança de direitos autorais é de 03 (três) anos. 2. Existe *bis in idem* na cobrança de taxa de direitos autorais pelo ECAD em virtude da disponibilização de rádio e TV por assinatura nos quartos de hóspedes, tendo em vista que o valor correspondente já é pago pela prestadora de serviços. Ademais, os quartos dos hóspedes não constituem sequer hipótese de incidência da taxa em questão, porque não possuem frequência pública, sendo de uso individual e inviolável. 3. Recurso conhecido e provido. Sentença de primeira instância 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, 21 de julho de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação interposto por ROSS & CIA LTDA - EPP "HOTEL MARRUÁ" em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Bonito/MS, que julgou procedente ação movida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD - Autos n. 0022483-94.2012.8.12.0001.

Narra o apelante que o ECAD ajuizou ação de descumprimento de preceito fundamental c/c perdas e danos, onde pugna pela falta de pagamentos de direitos autorais decorrentes da retransmissão, por meio de rádio e televisão existentes nos aposentos da referida unidade hoteleira na cidade de Bonito-MS, apontando inadimplemento desde abril de 2012.

Em suas razões, alega *"que a ação proposta pelo ECAD se traduz em uma Cobrança Indevida lastreada e edificada apenas sob um compêndio de documentos unilaterais criados e impostos apenas para garantir a perpetuação das práticas abusivas do ECAD."*

Aponta que a presente ação foi proposta na data de 23 de junho de 2012, referente a taxas dos meses de março/2012 a março/2016e, e, *"sendo assim, estão prescritas as taxas cobradas dos anos de 2012 e 2013, restando a discussão do mérito quanto as cobranças dos 3 (três) últimos anos, enquadrados no período de 2014 à 2016."*

Complementa apontando *"que existe bis in idem na cobrança de taxa de direitos autorais pelo ECAD em virtude da disponibilização de rádio e TV por assinatura nos quartos de hóspedes, tendo em vista que o valor correspondente já é pago pela prestadora de serviços"*. Ademais, *"os quartos dos hóspedes não constituem sequer hipótese de incidência da taxa em questão, porque não possuem frequência pública, sendo de uso individual e inviolável."*

Ao final, requer a reforma da sentença proferida, e, alternativamente, *"que a condenação tenha como base na taxa média de utilização dos equipamentos de retransmissão, bem como na média da real ocupação, o que se dará por meio de liquidação de sentença."*

Contrarrazões às f. 463-493, apontado violação ao princípio da dialeticidade, bem como que seja afastada a tese da prescrição trienal. No mérito, pela improcedência do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por ROSS & CIA LTDA - EPP "HOTEL MARRUÁ" em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Bonito/MS, que julgou procedente ação movida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD - Autos n. 0022483-94.2012.8.12.0001.

Narra o apelante que o ECAD ajuizou ação de descumprimento de preceito fundamental c/c perdas e danos, onde pugna pela falta de pagamentos de direitos autorais decorrentes da retransmissão, por meio de rádio e televisão existentes nos aposentos da referida unidade hoteleira na cidade de Bonito-MS, apontando inadimplemento desde abril de 2012.

Em suas razões, alega *"que a ação proposta pelo ECAD se traduz em uma Cobrança Indevida lastreada e edificada apenas sob um compêndio de documentos unilaterais criados e impostos apenas para garantir a perpetuação das práticas abusivas do ECAD."*

Aponta que a presente ação foi proposta na data de 23 de junho de 2012, referente a taxas dos meses de março/2012 a março/2016e, e, *"sendo assim, estão prescritas as taxas cobradas dos anos de 2012 e 2013, restando a discussão do mérito quanto as cobranças dos 3 (três) últimos anos, enquadrados no período de 2014 à 2016."*

Complementa apontando *"que existe bis in idem na cobrança de taxa de direitos autorais pelo ECAD em virtude da disponibilização de rádio e TV por assinatura nos quartos de hóspedes, tendo em vista que o valor correspondente já é pago pela prestadora de serviços"*. Ademais, *"os quartos dos hóspedes não constituem sequer hipótese de incidência da taxa em questão, porque não possuem frequência pública, sendo de uso individual e inviolável."*

Ao final, requer a reforma da sentença proferida, e, alternativamente, *"que a condenação tenha como base na taxa média de utilização dos equipamentos de retransmissão, bem como na média da real ocupação, o que se dará por meio de liquidação de sentença."*

Contrarrazões às f. 463-493, apontado violação ao princípio da dialeticidade, bem como que seja afastada a tese da prescrição trienal. No mérito, pela improcedência do apelo.

Era o que cabia relatar.

De início, ressalto que no recurso de apelação encontram-se presentes os requisitos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo) e os intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse recursal e ausência de fato extintivo ou impeditivo de recorrer), que autorizam reconhecer a admissibilidade e a apreciação da pretensão recursal.

Preliminar - princípio da dialeticidade.

No tocante aos recursos, vige o princípio da dialeticidade, segundo o qual estes deverão "ser dialético", isto é, discursivo.

A exposição da motivação pertinente ao recurso é elemento indispensável para que o Tribunal possa proceder ao reexame da matéria, através do confronto entre os fundamentos da decisão e aqueles constantes do apelo, visando possibilitar a constatação do erro ou do acerto do julgado hostilizado.

Destarte, o recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame do *decisum*, assim como "*os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão.*" (NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 149).

Ou seja, pelo citado princípio, deve a parte expor o porquê do reexame da matéria e as razões devem guardar relação com a sentença.

No presente caso, verifico que o inconformismo do recorrente contrariou a fundamentação lançada, razão pela qual a preliminar aventada nas contrarrazões não merece acolhida.

Da prescrição.

Defende o apelante que a prescrição para cobrança de direito autorais é de 03 (três) anos, razão pela qual a pretensão do autor estaria parcialmente prescrita.

Razão lhe assiste.

E isso, porque a cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Referida questão já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSOS ESPECIAIS – DIREITOS AUTORAIS – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NÃO OCORRÊNCIA – ECAD – NÃO PAGAMENTO – HOTÉIS E MOTÉIS – EVENTO COMEMORATIVO – TV POR ASSINATURA – PRESCRIÇÃO TRIENAL – TUTELA INIBITÓRIA – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS – ART. 105 DA LEI 9.610/98 – CABIMENTO. 1 (...). 4. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a pretensão de reparação dos danos causados em razão da utilização de obras musicais, literomusicais ou fonogramas, em quartos de hotel e motel, sem a devida autorização prescreve em três anos. Precedentes (...). Recursos especiais providos."* (REsp 1819695/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 22/08/2019).

No mesmo sentido, é o entendimento deste E. Tribunal:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – ECAD – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – RETRANSMISSÃO DE OBRAS EM QUARTO DE HOTEL – PRESCRIÇÃO TRIENAL – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A pretensão de cobrança pela utilização de obras musicais, literomusicais ou fonogramas prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça."* (TJMS. Apelação Cível n. 0809943-70.2015.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 30/05/2019, p: 31/05/2019)

Portanto, na presente ação, a cobrança referente as taxas dos anos de 2012 e 2013 estão prescritas.

Do mérito.

Destaca a sentença a responsabilidade do ora apelante pela transmissão das obras autorais em quartos de estabelecimento hoteleiro, bem como a legalidade da cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

Pois bem.

Acerca da matéria, veja o que estabelece o legislador constituinte:

> *"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:*
>
> *(...);*
>
> *XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar."*

A Lei n. 9.610/98, que regula os direitos autorais, dispõe em seu art. 28 *"cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica"* e, nos termos do art. 29 do mesmo diploma legal, *"depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra."*

Por sua vez, o art. 68, *caput*, e §§ 2º e 3º, que trata dos direitos autorais, assim determina:

> *"Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou líteromusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.*
>
> *§ 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares e clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas."*

O STJ, interpretando o dispositivo em comento, firmou o entendimento de que é devida a cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) relativa aos direitos autorais pela retransmissão de aparelho de rádio e televisão nos quartos de hotéis e motéis, por considerá-los locais de frequência coletiva, consoante se infere:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – DIREITOS AUTORAIS – DISPONIBILIZAÇÃO DE APARELHOS RADIOFÔNICOS E TELEVISORES – QUARTO DE HOSPITAL – INSTITUIÇÃO FILANTRÓPICA – COBRANÇA – POSSIBILIDADE – LEI Nº 9.610/1998. 1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram (...). 3. Recurso especial provido."* (REsp 1380341/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 01/10/2015)

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PRELIMINAR–PRESCRIÇÃO–MATÉRIADEORDEMPÚBLICA–IMPRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA – PRECEDENTES – MÉRITO – DIREITO AUTORAL – EXECUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTO DE HOTEL/ MOTEL – ECAD – COBRANÇA – POSSIBILIDADE – MATÉRIA PACIFICADA PELA EG. SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE MANUTENÇÃO INTEGRAL DA DECISÃO AGRAVADA (...). 2. A Segunda Seção deste Sodalício firmou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas. Precedentes (...)."* (AgRg no REsp 1442515/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 01/06/2015)

> *"DIREITOS AUTORAIS – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL – ECAD – TV E RÁDIO DISPONIBILIZADOS EM QUARTOS DE HOTEL – ARRECADAÇÃO – PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito da Segunda Seção do STJ, a disponibilidade de rádios e televisão em quartos de hotel é fato gerador de arrecadação de direitos autorais. Precedentes. 2. Embargos de divergência providos para dar parcial provimento ao recurso especial."* (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1025554/ES, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 8-10-2014).

Entretanto, a disponibilização de obras protegidas por direitos autorais através de sinais de TV e rádio por assinatura isenta o estabelecimento comercial do recolhimento da contribuição respectiva, consoante vem reiteradamente decidindo aquela Corte Superior:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO AUTORAL – ECAD – TAXA – COBRANÇA – QUARTO DE HOTEL – TV POR ASSINATURA – DISPONIBILIZAÇÃO – INCIDÊNCIA. 1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é assegurado ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD o direito de arrecadar direitos autorais decorrentes da disponibilização de rádio e TV por assinatura em quartos de hotéis, exceto se houver contrato prevendo o pagamento da taxa pela empresa prestadora dos serviços, o que não se verifica no caso em exame. 2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1567914/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 27/06/2016)

É certo, que na jurisprudência a questão posta ainda causa muita controvérsia, inexistindo recurso repetitivo ou súmula a respeito no âmbito do Tribunal da Cidadania (responsável pela unificação de entendimento em relação à lei federal).

Acerca da matéria, esse Tribunal de Justiça já se posicionou:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – PARTE AUTORA – FALTA DE INTERESSE RECURSAL SUPERVENIENTE PELO PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO REQUERIDO – RECURSO NÃO CONHECIDO. Configura-se falta de interesse recursal superveniente, em razão da interposição de recurso da parte requerida, diante da reforma da sentença com a improcedência do pedido inicial. Recurso não conhecido."*

> *"APELAÇÃO CÍVEL – PARTE REQUERIDA – AÇÃO DE COBRANÇA – ECAD – COBRANÇA DE TAXA DE DIREITOS AUTORAIS – TV POR ASSINATURA EM QUARTOS DE HOTEL – PAGAMENTO FEITO PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS – BIS IN IDEM – COBRANÇA INDEVIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Existe bis in idem na cobrança de taxa de direitos autorais pelo ECAD em virtude da disponibilização de rádio e TV por assinatura nos quartos de hóspedes, tendo em vista que o valor correspondente já é pago pela prestadora de serviços. Outrossim, os quartos dos hóspedes não constituem hipótese de incidência da taxa em questão, porque não possuem frequência pública, sendo de uso individual e inviolável. Recurso do requerido conhecido e provido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0810602-14.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j: 31/07/2019, p: 01/08/2019)

"ECAD – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS – RETRANSMISSÃO DE OBRAS EM QUARTO DE HOTEL – CONTRATAÇÃO DE TV POR ASSINATURA – BIS IN IDEM – QUARTO DE HOTEL QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DE USO COLETIVO, MAS EXTENSÃO DO LAR DO HÓSPEDE, DE USO INDIVIDUAL E INVIOLÁVEL – COBRANÇA INDEVIDA – RECURSO DO REQUERIDO CONHECIDO E PROVIDO – RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO. Embora não pacificado, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a utilização de serviços de TV por assinatura na qual a fornecedora já tenha efetuado o pagamento do ECAD, isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais. Ademais, quarto de hotel não pode ser considerado como local de frequência coletiva porquanto se trata de local individualizado do qual tem acesso apenas o hóspede, devendo ser considerado como sendo extensão do seu lar, de uso individual e inviolável. O § 3º do art. 68 da Lei 9.610/98 refere-se ao espaço comum do hotel, de livre circulação, e não aos quartos individuais disponibilizados pelo estabelecimento. Recurso do requerido conhecido e provido. Recurso do ECAD prejudicado. Ônus sucumbenciais invertidos." (TJMS. Apelação Cível n. 0809943-70.2015.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 30/05/2019, p: 31/05/2019).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS – COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS SUPOSTAMENTE DEVIDOS PELA UTILIZAÇÃO DE TELEVISORES NOS QUARTOS DE HOTEL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Quarto de hotel não é considerado como 'lugar de frequência coletiva', para fins de aplicação do disposto no art. 68, da Lei n.º 9610/98. É vedada a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD à hospedagem, quando a esta o serviço é disponibilizado por distribuidora de TV a cabo que arca com o pagamento dos direitos autorais, descabendo ao ECAD buscar a dúplice incidência." (TJMS. Apelação n. 0833500-60.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 04/10/2016, p: 06/10/2016)

Desta feita, filio-me ao entendimento de que a existência de contrato de transmissão de sinal de televisão obsta que o receptor do sinal - in casu o hotel requerido - tenha a obrigação de arcar com os valores devidos ao ECAD. Isso porque, caso o apelado tivesse que suportar com esse pagamento, haveria bis in idem, uma vez que o contrato de transmissão de sinal já pressupõe o recolhimento do valor devido ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Afora isso, há que ser destacado que os quartos dos hóspedes não constituem sequer hipótese de incidência da taxa em questão, porque não possuem frequência pública, sendo de uso individual e inviolável.

Por outro lado, insta consignar que se um hotel promove um evento público qualquer, musical, teatral ou outro, neste caso, deverá, então, responder pelos direitos autorais das obras utilizadas. Do contrário, no caso da disponibilização de acesso à televisão para os hóspedes, de forma privada, via sinal de televisão, de rigor a não incidência do ônus autoral.

Sendo assim, seja pela ocorrência de bis in idem, seja pela ausência de frequência coletiva, tenho que não há obrigação de pagamento de direitos autorais pelo hotel ao ECAD, razão pela qual o recurso do requerido/recorrente deve ser provido com a reforma da sentença de instância primeva.

Por fim, sabe-se que, no sistema de persuasão racional adotado no processo civil brasileiro, o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações e disposições normativas invocadas pelas partes, bastando menção às regras e fundamentos jurídicos que levaram à decisão de uma ou outra forma. Assim, dou por devidamente prequestionados todos os dispositivos constitucionais, legais e infralegais suscitados pelas partes no curso do processo, a fim de evitar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Em tempo, registro que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso interposto por ROSS & CIA LTDA - EPP "MARRUÁ HOTEL", reformando o decisum de primeiro grau, para o fim de julgar improcedente a ação intentada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

Por corolário lógico, inverto a condenação das custas e honorários advocatícios. Sem honorários recursais.

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, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0805531-33.2014.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO – DIREITO TRIBUTÁRIO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURADA – 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.

Nos termos do art. 130 do CPC, *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias"*. Outrossim, a juntada extemporânea de documentação é expressamente vedada pelo legislador processualista civil, prevendo preclusão do direito quando não observado o devido prazo legal.

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. 3°).

Contudo, 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, 21 de julho de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de Apelação em sede de Embargos à Execução Fiscal manejada por SHARK Tratores e Peças LTDA em face da sentença proferida nos Autos n.º 0805531-33.2014.8.12.0002, na qual alega, em síntese, a inexigibilidade de título executivo - CDA lastreada pelo Processo Administrativo n.º 16.503/2012, cujo sujeito ativo é o Município de Dourados/MS.

Em suas razões, esclarece que *"é empresa que atua no comércio de tratores, máquinas, implementos, especificamente da marca VALTRA, atuando também com serviços de assistência técnica autorizada na manutenção e reparação mecânica, serviços esses que estão sujeitos ao tributo de competência municipal ISSQN."*

Diz que comumente realiza assistência técnica autorizada na manutenção e reparação mecânica não somente no município do seu estabelecimento na cidade de Dourados-MS, mas também em próprias propriedades agrícolas de seus clientes em outros municípios do Estado do Mato Grosso do Sul.

Salienta que a sua atividade está voltada integralmente para a área agrícola, portanto, na maioria das vezes, quando da realização de serviços de manutenção de tratores, máquinas e implementos, depende de unidade profissional autônoma nas propriedades agrícolas de produtores rurais para execução dos serviços contratados.

Fundamenta que *"os serviços prestados fora de sua sede social são executados por unidades profissionais de prestação de serviços conforme disposto no artigo 4º da Lei Complementar nº 116/2003",* razão pela qual questionou o auto de infração que apurou eventuais débitos em prol do apelado.

No entanto, o juízo *a quo* entendeu pela improcedência da ação. E é contra essa decisão que se insurge, alegando:

Cerceamento de defesa (vez que lhe foi indeferida prova pericial requerida), o que leva a nulidade da sentença;

No mérito, pugna pela reforma do decisum, para que seja reconhecido que o ISSQN é devido no local da prestação do serviço, e não no do estabelecimento do prestador, no caso, o município de Dourados/MS.

Contrarrazões às f. 2159-2177, onde o ente municipal aponta:

Preclusão quanto à alegação de cerceamento de defesa, pois não foi interposto recurso à época do indeferimento da prova requerida;

No mérito, pugna pela manutenção da decisão de primeira instância, pois *"o lançamento e cobrança do ISSQN se deu dentro dos princípios que regem o direito tributário, sendo o Município de Dourados o sujeito ativo da respectiva obrigação tributária e, consequentemente o competente para lançamento e cobrança dos débitos vencidos e não adimplidos pela recorrente"*. Ao final, pede a majoração dos honorários arbitrados, na forma do CPC.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de Apelação em sede de embargos à execução fiscal manejada por SHARK Tratores e Peças LTDA em face da sentença proferida nos Autos n.º 0805531-33.2014.8.12.0002, na qual alega, em síntese, a inexigibilidade de título executivo - CDA lastreada pelo Processo Administrativo n.º 16.503/2012, cujo sujeito ativo é o Município de Dourados/MS.

Em suas razões, esclarece que *"é empresa que atua no comércio de tratores, máquinas, implementos, especificamente da marca VALTRA, atuando também com serviços de assistência técnica autorizada na manutenção e reparação mecânica, serviços esses que estão sujeitos ao tributo de competência municipal ISSQN."*

Diz que comumente realiza assistência técnica autorizada na manutenção e reparação mecânica não somente no município do seu estabelecimento na cidade de Dourados-MS, mas também em próprias propriedades agrícolas de seus clientes em outros municípios do Estado do Mato Grosso do Sul.

Salienta que a sua atividade está voltada integralmente para a área agrícola, portanto, na maioria das vezes, quando da realização de serviços de manutenção de tratores, máquinas e implementos, depende de unidade profissional autônoma nas propriedades agrícolas de produtores rurais para execução dos serviços contratados.

Fundamenta que *"os serviços prestados fora de sua sede social são executados por unidades profissionais de prestação de serviços conforme disposto no artigo 4º da Lei Complementar nº 116/2003"*, razão pela qual questionou o auto de infração que apurou eventuais débitos em prol do apelado.

No entanto, o juízo *a quo* entendeu pela improcedência da ação. E é contra essa decisão que se insurge, alegando:

Cerceamento de defesa (vez que lhe foi indeferida prova pericial requerida), o que leva a nulidade da sentença;

No mérito, pugna pela reforma do *decisum*, para que seja reconhecido que o ISSQN é devido no local da prestação do serviço, e não no do estabelecimento do prestador, no caso, o município de Dourados/MS.

Contrarrazões às f. 2159-2177, onde o ente municipal aponta:

Preclusão quanto à alegação de cerceamento de defesa, pois não foi interposto recurso à época do indeferimento da prova requerida;

No mérito, pugna pela manutenção da decisão de primeira instância, pois *"o lançamento e cobrança do ISSQN se deu dentro dos princípios que regem o direito tributário, sendo o Município de Dourados o sujeito ativo da respectiva obrigação tributária e, consequentemente o competente para lançamento e cobrança dos débitos vencidos e não adimplidos pela recorrente"*. Ao final, pede a majoração dos honorários arbitrados, na forma do CPC.

Era o que cabia relatar. Passo ao voto.

De início, ressalto que no recurso de apelação encontram-se presentes os requisitos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo) e os intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse recursal e ausência de fato extintivo ou impeditivo de recorrer), que autorizam reconhecer a admissibilidade e a apreciação da pretensão recursal.

Da alegação de cerceamento de defesa.

O apelante pleiteia a nulidade da sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, tendo em vista ter lhe sido indeferidas provas documentais, periciais e testemunhais.

Contudo, nesse ponto não lhe assiste razão.

Isso porque, nos termos do art. 130 do CPC, *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."*

No caso em apreço, o juízo indeferiu provas periciais e testemunhais por entender serem prescindíveis para o deslinde da controvérsia (f. 259-261):

> *"Já na fase de especificação de provas, pelo embargado foi requerido o julgamento antecipado da lide, sendo que pelo embargante foi requerida prova pericial, documental e testemunhal, para provar o local de prestação dos serviços.*
>
> *No entanto, não me parece necessária a produção de prova pericial ou testemunhal pela embargante, eis que tais seriam realizadas para provar o local de prestação dos serviços e que tal teria sido realizado por tomadores de serviço em outras localidades, sendo que tais*

provas devem estar comprovadas mediante documentação hábil, não podendo simplesmente ser substituída por prova testemunhal. Esta, não teria o condão de afastar a tributação, se não estiver alicerçada em documentos fiscais hábeis à demonstração de tal fato. Quanto à prova pericial, também não se mostra necessária, eis que nem sequer houve impugnação quanto à documentos apresentados, não havendo que se falar em perícia. Além do mais, eventual perícia e local do fato, nada iria acrescentar ao feito, uma vez que os discutidos serviços teriam sido prestados há muito tempo atrás, de forma que eventual perícia se mostraria inútil, contrariando a celeridade e economia processual mas, de forma alguma, no presente caso, viola o devido processo legal e a ampla defesa.

Quanto aos fatos discutidos, devem estar demonstrados por documentos, sendo ainda certo que a matéria a ser decidida, no presente caso, é de direito.

Assim, não me parece crível o deferimento quanto à produção da prova testemunhal e pericial, razão pela qual restam indeferidas."

Por outro lado, deferiu prova documental, desde que se tratassem de documentos novos:

"Já no que pertine à prova documental, defiro parcialmente o pedido do embargante, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para juntada de documentos que entenda conveniente, desde que sejam documentos novos, ou que de qualquer forma não pudessem ter sido apresentados juntamente com a inicial de embargos, sob pena de indeferimento de sua juntada.

Decorrido o prazo acima mencionado, venham conclusos para análise dos documentos eventualmente juntados pelo embargante ou, se nada for juntado, para o julgamento da lide."

E o que se depreende dos autos é que *"os documentos acostados pela parte embargante às f. 271-2109 não se tratam de documentos novos e, portanto, poderiam ter sido acostados à peça de Embargos no momento de sua distribuição, conforme determina o art. 16, § 2º, da LEF."*

Destarte, tratando-se de juntada de documentos de forma extemporânea, agiu com acerto o magistrado primevo ao consignar: *"Não havendo a juntada oportunamente e tampouco a comprovação de justa causa de eventual fato impeditivo, deve a juntada extemporânea ser indeferida."*

Afinal, o Código de Processo Civil veda expressamente a juntada de documentos extemporaneamente, prevendo preclusão do direito quando não observado o devido prazo legal.

É certo que há possibilidade de juntar provas após a peça inicial ou contestação, mas em situação de excepcionalidade, quando se tratar de documento novo ou que não era possível colacionar no momento oportuno, desde que devidamente fundamentado a motivação para tanto, o que não ocorreu no caso em apreço.

Desta feita, não acolho a preliminar de cerceamento de defesa, e passo a analisar o mérito recursal.

Do mérito.

A presente demanda trata da incidência, e respectiva cobrança, do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN.

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 Imposto 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.

A normatização geral acerca da matéria, a Lei Complementar nº. 116/2003, em seu art. 3° 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.

Verifica-se que o legislador optou por fixar a competência tributária no local do chamado "estabelecimento prestador" dos serviços.

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.

Nesse cenário, dentre as respeitáveis correntes doutrinárias/jurisprudenciais, 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.

Isso porque 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."* (José Antônio Patrocínio e Mauro Hidalgo, 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 expresso 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.

Nessa senda, 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 intelectiva 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 expresso 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 se localizam 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 intelectiva que, provavelmente, irá prevalecer em todos os demais casos.

Nesse sentido, cito o Acórdão julgado por unanimidade por esta Câmara Cível, Apelação nº 0803265-68.2017.8.12.0002 - Dourados, em 17/3/2020, de minha relatoria:

> *"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. 1. É da competência dos Municípios instituir o ISSQN sobre os serviços, de qualquer natureza, prestados em seu território. 2. 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. 3°). 3. 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. 4. 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. 5. Recurso conhecido e provido, sentença reformada."*

Portanto, quanto ao aspecto territorial do ISS, adoto o entendimento no sentido de que o Município é competente para exigir, diretamente ou de forma retida, o imposto devido sobre os serviços prestados em seu Território, tendo 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.

No caso em apreço, não obstante o embargante não trazer aos autos nenhuma comprovação acerca do recolhimento da exação nos entes públicos municipais onde efetivamente prestou o serviço, tal circunstância não tem o condão de ensejar delegação da capacidade ativa, tampouco da competência tributária, tendo em vista vedação posta pelo Código Tributário Nacional:

> *"Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.*
>
> *(...).*
>
> *Art. 8º* ***O não-exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído."*** Grifei.

Lembrando que embora constituam institutos diversos - competência se relaciona com a criação do tributo, e capacidade ativa é a atividade de arrecadar, fiscalizar e julgar recursos/impugnações administrativos, em nenhuma das hipóteses entendo como sujeito ativo o Município de Dourados no presente caso, tendo em vista, como dito alhures, a adoção do critério da territorialidade pelo legislador ao dispor sobre o imposto sobre serviços, bem como a ausência de delegação da atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos conferida por uma pessoa jurídica de direito público, nos termos da norma supracitada.

Desta feita, assiste razão ao embargante/apelante, devendo ser extintos os respectivos créditos tributários que servem de lastro às Certidões de Dívida Ativa do processo executivo fiscal manejado pelo município de Dourados.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso de apelação interposto por SHARK Tratores e Peças LTDA reformando integralmente a sentença atacada, reconhecendo como município competente para o recolhimento do ISSQN o local onde foi desenvolvido serviço objeto de incidência tributária, e declaro inexigível o crédito tributário que enseja a cobrança pelo Auto de Infração e imposição de Multa n. 16/2012.

Como corolário lógico, inverto os ônus sucumbenciais arbitrados no *decisum* de primeira instância.

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, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Agravo de Instrumento nº 1403406-10.2018.8.12.0000 – Ponta Porã

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DOS BENS – REQUISITOS PRESENTES – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E PREJUÍZO AO ERÁRIO – NÃO INCLUSÃO DE MULTA CIVIL – PARCIALMENTE CONTRÁRIO AO PARECER DA PGJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

O contexto fático-probatório constante nos autos é suficiente para alicerçar, neste momento processual, a existência de indícios veementes de ato de improbidade administrativa, mantendo-se a medida de acautelamento com a finalidade de possibilitar recomposição ao erário.

A indisponibilidade de bens a que refere o art. 7º, da Lei 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, excluída multa civil e danos morais coletivos (precedentes STJ).

Tal decreto deve ser suportado de forma solidária entre todos os requeridos, e não individualmente sobre a integralidade do suposto prejuízo aos cofres públicos.

Recurso conhecido e, parcialmente contra o parecer, provido em parte, para redimensionar o valor bloqueado.

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 julho de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por Endosurgical Importação e Comércio de Produtos LTDA., Leonardo Hoshino Severgnini e João Pintareli Neto, visando à reforma da r. Decisão, proferida nos autos da Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa n.º 0900188-08.2017.8.12.0019, movida pelo Ministério Público Estadual em face dos ora agravantes e outro, a qual decretou a indisponibilidade de bens no valor total de R$ 159.468,00 (cento e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais).

Irresignados, os agravantes pleiteam a suspensão dos efeitos da decisão para o imediato desbloqueio dos numerários, bem como a revogação da liminar.

Asseveram em sua minuta recursal, em suma, que estão ausentes os requisitos necessários a concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens, pois inexiste vedação legal quanto à circunstância de existirem sócios em comum entre as empresas participantes de um processo de licitação e entendem ser extremamente prematuro considerar a existência de irregularidade dos preços ofertados em licitação.

Argumentam que as condutas ímprobas não foram apontadas detidamente na inicial, bem como não foi demonstrado a urgência e o risco de dilapidação de patrimônio para concessão da medida cautelar.

Em decisão monocrática de f. 480-485, a Relatora à época, Des. Tânia Garcia de Freitas Borges recebeu o recurso no duplo efeito - devolutivo e suspensivo, com fulcro no art. 995, parágrafo único e 1.019, inciso I, do CPC.

Acostada aos autos a contraminuta do *Parquet* de Primeira Instância, a) apontando erro material na peça inicial da Instituição, tendo em vista a:

> *"Qualificação de 7 (sete) sócios como representantes legais embora não terem sido todos eles designados como representantes no ato constitutivo da empresa agravante, o que aliado à fundamentação fática da exordial acabou por induzir o juízo a quo à erro. Isso porque, quando do cumprimento da decisão interlocutória ora agravada considerou todos os sócios qualificados na inicial como partes passivas da ação de improbidade administrativa, ao passo que como mencionado, tratava-se apenas da indicação de representantes legais da empresa, fazendo recair restrição em ativos financeiros dos agravantes Jorge Luiz Holtman, Leonardo Hoshiro Severgnini e João Pintarelli Netto"; b) manifestando-se "pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento, em relação aos agravantes Jorge Luiz Holtman, Leonardo Hoshiro Severgnini e João Pintarelli Netto e improvimento, mantendo-se incólume a decisão interlocutória vergastada, em relação à empresa agravante Endosurgical Importação e Comércio de Produtos Médicos LTDA (f. 492-497)."*

Em parecer às f. 501-510, a Procuradoria Geral de Justiça *"opina pelo desprovimento do recurso de Agravo de Instrumento em epígrafe, mantendo-se intacta a r. decisão, por seus próprios fundamentos."*

As partes foram intimadas para se manifestarem acerca da inclusão do feito na pauta de julgamento virtual, tendo o ente ministerial consignado sua anuência à f. 527, enquanto os agravantes deixaram transcorrer o prazo *in albis* (f. 528).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Conforme relatado, Endosurgical Importação e Comércio de Produtos LTDA., Leonardo Hoshino Severgnini e João Pintareli Neto interpõem o presente recurso de agravo de intrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa n.º 0900188-08.2017.8.12.0019, intentada pelo Ministério Público Estadual, que decretou a indisponibilidade de seus bens até o valor total de R$ 159.468,00 (cento e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais).

Em sua minuta recursal, os agravantes apregoam, em suma, que não se encontram presentes os requisitos necessários à decretação da indisponibilidade de bens.

Salientam que abalizada jurisprudência estabelece que o simples fato de existirem sócios em comum entre variadas empresas, por si só, não é suficiente para automaticamente justificar o entendimento de improbidade administrativa.

Mencionam que o elemento subjetivo da prática de improbidade não foi demonstrado no caso em voga. Argumentam que a decisão nem mesmo demonstrou a pretensa urgência (*periculum in mora*) para a concessão da tutela provisória acautelatória, na medida em que considerou prescindível tal aspecto, algo que é despropositado.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo e suspensivo, f. 480-485.

Na sequência, o órgão do Ministério Público de Primeira Instância apresentou contraminuta (f. 492-497), pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso em relação aos agravantes Jorge Luiz Holtman, Leonardo Hoshiro Severgnini e João Pintarelli Netto; e improvimento, mantendo-se incólume a decisão interlocutória vergastada, em relação à empresa agravante Endosurgical Importação e Comércio de Produtos Médicos LTDA.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às f. 501-510, opinando pelo desprovimento do recurso.

Era o que cabia relatar.

Juízo de Admissibilidade.

Analisando-se os autos, constata-se a satisfação dos requisitos recursais intrínsecos (o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer), assim como dos requisitos extrínsecos (a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Destarte, presentes os pressupostos de admissibilidade do presente Agravo de Instrumento, passo ao exame do mérito.

Da contraminuta do *Parquet* - do apontado erro material e o possível aditamento da petição inicial - tese não apreciada pelo juízo *a quo* - supressão de instância.

De início, em sua contraminuta, o representante do Ministério Público de primeira instância aduz que:

> *"No que se refere à alegação da ausência de delimitação do dolo na prática dos alegados atos de improbidade de cada um dos agravantes (elemento subjetivo), cumpre esclarecer, inicialmente, que a exordial apresenta erro material quanto à indicação dos representantes legais da empresa agravante Endosurgical Importação e Comércio de Produtos Médicos LTDA.*
>
> *Referido erro consiste na qualificação de 7 (sete) sócios como representantes legais embora não terem sido todos eles designados como representantes no ato constitutivo da empresa agravante, o que aliado à fundamentação fática da exordial acabou por induzir o juízo a quo à erro.*
>
> *Isso porque, quando do cumprimento da decisão interlocutória ora agravada considerou todos os sócios qualificados na inicial como partes passivas da ação de improbidade administrativa, ao passo que como mencionado, tratava-se apenas da indicação de representantes legais da empresa, fazendo recair restrição em ativos financeiros dos agravantes Jorge Luiz Holtman, Leonardo Hoshiro Severgnini e João Pintarelli Netto.*
>
> *Necessário ressaltar que tal equívoco será objeto de posterior pedido de aditamento da inicial nos autos do processo originário, objetivando o esclarecimento do erro material ao juízo singular e a modificação da qualificação da empresa agravante quanto aos seus representantes legais.*
>
> *Assim, deve ser provido o pedido de revogação da decisão que deferiu a medida cautelar de indisponibilidade de bens dos agravantes Jorge Luiz Holtman, Leonardo Hoshiro Severgnini e João Pintarelli Netto, pois referidos agravantes não figuram como parte passiva na ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público."*

Verifico de plano que, no que tange a esse ponto - possível aditamento da petição inicial por parte do Ministério Público, com a consequente liberação imediata dos valores bloqueados dos agravantes Jorge Luiz Holtman, Leonardo Hoshiro Severgnini e João Pintarelli Netto -, a tese não foi analisada na decisão interlocutória do juízo *a quo* ora combatida, razão pela qual não a conheço, sob pena de supressão de instância.

Passo a análise do recurso dos agravantes.

Dos requisitos para concessão da medida de indisponibilidade de bens.

Ab initio, insta consignar que o agravo de instrumento, por ser recurso *secundum eventum litis*, limita-se ao exame do acerto da decisão impugnada, em vista do que ao juízo *ad quem* incumbe aferir, tão somente, se o ato judicial vergastado está eivado de ilegalidade ou abusividade, sendo defeso o exame de questões estranhas ao que ficou decidido na lide.

Destarte, qualquer incursão sobre o mérito da causa, em sede de agravo de instrumento, traduz-se em verdadeira e inadvertida ampliação do alcance de seu efeito ou de sua natureza jurídica que, *in casu*, incorreria em supressão de instância.

No caso em análise, trata-se da existência (ou não) de ato de improbidade administrativa referente a restituição de valores despendidos com contratação municipal no valor de R$ 79.734,00 (setenta e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais) o que ensejou a indisponibilidade de bens dos agravantes no montante de R$ 159.468,00 (cento e cinquenta e nove mil e quatrocentos e sessenta e oito reais), de forma integral sobre cada um dos demandados.

Postas essas premissas, passo ao voto.

Vale dizer, a verdadeira democracia é aquela vivenciada, que se realiza na prática, decorrente do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República, quais sejam *"a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a promoção do bem-estar de todos (art. 3º da CF). E entre os vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público."* (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. 5. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015).

Desta feita, a preocupação com a (im)probidade administrativa mereceu expresso tratamento por parte do legislador constituinte (arts. 14, § 9º, 15, 37, § 4º, dentre outros), bem como foi delineada na ordem infraconstitucional - Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA).

E, por representar importante instrumento de combate aos atos que, por ventura, desvirtuem os princípios basilares da boa gestão administrativa, afinada com o a garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, a LIA prevê, em seus artigos 7º, 16 e 20, as chamadas medidas cautelares, quais sejam: a indisponibilidade de bens, sequestro e afastamento do cargo/emprego/função.

Assim, dispõe a Lei de Improbidade Administrativa:

> *"Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.*
>
> *Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito."*

Acerca da matéria, é o entendimento do STJ *"a indisponibilidade patrimonial prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 8.429/92 não constitui pena acessória. Seu escopo é perpetuar a existência de bens que asseguram o integral ressarcimento do dano. Inegável, assim, seu caráter preventivo."* (REsp 139.187-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 24/2/2000).

Logo, a hipótese não configura sanção, mas tão somente uma medida cautelar que busca assegurar a eficácia do processo principal, no qual poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 12 da LIA.

Desta feita, por se tratar de medida cautelar, tal decreto, em regra, reclama a existência do *fumus boni iuris* - fundados indícios da prática de atos de improbidade -, e do *periculum in mora*, ou seja, de que os réus estariam dilapidando efetivamente seu patrimônio ou de que eles estariam na iminência de fazê-lo, colocando em risco eventual ressarcimento ao erário.

Por seu turno, dentre seus argumentos, os agravantes alegam que não se encontram presentes no caso em testilha os requisitos necessários à decretação de indisponibilidade de bens, pois a participação de empresas com sócios em comum ou do mesmo grupo empresarial em licitações é assunto controverso, eis que inexiste dispositivo na Lei n° 8.666/1993 que proíba tal expediente. Relatam que, aliado a isso, na inicial não há qualquer situação que descreva o elemento subjetivo dos agravantes de causar prejuízo ao erário, não restando caracterizado o ato de improbidade.

Nesse ponto, razão não lhes assiste. Explico.

Os atos de improbidade administrativa importam a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos termos do art. 37, § 4º, da CF/88.

A matriz constitucional, que não cuida de processo, não traz outro requisito que a existência de atos de improbidade e a necessidade de ressarcimento.

Indisponibilidade que não se enquadra, dada a maior hierarquia da disposição, nas regras usuais dos provimentos cautelares. A demonstração suficiente dos atos de improbidade decorre da causa de pedir e dos documentos que a acompanham. O perigo na demora, em ações dessa natureza, está *in re ipsa*, não se exigindo demonstração em separado.

O art. 7º da Lei nº 8.429/92 prevê, aconselha até, a indisponibilidade como passo necessário ao ressarcimento do dano. Configura-se desnecessidade de demonstração do perigo na demora, em especial (como fazê-lo?) a prova do fato futuro ligado à intenção de dilapidação ou ocultação do patrimônio.

Ademais, é cediço o procedimento específico da ação civil de improbidade administrativa, previsto no art. 17 e parágrafos da Lei 8.429/92, a fase preliminar de defesa prévia que antecede o recebimento da petição inicial da referida ação. E essa possibilidade de indisponibilidade de bens não está condicionada sequer ao recebimento da exordial, tampouco à essa prévia manifestação dos réus.

Destarte, como a indisponibilidade dos bens visa evitar que ocorra a dilapidação patrimonial, não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dilapidação, na medida em que exigir a comprovação de que esse fato estaria ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da medida cautelar em análise. Além do mais, o disposto no referido art. 7º em nenhum momento exige o requisito da urgência, reclamando apenas a demonstração, numa cognição sumária de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Outrossim, o STJ em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, enquadrou a indisponibilidade na ação de improbidade como tutela cautelar de evidência, dispensando o perigo da demora como elemento necessário para concessão da medida, satisfazendo-se com a demonstração da probabilidade do direito que se busca acautelar, ou seja, sendo tutela de evidência, a demonstração de dilapidação patrimonial é despicienda para a sua concessão. (STJ, REsp 1.366.721-BA, Rel Min Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, j. 26/2/2014, inf. 546).

Com efeito, o juiz decretará a indisponibilidade dos bens envolvidos quando suficiente a demonstração de indicativos da prática de atos de improbidade que tenham causado lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito do agente público; poderá não decretá-la, é verdade, no entanto somente quando as circunstâncias do caso concreto, incluindo a situação das partes e o valor envolvido, dispensarem tal providência.

Na hipótese, tenho que, ao menos nessa fase perfunctória, o juízo de primeiro grau justificou suficientemente a providência cautelar, conforme se vê do teor de sua decisão:

> *"(...).*
>
> *Portanto, cabível a decretação de indisponibilidade de bens, desde que demonstrados fortes indícios da prática improba, além do dano ao erário, guardando a medida cautelar de indisponibilidade adequabilidade e proporcionalidade no objetivo de garantir a efetividade do processo, resguardando montante suficiente ao eventual ressarcimento pelos danos causados.*
>
> *Feitos tais esclarecimentos,* ***entendo que, no presente caso, restam suficientemente demonstrados indícios da prática de atos de improbidade que importaram em dano ao erário, na medida em que se verifica dos documentos que instruem a inicial, em especial das cópias do procedimento licitatório e dos estatutos sociais das empresas licitantes, a existência de sócios em comum entre essas, e do prejuízo ao erário na aquisição de produtos médicos em valor superior ao indicado na tabela de referência do SUS, além das possíveis violações aos princípios da Administração Pública como publicidade, legalidade e impessoalidade, também imputadas aos requeridos.***
>
> ***Assim, demonstrados fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa pelos requeridos, bem como o dano aos cofres públicos, é certo que a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma*** *(...). (REsp 1319515/ES, Rel.Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012). Destaquei.*
>
> *Destarte, por tais razões, defiro o pedido formulado pelo autor de medida cautelar de indisponibilidade dos bens de propriedade dos requeridos para garantia do ressarcimento ao erário no valor de R$ 159.468,00 (cento e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais).*
>
> *(...)."* (Grifei, sublinhado no original)

Destarte, a natureza jurídica da indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa é manifestamente acautelatória, justamente porque visa manter o resultado prático de eventual ressarcimento ao erário causado pelo ato de improbidade administrativa.

A presente demanda tem aspectos de necessária preservação do interesse público e de preservação do princípio da moralidade, ante a possível não observância de dispositivos legais específicos, como é o caso da Lei nº 8.429/92, com o acréscimo de possível desconsideração aos princípios constitucionais expressos do art. 37 *caput* da CF, questões que serão melhor avaliadas quando da apresentação da defesa prévia, ou mesmo em sede de contestação, seguindo regular trâmite das ações dessa natureza.

Desta feita, os requeridos terão oportunamente a suas alegações apresentadas com maior amplitude na contestação, momento adequado para então ser analisada, em maior profundidade na decisão de saneamento, acerca da existência ou não de conduta improba.

Com efeito, passo a analisar o *quantum* indisponibilizado pelo magistrado *a quo* em cotejo com as eventuais verbas a serem objeto de ressarcimento ao final da presente ação de improbidade.

Do ressarcimento do dano material.

Oportunamente, destaco desde já o posicionamento desta 1ª Câmara Cível acerca da matéria em julgados similares, nos moldes da jurisprudência superior - a indisponibilidade visa ao ressarcimento do prejuízo material ao erário, não à garantia do pagamento de outros valores que possam ser impostos aos réus.

Consignou o *decisum* na primeira instância:

> *"(...).*
>
> *Aduz o autor que os requeridos frustraram a licitude do procedimento licitatório ao convidarem para o certame três empresas com sócios em comum, além da ausência da devida publicidade do certame, ausência de pesquisa de preços, e aquisição e materiais ortopédicos em valor superior ao estipulado pelo Sistema Único de Saúde - SUS. Alega que a conduta dos requeridos importou em prejuízo ao erário ao não garantirem a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.*
>
> *Argumenta a nulidade do procedimento licitatório em razão da lesão ao erário por má fé dos requeridos,* ***sendo devido o ressarcimento integral do valor empenhado no Contrato Administrativo n. 173/2010, que corresponde à quantia de R$ 79.734,00 (setenta e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais).***
>
> *Destarte, por tais razões, defiro o pedido formulado pelo autor de medida cautelar de* ***indisponibilidade dos bens*** *de propriedade dos requeridos para garantia do ressarcimento ao erário no* ***valor de R$ 159.468,00 (cento e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais).***
>
> *2. Assim, defiro a realização de bloqueio de valores on line pelo sistema BACEN JUD. Formalize-se o protocolo de solicitação, a fim de que ativos financeiros existentes em nome dos requeridos se tornem indisponíveis, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado, adotando-se as seguintes providências a depender do resultado obtido:*
>
> *2.1. Constatada a existência de indisponibilidade excessiva, determino, desde logo, o cancelamento do montante em excesso.*
>
> *(...)."* Grifei.

Veja, no caso dos presentes autos, os requeridos são acusados de recebimento de valores públicos de forma indevida, pois o procedimento licitatório que deu ensejo a contratação da empresa/agravante, supostamente, foi pautado em várias ilegalidades, como convite para o certame de três empresas com sócios em comum, além da ausência da devida publicidade do mesmo e de pesquisa de preços, bem como aquisição de materiais ortopédicos em valor superior ao estipulado pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Segundo a exordial do *Parquet*, a conduta dos requeridos importou em prejuízo ao erário ao não garantir a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, sendo devido o ressarcimento integral do valor empenhado no Contrato Administrativo n. 173/2010, que corresponde à quantia de R$ 79.734,00 (setenta e nove, setecentos e trinta e quatro reais).

Complementa, a peça ministerial, alegando estarem presentes suficientes indícios da prática de atos de improbidade administrativa que importaram em dano ao erário, requerendo a decretação de indisponibilidade de bens dos demandados em valor suficiente à reparação do dano e da aplicação de eventual multa condenatória, indicando perfazer a quantia total de R$ 159.468,00 (cento e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e oito reais).

É certo que a indisponibilidade dos bens dos agravantes deverá ficar limitada à divisão do valor global, entre todos réus, não respondendo seus bens, individualmente, pelo montante integral alcançado.

No entanto, o montante deve abarcar o valor do dano apontado, qual seja, o dispêndio pecuniário do ente público com a contratação sob suspeita de irregularidades.

Afinal, em Direito Sancionador o exercício da função judicial deve ser desempenhado de maneira particularmente comedida, em especial quando se tratar de adotar tutelas ou medidas de natureza cautelar contra os acionados, porque se trata de momento processual em que a responsabilidade infracional ainda não se acha claramente definida. A tendência de alargar a jurisdição sancionadora é muito poderosa, daí a necessidade de permanente vigilância do julgador no sentido de preservar e assegurar os direitos, as liberdades e as garantias individuais. (STJ, AgInt no REsp: 1497327 ES 2014/0300029-4, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 09/10/2018, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 25/10/2018).

Portanto, embora os envolvidos respondam de forma solidária até a instrução final do processo, a respectiva indisponibilidade dos bens não pode ser ilimitada, dividida ou mesmo multiplicada pelo número de agentes de forma a resultar em valor exorbitante, configurando verdadeiro excesso da garantia.

Nesse passo, o valor a ser bloqueado para fins de eventual prejuízo ao erário deve corresponder à despesa efetuada pela Administração Pública na contratação eivada de suposto vício, qual seja, R$ 79.734,00 (setenta e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais) -, o que perfaz o numerário relativo a contratação/execução do serviço.

E isso, porque acerca da restrição de bens para garantir a possível aplicação de multa civil - suposta consequência da conduta de ilegalidade qualificada imputada aos recorrentes -, para o deslinde da questão se faz necessária análise dessas circunstâncias em cada situação (caso a caso), considerando a probabilidade de imposição dessa especial sanção quando da possível condenação por improbidade administrativa, bem como a incidência do princípio da proporcionalidade.

Forçoso concluir que, de um lado, não assiste razão aos recorrentes, quando alegam a falta de pressuposto processual apto a lastrear o édito acautelatório do patrimônio público, uma vez que tal medida foi devidamente fundamentada pelo magistrado *a quo*, encontrando guarida na legislação e jurisprudência correlata.

Lado outro, impõem-se o redimensionamento do valor por ora indisponibilizado, tendo em vista que o mesmo não pode ser exorbitante, devendo abarcar, por ora, tão somente os valores efetivamente pagos à empresa, por suposta ilegalidade em sua contratação.

Com efeito, a decisão do juízo *a quo* merece parcial reforma, de modo que determino que a indisponibilidade dos bens dos agravantes fique limitada ao *quantum* de R$ 79.734,00 (setenta e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais), dividido entre todos réus, não respondendo, por ora, seus bens individualmente, pelo valor integral alcançado.

Importa registrar que a existência ou não do ato de improbidade e da responsabilidade do(s) agravante(s) serão oportunamente verificadas pelo juízo *a quo*, o qual ainda apreciará manifestações prévias dos requeridos para proferir decisão pelo recebimento ou não da ação e, se for o caso, em caso de prosseguimento do feito ainda julgará o mérito da imputação contida na exordial.

Dispositivo.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e, parcialmente com o parecer da PGJ, dou provimento em parte ao agravo de instrumento manejado, redimensionando o valor já bloqueado para o total de R$

79.734,00 (setenta e nove mil, setecentos e trinta e quatro reais), dividido de forma igualitária entre todos os requeridos nos Autos de n.º 0900188-08.2017.8.12.0019.

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. 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. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 29 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Remessa Necessária Cível nº 0814178-20.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE COISA JULGADA E INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266 DO STF AFASTADAS – ATO DE COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ICMS PARA COMPRAS NÃO PRESENCIAIS, DESTINADAS A CONSUMIDORES NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO – DECRETO Nº 13.162/2011 E PROTOCOLO Nº 21/2011 – ESTATUTOS NORMATIVOS QUE AFRONTAM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER DA PGJ – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não merece reforma a sentença ao afastar a preliminar de carência de ação, porque não se trata de impetração contra lei em tese, mas em face de seus efeitos concretos que implicam em cobrança de valores.

Se o Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011 e o Decreto nº 13.162/2011, buscaram alterar administrativamente a norma constitucional (art. 155, VII, da CF/88), apresenta-se inexistente afronta à Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Órgão Especial desta Corte, por unanimidade, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1401143-44.2014.8.12.0000, devendo ser mantida a sentença, que proibiu os impetrados de exigir o recolhimento de ICMS sobre as operações interestaduais de venda de mercadoria a pessoas físicas não contribuintes do imposto, localizadas em Mato Grosso do Sul, bem como de promover a apreensão dessas mercadorias como meio coercitivo para pagamento do tributo (Súmula 323 STF).

Sentença confirmada em reexame necessário, por seus próprios termos.

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

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de remessa necessária da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS (f. 425-431) que, em sede de Mandado de Segurança impetrado por Fábrica de Móveis Florense LTDA impetrado em face do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, concedeu parcialmente a ordem *"para o fim de determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar a cobrança dos Termos de Verificação Fiscal nºs 82730, 82731, 854454, 106568, 105569 e 106566, bem como sejam obstadas novas apreensões e/ou exigências a título de ICMS, tendo como base o Decreto nº 13.162/2011 e o Protocolo nº 21/2011 CONFAZ, sem, contudo, afastar o poder de polícia da Administração."*

Infere-se dos autos que a impetrante aponta como ato coator a cobrança de adicional de ICMS sobre produtos comercializados eletronicamente, bem como a apreensão de mercadorias em razão dos supostos débitos fiscais.

A medida liminar pretendida foi indeferida, f. 119-121.

O Ministério Público Estadual de primeira instância, f. 351-360, manifestou-se pela concessão parcial da segurança.

Em sentença de f. 425-431, o juízo concedeu parcialmente a segurança pleiteada a fim de determinar que a autoridade apontada como coatora se abstivesse de promover a cobrança dos termos fiscais impugnados, bem como de proceder à apreensão de mercadorias de propriedade da impetrante.

Foram apresentados Embargos de Declaração às f. 435-436, os quais foram acolhidos para o fim de sanar erros materiais, conforme f. 438-439.

Parecer da 8ª Procuradoria de Justiça Cível, às f. 474-484, opinando pela manutenção da sentença de primeiro grau, ao tempo em que informa não se opor à inclusão do feito na pauta de julgamento virtual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de Remessa Necessária da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS (f. 425-431) que, em sede de Mandado de Segurança impetrado por Fábrica de Móveis Florense LTDA impetrado em face do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, concedeu parcialmente a ordem *"para o fim de determinar que a autoridade impetrada se abstenha de realizar a cobrança dos Termos de Verificação Fiscal nºs 82730, 82731, 854454, 106568, 105569 e 106566, bem como sejam obstadas novas apreensões e/ou exigências a título de ICMS, tendo como base o Decreto nº 13.162/2011 e o Protocolo nº 21/2011 CONFAZ, sem, contudo, afastar o poder de polícia da Administração."*

Infere-se dos autos que a impetrante aponta como ato coator a cobrança de adicional de ICMS sobre produtos comercializados eletronicamente, bem como a apreensão de mercadorias em razão dos supostos débitos fiscais.

A medida liminar pretendida foi indeferida, f. 119-121.

O Ministério Público Estadual de primeira instância, f. 351-360, manifestou-se pela concessão parcial da segurança.

Em sentença de f. 425-431, o juízo concedeu parcialmente a segurança pleiteada a fim de determinar que a autoridade apontada como coatora se abstivesse de promover a cobrança dos termos fiscais impugnados, bem como de proceder à apreensão de mercadorias de propriedade da impetrante.

Foram apresentados Embargos de Declaração às f. 435-436, os quais foram acolhidos para o fim de sanar erros materiais, conforme f. 438-439.

Parecer da 8ª Procuradoria de Justiça Cível, às f. 474-484, opinando pela manutenção da sentença de primeiro grau, ao tempo em que informa não se opor à inclusão do feito na pauta de julgamento virtual.

É o relatório.

Passo ao voto.

Das preliminares de coisa julgada e de impossibilidade do *mandamus* em face de lei em tese (Súmula 266 do STF).

O Estado de Mato Grosso do Sul argumentou que a ação mandamental originária teria objeto idêntico ao Mandado de Segurança nº 0013244-06.2011.8.12.0000, com decisão já transitada em julgado, fato que deveria culminar na extinção processual sem julgamento meritório em decorrência da coisa julgada.

Não assiste razão ao ente público estadual.

Isso porque não há identidade entre ambas as ações mandamentais, razão pela qual incabível a extinção processual sem julgamento meritório, tendo sido a aludida preliminar já corretamente afastada pelo togado de primeira instância, nos seguintes termos:

> *"(...).*
>
> *Ocorre que analisando a inicial daqueles autos, cuja cópia consta às f. 192-203, nota-se que figura no polo passivo a Secretaria de Fazenda do Estado de MS, o próprio Estado de MS e o Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, diferentemente destes autos em que o demandado é o*
>
> *Superintendente da Fazenda Tributária.*
>
> *Ademais, naquela ação pretendia-se decretar a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Protocolo nº 21, de 1º de abril de 2011, do CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária, com a liberação de eventuais mercadorias apreendidas, bem como a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul a repetir eventuais valores recolhidos indevidamente; enquanto que nestes autos pede-se a suspensão da cobrança constante em Termos de Verificação Fiscal específicos, bem como sejam obstadas novas apreensões e/ou exigências a título de ICMS, tendo como base o Decreto nº 13.162/2011, bem como o Protocolo nº 21/2011 - CONFAZ e seja possibilitado o recolhimento apenas da alíquota interna quando as mercadorias da impetrante forem destinadas a consumidores não contribuintes do ICMS, sediados no Estado do Mato Grosso do Sul.*
>
> *Como se vê, não há identidade entre as ações, razão pela qual não há que se falar em extinção do presente feito sem julgamento do mérito.*
>
> *(...)."*

Portanto, como bem consignado pelo magistrado singular, o objeto dos Autos nº 0013244-06.2011.8.12.0000 é mais amplo e essencialmente distinto do presente *mandamus*, haja vista cuidar da análise acerca da suposta inconstitucionalidade do Protocolo nº 21 do CONFAZ, ao passo que no presente feito a insurgência mandamental se limita a termos fiscais específicos.

Outrossim, não encontra amparo à aventada incidência da Súmula 266 do STF ao caso em apreço. Explico.

O Estado de Mato Grosso do Sul requer a reforma da sentença para que o feito seja extinto sem resolução de mérito, em virtude da carência de ação, porquanto o apelado estaria se utilizando do writ para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros.

Não lhe assiste razão.

Com previsão constitucional, o mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (inciso LXIX do art. 5º da CF/88).

Tal regramento é reproduzido no artigo 1º da Lei 12.016/2009, lei de regência desse remédio jurídico processual, que se traduz em um direito a um procedimento específico, cujas condições necessárias e suficientes para o seu manejo são: a existência de um direito líquido e certo; ameaçado ou violado por um ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou por quem lhe faça as vezes.

Assim, para que se conceda o *mandamus*, é preciso que o direito seja líquido e certo - comprovação das alegações contidas na petição inicial. Vale dizer, o direito somente será líquido e certo se as alegações da parte da autora estiverem comprovadas por documentos, de maneira pré-constituída (CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em juízo. 15. ed. Forense).

Concomitantemente, há de se ter uma ameaça ou violação desse direito. Daí se infere que pode ser preventivo ou repressivo.

É cediço que a Súmula do 266 do STF dispõe que *"não cabe mandado de segurança contra lei em tese"*, que se dá quando o impetrante não aponta qualquer ato da autoridade coatora, mas se limita a apontar a inconstitucionalidade da norma. Isso porque não se trata aqui de um meio de controle abstrato das normas, servindo, em verdade, para combater atos públicos. Ou seja, é preciso que haja um ato praticado ou que está para ser praticado.

No caso em apreço, verifica-se que o impetrante/ora apelado objetiva justamente uma tutela preventiva, que é não sofrer exação tributária perante o Fisco Estadual, colocando em discussão um caso concreto - deslocamento de semoventes entre suas propriedades rurais.

Como bem colocado no parecer da 8ª Procuradoria Cível de Justiça, o qual adoto como razão de decidir:

> *"Ainda preliminarmente, o Estado de Mato Grosso do Sul asseverou que a insurgência externada pelo Mandado de Segurança volta-se, em verdade, contra as disposições do Decreto Estadual nº 13.162/2011 e do Protocolo CONFAZ nº 21/2011, motivo pelo qual encontraria óbice na Súmula 266/STF, segundo a qual 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese'.*
>
> *Todavia, no presente caso não há que se falar em carência da ação, visto que a irresignação mandamental tem por espeque o combate a atos concretos de tributação efetivados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, não residindo seu processo principal na declaração de inconstitucionalidade da legislação apontada pelo ente público estadual.*
>
> *Nesse mesmo sentido, em julgamento de casos análogos, definiu o Tribunal de Justiça Sul-Mato-Grossense que não incide o óbice encartado no entendimento sumular do Pretório Excelso nos casos em que o Mandado de Segurança visa precipuamente ao reconhecimento da ilegalidade de ato concreto de tributação, senão vejamos:*
>
> *'REMESSA NECESSÁRIA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR – CARÊNCIA DE AÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE E PARA OBTENÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL COM EFEITOS NORMATIVOS FUTUROS -PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – COBRANÇA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE TRÂNSFERÊNCIA DE BOVINOS ENTRE IMÓVEIS RURAIS DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADOS, UM DOS IMÓVEIS N'OUTRO ESTDADO DA FEDERAÇÃO – AUSÊNCIA DE ATO DE MERCÂNCIA – INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO BEM E, CONSEQUENTEMENTE, DE FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – TRIBUTO NÃO DEVIDO – SÚMULA 166 DO STJ – PRECEDENTE – STF – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS'.*
>
> *Não há falar em carência de ação pela impossibilidade de utilização do mandado de segurança contra lei em tese se a impugnação do Decreto Estadual nº 13.162/2011 não constitui o principal pedido da demanda, mas sim a obrigação de não fazer, consistente na inexigibilidade do tributo. A decisão de determinar que a autoridade coatora se abstenha de*

proceder a cobrança de ICMS não confere efeitos normativos futuros e abstratos, mas sim de caráter preventivo, tendo por escopo evitar a ocorrência de outros atos concretos, decorrentes da mesma situação de fato e de direito (...).” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0800650-82.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator _a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 25/04/2017, p: 25/05/2017.

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROTOCOLO CONFAZ N. 21/2011 E DECRETO ESTADUAL N. 13.162/2011 – RETENÇÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS – DECISÃO CAUTELAR PROFERIDA NA ADI N. 4268/DF – DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR PELA AUTORIDADE COATORA – RECONHECIMENTO DO EFEITO VINCULANTE – SEGURANÇA CONCEDIDA – PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DA EDIÇÃO DO COMUNICADO N. 52/2014 – REJEITADA. A mera edição de ato administrativo não afasta o justo receio da impetrante de se ver novamente compelida a pagar o adicional de ICMS para ter sua mercadoria liberada na barreira fiscal, mormente quando a Administração deixa claro que está legitimada a assim proceder pelo Decreto n. 13.162/2011, que não é objeto da ADI n. 4268. Prefacial de impetração de mandado de segurança contra lei em tese. Inocorrência. 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 (...).” (TJMS. Mandado de Segurança Cível n. 1409627-48.2014.8.12.0000, 1ª Seção Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 01/02/2015, p: 04/02/2015)

Destarte, afasto as preliminares apontadas pelo ente público estadual, e confirmo o *decisum* nesse ponto em sede de reexame necessário.

Da manutenção da sentença.

Conforme relatado, a controvérsia gira em torno de definir se o Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011 e o Decreto nº 13.162/2011, que lastreiam a cobrança de diferencial de ICMS (além de outras obrigações acessórias e a forma de fiscalização de seu recolhimento) nas operações interestaduais de venda não presencial de mercadoria a consumidores finais não contribuintes do imposto localizados neste Estado, afiguram-se instrumentos normativos que respeitam ou afrontam a Constituição Federal

Isso porque, a impetrante valeu-se da presente ação constitucional para, com lastro na alegação de inconstitucionalidade de tais normas, a ser eventualmente reconhecida incidentalmente, livrar-se das condutas da autoridade impetrada, especialmente no que toca às futuras exações e à apreensão de mercadorias como meio de coagir o recolhimento do tributo.

A matéria, até mesmo por força do quanto decidido na ADI nº 4628, já restou pacificada no Órgão Especial desta Corte, que logrou ementar, no Mandado de Segurança nº 1401143-44.2014.8.12.0000, da Relatoria do eminente Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 7 de maio de 2014, *in verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA – E-COMMERCE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO MANDAMENTAL – REJEITADA – PROTOCOLO N. 21/2011 DO CONFAZ – DECRETO ESTADUAL N. 13.162/2011 – MERCADORIAS COMERCIALIZADAS POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO – ALÍQUOTA INTERESTADUAL INDEVIDA – MANIFESTO CONFRONTO ENTRE A LEGISLAÇÃO ESTADUAL E O TEXTO CONSTITUCIONAL – ADI nº 4628 – SUSPENSÃO EX TUNC DA APLICAÇÃO DO PROTOCOLO CONFAZ – APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA O PAGAMENTO DO TRIBUTO – ATO ILEGAL – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 323 DO STF – ORDEM CONCEDIDA.”

De fato, a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011 e do Decreto nº 13.162/2011 é flagrante e, por isso, tais normativos não podem amparar os atos impugnados no presente *mandamus* preventivo. A propósito do assunto, o art. 155, VII, da CF/88 estipula:

> *"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *(...);*
>
> *II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*
>
> *(...);*
>
> *VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:*
>
> *a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
>
> *b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele."*

Apesar da clareza da norma constitucional, que impõe a adoção de alíquota interna no caso de venda não presencial de mercadoria interestadual, a destinatário não contribuinte, o Estado de Mato Grosso do Sul entendeu por bem aderir ao Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011, bem como editar o Decreto nº 13.162/2011, simplesmente para reformar tal critério e, assim, cobrar o diferencial de alíquota inclusive àquele que não é contribuinte do ICMS.

Em outros termos, buscou alterar, por meio de decisão administrativa, uma norma constitucional de eficácia plena, o que torna iniludível a existência de afronta direta à Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Órgão Especial desta Corte, por unanimidade, no supramencionado Mandado de Segurança nº 1401143-44.2014.8.12.0000.

Logo, apresenta-se induvidoso que a sentença hostilizada, ao conceder a segurança pleiteada pelas impetrantes e, com isso, impor aos impetrados o dever de se absterem de exigir o recolhimento de ICMS sobre as operações interestaduais de venda de mercadoria a pessoas físicas não contribuintes do imposto, localizadas neste Estado, bem como para que se abstenham de promover a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento do tributo em questão, alinhou-se ao entendimento uníssono deste Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pelo que não merece retoque.

Frise-se, acerca da manifestação da autoridade coatora (f. 139-188), que nenhum dos argumentos invocados tem o condão de convencer acerca da legitimidade dos referidos normativos.

Primeiramente, insta salientar que, nada obstante o Órgão Especial desta Corte tenha, em um primeiro momento, reputado constitucionais o Decreto nº 13.162/2011 e o Protocolo nº 21/2011 na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1600137-83.2012.8.12.0000, julgado em 12 de dezembro de 2012, tal entendimento acabou sendo retificado no posterior julgamento do Mandado de Segurança nº 1401143-44.2014.8.12.0000, isto em 7 de maio de 2014, tendo havido retratação expressa de diversos magistrados quando da sessão de julgamento.

Não fosse isso, apresentam-se completamente inócuas as argumentações no sentido de que: a) os efeitos do Decreto nº 13.162/2011 não foram suspensos em razão da liminar concedida na ADI nº 4628, visto que tal ação constitucional contempla apenas a análise da constitucionalidade do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011; b) o Decreto nº 13.162/2011 encontra-se em discussão na ADI nº 4642, cuja liminar foi indeferida

pelo Relator, legitimando sua manutenção para fins de embasar a exação; c) o Decreto nº 13.162/2011 vigora independentemente do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011, cujo diploma externa apenas uma mudança de postura do Fisco Estadual em relação ao Sistema Tributário Nacional, não havendo qualquer afronta à Constituição Federal e nem bitributação, porquanto corrige uma conduta ilegítima de empresas vendedoras que, emitem nota fiscal no local da venda quando deveriam emitir no local da compra; d) nas compras não presenciais (*internet*, *telemarketing, showroom*, representante comercial etc.), considerando-se que o consumidor não se desloca até o local da compra, o negócio é realizado dentro do território do Estado sul-mato-grossense, tornando legítima a cobrança do tributo, nos termos do Decreto nº 13.162/2011; e) o Decreto nº 13.162/2011 não cria e nem aumenta tributo, apenas corrige uma burla ao sistema tributário, operado pelo comércio virtual, tudo para fomentar a justiça na partilha do ICMS entre os Estados; f) são legítimos o Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011, o Decreto nº 13.162/2011 e os procedimentos de controle e fiscalização por ele instituídos, já que a partilha do ICMS tem por fundamento reduzir as desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII, da CF/88), cuja prática foi, no passado, admitida como legítima pelos Estados mais desenvolvidos, sendo prescindível uma Emenda Constitucional para autorizar tal tributação; g) o Estado de Mato Grosso do Sul tem competência para legislar sobre obrigações acessórias, pelo que as condutas fiscalizatórias seriam legais e já foram consideradas legítimas pelo STJ quando da análise de outros Decretos; h) a fiscalização estatal de ser assegurada; i) o Tribunal de Justiça reputou legal a retenção de mercadoria pelo tempo necessário para a confecção do auto de infração. Impõe-se registrar que, se o Decreto nº 13.162/2011 foi editado com suporte no Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011, é evidente que o reconhecimento da inconstitucionalidade deste Protocolo acarreta, por arrastamento, o alijamento daquele Decreto do ordenamento jurídico.

Assim, não se há de sustentar a possibilidade de manutenção autônoma do Decreto. Não fosse isso, defeso prosperar os argumentos que defendem que a constitucionalidade do Decreto nº 13.162/2011 esbarra na norma expressa do art. 155 da CF/88, a tornar inconstitucional referido regramento.

Até porque, em um Estado Democrático de Direito, informado por uma Carta rígida, não se pode imaginar um decreto reformando o texto constitucional, sob o fundamento de buscar corrigir desvios do Sistema Tributário Nacional ou mesmo reduzir desigualdades regionais, tudo a reforçar a convicção de que o caso está a retratar hipótese de inconstitucionalidade.

É de se ressaltar, por fim, que a afirmação no sentido de que a liminar concedida na ADI nº 4628 (que suspendeu a aplicabilidade do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011) deve ser ratificada pelo Plenário para produzir efeitos não tem qualquer fundamento jurídico.

Ora, a possibilidade de o relator da ADI conceder liminar serve exatamente para acautelar casos urgentes, que não podem esperar um pronunciamento do Colegiado, tudo a demonstrar a prescindibilidade de anterior ratificação do Pleno para que a providência determinada pelo Relator surta efeitos.

Sob outro enfoque, afigura-se ilegal a retenção dos produtos por parte do fisco, por constituir medida coercitiva para recebimento dos tributos, o que é vedado pelo ordenamento legal, haja vista que aquele dispõe de meio idôneo para tanto, qual seja, a execução fiscal. Incide ao caso a Súmula 323 do STF *"é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."*

Assim, não havendo qualquer fundamento plausível, passível de autorizar a reforma da sentença, que está em consonância com o entendimento do TJMS e STF, impõe-se negar provimento ao presente reexame necessário.

Ante o exposto, com o parecer, conheço deste reexame necessário, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença hostilizada.

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. 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 agosto de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0810195-39.2016.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA PARTE AUTORA – AÇÃO MONITÓRIA – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS MONITÓRIOS – REJEITADO – CERCEAMENTO DE DEFESA – PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA – CARÊNCIA DA AÇÃO E AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS – NÃO ACOLHIMENTO – MÉRITO – COBRANÇA DE IOF DILUÍDA SOBRE AS PARCELAS – ADMISSIBILIDADE – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – LEGALIDADE – EXPRESSA PREVISÃO NO CONTRATO – TABELA *PRICE* – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PELA TABELA GAUSS – MORA NÃO AFASTADA – ABUSIVIDADE DO CONTRATO NÃO RECONHECIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

No caso, constata-se das razões de apelação, que a apelante expôs os fundamentos de seu inconformismo, evidenciando o porquê de não se apresentar satisfeita com a sentença proferida na origem, perspectiva que faz concluir pelo não cabimento da alegação contrarrecursal. Preliminar contrarrecursal rejeitada.

Não verificada a intempestividade dos embargos monitórios, pois o prazo para oposição (art. 701 do CPC) de 15 dias úteis, computa-se com a exclusão do dia do início e inclusão da data final, nos termos do art. 224. Tempo os embargantes protocolizado no último dia do prazo, tem-se como tempestivos os embargos.

O juiz é o destinatário das provas, razão porque se já tiver formado seu convencimento pelos documentos constantes nos atuos, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão. Assim, tratando-se de pedido de revisão de contrato, dispensável a prova pericial pretendida pelos embargantes, se ela é dispensável no caso em análise.

Em se tratando de cheque especial, não há razão para comprovação da liberação do crédito pactuado, pois sua utilização pode ser gradual, na medida em que o usuário utiliza/gasta valores da conta, sem ter saldo suficiente para tanto. Ou seja, o banco deixa o montante disponível para utilização pelo usuário quando necessitar, até o limite pactuado.

Às instituições financeiras aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula 297 do STJ. Todavia, aos contratos de adesão, amplamente utilizados em diversas relações cotidianas, não são por si só, ilegais ou abusivos, devendo suas cláusulas ser analisadas no caso concreto.

Conforme expressamente previstos no art. 54, *caput*, do CDC, os contratos devem ser objetivos, claros e não gerarem dúvidas nem ambiguidades. No caso, todos os termos e encargos foram expressamente previstos no contrato devidamente rubricado e assinado pelos aderentes. Assim, não há razão para declaração de nulidade por ausência de informações.

O Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), incide sobre todas as operações de crédito, haja ou não previsão contratual, em razão da sua natureza compulsória, com fundamento no Decreto nº 6306/07. Assim, a cobrança do valor devido de forma parcelada não se afigura abusiva, pois beneficia o contratante, que não precisará pagar o tributo de uma só vez, conforme tese fixada no julgamento do repetitivo, no Recurso Especial nº 1.251.331 pelo STJ.

Os juros remuneratórios e os juros moratórios têm natureza distintas, razão porque sua cumulação não é abusiva. Os primeiros são devidos como meio de compensação pela utilização do capital emprestado e os últimos, pelo não cumprimento da obrigação no prazo estipulado.

De acordo com o entendimento jurisprudencial vigente emanado da Corte Superior (Súmula 541 e repetitivo REsp 1251331/RS), é permitida a capitalização de juros com periodicidade mensal, desde que expressamente pactuada.

A utilização da Tabela *Price*, por si só, não indica abusividade, sendo certo sua larga aplicabilidade, dada a estabilidade concedida ao financiamento a longo prazo, não tem como ser reputado ilegal ou abusivo. No caso, da análise do contrato não há sequer indicação da aplicação da tabela, pois não houve estipulação de pagamento em parcelas fixas e em datas certas, razão porque não há interesse da parte autora na sua declaração de ilegalidade.

O simples ingresso de ação revisional de contrato não afasta a mora do devedor, sendo necessário o reconhecimento da abusividade de suas cláusulas (juros remuneratórios e capitalização), além da consignação dos valores incontroversos (Súmula 380 do STJ).

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, 10 de setembro de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jorge Gomes da Costa - ME e Jorge Gomes da Costa, contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, que julgou parcialmente procedentes seus embargos monitórios, tão somente para o fim de declarar abusiva a cláusula que estipulou juros moratórios no percentual de 12,00% ao mês e 144,00% ao ano, porém deixou de determinar a retificação dos cálculos, uma vez que a parte autora/embargada cobrou apenas 1% ao mês. Assim, julgou procedente o pedido monitório de Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados do Centro Sul do Mato Grosso do Sul - Sicredi Centro Sul, condenando os réus no pagamento de R$ R$ 5.380,33 (cinco mil trezentos e oitenta reais e trinta e três centavos), corrigido monetariamente pelo INPC-IBGE a partir de 14/10/2016 e acrescido de juros da mora de um por cento ao mês a partir da citação.

Em suas razões (f. 391-432), arguiram preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, uma vez quer requereu, expressamente, a realização de prova pericial para apuração do valor discutido nos autos, mas ocorreu o julgamento antecipado da Lide.

Reiteram as preliminares rejeitadas pelo juízo acerca da carência da ação por falta de título líquido, certo e exigível, com a comprovação do limite do cheque especial liberado, bem como ausência de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, pois houve infringência ao dever de informação clara e precisa acerca dos encargos contratuais pactuados.

No mérito, requerem aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com inversão do ônus da prova.

Asseveram que a incidência do IOF no valor das parcelas contratadas e de forma diluída é abusiva, pois o mencionado tributo deve ser cobrado apenas na data da efetiva entrega dos recursos colocados à disposição do interessado, conforme artigos 3º e 10º ambos do Decreto n. 6.306/2007.

Aduzem não ser possível a acumulação de juros remuneratórios e juros moratórios para o caso de inadimplência, como afirmou a sentença, pois com base em entendimento do STJ, indevida a cumulação da comissão de permanência com juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e multa contratual.

Afirmam que a cobrança de juros capitalizados e Tabela *Price* constitui prática abusiva, requerendo sua substituição pelo método GAUSS.

Pontua que *"não há que se falar que a mora não está afastada, pois vários pontos e questões contratuais e cláusulas abusivas presentes nos contratos, fazem com que a mora reste afastada."*

Atesta que o montante devido deve ser apurado em perícia.

Ao final, prequestiona a matéria e pugna pelo provimento do seu recurso.

Em contrarrazões recursais (f. 438-453) a apelada argui preliminar de intempestividade dos embargos monitórios e requer o não conhecimento do recurso, diante da interposição recursal deficitária e sem impugnação específica dos fundamentos da sentença.

No mérito pleiteia pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jorge Gomes da Costa - ME e Jorge Gomes da Costa, contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, que julgou parcialmente procedentes seus embargos monitórios, tão somente para o fim de declarar abusiva a cláusula que estipulou juros moratórios no percentual de 12,00% ao mês e 144,00% ao ano, porém deixou de determinar a retificação dos cálculos, uma vez que a parte autora/embargada cobrou apenas 1% ao mês. Assim, julgou procedente o pedido monitório de Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados do Centro Sul do Mato Grosso do Sul - Sicredi Centro Sul, condenando os réus no pagamento de R$ R$ 5.380,33 (cinco mil trezentos e oitenta reais e trinta e três centavos), corrigido monetariamente pelo INPC-IBGE a partir de 14/10/2016 e acrescido de juros da mora de um por cento ao mês a partir da citação.

Por uma questão de lógica no enfrentamento das questões postas em debate, passo à análise das preliminares arguidas em razões e contrarrazões recursais.

Do não conhecimento do recurso de apelação.

A apelada requer o não conhecimento do recurso, diante da interposição recursal deficitária e sem impugnação específica dos fundamentos da sentença.

De fato, o art. 932 e seus incisos do CPC dispõe que incumbe ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Como sabido, o recurso interposto pela parte recorrente deve ser dialético, isto é, necessita demonstrar, de forma clara, os fundamentos de fato e de direito de seu inconformismo, atacando a razão da decisão proferida pelo juízo singular.

No caso, como se constata das razões de apelação apresentadas, os apelantes demonstram, de forma expressa e clara, os fundamentos de seu inconformismo.

Se assim o é, considerando-se que a parte apelante declinou o porquê do pedido de reforma, deduzindo os fundamentos de fato e de direito que estariam a embasar o inconformismo, não há falar em ausência do preenchimento dos requisitos do art. 1010 do CPC.

Portanto, rejeito a preliminar arguida.

Da intempestividade dos embargos monitórios.

A apelada aduz que os embargos monitórios são intempestivos, requerendo a decretação da revelia dos réus.

Embora a embargada não tenha arguido a intempestividade em sua impugnação aos embargos (f. 257-266), tratando-se de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, passo à sua apreciação.

Da análise dos autos, percebe-se que os Avisos de Recebimento positivos da citação dos réus foram juntados aos autos em 29/06/17 (f. 185-6), iniciando-se daí o prazo para oposição de embargos (art. 701 do CPC).

Assim, computando-se o prazo de 15 dias úteis, tem-se que o termo final ocorreu em 20/07/17 e não em 19/07/17 como alega a apelada, uma vez que, de acordo com o Código de Processo Civil, a contagem dos prazos processuais se dá com a exclusão do dia do início (29/06/17) e inclusão da data final, nos termos do art. 224, senão vejamos:

> *"Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento."*

Como os embargantes protocolizaram petição em 20/07/17, ou seja, no último dia do prazo, não há falar em intempestividade.

Nessa senda, rejeito a preliminar arguida em contrarrazões.

Do cerceamento de defesa.

Em suas razões, os apelantes pugnam pela declaração de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, uma vez quer requereu, expressamente, a realização de prova pericial para apuração do valor devido da dívida discutida, mas ocorreu o julgamento antecipado da lide.

Tenho que a prefacial não merece guarida.

Como cediço, o juiz é destinatário das provas, que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla, ou julgar antecipadamente os pedidos.

Entendendo o magistrado que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas ou complemente-as.

Por outro lado, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão. Ainda, pode o juiz entender, segundo seu arbítrio sobre o conjunto probatório, que as provas requeridas não serão úteis ao processo.

No caso, a preliminar suscitada não merece acolhimento, porquanto a perícia requerida mostra-se desnecessária, uma vez que a discussão restringe-se à análise do contrato e da planilha de débito apresentada pela autora na cobrança da suposta dívida decorrente da Cédula de Crédito Bancário.

De acordo com o artigo 370 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil, *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."*

Visando à celeridade processual, por conseguinte, resta possível ao magistrado *a quo* negar a elaboração de provas que se demonstrem desnecessárias ou inúteis para a comprovação do objeto da demanda.

Neste sentido, tem decidido esta Corte em demandas desse jaez:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REGRESSIVA – OSCILAÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS – MÉRITO – DANOS EM EQUIPAMENTOS RESSARCIDOS PELA AUTORA – SEGURADORA SUB-ROGADA NOS DIREITOS DO CONSUMIDOR – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – DANO MATERIAL CONFIGURADO – DEVER DA CONCESSIONÁRIA DE INDENIZAR A SEGURADORA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Se, a despeito da existência de pontos genéricos na petição recursal, verifica-se das razões que a permeia, que a apelante impugnou sim os fundamentos da sentença, aduzindo argumentos para reformá-la, não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade. II -* ***Não havendo necessidade na prova pericial solicitada, não há que se acolher a alegação de nulidade por cerceamento de defesa****. III - A ocorrência de danos em equipamentos elétricos decorrentes da deficiência no fornecimento de energia elétrica dá ensejo à indenização por danos materiais. IV - Inexiste dispositivo legal que determine a comunicação e o esgotamento da via administrativa à propositura da ação. A Resolução nº 414/2010 não pode se sobrepor ao direito constitucional de ação previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. V - Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios."* (TJMS. Apelação Cível n. 0805725-34.2018.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 21/11/2019, p: 01/12/2019). (G.n.).

Desta feita, rejeito a preliminar recursal de cerceamento de defesa.

Da carência da ação e ausência de constituição e desenvolvimento válido do processo.

Os apelantes reiteram as preliminares rejeitadas pelo juízo acerca da carência da ação, por falta de título líquido, certo e exigível, com a comprovação do limite do cheque especial liberado, bem como ausência de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, pois houve infringência ao dever de informação clara precisa acerca dos encargos contratuais pactuados.

Tenho que a sentença, nesse ponto, não merece reparos.

O contrato em discussão trata-se de Cédula de Crédito Bancário n. B540578, firmado em 06/11/2012 (f. 74-77), com liberação do limite de crédito no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), na Conta Corrente n. 81627-2, de titularidade dos apelantes réus.

Diante do não pagamento da obrigação, o autor ingressou com a presente ação monitória, juntando o contrato pactuado (f. 74-77), acompanhado dos extratos bancários da Conta Corrente n. 81627-2 (f. 79-160) e planilha descritiva do débito (f. 161).

Portanto, tem-se que o autor cumpriu com todos os requisitos para propositura da ação monitória, conforme preceitua a Súmula n. 247 do STJ: *"O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória."*

Ademais, não há como acolher o argumento dos embargantes acerca da inexistência de título executivo líquido, certo e exigível, pois não se trata de ação de execução, mas sim de monitória, razão porque não se deve analisar os requisitos do título executivo extrajudicial.

Ora, a ação monitória fundamenta-se em documento sem eficácia de título executivo, nos termos do art. 700, inc. I, do CPC, na qual o credor pode exigir do devedor, o pagamento de quantia em dinheiro.

E, em se tratando de cheque especial, não há razão para comprovação da liberação do montante de R$ 1.000,00, pois sua utilização pode ser gradual, na medida em que o usuário utiliza/gasta valores da conta, sem ter saldo suficiente para tanto. Ou seja, o banco deixa o montante disponível para utilização pelo usuário quando necessitar, até o limite pactuado.

Tanto assim, que a cláusula 1, das Cláusulas e Condições Gerais do contrato expressamente estabelece que (f. 75):

> *"1. Utilização do crédito. O Limite de Crédito é colocado à disposição do(s) emitente(s) na conta-corrente especificada no item 2.2., para utilização por qualquer meio legal ou convencional de movimento a débito da referida conta. O limite ficará recomposto automaticamente quando houver pagamento antes do vencimento."*

Nessa senda, não há razão para acolher a argumentação de ausência de título executivo, pois não se trata de ação de execução, sendo que os documentos acostados aos autos, quais sejam, contrato de abertura de crédito em conta corrente (f. 74-77), acompanhado dos extratos bancários (f. 79-160) e planilha de cálculo (f. 161), são suficientes para propositura da ação monitória.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO – DEMONSTRAÇÃO – DIREITO DO CREDOR DE EXIGIR DO DEVEDOR O PAGAMENTO DA QUANTIA EM DINHEIRO PREVISTA NO DOCUMENTO – INOCORRÊNCIA DE CAUSA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Não conhecido o recurso com relação à alegação de ausência de título executivo, inversão do ônus da prova, exibição de documentos, revisão dos contratos anteriores e exorbitância dos honorários de sucumbência. 2. O art. 700, inc. I, do CPC/15, prevê que* ***a Ação Monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz o pagamento de quantia em dinheiro.*** *3. Na espécie, ao contrário do que sustentam os réus-apelantes,* ***a Cédula de Crédito Bancário que embasa a presente ação possui informações claras sobre a importância devida, a forma de pagamento, a quantidade de parcelas etc, servindo referido documento como prova escrita para exigir do devedor o pagamento de quantia em dinheiro****. 4. Além disso, é possível ao credor ajuizar ação monitória com fundamento em título de crédito ainda não prescrito, e essa possibilidade está autorizada, como é natural, desde o vencimento do título. (AgRg no AREsp 635.126/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 01/07/2016). 5. Apelação conhecida em parte e, nesta, não provida,com majoração dos honorários de sucumbência."* (TJMS. Apelação Cível n. 0804586-86.2018.8.12.0008, Corumbá, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 18/12/2019, p: 07/01/2020). (G.n.).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À MONITÓRIA – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO ACOMPANHADA DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – DOCUMENTOS SUFICIENTES PARA O MANEJO DA AÇÃO MONITÓRIA – SÚMULA 247, DO STJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A ação monitória se destina à constituição de título judicial ante prova escrita de obrigação sem eficácia de título executivo.* ***O contrato de abertura de crédito e o demonstrativo de débito, com especificação das taxas contratadas, são documentos hábeis a aparelhar a ação monitória.*** *Recurso desprovido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0800221-80.2018.8.12.0010, Fátima do Sul, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 14/08/2019, p: 15/08/2019). (G.n.).

No tocante à alegação de infringência ao dever de informação clara precisa acerca dos encargos contratuais pactuados, de igual forma, não assiste razão aos apelantes.

Conforme expressamente previstos no art. 54, *caput*, do CDC, os contratos devem ser objetivos, claros e não gerarem dúvidas nem ambiguidades.

No caso, da análise do contrato juntado às f. 74-77, observa-se que todas as suas laudas foram rubricadas e ao final subscritas pelos contratantes, sendo que nele consta todos os encargos incidentes sobre a operação de crédito, como valor do limite, taxa de juros mensais, anuais, encargos moratórios, data de vencimento, dentre outras informações necessárias.

Portanto, se os contratantes assinaram o pacto, que prevê expressamente todos os encargos e obrigações decorrentes, além de utilizarem do crédito disponibilizado (extratos f. 79-160), não pode após sua inadimplência, alegar ignorância dos termos os quais anuíram, sob pena de infringência à boa-fé contratual que rege todas as relações.

Pelo exposto, rejeito as preliminares arguidas.

Passo à análise do mérito recursal.

Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O caso em tela consubstancia-se em relação de consumo, cujas partes, fornecedor banco e consumidor cliente, estão tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê que *"o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, depreende-se que a verificação de eventuais falhas no serviço prestado ou defeitos no produto fornecido, impõem ao fornecedor o dever de reparar ao consumidor."*

Sabe-se que os contratos de adesão, amplamente utilizados em diversas relações cotidianas, não são por si só, ilegais ou abusivos, até porque expressamente previstos no art. 54, *caput*, do CDC, devendo eles ser objetivos, claros e não gerarem dúvidas nem ambiguidades.

No caso em exame, tem-se uma relação de consumo, considerando, para tanto, o enquadramento das partes nos conceitos de consumidor e fornecedor dispostos nos artigos 2º e 3º do CDC. Desta feita, conforme disciplina o art. 6º, VIII, do mesmo diploma, tem-se como direito básico do consumidor:

> *"A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."*

Assim, incumbia à autora trazer aos autos provas do direito alegado, cumprindo o que dispõe o inciso I, do art. 333 do CPC, o que restou observado nos autos, com a juntada do contrato firmado entre as partes (f. 74-77) e a utilização do crédito disponibilizado (f. 79-160).

E, com relação às cláusulas contratuais, mesmo com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não é possível afirmar que todo contrato de adesão é abusivo, devendo ser analisado o caso em concreto, que se fará a seguir.

Da cobrança ilegal do IOF de forma diluída nas parcelas.

Os recorrentes asseveram que a incidência do IOF no valor das parcelas contratadas e de forma diluída é abusiva, pois o mencionado tributo deve ser cobrado apenas na data da efetiva entrega dos recursos colocados à disposição do interessado, conforme artigos 3º e 10º ambos do Decreto n. 6.306/2007.

Sobre o tema, tem-se o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), incide sobre todas as operações de crédito, haja ou não previsão contratual, em razão da sua natureza compulsória, com fundamento no Decreto nº 6306/07.

Assim, como bem ressaltado na sentença, trata-se de imposto de pagamento obrigatório, em virtude do contrato de crédito firmado.

A forma de pagamento de uma só vez ou parceladamente não configura ato ilícito, pois beneficia o contratante, que não terá que desembolsar todo o valor devido em única parcela.

Tanto assim, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento repetitivo, do Recurso Especial nº 1.251.331 - RS, firmou tese no sentido que as partes podem convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, senão vejamos:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – DIVERGÊNCIA – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – JUROS COMPOSTOS – MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001 – RECURSOS REPETITIVOS – CPC, ART. 543-C – TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC) – EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL – COBRANÇA – LEGITIMIDADE – PRECEDENTES –* ***MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF) – POSSIBILIDADE.***
>
> *(...).*
>
> *3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 10. Recurso especial parcialmente provido."* (STJ - REsp: 1251331 RS 2011/0096435-4, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 28/08/2013, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 24/10/2013). (G.n.).

Nesse passo, nego provimento ao recurso neste tópico.

Da cumulação de juros remuneratórios e juros moratórios para o caso de inadimplência.

Aduzem os apelantes não ser possível a acumulação de juros remuneratórios e juros moratórios para o caso de inadimplência, como afirmou a sentença, com base em entendimento do STJ, acerca da impossibilidade de cumulação com comissão de permanência.

Tem-se que no caso, os recorrentes fizeram uma interpretação equivocada do julgamento do REsp 507017-RS, pelo STJ, que entendeu incabível a cumulação da comissão de permanência com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual.

Portanto, não havendo previsão contratual, nem incidência de comissão de permanência no cálculo da dívida (f. 161), não há configuração de abusividade na cobrança de juros remuneratórios e juros moratórios sobre as parcelas inadimplidas.

Conforme bem fundamentou a sentença: *"É sabido que os juros remuneratórios e os juros moratórios têm natureza distintas. Os primeiros são devidos como meio de compensação pela utilização do capital emprestado, e os últimos pelo não cumprimento da obrigação no prazo estipulado (f. 377)."*

Para não haver incidência dos juros moratórios, bastaria que os apelantes efetivassem o pagamento da obrigação na data pactuada.

Configurada sua inadimplência, devida a incidência dos juros moratórios, sendo que os remuneratórios já eram devidos pela disponibilização do crédito e previamente pactuados.

Assim, nego provimento ao apelo nesse ponto.

Da capitalização de juros.

Afirmam que a cobrança de juros capitalizados e Tabela *Price* constitui prática abusiva, requerendo sua substituição pelo método GAUSS.

Tal questão está pacificada no âmbito do STJ, por meio de julgamento na sistemática dos recursos repetitivos, bem como por enunciado sumular. Com efeito, entende-se que não é vedada a capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual, desde que expressamente pactuada.

Veja-se, a propósito:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – DIVERGÊNCIA – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – JUROS COMPOSTOS – MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001 – RECURSOS REPETITIVOS – CPC, ART. 543-C – TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC) – EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL – COBRANÇA – LEGITIMIDADE – PRECEDENTES – MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF) – POSSIBILIDADE.*
>
> *1. 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada'. (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).*
>
> *(...).*
>
> *9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:*
>
> *-1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto."* (REsp 1251331/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013)

No mesmo sentido, a Súmula 541 do STJ:

> *"A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada."*

De igual forma, o entendimento desta Corte:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO – JUROS REMUNERATÓRIOS COM BASE NA MÉDIA DE MERCADO – MANTIDO – CAPITALIZAÇÃO MENSAL CONTRATADA EXPRESSAMENTE – TAXA ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA MENSAL – LEGALIDADE - MORA DESCARACTERIZADA – CABIMENTO DE RESTITUIÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Verificado no caso que os juros remuneratórios contratados são muito superiores à taxa média de mercado, configurada a abusividade para revisão dos encargos. Segundo posicionamento cristalizado pelo STJ no âmbito dos recursos repetitivos, não é vedada a capitalização do juros em periodicidade inferior à anual, desde que expressamente pactuada, sendo suficiente para a sua cobrança a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal. A cobrança de encargos abusivos no período da normalidade leva à descaracterização da mora."* (TJMS. Apelação Cível n. 0806825-63.2014.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 17/06/2020, p: 22/06/2020)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA – POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (SÚMULA 297, STJ) –*

JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO – RECURSO ESPECIAL N. 1.061.530/RS E SÚMULA 530, STJ – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – POSSIBILIDADE – CONTRATO CELEBRADO APÓS 31/3/2000 – (SÚMULA 539, STJ) – TAXA DE JUROS ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA MENSAL (SÚMULA 541, STJ) – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – NÃO CONHECIMENTO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. 1. Quanto aos juros remuneratórios, predomina a premissa de que a sua estipulação em percentual superior a 12% a.a., por si só, não indica abusividade (Súmula 382, STJ), apenas podendo ser considerado como imoderado quando destoar da taxa média de mercado determinada pelo Banco Central do Brasil(REsp 1.061.530/RS), o que não ocorreu in casu. 2. É plenamente cabível a capitalização mensal de juros nos contratos celebrados a partir de 31/3/2000, bastando para sua comprovação a constatação de ser a taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal, sendo que no caso concreto tais requisitos foram cumpridos. 3. A tese levantada em sede recursal referente a ilegalidade da cobrança de comissão de permanência representa inovação à lide, tornando incabível o conhecimento do recurso neste ponto. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido." (TJMS. Apelação Cível n. 0801621-24.2018.8.12.0045, Sidrolândia, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 27/05/2020, p: 01/06/2020)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – JUROS REMUNERATÓRIOS – TARIFA DE CADASTRO – TARIFA DE REGISTRO DE CONTRATO – COBRANÇA DE VALOR DE SEGURO – CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM JUROS MORATÓRIOS E MULTA – IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO AUTORAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Se as razões recursais apontam os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende que seja proferido novo julgamento, não há ofensa ao princípio da dialeticidade. Quando a análise da demanda reclama simples aplicação do direito à espécie (avaliação da legalidade dos encargos aplicados), não se verifica a necessidade de realização de perícia contábil, afastando-se a arguição de cerceamento de defesa. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que, sendo a taxa de juros anual superior ao duodécuplo da taxa mensal, é legítima a cobrança da taxa de juros mensal capitalizada. É devida a limitação dos juros remuneratórios somente quando devidamente comprovado que a taxa exigida pelo banco supera consideravelmente a taxa média de mercado, aplicada às operações de mesma espécie, divulgada pelo Bacen, adotando-se como parâmetro o entendimento proferido no Recurso Especial n. 1061530/RS. Havendo expressa contratação e cobrança no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira, considera-se válida a cobrança da tarifa de cadastro, conforme Incidente de Recurso Repetitivo instaurado no REsp n.º 1.255.573, no Superior Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.578.553/SP, Tema 958, firmou o entendimento de ser válida a tarifa de registro de contrato, ressalvadas a abusividade da cobrança por serviço que não foi efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva, cada caso concreto. Inexistindo prova de que a contratação do seguro foi imposta ao consumidor, não há falar em venda casada, devendo ser reconhecida a legalidade de sua cobrança. Afasta-se o argumento de que descabe a cumulação da comissão de permanência com juros de mora e multa quando nem sequer há previsão contratual da incidência da aludida comissão." (TJMS. Apelação Cível n. 0800619-69.2019.8.12.0017, Nova Andradina, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 27/02/2020, p: 02/03/2020)

No caso em tela, em análise ao contrato (f. 74-77), percebe-se que as taxas de juros praticadas foram superiores ao duodécuplo da taxa mensal, bem como o item 5 das Cláusulas e Condições Gerais do contrato há expressa previsão acerca da capitalização diária, senão vejamos:

5. ENCARGOS REMUNERATÓRIOS: Ao valor do crédito utilizado, durante o período de utilização, serão acrescidos juros, capitalizados diariamente, calculados à taxa efetiva pré-fixada inicial, conforme expresso no item 2.3.

Desta feita, conforme precedentes vinculantes acima citados, não restou configurada a abusividade relatada, devendo ser mantida a previsão contratual nesse tocante.

Da utilização da Tabela *Price.*

Argumentam os apelantes que o método de amortização da dívida feito pela Tabela *Price* é ilegal e abusiva, porque sua utilização implica em aplicação de juros compostos, devendo ser afastado, por tornar a obrigação excessivamente onerosa.

Sobre o tema, cumpre anotar os seguintes esclarecimentos:

> *"No sistema da Tabela Price, ou sistema francês de amortização, as prestações, desde o início do contrato, mantêm valor uniforme. As prestações são constantes, em termos reais, para todos os meses do financiamento. Sendo o valor da prestação fixo, a utilização da Tabela Price implica em se realizar pequenas amortizações iniciais do saldo devedor, sendo a maior parte da prestação representada pelo pagamento de juros."* (RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 7. ed., 2007. p.173).

Assim, não bastasse ser a Tabela *Price* de larga aplicabilidade, pela estabilidade concedida ao financiamento de longo prazo, necessário salientar que, em muitos casos, é este sistema de amortização que permite ao adquirente a realização do negócio. Assim, uma vez contratado, não tem como ser reputado ilegal ou abusivo.

Portanto, a utilização da referida tabela, por si só, não indica abusividade, pois apenas prevê a amortização dos juros antes do principal.

No caso, da análise do contrato não há sequer indicação da aplicação da tabela, pois não houve estipulação de pagamento em parcelas fixas e em datas certas, mensais.

Logo, inexistindo aplicação da Tabela *Price* ao caso em análise, não há interesse da parte autora na sua declaração de ilegalidade.

Ademais, este E. TJMS já assentou entendimento acerca da legalidade da Tabela *Price*:

> *"AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C TUTELA DE URGÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA TABELA PRICE PELA GAUSS – IMPOSSIBILIDADE – CET – PREVISÃO NO CONTRATO – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – DÉCUPLO DA MENSAL - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. A* ***utilização da Tabela Price não caracteriza, por si só, a prática de anatocismo, pois apenas prevê a amortização dos juros antes do principal. In casu, não é possível consignar nenhuma ilegalidade na aplicação tácita da Tabela Price - dada a explícita previsão de parcelas fixas-, no contrato de financiamento sob discussão.*** *No que tange ao Custo Efetivo Total - CET, impende esclarecer, primeiramente, que este não se confunde com a taxa anual de juros remuneratórios, já que aquele engloba os juros remuneratórios e também outras despesas, tais como tributos, tarifas administrativas, seguros e outras despesas cobradas dos clientes, de modo que não há se falar em abusividade do mesmo, porquanto o apelante foi previamente cientificado da taxa de juros contratada, bem como das demais condições do contrato. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva mensal contratada."* (TJMS. Apelação Cível n. 0803905-77.2018.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 09/03/2020, p: 10/03/2020). (G.n.).

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – REVISIONAL DE CONTRATO – CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADO – SISTEMA PRICE DE AMORTIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – JUROS REMUNERATÓRIOS – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – TARIFA DE CADASTRO – TARIFA DE SEGURO. 01. Não há cerceamento de defesa quando inexistente prejuízo decorrente do fato alegado. 02.* ***A utilização do Sistema Price, por si só, não é abusiva, pois não se destina a incorporar juros não liquidados no saldo devedor.*** *03. Não se*

mostra abusiva a taxa de juros remuneratórios estipulada em percentual inferior à taxa média praticada no mercado no período da contratação. 04. É legal a estipulação da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que pactuada. 05. A tarifa de cadastro quando contratada é válida e somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. 06. A cobrança de seguro é prática abusiva, uma vez que, nos termos do artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos. Recurso provido em parte." (TJMS. Apelação Cível n. 0800854-24.2019.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 16/03/2020, p: 17/03/2020). (G.n.).

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – ILEGALIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS E DE TARIFAS BANCÁRIAS – ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS – TABELA PRICE – MANTIDA – TARIFAS BANCÁRIAS – ENTENDIMENTO DO STJ – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. O contrato previu a capitalização mensal de juros. Ademais, o Enunciado de Súmula do Superior Tribunal de Justiça n. 539 preconiza que é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada (Resp 1.112.879, Resp 1.112.880 e Resp 973.827). ***A utilização da Tabela Price não caracteriza, por si só, a prática de anatocismo, pois apenas prevê a amortização dos juros antes do principal.*** *Não restando prevista a adoção do referido método, resta prejudicado, no particular, o pleito do consumidor no sentido do seu afastamento e da sua substituição pelo Método GAUSS para a apuração do saldo devedor. É permitida a cobrança da Tarifa de Cadastro, pois não está sujeita a qualquer limitação temporal, tendo sido mantida a legalidade de sua cobrança no Recurso Especial 1.251.331/RS do STJ. É ilegal a cobrança da Tarifa de Registro de Contrato e de Avaliação, pois transfere ao consumidor encargo que deveria ser suportado pela instituição financeira, justamente porque eventuais despesas correspondem ao ônus de sua atividade econômica, não se tratando de serviço prestado em favor do consumidor."* (TJMS. Apelação Cível n. 0801256-02.2018.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 18/09/2019, p: 20/09/2019). (G.n.).

Nessa senda, nego provimento a este tópico do recurso.

Do afastamento da mora.

Por fim, os apelantes pontuam que *"não há que se falar que a mora não está afastada, pois vários pontos e questões contratuais e cláusulas abusivas presentes nos contratos, fazem com que a mora reste afastada."*

Sem razão entretanto.

O simples ingresso de ação judicial para revisão do contrato não afasta a mora do devedor, sendo necessário o depósito em juízo do valor incontroverso das parcelas devidas.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.061.530/RS, em 22 de outubro de 2008, firmou orientação de que somente descaracterizaria a mora, caso fosse reconhecida a abusividade dos juros remuneratórios e sua capitalização, senão vejamos:

"Configuração da mora: a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual."

Posteriormente sobreveio novo julgamento sobre o tema pelo STJ, também em sede de recursos repetitivos, em 22 de abril de 2009, que resultou na edição do seguinte enunciado:

> *"Súmula 380 - A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor."*

Nesse passo, não havendo declaração de abusividade na taxa de juros remuneratórios e capitalização de juros pactuada, tampouco realizado a consignação de valores da dívida incontroversa, não há descaracterização da mora.

Assim, nego provimento ao referido pedido.

Do prequestionamento.

Enfim, quanto ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, eis que toda a matéria foi satisfatoriamente apreciada, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Jorge Gomes da Costa - ME e Jorge Gomes da Costa, mas nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença em sua íntegra.

Majoro a verba honorária desta fase recursal em 02% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no § 11 do art. 85 do CPC, suspensa a exigibilidade, por ser os apelantes beneficiários da justiça gratuita.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 10 de setembro de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator designado Des. João Maria Lós
Agravo de Instrumento nº 1410606-68.2018.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – EMPRESARIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DESNECESSIDADE – DECISÃO REFORMADA.

Deve ser reconhecida a desnecessidade de instaurar incidente de desconsideração da personalidade jurídica, e determinar o avanço nos bens de ambas as pessoas físicas declaradas como proprietárias da empresa executada, reformando-se a decisão que acolheu o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, quando se verifica a existência de confusão patrimonial entre as antigas proprietárias da empresa as pessoas para quem foi realizada a venda, sem qualquer alteração de CNPJ.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que negava provimento.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Des. João Maria Lós – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Portes Advogados Associados S/S EPP, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de execução ajuizada pelo agravante contra Vania Martins Faria-ME.

Narra o agravante que os autos principais tratam de execução de título extrajudicial proposta pelo agravante contra Vânia Martins Faria-ME.

Relata que, na primeira tentativa de citação da executada, houve negativa de realização do ato, contudo, em informação do oficial de justiça, fora constatado que no local indicado funcionava uma empresa denominada "Mulekas Fitness", cuja proprietária seria Sra. Erika Martins, a qual informou que havia adquirido aquela empresa da Sra. Vânia Martins Faria.

Discorre que, em razão da semelhança no segmento de trabalho, fora requerida à citação na pessoa da nova proprietária da executada, sendo o ato realizado de maneira perfeita, conforme verifica-se da certidão do oficial de justiça.

Conta que, ante a ausência de pagamento no prazo determinado em lei, bem como a inexistência de bens em nome da personalidade jurídica constatado através de buscas realizadas via sistemas BacenJud, Renajud e InfoJud, fora requerido avanço da busca de bens em nome das proprietárias, considerando se tratar de empresa individual na qual os patrimônios se confundem.

Aduz que, em consulta realizada no sitio da Receita Federal, o CNPJ executado não teve alteração para inclusão da sócia e evolução para empresa limitada, como também não houve encerramento ou baixa da personalidade jurídica, estando atualmente a empresa ativa para todos os fins.

Argumenta que, embora se trate de enquadramento como microempresa, a informação de compra trazida pela Sra. Érica Martins faz crer que se trata de sociedade irregular, incluindo-a assim como responsável em conjunto com a primeira.

Assinala que nos termos dos arts 1.003, parágrafo único e 1.025 do Código Civil, estendem-se por até dois anos a responsabilidade das dívidas da empresa para a sócia retirante, bem como imputa-se à nova sócia as responsabilidades adquiridas.

Nesse passo, pondera a desnecessidade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica, constante no artigo 137 do Código de Processo Civil.

Diz que referida dispensa se dá em razão da responsabilidade ilimitada do sócio, dado o enquadramento da empresa, uma vez que se confundem os patrimônios das proprietárias e empresa individual.

Sustenta que, como fixado no artigo 50 do Código Civil, em caso de confusão patrimonial, há de se estender aos bens dos sócios às responsabilidades advindas das relações da personalidade jurídica.

Pede efeito suspensivo e, ao final, pugna pelo provimento do presente recurso para o fim de reformar a decisão agravada, a fim de determinar a desnecessidade de instaurar incidente de desconsideração de pessoa jurídica, pela confusão patrimonial, determinando o avanço nos bens de ambas as pessoas físicas declaradas como proprietárias da empresa executada.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Sem contrarrazões.

VOTO (EM 18/02/2020)

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Portes Advogados Associados S/S EPP, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de execução ajuizada pelo agravante contra Vania Martins Faria-ME.

É do caderno processual que o agravante propôs execução de título extrajudicial contra Vânia Martins Faria-ME.

Consta também dos autos que o oficial de justiça certificou que no endereço indicado como sendo da executada funciona a empresa Mulekas Fitness, cuja proprietária trata-se de Erika Martins, a qual informou que adquirira aquela empresa da própria Vânia Martins Faria, motivo pelo qual deixou-se de citar Vania Martins Faria -Me.

Tem-se, ainda, que foi determinada pelo juiz a citação de Mulekas Fitness, na pessoa de sua representante legal, Erika Martins, uma vez que esta informou ao oficial de justiça que havia adquirido a empresa executada da Sra. Vânia Martins Faria.

Outrossim, restaram infrutíferas as tentativas de encontrar bens da empresa agravada, passíveis de penhora. Diante disso, a agravante requereu o bloqueio de bens e valores de Vânia Martins Faria e da suposta adquirente do estabelecimento empresarial, Erika Martins.

Então, o magistrado *a quo* determinou à agravante que demonstrasse o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração da personalidade jurídica, decisão contra a qual ora se insurge.

Em suas razões recursais, afirma que, em razão da responsabilidade ilimitada do sócio, dado o enquadramento da empresa, confundem-se os patrimônios das proprietárias e empresa individual, de modo que se torna desnecessária a formação do incidente de desconsideração.

Sustenta que, embora se trate de enquadramento como microempresa, a informação de compra trazida pela Sra. Érica Martins faz crer que se trata de sociedade irregular, incluindo-a, assim, como responsável em conjunto com a primeira.

Pois bem.

De fato, tratando-se de empresário individual constituído na forma dos arts. 966 a 968 do Código Civil, a responsabilidade dele será solidária e ilimitada, inexistindo separação patrimonial, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica para que o patrimônio da pessoa física responda pelas obrigações da empresa.

Ocorre que, segundo informado pela própria agravante, em consulta ao sítio eletrônico da Receita Federal, o CNPJ executado não teve alteração para inclusão da sócia e evolução para empresa limitada, como também não houve encerramento ou baixa da personalidade jurídica, estando atualmente a empresa ativa para todos os fins.

Portanto, conforme se infere da narrativa do agravante, há indícios de que a sucessão operada seja irregular, com a transformação da empresa individual em sociedade entre Vânia e Érika, circunstância que deve ser devidamente apurada, por meio de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para que se possa alcançar bens de pessoas estranhas à execução.

Os artigos 133 e seguintes do NCPC estabelecem a necessidade de abertura de incidente processual para avaliação da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. A intenção do legislador na criação do incidente é abrir ao jurisdicionado a possibilidade de combater sua inclusão no polo passivo da demanda, garantindo, assim, o contraditório e prestigiando a ampla defesa, além, é claro, de estabelecer rito adequado, liturgia específica, de forma a preservar a ordem e o Estado de Direito.

É que, consoante disposto no art.5º, LIV, da Constituição Federal *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."*

Destarte, nestas condições, em que há elementos indicativos de abuso da personalidade jurídica, de rigor a instauração do incidente para que seja determinada a penhora de bens da sucessora.

Nesse sentido, colho aresto do E.TJDFT:

> *"EMPRESARIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURAÇÃO – SUCESSÃO IRREGULAR CARACTERIZADA – POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO – DECISÃO MANTIDA. 1 - Segundo o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, não está obrigado o Juiz, cuja convicção esteja formada, a proceder à instrução probatória, mormente quando esta se revelar claramente inútil ou protelatória (CPC, art. 370, parágrafo único). Em casos tais, não configura cerceamento de defesa o indeferimento de diligência inútil ou meramente protelatória requerida pela parte. 2 -* ***Formado o incidente processual próprio (incidente de desconsideração da personalidade jurídica) e respeitado o devido processo legal, é possível, à soma dos elementos de informação constantes dos autos (tais como identidade de sócios, de objeto social, etc.), que se reconheça a ocorrência de sucessão empresarial irregular, de modo a permitir com que o patrimônio da pessoa jurídica sucessora responda pelo débito exequendo - contraído pela pessoa jurídica sucedida -, em verdadeira expansão subjetiva da relação jurídica processual, por meio***

> ***do redirecionamento dos atos de excussão e, por conseguinte, confirma-se a decisão que acolheu o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Agravo de Instrumento desprovido."*** (TJ-DF 07181750520188070000 DF 0718175-05.2018.8.07.0000, Relator: Angelo Passareli, Data de Julgamento: 12/12/2018, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/12/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.). (G.n.).

Com efeito, torna-se inviável que atos expropriatórios direcionem-se a supostos sucessores sem exame acerca dos requisitos do art.50 do CC, com a realização do incidente, sob a observância do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, nota-se, da consulta aos autos de origem, que o incidente foi instaurado e está em andamento, sendo de rigor a sua continuidade para a verificação da possibilidade de atendimento do pleito do exequente.

Pelas razões expendidas, nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Lós), após o relator negar provimento, o 2º vogal aguarda.

VOTO (10/03/2020)

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º Vogal)

Pedi vista aos autos para melhor análise da matéria aqui debatida.

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por Portes Advogados Associados S/S EPP em face da decisão de f. 34 que, nos autos do incidente de desconsideração de personalidade jurídica que promove em face de Vania Martins Faria ME, determinou a emenda à inicial.

Alega que, ante a ausência de pagamento e a verificação da inexistência de bens em nome da empresa, pleiteou-se a busca de bens em nome das proprietárias, por se tratar de empresa individual na qual os patrimônios se confundem.

Aduz que, em consulta realizada no sitio da Receita Federal, o CNPJ executado não teve alteração para inclusão da sócia e evolução para empresa limitada, como também não houve encerramento ou baixa da personalidade jurídica, estando atualmente a empresa ativa para todos os fins.

Argumenta que, embora se trate de microempresa, a informação de compra por Érica Martins a inclui como responsável em conjunto com a antiga proprietária.

Requer, assim, seja concedido efeito suspensivo e, ao final, seja declarada a *"desnecessidade de instaurar incidente de desconsideração de pessoa jurídica, pela confusão patrimonial, determinando o avanço nos bens de ambas as pessoas físicas declaradas como proprietárias da empresa executada (f. 10)."*

É o relatório. Decido.

Trata-se de decisão que determinou a emenda à inicial, por não entender pela presença dos requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica.

Em que pese os argumentos expendidos no voto do e. relator, entendo por bem divergir de seu entendimento, pelas razões que passo a expor:

Em primeiro lugar, considerando a doutrina mais moderna sobre o tema, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *"(...) na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, tendo o direito a produção de prova para convencer o juízo de sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos arts.135 e 136 do Novo CPC ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória no incidente ora analisado."* (*in* Novo código de processo civil comentado. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 218)

Trata-se do poder geral de cautela do juiz para a garantia da satisfação do crédito exequendo, a fim de evitar eventual venda ou transferência de bens, antes da decisão final do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, fato que poderá ser irreversível.

Nesse sentido, defende a doutrina:

> *"(...) é preciso registrar que a previsão legal que exige o contraditório tradicional não afasta peremptoriamente o contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica, apenas o tornando excepcional.*
>
> *Dessa forma, sendo preenchidos os requisitos típicos da tutela de urgência e pedido de antecipação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, entendo admissível a prolação de decisão antes da intimação dos sócios e da sociedade."* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p.219)

In casu, verifica-se que o juízo *a quo,* diante do pedido de declaração de desconsideração da personalidade jurídica feito na inicial do cumprimento de sentença, com base no poder geral de cautela, considerando a presença de fortes elementos de prova dos argumentos apresentados pela parte agravante, substanciada em prova documental acostada aos autos, entendeu que a parte deve emendar a inicial, por não ter demonstrado os requisitos exigidos para a desconsideração da personalidade jurídica.

Analisando os autos, constata-se a presença da probabilidade do direito invocado pela parte exequente quanto a ocorrência de sucessão empresarial e confusão patrimonial, com o intuito de dificultar o recebimento dos credores.

Nesse aspecto, percebe-se que os fatos narrados pelo exequente têm certa aparência de veracidade, pois a empresa mencionada é devedora, tendo sido passada a propriedade de uma pessoa à outra sem que houvesse qualquer alteração em seu CNPJ que viesse a caracterizar a ausência de responsabilidade da nova adquirente, ou seja, não há comprovação de que houve qualquer alteração junto à Receita Federal.

Ainda que seja simplório o contexto fático até então conhecido, percebe-se o emaranhado de atitudes das pessoas envolvidas, físicas e jurídicas, e este emaranhado atesta duas certezas, quais sejam, a existência de obrigações e a inadimplência.

Pelo exposto, divirjo do e. relator e dou provimento ao recurso interposto para, reformando a decisão agravada, reconhecer a desnecessidade de instaurar incidente de desconsideração da personalidade jurídica, bem como, para determinar o avanço nos bens de ambas as pessoas físicas declaradas como proprietárias da empresa executada.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que negava provimento.

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, 10 de março de 2020.

***

Órgão Especial
Relator Des. João Maria Lós
Mandado de Segurança Cível nº 1414085-35.2019.8.12.0000

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR – REJEITADA – INADEQUAÇÃO DA VIA ALEITA – REJEITADA – IMPETRANTE PORTADOR DE SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA, – SIDA/AIDS – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA – ART. 6º, INCISO XIV DA LEI Nº 7.713/88 – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Muito embora a AGEPREV seja uma autarquia, certo é que existe controle finalístico exercido pelo ente da Administração Pública Direta (Secretaria de Estado de Administração) sobre o ente da Administração Pública Indireta, estabelecido como poder de supervisão ou tutela administrativa. Assim o Governador do Estado tem legitimidade e competência para rever, a qualquer tempo, os atos praticados pela Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, haja vista a vinculação da mencionada entidade autárquica com a Secretaria de Administração, conforme se depreende do artigo 1º, *caput* e § 2º, da Lei n. 3.545, de 17.07.2008. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada, contra o parecer.

O impetrante insurge contra ilegalidade e abuso de poder cometido pelos impetrados, os quais indeferiram isenção de imposto de renda do impetrante, o qual está acometido de síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), rol taxativo do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 e § 2º do art. 30, da Lei n. 9.250/95 e não contra o Laudo da Junta Médica Pericial, elemento este que dependeria de ulterior dilação probatória. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada, com o parecer.

No caso, o impetrante requer a isenção de imposto de renda retido na fonte e redução da base da contribuição previdenciária, com base no rol taxativo do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, por ser portador de Síndrome da Imunodeficiência adquirida - SIDA/AIDS.

Essa Corte já se posicionou que o objetivo da isenção do imposto de renda para as pessoas portadoras de alguma moléstia que consta no rol elencado da norma específica é de reduzir os encargos financeiros, eis que o fato de constar que a moléstia já esteja controlada não impede a concessão do benefício isencional. (TJMS. Apelação n. 0803927-40.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 15/08/2017, p: 15/08/2017).

Nos termos do art. 40, § 21 da Constituição Federal ao portador de doença incapacitante é garantida a inexigibilidade das contribuições sobre a parcela de proventos que não supere o dobro do limite máximo estabelecido para os beneficiários do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da CF/88.

A Corte Superior também tem entendido que *"o termo inicial da isenção da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico especializado e não necessariamente a data de emissão do laudo oficial."* (AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 835.875/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017).

Concedo a segurança ao impetrante reconhecendo o direito à isenção do pagamento do imposto de renda com base no art. 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713/88, bem como a redução da base de cálculo da contribuição previdenciária (art. 20, inciso V, da Lei Estadual nº 3.150/2005, com efeito a partir da impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, contra o parecer, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador. Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, concederam a segurança, tudo nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de junho de 2020.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

M. J. D. dos S. impetra mandado de segurança cível em face de ato da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, Governador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, Junta de Perícia Médica da Coordenadoria de Perícia, consistente no indeferimento do pedido de isenção de imposto de renda e redução de base de contribuição previdenciária.

Sustenta, e síntese, que foi reformado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, por invalidez permanente, publicado em 30/08/2019, no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, nº 9.976, página 116-117, em cumprimento da Decisão Judicial dos autos de Apelação n° 0828201-68.2014.8.12.0001/TJMS.

Aduz que requereu administrativamente à AGEPREV/MS, isenção de imposto de renda retido na fonte e redução da base da contribuição previdenciária, com base no rol taxativo do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, por ser portador de Síndrome da Imunodeficiência adquirida - SIDA/AIDS.

Esclarece que foi submetido à Junta de Perícia Médica da Coordenadoria de Perícia Médica - FUNSAU, em 28/06/2019, sendo certo quer restou indeferindo a isenção de imposto de renda, sob o argumento de que o impetrante não se enquadra no rol taxativo das moléstias elencadas no inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88, no § 2º do art. 30, da Lei n. 9.250/95.

Assevera que é límpido o direito líquido e certo do impetrante em ter a isenção do imposto de renda retido na fonte e redução na base de cálculo previdenciário, uma vez que provou que está acometido de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, doença grave, contagiosa, incurável e incapacitante.

Requer, assim, a concessão da tutela de urgência para determinar a suspensão dos descontos de imposto de renda, em folha de pagamento do impetrante e, ao final, seja julgado procedente todos os pedidos para garantir a imediata suspensão dos descontos de imposto de renda e a redução da base de cálculo previdenciários, determinando-se, a imediata restituição dos indébitos já descontados na folha de pagamento do impetrante.

A liminar foi deferida em decisão de f. 91-96, *"para determinar às autoridades coatoras que se abstenham de reter na fonte o tributo de imposto de renda do impetrante, até final julgamento deste mandamus."*

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 106-111, requerendo seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Sr. Governador do Estado para figurar como autoridade coatora no presente *mandamus*. Caso não seja acolhida esta preliminar, que seja denegada a segurança, tendo em vista a inadequação da via eleita.

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV) e respectiva Perícia Médica Previdenciária prestaram suas informações às f 115-116/117-132, pugnaram pela denegação da segurança.

A d. PGJ, em parecer de f. 377-406, opinou pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul; rejeição da inadequação da via eleita; e, no mérito, pela concessão da segurança.

VOTO EM 20/05/2020

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

M. J. D. dos S. impetra mandado de segurança cível em face de ato da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, Governador(a) do Estado de Mato Grosso do Sul, Junta de Perícia Médica da Coordenadoria de Perícia, consistente no indeferimento do pedido de isenção de Imposto de renda e redução de base de contribuição previdenciária.

Sustenta, e síntese, que foi reformado da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, por invalidez permanente, publicado em 30/08/2019, no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, nº 9.976, página 116-117, em cumprimento da Decisão Judicial dos autos de Apelação n° 0828201-68.2014.8.12.0001/TJMS.

Aduz que requereu administrativamente à AGEPREV/MS, isenção de imposto de renda retido na fonte e redução da base da contribuição previdenciária, com base no rol taxativo do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, por ser portador de Síndrome da Imunodeficiência adquirida - SIDA/AIDS.

Esclarece que foi submetido à Junta de Perícia Médica da Coordenadoria de Perícia Médica - FUNSAU, em 28/06/2019, sendo certo que restou indeferido a isenção de imposto de renda, sob o argumento de que o impetrante não se enquadra no rol taxativo das moléstias elencadas no inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/88, no § 2º do art. 30, da Lei n. 9.250/95.

Assevera que é límpido o direito líquido e certo do impetrante em ter a isenção do imposto de renda retido na fonte e redução na base de cálculo previdenciário, uma vez que provou que está acometido de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS, doença grave, contagiosa, incurável e incapacitante.

Requer, assim, a concessão da tutela de urgência para determinar a suspensão dos descontos de imposto de renda, em folha de pagamento do impetrante e, ao final, seja julgado procedente todos os pedidos para garantir a imediata suspensão dos descontos de imposto de renda e a redução da base de cálculo previdenciários, determinando-se, a imediata restituição dos indébitos já descontados na folha de pagamento do impetrante.

A liminar foi deferida em decisão de f. 91-96, *"para determinar às autoridades coatoras que se abstenham de reter na fonte o tributo de imposto de renda do impetrante, até final julgamento deste mandamus."*

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 106-111, requerendo seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Sr. Governador do Estado para figurar como autoridade coatora no presente *mandamus*. Caso não seja acolhida esta preliminar, que seja denegada a segurança, tendo em vista a inadequação da via eleita.

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV) e respectiva Perícia Médica Previdenciária prestaram suas informações às f 115-116/117-132, pugnaram pela denegação da segurança.

A d. PGJ, em parecer de f. 377-406, opinou pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul; rejeição da inadequação da via eleita; e, no mérito, pela concessão da segurança.

É o relatório. Decido.

Da preliminar de ilegitimidade passiva.

Em sede preliminar, como visto, o Estado de Mato Grosso do Sul requereu o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Governador Estadual eis que, segundo aduzido, o *decisum* administrativo impugando (ato de indeferimento de isenção de IRPF e de redução de base de cálculo previdenciária) tratar-se-ia de ordem de autoria do Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV/MS, no uso de atribuições conferidas pelo artigo 97 da Lei de número 3.150/05, e não do Chefe Máximo do Executivo Estadual.

De fato, a Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do SuL - AGEPREV, é uma autarquia e tem o poder de gerência sobre os servidores aposentados e pensionistas do Estado de Mato Grosso do Sul. Ocorre que a Secretaria de Estado de Administração, órgão da administração pública direta, detém controle finalístico sobre a referida autarquia, órgão da administração indireta. Tal controle tem sido conceituado pela doutrina como supervisão ou tutela administrativa.

A propósito, cito julgados desta Corte:

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO –* ***PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR – REJEITADA*** *– PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA – REJEITADA – MÉRITO – POLICIAL MILITAR INATIVO – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 127/2008 – IMPLEMENTAÇÃO DE SUBSÍDIO EM NÍVEIS DE I A VI, DE ACORDO COM TEMPO DE CARREIRA, CONTADOS EM QUINQUÊNIOS DE EFETIVO SERVIÇO PRESTADO – REGRAMENTO PARA OS POLICIAIS ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 218/2016 QUE VEIO ACRESCENTAR O NÍVEL VII DE SUBSÍDIO PARA OS POLICIAIS COM MAIS DE 30 ANOS DE CARREIRA – IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE ATIVOS E INATIVOS, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE – IMPETRANTE QUE NÃO DETÉM 30 (TRINTA) ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO NO POSTO OU GRADUAÇÃO – DENEGADA A ORDEM.* ***1. Muito embora a Ageprev seja uma autarquia, certo é que existe controle finalístico exercido pelo ente da Administração Pública Direta (Secretaria de Estado de Administração) sobre o ente da Administração Pública Indireta, estabelecido como poder de supervisão ou tutela administrativa. Assim o Governador do Estado tem legitimidade e competência para rever, a qualquer tempo, os atos praticados pela Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, haja vista a vinculação da mencionada entidade autárquica com a Secretaria de Administração, conforme se depreende do artigo 1º, caput e § 2º, da Lei n. 3.545, de 17.07.2008*** *2(...)."* (TJMS. Mandado de Segurança Cível n. 1411411-55.2017.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 24/01/2018, p: 25/01/2018). (G.n.).

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGEPREV E DO ESTADO DE MS REJEITADAS – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 56 DA LEI COMPLEMENTAR N° 53/90 E 9° DO DECRETO ESTADUAL N° 10.769/2002 AFASTADA – LEGISLAÇÃO EDITADA COM BASE NA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS – POLICIAL MILITAR MORTO DURANTE O SERVIÇO – PENSÃO POR MORTE – PROMOÇÃO POST MORTEM – REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO – POSSIBILIDADE – DIREITO DE RECEBER A PENSÃO NO VALOR CORRESPONDENTE À NOVA GRADUAÇÃO DO POLICIAL FALECIDO – SEGURANÇA CONCEDIDA I- A promoção post mortem encontra previsão na legislação que rege a matéria, não havendo que se falar em inconstitucionalidade da referida norma, uma vez que existe a ressalva constitucional de que cabe aos Estados legislar sobre referida assunto, não restando demonstrada violação aos princípios constitucionais e gerais da previdência social. II -* ***A AGEPREV e o Estado, são partes legítimas para figurar no polo passivo das demandas que objetivam a concessão de benefícios previdenciários, tendo em vista que a mencionada Agência é vinculada à Secretaria de Estado de Administração.*** *(...)."* (TJMS. Mandado de Segurança nº 1408912-69.2015.8.12.0000. 3ª Seção Cível. Relator - Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. J. 21.03.2016). (G.n.).

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA – REJEITADA – MÉRITO – POLICIAIS MILITARES INATIVOS – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 127/2008 – IMPLEMENTAÇÃO DE SUBSÍDIO EM NÍVEIS DE I A VI, DE ACORDO COM TEMPO DE CARREIRA – CONTAGEM EM QUINQUÊNIOS DE EFETIVO SERVIÇO PRESTADO – REGRAMENTO PARA OS POLICIAIS ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 218/2016 – ACRÉSCIMO DO NÍVEL VII DE SUBSÍDIO PARA OS POLICIAIS COM MAIS DE 30 ANOS DE CARREIRA – IMPOSSIBILIDADE DE*

DISTINÇÃO ENTRE ATIVOS E INATIVOS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Embora a AGEPREV seja uma autarquia, certo é que existe controle finalístico exercido pelo ente da Administração Pública Direta sobre o ente da Administração Pública Indireta, estabelecido como poder de supervisão ou tutela administrativa. ***Assim o Governador do Estado tem legitimidade e competência para rever, a qualquer tempo, os atos praticados pela Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (Ageprev), devido à vinculação da mencionada entidade autárquica com a Secretaria de Administração, conforme se depreende do artigo 1º, caput e § 2º, da Lei n. 3.545, de 17.07.2008*** *(...).”* (TJMS. Mandado de Segurança nº 1405055-44.2017.8.12.0000. Órgão Especial. Relator: Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. J. 02.08.2017). (G.n.).

Com efeito, infere-se que o Governador tem legitimidade e competência para rever, a qualquer tempo, os atos praticados pela Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), haja vista a vinculação da mencionada entidade autárquica com a Secretaria de Estado de Administração, conforme se depreende do artigo 1º, *caput* e § 2º, da Lei Estadual n. 3.545, de 17.07.2008, que criou a mencionada Autarquia.

Essa conduta leva à aplicação da teoria da encampação, segundo a qual se legitima para figurar no polo passivo do mandado de segurança a autoridade hierarquicamente superior que encampa o ato da inferior e que tem competência para adotar a providência necessária à satisfação do direito reivindicado, se atendida a pretensão.

Posto isso, contra o parecer, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Des. Divoncir Schreiner Maran. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Julizar Barbosa Trindade. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Dorival Renato Pavan. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Marco André Nogueira Hanson. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (7º Vogal)

Em sede preliminar, o Estado de Mato Grosso do Sul defende a ilegitimidade passiva do Governador, considerando que o ato apontado como coator *“indeferimento administrativo dos pedidos de isenção do imposto de renda e da redução da base de cálculo da contribuição previdenciária”* trata-se de ordem do Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, AGEPREV/MS, sem relação direta com a atuação do Chefe do Poder Executivo Estadual.

O e. Relator, Des. João Maria Lós, rejeitou a preliminar sob o fundamento de que a AGEPREV é uma autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado de Administração, órgão da administração pública direta, que detém controle finalístico sobre a referida autarquia através de supervisão ou tutela administrativa. Segue o voto inaugural discorrendo que o Governador tem legitimidade para rever, a qualquer tempo, os atos

praticados pela AGEPREV, tendo em vista a vinculação da autarquia com a Secretaria de Administração. Entendeu também o nobre Relator que aplica-se, à hipótese, a teoria da encampação.

Após bem ver e examinar a questão, à luz da legislação aplicável, entendo que o Governador é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação constitucional, pelo que, respeitosamente, divirjo do Relator para acolher a preliminar arguida.

Exalto, nessa análise, que, segundo a jurisprudência do STJ, *"a competência para o processo e julgamento do mandado de segurança é estabelecida pelo critério ratione auctoritatis, sendo irrelevante a matéria tratada na impetração, a natureza do ato impugnado ou a pessoa do impetrante."* (AgRg no CC 132.156/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 27/08/2014).

Dessa forma, o que importa para a definição do órgão jurisdicional competente é a natureza da autoridade apontada como impetrada, responsável, em tese, pela prática do ato coator questionado no *mandamus*.

Nos termos do art. 127, I, "b", do RITJMS, compete ao Órgão Especial processar e julgar, originariamente, *"os mandados de segurança contra atos do Governador do Estado, dos Presidentes das Mesas da Assembleia Legislativa e do Tribunal de Contas, do Presidente do Tribunal de Justiça, seus membros no Órgão Especial e nas Seções, do Presidente do Conselho Superior da Magistratura e do Corregedor-Geral de Justiça."*

A despeito da inclusão do Governador do Estado do Mato Grosso do Sul no polo passivo do presente remédio constitucional, o que atraiu a competência deste Órgão Especial, fato é que os atos coatores questionados não foram de autoria do Chefe do Poder Executivo.

Conforme entendimento pacífico do STJ, *"a autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal (...)."* (RMS 23.554/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/09/2010).

No presente caso, os atos apontados como coatores, que, como já dito, consistem nos indeferimentos dos pleitos administrativos de isenção do imposto de renda e redução da base de cálculo da contribuição previdenciária, foram claramente praticados pelo Diretor-Presidente da AGEPREV, conforme consta à f. 47.

O Governador, por sua vez, embora esteja em posição de superioridade hierárquica em relação ao Presidente da autarquia previdenciária, nada tem a ver com o ato praticado por ele, ora impugnado, não devendo, por isso, figurar no polo passivo desta ação.

Elucidativos e pertinentes são os argumentos apresentados pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça em seu parecer, os quais, pela excelência de seus fundamentos, adoto como razões complementares de decidir, *in verbis*:

> *"Tem razão o ente político quando aponta o vício de legitimidade passiva referido. Ora!, basta uma simples conferência dos autos administrativos que importam ao caso (de n.º 55/501283/19) para se notar que, ao incorporar pareceres da Comissão Executiva de Perícia Médica CEPEM e de setores jurídicos e técnicos da AGEPREV/MS (f. 40-42/43-44), perfectibilizara-se o famigerado ato de indeferimento de isenção tributária e redução de base de contribuição previdenciária informado por juízo decisório direto e franco do Diretor-Presidente da Autarquia Estadual envolvida (conforme formato deliberativo constante de f. 46, datado de 24.09.2019).*
>
> *Aliás, no Diário Oficial Eletrônico de n.º 9.994, de 25 de setembro de 2019, a veiculação do prefalado conteúdo deliberativo vertera-se deveras sob a indicação marginal da Autoridade noticiada, ao final assinada como a autora do indeferimento objurgado (f. 47-203).*
>
> *Desse modo, é axiomático que a indevida inclusão de sua Excelência, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, no polo passivo do mandamus reverbera um vício ao procedimento, na perspectiva dos elementos subjetivos do writ, eis que o indigitado não*

chegara a colaborar, minimamente que fosse, para a confecção do decisum administrativo ora questionado em seara judicial. De todo modo, frise-se, desde já, que essa apontada constatação irregular não merece implicar a extinção geral do feito sem oportuna resolução de mérito, mostrando-se suficiente, para a retomada da regularidade procedimental, que se proceda à exclusão do mandatário maior do polo passivo da ação constitucional, prosseguindo a demanda com respeito aos demais implicados pela parte ativa; tal raciocínio, para além do princípio da economia processual, tem em conta, inclusive, o próprio fato de que, a despeito da irregularidade apreendida, a Autoridade responsável pelo ato que se reputa acoimado Diretor-Presidente da AGEPREV fora devidamente notificada quanto ao teor da demanda (f. 101) no que se seguiu típica e respectiva prestação de informações às f. 115-116/117-132 -, visto que a petição inicial igualmente se dirigira contra a cúpula institucional da ventilada Autarquia Previdenciária.

Ainda sobre a inoportunidade passiva de incrustamento processual do Senhor Governador do Estado, conste-se que, mesmo que a jurisprudência nacional se tenha consolidado no sentido de legitimar a participação do Estado aqui entendido como pessoa jurídica formadora da unidade federativa - em posto defensivo das ações que, tal-qual a presente, também almejam o reconhecimento do direito à isenção e/ou à restituição de tributo federal retido na fonte, isso não significa, em absoluto, uma equivalência da tal adequação subjetiva passiva do ente político para responder às ações da índole enunciada com a legitimidade do mandatário que o conduz para a integração de uma mesma relação processual. Em verdade, Pessoa Jurídica e Chefe Político não se confundem, não se podendo afirmar a pertinência da legitimidade passiva do último apenas porquanto certificada a daquela, malgrado a geral 'presentação' estatal se estampe mediante atuação do inferido mandatário (Teoria do Órgão Otto Gierke); de fato, dizer que o Estado deve ocupar o polo passivo do mandamus não é o mesmo que dizer que seu preposto eleito detém aptidão para, em seu próprio nome, dividir esse espaço.

No caso presente, o Estado de Mato Grosso do Sul, notificado na pessoa de seu Procurador-Geral (f. 95-105), efetivamente integra o polo passivo da demanda, e isso não só porque apontado em sede preambular como parte legítima para tanto (f. 03), como também porque, em termos da figura jurídica do writ, impõe, o artigo 7.º, inciso II, da Lei de Regência (de n.º 12.016/09), que a pessoa jurídica de direito público à qual o Impetrado pertença, com este, forme um litisconsórcio passivo necessário (cediço que, in casu, a cúpula institucional implicada é componente indissociável da Pessoa Jurídica de Direito Público enunciada). Portanto, o Estado, parte legítima para o writ, nele já se encontra cravado, atendendo àquela jurisprudência pátria que o implica nas ações fiscais de arrecadação na fonte; não se afigurando salutar, de todo modo, que esse simples fato tenha o condão de revisitar a conclusão pela impertinência de participação do Governador Estadual, como Autoridade Pública e em nome próprio, no polo passivo da ação constitucional, eis que, como visto, o ato tido por invectivado se lhe denota inteiramente estranho.

Por outro viés, o campo processual não é terreno fértil para germinar a conhecida 'Teoria da Encampação' e, ainda que assim fosse, sequer precisaria ser por ela socorrido. É que a determinada construção jurídica tem por escopo permitir o pleno julgamento do mandado de segurança mediante supressão do vício subjetivo, com o ingresso, no bojo do writ, da Autoridade Coatora correta ou com a continuidade dos atos processuais pela simples presença da pessoa jurídica implicada; isso desde que a correção pontuada não venha a ensejar modificação da competência jurisdicional, o que é certo na fatispécie, com a extração da figura do Senhor Governador. No caso concreto, de todo modo, como já noticiado, a correta Autoridade Coatora quedou-se notificada do teor da ação e, por meios institucionais, prestou oportunas informações, de sorte que, com a mera exclusão da diversa Autoridade erroneamente assinalada, está, o feito, apto a ter seu mérito percorrido e, enfim, resolvido pelo adequado órgão jurisdicional; daí porque seria mesmo despicienda a aplicação teórica em voga, verificado que o contexto do caso já o orienta a uma resolução mediante cognição exauriente.

(...).

Em termos gerais, portanto, conclua-se que, se, por um lado, é razoável o acatamento da tese de ilegitimidade passiva do Governador do Estado na realidade esposada, por outro, sua exclusão respectiva não detém o condão de ensejar maiores prejuízos ao feito (que já conta com a configuração do contraditório exercido pela Autoridade adequada e pertinente pessoa jurídica litisconsorte), observando-se, apenas e tão-somente, que, ao se agasalhar a tese referida, o processo deve perseverar em julgamento regular não perante o Órgão Especial da Corte Estadual de Justiça, mas, sim, perante unidades cíveis outras que compõem a jurisdição do Tribunal Guaicuru."

Sobre a teoria da encampação, agasalhada no voto do Relator, veja o entendimento da Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – APLICABILIDADE – TEORIA DA CAUSA MADURA – INCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. Consoante o entendimento desta Corte, pode ser aplicada a teoria da encampação para a mitigação da equivocada indicação da autoridade coatora em mandado de segurança quando existentes os seguintes requisitos: a) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; b) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas; c) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida. 3. Hipótese em que deve ser aplicada a teoria da encampação, tendo em vista que: (a) há vínculo hierárquico entre a autoridade apontada no mandamus e aquela que seria legitimada a figurar no polo passivo (Governador do Estado e Secretário Estadual de Planejamento e Gestão); (b) a autoridade indicada como coatora se manifestou sobre o mérito da impetração; e (c) não há a modificação da competência do Tribunal de Justiça (art. 106, I, 'c', da Constituição do Estado de Minas Gerais). 4. Não é possível aplicar a teoria da causa madura (art. 515, § 3º, do CPC/1973) em sede de recurso ordinário, sob pena de supressão indevida do juízo natural constitucionalmente estabelecido para a análise originária do mandado de segurança. Precedentes. 5. Agravo interno desprovido." (STJ, AgInt no RMS 44.349/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 09/12/2019)

Portanto, inaplicável a teoria da encampação no presente caso, visto que a indicação do Governador do Estado como impetrado deslocou a competência não só entre órgãos julgadores na própria Corte (de uma das Seções Cíveis para o Órgão Especial), mas da primeira instância (Comarca) para uma causa de competência originária de segundo grau, o que, na minha compreensão, não pode ser admitido.

A competência desta Corte de Justiça para julgar o Governador do Estado, bem como os Secretários Estaduais, em mandado de segurança, está prevista no art. 114, II, "b", da Constituição Estadual.

O art. 127, I, "b", do RITJMS, fixa a competência, no âmbito desta Corte, do Órgão Especial, para julgamento de mandados de segurança contra atos do Governador do Estado, ao passo que o art. 128, I, "a", do RITJMS, estabelece como órgão julgador competente para julgamento dos mandados de segurança contra ato dos Secretários de Estado as Seções Cíveis.

Na hipótese, excluído o Governador do polo passivo do mandado de segurança e não figurando como impetrado qualquer Secretário de Estado, restando o Diretor-Presidente da AGEPREV e a Junta de Perícia Médica da Coordenadoria de Perícias, deve a presente ação constitucional ser encaminhada para livre distribuição em primeira instância, entre uma das Varas de Fazenda Pública da Capital.

Por outro lado, considerando que houve deferimento da medida liminar pelo nobre Relator, f. 91-96, devem ser preservados os efeitos da decisão até deliberação do juízo competente quando da redistribuição do feito, consoante norma do § 4º do art. 64 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e, por consequência, declino da competência para processo e julgamento do presente remédio constitucional a uma das Varas de Fazenda Pública da Capital, observado o disposto no § 4º do art. 64 do CPC.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Amaury da Silva Kuklinski. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Nélio Stábile. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator e os desembargadores Divoncir, Julizar, Pavan, Marco André, Marcos de Brito, Claudionor, Amaury e Nélio rejeitarem a preliminar de ilegitimidade passiva do governador, enquanto que o Des. Luiz Gonzaga a acolhe. O Des. Eduardo aguarda.

VOTO EM 03/06/2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de estudo do elenco documental que acompanha a inicial, especialmente com vistas à análise da preliminar de ilegitimidade passiva.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato de indeferimento do pedido de isenção de imposto de renda, com base no artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, considerando ser portador de doença grave. Figuram no polo passivo da impetração, além do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, a Junta de Perícia Médica da Coordenadoria de Perícia Médica - FUNSAU - e a Agência de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul - AGEPREV.

O Estado de Mato Grosso do Sul arguiu, em preliminar, a ilegitimidade passiva ad causam do do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

O ilustre Relator, Des. João Maria Los, votou pela rejeição da arguição.

Analisando detidamente o caderno processual e, seguindo linha de entendimento que tenho adotado em casos similares, entendo que a prefacial é insuperável.

A pretensão inicial volta-se ao controle de legalidade e consequente anulação de ato praticado pelo Diretor-Presidente da AGESUL/MS, nos autos do Processo Administrativo nº 55/501283/2019, publicado no DOE nº 9.994, de 25 de setembro de 2019 (f. 47),

Veja:

DESPACHO DO DIRETOR-PRESIDENTE DA AGÊNCIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DE MATO GROSSO DO SUL
Assunto: Isenção de Imposto de Renda e Redução da Base de Contribuição Previdenciária
Situação: Inativo
Interessado:

Matrícula n.	Nome	Cargos	Lotação	Processo n.
55757022	Marcos Josué Duarte dos Santos	3º Sargento-PM	Ageprev	55/501283/2019

DECISÃO: Indefiro o pedido, com base na Manifestação n. 2.048/2019/DIRB/AGEPREV.

CAMPO GRANDE-MS, 24 DE SETEMBRO DE 2019.

JORGE OLIVEIRA MARTINS
Diretor-Presidente

A Lei do Mandado de Segurança, n. 12.016/2009, é categórica no seu art. 6º, § 3º *"considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática."*

Ocorre que o ato comissivo apontado na inicial deste *mandamus* como coator não pode ser atribuído direta ou indiretamente ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Note-se que a narrativa veiculada na inicial não menciona, em momento algum, a participação da referida autoridade nos eventos em questão. O impetrante simplesmente relaciona o Governador do Estado entre as autoridades impetradas, sem qualquer justificativa.

E nem se diga que no caso em tela o ato coator foi encampado ou estaria sob a responsabilidade direta do Governador. Admitir tal argumento significaria atribuir solidariamente ao Governador do Estado em todos os atos praticados por autoridades do Poder Executivo Estadual indiscriminadamente, o que, por óbvio, fere o disposto no citado art. 6º da Lei n. 12.016/2009.

A teoria da encampação somente pode ser aplicada na presença de 3 requisitos, cumuladamente, em conformidade com entendimento sumulado pela jurisprudência do STJ:

Súmula 628:

> *"A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal."*

O 1º requisito (existência de vínculo hierárquico) não se evidencia. Com efeito, a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), entidade autárquica estadual, vinculada à Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização (SAD), foi criada pela Lei, n. 3.545, de 17 de julho de 2008, com personalidade jurídica de direito público, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial; tem a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV). Não existe vínculo hierárquico entre o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e serventuários da referida autarquia estadual, tendo em mente sua autonomia administrativa.

É nesse sentido a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

> *"**As autarquias** - assim como todas as entidades da administração indireta - **não são subordinadas ao ente federado que as criou, é dizer, não há hierarquia entre União, estados, Distrito Federal e municípios e suas respectivas autarquias**. A relação entre uma autarquia e a administração direta da pessoa política instituidora é de vinculação administrativa (e não de subordinação)."* (Direito administrativo descomplicado. 27. ed. Método, 2019. p. 56). (G.n.).

A propósito do tema:

> *"ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORA ESTADUAL – AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS: SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA E GERENTE DE RECURSOS HUMANOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA – LEGITIMIDADE QUE É DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – IPESC – PRECEDENTES. 1. A ilegitimidade passiva ad causam, segundo entendimento jurisprudencial consolidado desta Corte, possui natureza de ordem pública, por se constituir uma das condições da ação, podendo ser verificada de ofício nas instâncias ordinárias, pelo juiz ou tribunal e a qualquer tempo. 2. A autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é responsável pela prática ou omissão do ato impugnado, possuindo poderes legalmente atribuídos para, de forma voluntária ou compulsória, promover a revisão deste. 3. O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC - é autarquia estadual dotada de personalidade jurídica própria, bem como autonomia administrativa e financeira, tendo por objetivo as operações de previdência e assistência, inclusive as atinentes à averbação*

de tempo de contribuição e modalidades de concessão de aposentadorias dos servidores. 4. Nessa esteira, sendo a pretensão deduzida em juízo o deferimento de aposentadoria especial para professora, carecem de legitimidade passiva ad causam o Secretário de Educação, Ciência e Tecnologia e o Gerente de Recursos Humanos do Estado de Santa Catarina. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e desprovido." (RMS 30.925/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

Ainda,

"RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSIONISTA DO IPESC – AUTARQUIA COM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SECRETÁRIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO – NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRECEDENTES. 1. O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC é autarquia de previdência e assistência social, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, razão pela qual seus dirigentes têm legitimidade para figurar no pólo passivo de mandado de segurança. 2. Tendo em vista que a Secretária de Estado da Administração não é autoridade hierarquicamente superior ao Presidente do IPESC, na espécie não tem aplicação a teoria da encampação. 3. Recurso especial provido." (REsp 226.189/SC, 6.ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 04/12/2006.)

Além disso, a manutenção do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul no polo passivo da impetração retira a competência do juízo de primeiro grau e atribui, originariamente, ao Órgão Especial desta Corte. Há, portando, alteração de competência prevista na constituição Estadual (art. 114, II, "a").

Inaplicável, portanto, a teoria da encampação na espécie dos autos, segundo parâmetros oferecidos pelo próprio ilustre relator, sendo inarredável a observância ao princípio do Juiz natural, flagrantemente violado caso chancelada a opção do impetrante na escolha dos integrantes do polo passivo da lide, franqueando-lhe o direito de escolha do órgão julgador que melhor lhe aprouver.

Posto isso, em conformidade com o parecer ministerial e tendo em mente Enunciado 628, da súmula do STJ, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Anote-se. Em virtude disso, como consequência, cessa a competência desta Corte, daí que declino da competência e determino sua remessa a uma das Varas de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, processando-se o feito em relação aos demais impetrados.

Des. Eduardo Machado Rocha. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. João Maria Lós. (Relator)

Da inadequação da via eleita.

Ainda em seara preliminar, suscitou, o Estado de Mato Grosso do Sul, tese de inadequação da via jurisdicional eleita pelo impetrante; isto sob o argumento de que o manifesto inconformismo processual contra o precitado indeferimento administrativo de isenção tributária e redução de base de cálculo previdenciária ao interessado, em verdade, passaria por certa insurgência contra laudo conclusivo da Junta Médica Pericial da Coordenadoria de Perícia Médica FUNSAU, elemento este que dependeria de providências processuais identificadas com ulterior dilação probatória, o que figuraria incompatível com a estreita via do mandado de segurança.

Contudo, ao contrário, inexiste necessidade de extensão probatória na via eleita, porquanto não se articula à investigação da existência e da delimitação de uma patologia ao demandante, uma vez que é fato incontroverso ser o impetrante portador da patologia identificada com o CID 10:B24, o que significa que estaria acometido pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV); submetendo-se, em razão disso, a acompanhamento

periódico (desde 2005) e a uso de terapia antiviral para tratamento da doença infecciosa crônica, atualmente sob controle virológico e imunológico (f. 27).

Em verdade, o impetrante insurge contra ilegalidade e abuso de poder cometido pelos impetrados, os quais indeferiram isenção de imposto de renda do impetrante, o qual está acometido de síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), rol taxativo do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 e § 2º do art. 30, da Lei n. 9.250/95 e não contra o Laudo da Junta Médica Pericial.

Posto isso, com o parecer, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

Des. Divoncir Schreiner Maran. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Julizar Barbosa Trindade. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Eduardo Machado Rocha. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Amaury da Silva Kuklinski. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Vladimir Abreu da Silva. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. João Maria Lós. (Relator)

Do mérito.

No caso dos autos, restou provado de plano que o impetrante está acometido de doença grave, incurável e degenerativa, síndrome da imunodeficiência adquirida - SIDA/AIDS, sendo certo que foi reformado, por este motivo, na Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, em cumprimento de Decisão Judicial dos autos de Apelação nº 0828201-68.2014.8.12.0001/TJMS.

Diante desta realidade, o impetrante deduziu pedido administrativo de isenção de imposto de renda retido na fonte e de redução de base de cálculo de contribuição previdenciária. Todavia, o Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul - AGEPREV/MS indeferiu-o, notadamente ao acolher laudo da Junta de Perícias da Coordenadoria de Perícia Médica FUNSAU que, no bojo do Processo Administrativo de n.º 55/501283/2019, certificara o não enquadramento do quadro clínico do impetrante no taxativo rol de moléstias autorizadoras das benesses pugnadas.

Assim, o cerne da demanda cinge no pedido do impetrante de isenção do recolhimento de imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria de servidor público estadual, bem como na redução da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Passo a análise do primeiro pedido concernente à isenção do pagamento do imposto sobre a renda.

Dispõe a Lei Federal nº 7.713/88 dispõe em seu artigo 6º, incisos XIV e XXI, o seguinte:

> *"Ficam **isentos do imposto de renda** os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:*
>
> *(...);*
>
> *XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, **síndrome da imunodeficiência adquirida**, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma."* (G.n.).

Por sua vez, preconiza o art. 30 da Lei 9.250/95:

> *"A partir de 1º de janeiro de 1996, **para efeito do reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pelo art. 47 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial**, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 1º O serviço médico oficial fixará o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle." Grifou-se.*

A regulamentação da isenção do imposto de renda restou disciplinada pelo Decreto Federal nº 3.000, de 06 de março de 1999, ao dispor no art. 39, inciso XXXIII que não entrarão no cômputo do rendimento bruto os proventos de aposentadoria por doença grave:

> *"Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:*
>
> *(...).*
>
> ***Proventos de Aposentadoria por Doença Grave***
>
> *XXXIII - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante),*

contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º).” (G.n.).

Com efeito, ao examinar a norma supramencionada, esta não exige que o Estado verifique, por meio de perícia, a existência da patologia, limitando-se a exigir não apenas um laudo pericial, mas laudo pericial emitido por serviço médico oficial, assim entendido aquele pertencente aos quadros da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No presente caso, consta parecer médico datado de 11.03.2019 e subscrito pela Doutora Silvia Naomi de Oliveira Uehara, reconhecida infectologista que atua perante Hospital vinculado à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul; dito laudo médico, emitido, então, sob prestação de saúde oriunda de serviço oficial da União (EBSERH Hospitais Universitários Federais), fora enfático em assinalar que o impetrante é acompanhado em atividade de infectologia (mormente terapia antiviral), em razão de haver contraído doença crônica infecciosa desde o ano de 2005, indicando-se, a essa patologia, código de classificação internacional de doenças (CID 10:B24), ou seja, a Síndrome causada pelo vírus de Imunodeficiência Humana (HIV). Deveras, tal documento não pode ser ignorado porquanto atende ao requisito legal.

Com efeito, já decidiu também o Superior Tribunal de Justiça que não há exigência de comprovação da contemporaneidade da moléstia mediante apresentação de laudos médicos periódicos, ausente, ainda, qualquer previsão acerca do prazo exigido para aferição da continuidade da enfermidade para fins de isenção tributária.

Consoante voto do Ministério Mauro Campbell, proferido no Recurso Especial 1.202.820, a isenção tributária em comento tem como supedâneo o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), eis que visa assegurar ao cidadão portador de moléstia grave, o custeio de gastos extraordinários advindos da doença, consistentes em remédios, exames, intervenções cirúrgicas, dentre outras, nos mais diversos estágios da enfermidade suportada. Vejamos, pois, o aresto:

> *“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA – REVISÃO DO BENEFÍCIO – PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA – CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – DESNECESSIDADE – LAUDO PERICIAL – SERVIÇO MÉDICO OFICIAL – PRESCINDIBILIDADE – LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros.”* (Resp 8 1.202.820/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/10/2010).

Em que pesem os fundamentos externados pela Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul nas informações prestadas (f. 126), no sentido de que diante do “controle virológico e imunológico” o pedido de isenção deveria ser indeferido, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento acerca da desnecessidade de laudo médico oficial e da comprovação da contemporaneidade dos sintomas, com a finalidade de isentar os inativos portadores de doenças graves do imposto de renda, com o objetivo de diminuir os sacrifícios dos aposentados.

Seguem os precedentes:

> *“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA – APOSENTADORIA – DESNECESSIDADE DE LAUDO MÉDICO OFICIAL E DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – PRECEDENTES.*
>
> *I - É considerado isento de imposto de renda o recebimento do benefício de aposentadoria por portador de neoplasia maligna, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88.*

II - Ainda que o art. 30 da Lei nº 9.250/95 determine que, para o recebimento de tal benefício, é necessária a emissão de laudo pericial por meio de serviço médico oficial, a 'norma do art. 30 da Lei n. 9.250/95 não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, é livre na apreciação das provas acostadas aos autos pelas partes litigantes' (REsp nº 673.741/PB, Relator Ministro João Otávio de Noronha DJ de 09/05/2005).

III - Sendo assim, de acordo com o entendimento do julgador, esse pode, corroborado pelas provas dos autos, entender válidos laudos médicos expedidos por serviço médico particular, para fins de isenção do imposto de renda. Precedente: REsp nº 749.100/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.11.2005.

IV - Ainda que se alegue que a lesão foi retirada e que o paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva a doença, o entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a isenção do imposto de renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas. Precedente: REsp 734.541/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.2.2006, DJ 20.2.2006 (REsp nº 967.693/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 18/09/2007).

V - Recurso especial improvido." (REsp 1088379/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008)

"TRIBUTÁRIO – AÇÃO MANDAMENTAL – IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA – NEOPLASIA MALIGNA – LEI N. 7.713/88 – DECRETO N. 3.000/99 – NÃO-INCIDÊNCIA – PROVA VÁLIDA E PRÉ-CONSTITUÍDA – EXISTÊNCIA – CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – DESNECESSIDADE – MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – PRECEDENTES.

1. Cinge-se a controvérsia na prescindibilidade ou não da contemporaneidade dos sintomas de neoplasia maligna, para que servidor o público aposentado, submetido à cirurgia para retirada da lesão cancerígena, continue fazendo jus ao benefício isencional do imposto de renda, previsto no artigo 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88.

2. Quanto à alegada contrariedade ao disposto no artigo 267, inciso VI, do CPC, por ausência de prova pré-constituída, não prospera a pretensão; porquanto, o Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida e entendeu estar presente documento hábil para comprovar a moléstia do impetrante. Pensar de modo diverso demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

3. O mesmo argumento utilizado pela Corte de origem tem a virtude de afastar a alegação de violação dos artigos 30, caput e § 1º da Lei n. 9.250/95 e 39, § 4º, do Regulamento do Imposto de Renda, a saber: o Decreto n. 3.000/99, feita pelo recorrente.

4. Ainda que se alegue que a lesão foi retirada e que o paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva a doença, o entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a isenção do imposto de renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas. Precedente: REsp 734.541/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.2.2006, DJ 20.2.2006.

5. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas. (REsp 192.531/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005, DJ 16.5.2005.) Recurso especial improvido." (REsp 967.693/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 18/09/2007, p. 296).

> *"TRIBUTÁRIO – IRPF – AIDS – ART. 6º DA LEI 7.713/1988 – ISENÇÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADO – SÚMULA 182 DO STJ. 1. O STJ consolidou entendimento de que não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da enfermidade, bem como a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção do imposto de renda nos termos do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988, uma vez que 'a isenção do imposto de renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos financeiros relativos ao tratamento médico' (REsp 734.541/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20.2.2006). 2. A parte insurgente não teceu considerações no sentido de que a decisão agravada estaria divergindo dos precedentes do STJ, nem sequer foi apontada eventual inadequação do entendimento sufragado nos referidos julgados com o posicionamento mais recente do STJ. 3. Interposto Agravo Interno sem infirmar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo a Súmula do STJ, em face do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015. 4. Agravo Interno não conhecido."* (AgInt no REsp 1598765/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 29/11/2016).

Nesse sentido há decisão dessa Corte que o objetivo da isenção do imposto de renda para as pessoas portadoras de alguma moléstia que consta no rol elencado da norma específica é de reduzir os sacrifícios dos aposentados com a diminuição dos encargos financeiros, eis que o fato de constar que a moléstia já esteja controlada não impede a concessão do benefício isencional:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA EM RAZÃO DE CARDIOPATIA GRAVE – ART. 6º DA LEI 7.713/88 – CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – DESNECESSIDADE – LAUDO PERICIAL MÉDICO – LIBERDADE DO JUIZ NA APRECIAÇÃO DAS PROVAS – RECURSO PROVIDO. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da enfermidade para que o contribuinte faça jus à isenção do imposto de renda nos termos do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988. O fato de constar que a moléstia (cardiopatia grave) está atualmente controlada não impede a concessão do benefício isencional, tendo em vista que sua finalidade é diminuir os sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros. Pelas peculiaridades apresentadas nos autos e diante do conjunto probatório acostado, não resta dúvida que o apelante faz jus a isenção ao imposto de renda, não se vinculando o magistrado a perícia médica oficial por não ser o único meio de prova hábil à comprovação da existência da moléstia. Reconhece-se, por óbvio, a importância de tal prova mas ela não tem o condão de vincular o juiz que, ante as demais provas produzidas nos autos, poderá concluir pela comprovação da moléstia grave."* (TJMS. Apelação n. 0803927-40.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 15/08/2017, p: 15/08/2017)

Logo se conclui que deve ser levado em consideração as condições que influenciem na saúde do paciente, eis não ser exigível a contemporaneidade dos sintomas, incapacidade ou internação hospitalar para que, na realidade em apreço, o contribuinte seja considerado isento.

Sobre o segundo pedido de redução da base de cálculo da contribuição previdenciária, ressalvo que com base nos mesmos argumentos expendido acima em que o contribuinte faz jus à isenção do imposto de renda quando há comprovação da existência de moléstia elencada no rol da lei federal, considero o laudo pericial apresentado pelo impetrante (f. 22) como documento idôneo para atestar ser portador de Síndrome da Imunodeficiência adquirida - SIDA/AIDS, ensejando também aplicabilidade da norma estadual contida no art. 20, inciso V, da Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005:

> *"Art. 20. São consideradas remuneração-de-contribuição para fins de contribuição para o MSPREV:*
>
> *(...);*

V - o valor dos proventos de aposentadoria, reforma ou reserva remunerada ou da pensão que supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, quando o beneficiário for portador de ***doença grave, contagiosa, incurável ou incapacitante****, conforme definido nesta Lei, do segurado inativo ou pensionista."* (G.n.).

Consigno também que nos termos do art. 40, § 21 da Constituição Federal ao portador de doença incapacitante é garantida a inexigibilidade das contribuições sobre a parcela de proventos que não supere o dobro do limite máximo estabelecido para os beneficiários do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da CF/88:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...).

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante."

Portanto, tendo em vista que a doença acometida pelo impetrante se enquadra como moléstia grave e incurável inserida no rol taxativo das legislações pertinentes, os pedidos de isenção retroativa do imposto de renda e de redução da base de cálculo da contribuição previdenciária procedem.

Sobre o termo inicial da isenção, esclareço que a princípio meu entendimento seria a data da comprovação da doença, ou seja, a contar de 27 de setembro de 2007, data em que a Administração reconheceu por junta de saúde o estado mórbido do impetrante, nos termos do pedido formulado na Ação Declaratória de Invalidez c/c Condenação ao Pagamento de Proventos (f. 71-87).

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO – PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE – ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA – TERMO INICIAL – DATA DO DIAGNÓSTICO DA DOENÇA.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico especializado e não necessariamente a data de emissão do laudo oficial.

2. É firme também o entendimento de que, para gozo do benefício de isenção fiscal, faz-se necessário que o beneficiário preencha os requisitos cumulativos exigidos em lei, quais sejam: 1) o reconhecimento do contribuinte como portador de moléstia grave relacionada nos incisos XIV e XXI do art. 6º da Lei 7.713/1988; 2) serem os rendimentos percebidos durante a aposentadoria.

3. Diante dessa orientação e partindo da premissa fática delineada no acórdão recorrido, o termo inicial da isenção deverá ser fixado na data em que comprovada a doença mediante diagnóstico médico - in casu, 25.4.2009 - ou a partir da inativação do contribuinte, o que for posterior.

4. Agravo Interno não provido." (AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 835.875/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017)

De mais a mais, como bem esclarecido pela d. PGJ (f. 393), *"o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, de forma lógica, pela ampliação dos efeitos financeiros da concessão da ordem mandamental, para além da data do juizamento da ação, de modo a abranger todo o período em que vigorou o ato violador de direito líquido e certo do impetrante."*

E concluiu:

> *"Anote-se, também, que tal convicção resulta de atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, cuja rota decisória tem sido pelo afastamento da aplicabilidade dos enunciados das súmulas retrocitadas em casos semelhantes ao presente. Em particular, enfatiza-se decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.164.514-AM, no qual, mutatis mutandis, foi firmada a orientação de que,* ***nas hipóteses em que o servidor público deixa de auferir seus vencimentos ou parte deles em razão de ato ilegal ou abusivo do Poder Público, os efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental devem retroagir à data do ato impugnado, violador do direito líquido e certo do impetrante."*** (EREsp 1.164.514-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015, DJe 25/2/2016). (G.n.).

Entretanto, não se pode perder de vista que o mandado de segurança visa repelir a ilegalidade e o abuso de poder do ente público, e não se confunde com ação de cobrança, razão pela qual, persisto no entendimento de que os efeitos do *writ* devem ser a partir da impetração, incumbindo à parte pleitear o mais em procedimento próprio.

Diante do exposto, concedo a segurança ao impetrante reconhecendo o direito à isenção do pagamento do imposto de renda com base no art. 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713/88, bem como a redução da base de cálculo da contribuição previdenciária (art. 20, inciso V, da Lei Estadual nº 3.150/2005, com efeito a partir da impetração.

De consequência, extingo o feito com resolução do mérito, nos termos dos arts. 487, I, do NCPC.

Sem custas e honorários, consoante a norma disciplinada no artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul) e do artigo 25, da Lei n. 12.016/2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Julizar Barbosa Trindade. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Eduardo Machado Rocha. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Amaury da Silva Kuklinski. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Des. Vladimir Abreu da Silva. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade passiva do governador. Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, concederam a segurança, tudo nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 3 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0803767-80.2018.8.12.0031 – Caarapó

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA – COBRANÇA BANCÁRIA INDEVIDA DECORRENTE DE CONTRATO NULO – GOLPE RECONHECIDO – SENTENÇA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA, RESSARCIMENTO E CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS – ACERTO DA DECISÃO – RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO PELO FORTUITO INTERNO – APELO AUTORAL REQUERENDO A DEVOLUÇÃO DOBRADA E A MAJORAÇÃO CONDENATÓRIA – IMPROCEDÊNCIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A JUSTIFICAR A EXCLUSÃO, REDUÇÃO OU ELEVAÇÃO DA REPARAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 54 DO STJ – RESULTADO MANTIDO.

A teor da Súmula n. 479 do STJ, *"as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"*. Constatado que por falha interna de segurança, o Banco abriu brechas para que terceiros envidassem empréstimos em nome do autor, terceiro de boa-fé totalmente alheio à contratação, torna-se de rigor a declaração da inexistência da relação jurídica e condenação do ofensor à reparação dos danos morais sofridos. Conforme a jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, a repetição em dobro do indébito requer a demonstração de má-fé na cobrança, o que, à luz das particularidades fáticas do litígio, não foi comprovado na hipótese. Arbitrados os danos morais em patamar razoável à luz das particularidades fáticas do litígio, não há falar em sua exclusão, redução ou majoração. Apelos desprovidos.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de agosto de 2020.

Des. João Maria Lós – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Livrada Aguajo de Araujo interpõe apelo (f. 264-291), inconformada com a sentença (f. 250-259) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação declaratória cumulada com repetição de indébito e danos morais ajuizada contra o Banco PAN S.A., declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes e condenando o réu a abster-se de cobrar dívidas e a pagar o valor indevidamente cobrado, bem como danos morais no importe de R$ 5000.00 (cinco mil reais), mais custas e honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, sustentando fazer jus a devolução dos valores indevidamente cobrados em dobro. Outrossim, protesta pela majoração da reparação moral ao porte de R$ 10.000.00 (dez mil reais).

O Banco PAN S.A. também apela (f. 343-374). Advoga a ausência do direito à reparação material e moral, eis que, a seu sentir, teria havido regular contratação. Bate-se pela condenação da autora e de seu advogado às penas por litigância de má-fé. Supletivamente, requer a redução da verba indenizatória extrapatrimonial, ou a incidência de juros a partir do arbitramento.

Recursos tempestivos, respondidos e regularmente processados.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Livrada Aguajo de Araujo interpõe apelo (f. 264-291), inconformada com a sentença (f. 250-259) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação declaratória cumulada com repetição de indébito e danos morais ajuizada contra o Banco PAN S.A., declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes e condenando o réu a abster-se de cobrar dívidas e a pagar o valor indevidamente cobrado, bem como danos morais no importe de R$ 5000.00 (cinco mil reais), mais custas e honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, sustentando fazer jus a devolução dos valores indevidamente cobrados em dobro. Outrossim, protesta pela majoração da reparação moral ao porte de R$ 10.000.00 (dez mil reais).

O Banco PAN S.A. também apela (f. 343-374). Advoga a ausência do direito à reparação material e moral, eis que, a seu sentir, teria havido regular contratação. Bate-se pela condenação da autora e de seu advogado às penas por litigância de má-fé. Supletivamente, requer a redução da verba indenizatória extrapatrimonial, ou a incidência de juros a partir do arbitramento.

Sem razão a ambas as súplicas.

Resumindo, o Banco réu imputou a autora uma dívida emanada de contrato fraudado, passando a descontar valores em seu benefício previdenciário.

Diante deste contundente quadro probatório, sobreveio a sentença de parcial procedência.

A teor da Súmula n. 479 do STJ, *"as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."*

Efetivamente, é o caso dos autos, porquanto, em virtude de uma falha interna de segurança, o Banco abriu brechas para que terceiros envidassem empréstimos em nome do autor, terceira de boa-fé totalmente alheia à contratação.

Outrossim, conforme a consagrada compreensão do Tribunal da Cidadania, em casos tais a responsabilidade é objetiva, ou seja, prescinde da investigação de aspectos anímicos ou subjetivos ou mesmo da análise da presença dos pressupostos da culpa do ofensor.

Mantida a responsabilidade, não prospera, entretanto, o pedido autoral pela condenação do banco à repetição dobrada. Isto porque conforme a jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, a repetição em dobro do indébito requer a demonstração de má-fé na cobrança, o que, à luz das particularidades fáticas do litígio, não foi comprovado na hipótese (REsp 1392449/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 02/06/2017).

Outrossim, despontam anódinos os pleitos pela não incidência ou redução (apelo do Banco) ou majoração da indenização (apelo autora), relativamente aos danos morais cominados. Considero que as especificidades concretas da causa apresentaram lesão extrapatrimonial transcendente ao simples dissabor e recomendam a manutenção da reparação ao porte de R$ 5000.00 (cinco mil reais), quantia razoável que servirá de lenitivo à vítima, sem implicar um locupletamento indevido perante a poderosa Instituição Financeira.

Ademais, cuidando-se de responsabilidade aquiliana, incidem os juros na forma da Súmula n. 54 do STJ, ou seja, a partir do evento danoso.

Finalmente, diante da manutenção do resultado, não há cogitar litigância de má-fé autoral, como inocuamente pretende a instituição financeira.

Em face do exposto, conheço dos apelos, mas nego-lhes provimento, mantendo indene a sentença objurgada.

Considerado o artigo 85, § 11, da Lei 13.105/2015, diante da sucumbência recursal recíproca das partes, mantenho os honorários e custas já estipulados na origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 5 de agosto de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0838674-79.2015.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO LOCADOR – AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ALEGAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA CONCEDIDA A DE OFÍCIO A REQUERENTE – AFASTADA – EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – DESCABIMENTO DA COBRANÇA – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 62, INCISO II , DA LEI Nº 8.245/91 NOS CASOS EM QUE O LOCATÁRIO NÃO PURGA A MORA – FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS QUE DEVE SER FEITA PELO MAGISTRADO NO CASO DE JULGAMENTO DO MÉRITO DA DEMANDA, POR FORÇA DA SUCUMBÊNCIA, NA FORMA DO ARTIGO 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O pedido de gratuidade de justiça pode ser apreciado a qualquer tempo e grau de jurisdição, eximindo a parte dos encargos processuais tão somente a partir da data em que é agraciada com o benefício.

Os honorários advocatícios estipulados no contrato destinam-se à purgação da mora, não se confundindo com o sucumbencial, que somente ao juiz cabe fixar.

Recurso conhecido e desprovido.

RECURSO DA LOCATÁRIA – CONTRATO DE LOCAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO – PRORROGAÇÃO LEGAL – ARTIGO 56, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.245/91 – AUSÊNCIA DE PROVAS DA ENTREGA DAS CHAVES – INADIMPLÊNCIA DE ALUGUÉIS E ENCARGO NO PERÍODO DE PRORROGAÇÃO – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – MANTIDOS – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nos termos do artigo 56, Parágrafo único, da Lei nº 8.245/91, *"findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado."*

A prova da devolução do imóvel e do rompimento da obrigação locatícia dar-se-á com a efetiva entrega das chaves.

Violação ao direito de personalidade ou existência de um abalo interno e intenso causado à ofendida não evidenciados. Hipótese de puro inadimplemento contratual que não gera danos morais, mas mero dissabor decorrente do cotidiano da vida em sociedade.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de julho de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por Antonia Maria Barbosa da Costa Chiovetti e Eli Souza, contra sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos da ação de resolução de contrato de locação c.c indenização por danos materiais e morais, ajuizada pela primeira apelante em face do segundo e de Sul-América Capitalização - SULCAP.

Em razões de recurso às f. 663-676, Eli Souza sustenta, em síntese, que:

> *"(i) A recorrida desistiu do pedido de concessão da gratuidade de justiça (f. 299), efetuando o pagamento da custas processuais (f. 669); (ii) Deste modo, não poderia ser deferido na sentença algo que não havia sido previamente requerido pela recorrida (f. 671); (iii) A decisão impugnada não está em consonância com a jurisprudência do STJ, segundo a qual os honorários advocatícios extrajudiciais devem ser suportados pelo devedor em mora (f. 672); (iv) A recorrida não tem direito a restituição de parte da caução, correspondente aos honorários advocatícios previstos no contrato de locação. Se tivesse direito, este estaria limitado ao valor realmente pago a título de honorários advocatícios com o resgate da caução, ou seja, R$ 1.909,98 (f. 148), (f. 634); e, (v) Não consta na petição inicial pedido específico de exclusão dos honorários advocatícios previstos no contrato de locação. O pedido da recorrida foi específico, ou seja, restituição integral da caução, equivalente a R$ 12.000,00, com juros e correção monetária (f. 674)."*

Ao final, requer que o recurso seja conhecido e provido, para:

> *" a) Anular a sentença, afastando o deferimento da gratuidade de justiça, ou reformar a sentença, afastando o deferimento da gratuidade de justiça; b) Anular a sentença, excluindo da condenação a determinação de restituição de diferença de caução, ou reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de restituição de diferença de caução, ou reformar a sentença, para limitar a restituição de diferença de caução ao valor de R$ 1.909,98 (f. 675)."*

A apelante Antonia Maria Barbosa da Costa Chiovetti, por sua vez, em contrarrazões às f. 694-725, afirma que:

> *"(i) A sentença ignorou todos os atos ilícitos cometidos pelo primeiro apelado ao longo da vigência de 36 meses de contrato de locação, para dar ênfase ao fato de a apelante não ter ajuizado uma ação específica para demonstrar que a administradora do primeiro réu se recusou receber as chaves (f. 704); (ii) A sentença pecou porque não deu a devida valoração das provas e nem sua análise dentro do contexto da ocorrência dos fatos, bem como desprezou todas as provas existentes (f. 712); (iii) A sentença peca quando reconhece uma inadimplência inexistente e consubstanciada somente nas alegações do primeiro apelado (f. 712); (iv) Quanto ao estado do imóvel a sentença também incorre em equívoco ao reconhecer a obrigação de a apelante entregar o imóvel pintado e com os reparos, escorando-se na cláusula décima do instrumento contratual (f. 713); (iv) O fato de não ter tomado uma medida judicial anterior não significa que seu direito a percepção de multas e indenizações pereceram e tampouco anulam os ilícitos contratuais cometidos (f. 717); (v) não há dúvida quanto à responsabilidade do primeiro apelado é pelos danos morais causados autora, ainda mais que presente a relação de causalidade entre o ato praticado voluntariamente e o dano gerado (f. 721); e, (vi) caberia ao magistrado condenar a parte apelada a pagar honorários com base no valor da condenação e no valor do contrato distratado em prol do advogado da apelante (f. 723)."*

Por derradeiro, postula pelo conhecimento e provimento da apelação.

Contrarrazões às f. 735-740, 741-746 e 747-764.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por Antonia Maria Barbosa da Costa Chiovetti e Eli Souza, contra sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande-MS, nos autos da ação de resolução de contrato de locação c.c indenização por danos materiais e morais, ajuizada pela primeira apelante em face do segundo e de Sul-América Capitalização - SULCAP.

Do recurso de Eli Souza.

O recorrente sustenta que *"a recorrida desistiu do pedido de concessão da gratuidade de justiça (f. 299), efetuando o pagamento da custas processuais (f. 669)"*, razão pela qual *"não poderia ser deferido na sentença algo que não havia sido previamente requerido pela recorrida (f. 671)."*

Com efeito, a legislação processual implementada delineia parâmetros a serem observados quando do exame do pedido de gratuidade de justiça.

Seguindo essa linha de raciocínio, é que a alegação de hipossuficiência financeira, se pronunciada por pessoa natural, possui presunção de veracidade, nos termos do artigo 99, do Código de Processo Civil.

> *"Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.*
>
> *(...).*
>
> *§ 3º. Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural."*

De sua leitura, seria possível concluir que a justiça gratuita deveria ser deferia àquele que postula mediante "simples afirmação" de que é pobre na acepção legal deste vocábulo.

Entretanto, a Constituição Federal prevê que a assistência jurídica ampla aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV), de maneira que, para se conceder o benefício, não basta apenas a declaração de pobreza, uma vez que tal documento não conduz à presunção absoluta de a parte não possuir condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo próprio e da família.

E, assim sendo, é facultado ao julgador exigir demonstração da condição de necessidade, quando existe dúvida acerca da carência de recursos do postulante.

Da análise dos autos, em que pesem as alegações do apelante, houve pedido expresso de concessão do benefício da assistência judiciária, podendo este ser apreciado a qualquer tempo e grau de jurisdição, eximindo a parte dos encargos processuais tão somente a partir da data em que é agraciada com o benefício.

Logo, indevida a reforma da sentença nesse ponto, haja vista inexistir pedido *extra petita*.

Ultrapassada essa análise, constata-se que o apelante, em sua pretensão recursal, também almeja reforma da sentença sob o fundamento de ser impossível a restituição de parte da caução, correspondente aos honorários advocatícios previstos no contrato.

Pondera que *"a recorrida não tem direito a restituição de parte da caução, correspondente aos honorários advocatícios previstos no contrato de locação. Se tivesse direito, este estaria limitado ao valor realmente pago a título de honorários advocatícios com o resgate da caução, ou seja, R$ 1.909,98 (f. 148), (f. 634)."*

Afirma, ainda, que *"não consta na petição inicial pedido específico de exclusão dos honorários advocatícios previstos no contrato de locação. O pedido da recorrida foi específico, ou seja, restituição integral da caução, equivalente a R$ 12.000,00, com juros e correção monetária (f. 674)."*

Sem razão ao recorrente.

Isto porque, é perfeitamente possível ao magistrado acolher em parte o pedido formulado na peça exordial, como ocorreu no caso em concreto, sem se falar em julgamento fora dos limites do pedido.

Transcrevo, por oportuno, a parte dispositiva da sentença, *in verbis*:

> *"(...) isso posto, resolvendo o mérito da lide na forma do art. 487, I, do CPC,* ***julgo procedentes em parte*** *os pedidos formulados na inicial, apenas para condenar o primeiro réu, Eli Souza, a pagar à autora, a título de restituição de diferença da caução, o valor de R$ 2.769,93 (dois mil, setecentos e sessenta e nove reais e noventa e três centavos), a ser corrigido desde o levantamento e com juros de mora contados da citação. Não obstante a sucumbência recíproca, mas por entender que a autora decaiu quase integralmente da expressão econômica de seus pedidos, condeno-a por inteiro ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da causa, o que faço com amparo no art. 85, § 2º, c.c. o art. 86, parágrafo único, do CPC. A cobrança das verbas de sucumbência fica condicionada, entrementes, à hipótese do art. 98, § 3º, do CPC, eis que defiro à autora os benefícios da gratuidade da justiça, requeridos na inicial e sobre os quais ainda não havia manifestação expressa deste juízo (...)."* Destaquei.

Outrossim, agiu com acerto o magistrado de piso, quanto a restituição de aludido montante, porque a verba honorária prevista em cláusula contratual, conforme art. 62, II, alínea "d", da Lei nº 8.245/91, se aplica exclusivamente à hipótese de purgação da mora, o que não ocorre, na espécie.

Nesse sentido, é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EMBARGO À EXECUÇÃO – TÍTULO EXTRAJUDICIAL DE ART. 489 E CONTRATO LOCAÇÃO 1.022 DO CPC/2015 – AUSÊNCIA DE OMISSÕES – TÉRMINO RELAÇÃO CONTRATUAL – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE MULTA COMPENSATÓRIA COM CUMPRIMENTO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – HONORÁRIOS CONTRATUAIS NÃO INTEGRAM VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE PERDAS E DANOS – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não há falar em ofensa aos artigos 1022, II e 489, do Código de Processo Civil, haja vista que a ofensa somente ocorre quando o acórdão deixa de pronunciar-se sobre questão jurídica ou fato relevante para o julgamento da causa. A finalidade dos embargos de declaração é complementar o acórdão quando nele identificar omissão, ou, ainda, aclará-lo, dissipando obscuridade ou contradição. 2. A jurisprudência desta Casa perfilha do entendimento de não ser possível a cumulação da multa compensatória com o cumprimento da obrigação principal, uma vez que se trata de uma faculdade disjuntiva, podendo o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas. Precedentes. 3. O acolhimento da pretensão do agravante, demandaria alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 4. O acórdão encontra-se em harmonia com a jurisprudência dominante do STJ, no sentido de não ser cabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. 5. Agravo interno não provido."* (STJ - AgInt no AREsp 1294687/SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJe 18.09.2018).

> *"PROCESSUAL CIVIL – LOCAÇÃO – DESPEJO – SENTENÇA DE MÉRITO – CONDENAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PREVISÃO CONTRATUAL – FIXAÇÃO PELO JUIZ – POSSIBILIDADE – ART. 20 DO CPC – INAPLICABILIDADE DO ART. 62, II, DA LEI 8.245/91. A regra prevista no art. 62, II, letra 'd', da Lei 8.245/91 – segundo a qual, caso o contrato de locação disponha sobre honorários advocatícios, deve ser aplicado o percentual estipulado pelas partes - aplica-se exclusivamente à hipótese de*

purga da mora. In casu, tratando-se de sentença de mérito em ação de despejo, e na qual não houve purga da mora, aplicável ao caso a regra geral do art. 20 do CPC, que confere ao julgador a fixação do percentual da verba de patrocínio. Recurso não conhecido." (REsp 469739 Relator: Ministro Felix Fischer - Quinta Turma - DJ 31/03/2003 p. 258).

Ademais, como bem consignado na sentença hostilizada:

> *"Considerando que o valor resgatado foi de R$ 12.319,82 (doze mil, trezentos e dezenove reais e oitenta e dois centavos), em junho de 2015, conforme não controvertem as partes, e tendo a autora obtido, na ação de despejo já referida, a isenção do pagamento das custas e honorários, deve o segundo réu restituir à autora a diferença entre o montante levantado e aquele efetivamente devido pela autora, relacionado exclusivamente aos alugueis, IPTUs e despesas com pintura.*
>
> *Esse montante, de acordo com o cálculo de f. 447, perfazia R$ 9.549,89 (nove mil, quinhentos e quarenta e nove reais e oitenta e nove centavos), de maneira que a importância a ser restituída é de R$ 2.769,93 (dois mil, setecentos e sessenta e nove reais e noventa e três centavos), a ser corrigida desde o levantamento e com juros de mora contados da citação."*

Portanto, a sentença deve ser ratificada neste ponto, pois além de na hipótese ser indevida a cobrança dos honorários contratuais, o montante restituído encontra-se adequado.

Do recurso de Antonia Maria Barbosa da Costa Chiovetti.

Inicialmente, por meio do contrato anexado às f. 21-24, constata-se as partes ajustaram a locação de um imóvel, cujo prazo seria de 36 meses, com início a partir do dia 07.01.2011 e término em 06.01.2014 (cláusula primeira).

Por outro lado, conforme a própria autora reconheceu e demonstraram os documentos de f. 128-129, apesar do prazo de vigência da locação estabelecida no referido ajuste, aquela continuou a ocupar o imóvel em período posterior ao assinalado, o seja, por mais de quarenta dias.

Destarte, mesmo que não tenha havido a prorrogação do contrato de locação, por meio de termo aditivo, ainda assim, a apelante continuou a ocupar o imóvel. E, em tais situações, nos termos do artigo 56, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91, *"findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado."*

Considerou, ainda, o magistrado singular que remanesce a responsabilidade da locatária pelo pagamento de aluguéis e demais encargos, enquanto não ocorrer a entrega das chaves do imóvel ao locador.

Agiu também com acerto neste ponto, porque a obrigação de pagar os alugueres e encargos da locação só se extingue com a efetiva entrega das chaves.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO INTERNO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – NÃO OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES – MULTA PENAL – VALOR DA CAUÇÃO – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – REEXAME CONTRATUAL E FÁTICO DOS AUTOS – SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. 1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão, contradição ou negativa de prestação jurisdicional. 2. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que a entrega das chaves do imóvel em juízo põe fim à relação locatícia, sendo devido o aluguel referente ao período que antecedeu à referida extinção. 3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória e a interpretação de cláusulas contratuais (Súmulas n. 5 e 7/STJ).*

> *4. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no REsp 1423281/AM, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 06/12/2019)

Mesmo que se entenda que o locador dificultou a devolução do bem, incumbia à locatária propor ação de consignação das chaves a fim de se eximir da cobrança de alugueres e acessórios da locação, ao invés de limitar-se a notificação extrajudicial para devolução e solicitação de retirada das chaves em sua sede, como bem consignado na sentença hostilizada.

Com efeito, estando na posse das chaves do imóvel, a locatária mantém-se por ele responsável, até que o locador retome a posse direta do bem e dele possa novamente dispor, o que ocorreu apenas em 30.06.2014.

Em que pesem as alegações da recorrente, não restou demonstrado o pagamento dos alugueis e encargos referente ao mês de março de 2014 até a data da desocupação, impondo, outrossim, a manutenção da sentença neste tópico.

Transcreve-se, para melhor compreensão, parte da sentença, *in verbis*:

> *"(...) segundo o réu, essa inadimplência teria se iniciado a partir do aluguel referente ao mês de março de 2014 o qual teria restado impago, assim com os dos meses seguintes, até a data da desocupação.*
>
> *Observando-se os comprovante e recibos juntados pela autora com a inicial e emenda, percebe-se que realmente não há prova do pagamento desses alugueis.*
>
> *Na verdade, o último comprovante de pagamento legível apresentado por ela é relativo ao mês de fevereiro de 2014, com vencimento em 05 de março do mesmo ano (f. 301).*
>
> *Mesmo os originais arquivados em cartório, conforme certidão de f. 316, concernem aos alugueis vencidos em janeiro e fevereiro de 2014 e não aos meses em que o réu aduz que não houve pagamento (...)."*

No que tange às despesas de pintura, a cláusula décima do instrumento contratual menciona que *"o locatário vistoriou minuciosamente o imóvel locado, declarando recebê-lo em perfeito estado de habitabilidade"* e o laudo de vistoria de f. 27-30, devidamente assinado pela ora apelante, consta que ela acompanhou a vistoria e que a pintura dos diversos espaços e ambientes do imóvel estava nova ou em bom estado, comprometendo-se *"a devolver o imóvel no final da locação, nas mesmas condições."*

Como bem consignado pelo magistrado de piso:

> *"Apesar de a autora ter feito posteriores ressalvas à vistoria e as testemunhas ouvidas dizerem que desde o início o imóvel tinha defeitos, fato é que a autora permaneceu na casa até o final da locação de 36 (trinta e seis) meses, sem que tenha tido o trabalho de documentar por prova fotográfica ou outra que se mostrasse conclusiva, as condições em que recebeu o imóvel, a despeito do que constou do laudo de vistoria, por ela firmado.*
>
> *O que se sabe, pelas próprias fotografias juntadas pela autora às f. 98-116, é que a pintura, a partir do ano de 2013, ou seja, cerca de dois anos depois da ocupação do imóvel por elas e apresentava de fato deteriorada, de maneira que competia a ela, quando da entrega do bem, repará-la.*
>
> *Não o tendo feito e uma vez que não impugnou de forma específica o montante cobrado pelo réu a título de materiais e mão de obra para a pintura, deve responder pela despesa."*

Quanto aos danos morais, há demandas em que, diante das peculiaridades presentes, presume-se a ocorrência de dano moral, sendo despicienda a sua comprovação. Afora esses casos específicos, é da parte autora o ônus de demonstrar a sua ocorrência, não bastando para tanto, eventual existência de ato tido por danoso, de parte do réu.

Assim, em regra, são pressupostos da caracterização de dano moral a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo. Ausente essa prova, inviável deferir-se a reparação.

No caso vertente, entendo que os fatos demonstrados nos autos não comprovam a existência de dano moral suscetível de indenização.

Não se observa na espécie ofensa à dignidade da pessoa humana, dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico da recorrente, causando-lhe transtorno e desequilíbrio em seu bem-estar.

O ser humano está sujeito a situações adversas em seu dia a dia, deparando-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. No entanto, isso não caracteriza dano moral, que pressupõe efetivo prejuízo causado à honra, à imagem ou à dignidade da pessoa humana.

Portanto, os transtornos e contratempos sofridos pela apelante no caso vertente não denotam a ocorrência de dano moral.

Por derradeiro, inviável a redução dos honorários sucumbenciais fixados na sentença, porquanto adequados e proporcionais ao caso concreto.

Conclusão.

Diante do exposto:

Conheço o recurso interposto por Eli Souza, porém lhe nego provimento.

Em atenção ao que dispõe o art. 85, § 11, do NCPC, evidenciada a sucumbência em segundo grau, arbitro honorários advocatícios no importe de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, montante este que deverá ser acrescido ao percentual fixado em sentença; e,

Conheço do recurso interposto por Antonia Maria Barbosa da Costa Chiovetti, no entanto lhe nego provimento.

Conforme estatui o art. 85, § 11, do NCPC, evidenciada a sucumbência em segundo grau, arbitro honorários advocatícios no importe de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, montante este que deverá ser acrescido ao percentual fixado em sentença. Entrementes, cobrança deverá ficar suspensa em razão do disposto no artigo 98, § 3º, do NCPC.

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. 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, 14 de julho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Agravo de Instrumento nº 1405532-62.2020.8.12.0000 – Ivinhema

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TUTELA DE URGÊNCIA – SUSPENSÃO COBRANÇA – TAXA DE LIXO – ISENÇÃO LEGAL – AUSÊNCIA DE LEI – INDEFERIDO – IPTU – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – TEMPLO RELIGIOSO – ART. 150, VI, B CF – REQUISITOS PRESENTES – TUTELA CONCEDIDA – 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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Mitra Diocesana de Naviraí interpõe recurso de agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ivinhema que, nos autos de ação de restituição de indébito tributário c/c indenização por Danos Morais n. 0801074-15.2020.8.12.0012 ajuizada em desfavor do Município de Ivinhema, indeferiu a tutela de urgência para determinar a suspensão da cobrança de IPTU e taxa de lixo de todos os imóveis pertencentes à requerente.

Informa ser uma organização religiosa da Igreja Católica sem fins lucrativos, e que, portanto, possui imunidade tributária nos termos do art. 165, I, CTN, contudo está sendo compelida a pagar IPTU e taxa de coleta de lixo, conforme comprovantes de pagamentos dos anos 2015-2019.

Defende que a imunidade tributária concedida aos templos religiosos se estende a todos os imóveis pertencentes à entidade religiosa que são destinados ao atendimento de suas finalidades essenciais, ainda que alugados a terceiros, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Alega que a continuidade na exigibilidade dos tributos indevidos pode ocasionar danos de difícil reparação, uma vez que a entidade realiza um trabalho muito amplo, que busca com suas obras não apenas satisfazer interesses materiais/financeiros de quem a procura, mas também e principalmente está voltada para buscar almas para Deus.

Argumenta ainda ser presumível que os imóveis pertencentes à organização religiosa são todos revertidos para suas finalidades essenciais, cabendo ao município, neste caso, provar o contrário, conforme jurisprudência do próprio TJ/MS,

Pugna pela reforma da decisão a fim de determinar imediata suspensão da exigibilidade de todos os créditos tributários de IPTU, bem como da taxa de coleta de lixo sobre a totalidade dos imóveis de sua propriedade.

Sem pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta às f. 78-83.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Mitra Diocesana de Naviraí interpõe recurso de agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ivinhema que, nos autos de ação de restituição de indébito tributário c/c indenização por Danos Morais n. 0801074-15.2020.8.12.0012 ajuizada em desfavor do Município de Ivinhema, indeferiu a tutela de urgência para determinar a suspensão da cobrança de IPTU e taxa de lixo de todos os imóveis pertencentes à requerente.

Informa ser uma organização religiosa da Igreja Católica sem fins lucrativos, e que, portanto, possui imunidade tributária nos termos do art. 165, I, CTN, contudo está sendo compelida a pagar IPTU e taxa de coleta de lixo, conforme comprovantes de pagamentos dos anos 2015-2019.

O presente recurso é tempestivo e satisfaz todos os requisitos formais de admissibilidade, dessa forma, passo ao exame do agravo de instrumento interposto.

O cerne da questão de mérito posta em debate limita-se em saber se restaram satisfeitos os requisitos para a concessão de tutela de urgência consistente na suspensão da cobrança de todos os créditos tributários de IPTU, bem como da taxa de coleta de lixo sobre a totalidade dos imóveis de propriedade da agravante.

O art. 300 do Código de Processo Civil/2015, que trata da tutela antecipada, estabelece que a medida poderá ser deferida pelo magistrado somente se verificada a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado, assim como o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do feito.

A respeito do tema, Thereza Arruda Alvim nos ensina que[1]:

> *"(...) assim, passam a ser requisitos para a concessão tanto de tutelas antecipadas quanto cautelares: (i) Probabilidade do direito e (ii) Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Trata-se de requisitos cumulativos que, para a concessão de medida, deverão sempre ser somados e demonstrados.*
>
> *A probabilidade do direito refere-se ao juízo de aparência realizado pelo órgão judicante quanto à questão fática narrada pela parte e sua adequação ao direito pretendido. Diante das provas já produzidas, o magistrado, no mais das vezes baseado em um juízo de cognição meramente sumário, posiciona-se entre a dúvida e a certeza, mas se sente mais próximo desta. De se ressaltar que a análise não é só dos fatos, pois é também essencial que estes possam conduzir às consequências jurídicas que o autor almeja.*
>
> *O fundado receio de dano, por sua vez, é requisito que se relaciona com o elemento tempo. O receio de dano nasce quando existia a possibilidade de deterioração ou perdimento do direito, que poderá ser prejudicado em decorrência do retardamento da prestação jurisdicional. Em uma definição mais precisa, seria a potencialidade de lesão (ou perigo de lesão) ao direito (material ou processual) frente à demora. Tal situação justifica a necessidade de pronta intervenção jurisdicional, seja adiantando o próprio provimento, seja protegendo o futuro resultado útil da demanda.*
>
> *Entretanto, a presença de tais requisitos, por si, não bastará para a concessão da medida. Isto, pois, mantendo imposição similar a já contida no antigo diploma, o novo código prevê situação que, uma vez presente, impedirá a concessão da medida: a irreversibilidade dos efeitos da decisão."*

1 ARRUDA ALVIM, Thereza. Coordenação Thereza Arruda Alvim (et. al.). **O novo código de processo civil brasileiro**: estudos dirigidos, sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Pois bem.

No presente caso, em relação a taxa de lixo, não há probabilidade do direito, uma vez que a imunidade tributária não engloba o conceito de taxa, porquanto o preceito constitucional (artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal) só faz alusão expressa a imposto. No caso de taxas é necessária isenção legal.

De outro lado, quanto a requerida suspensão da exigibilidade de IPTU sobre os imóveis da agravante, em sede de cognição sumária, constata-se que há elementos suficientes para a realização de um juízo positivo quanto à probabilidade do direito invocado, já que trata-se de entidade religiosa, circunstância esta que, a princípio, lhe confere direito à imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "b", da CF.

Ressalta-se que, conforme jurisprudência da Suprema Corte, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, b, da Constituição abrange não apenas os locais destinados à celebração de cultos, mas se estende, também, a todos os imóveis pertencentes à entidade religiosa e destinados ao atendimento de suas finalidades essenciais, cabendo à Fazenda Pública demonstrar que o imóvel é utilizado para outra finalidade.

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS. IPTU. IMÓVEL VAGO. DESONERAÇÃO RECONHECIDA. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não cabe à entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, compete à Administração tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade. Nos termos da jurisprudência da Corte, a imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STF. AgR no ARE nº 800.395/ES. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Roberto Barroso.Julgamento: 28.10.2014)

Num outro norte, ainda que não seja possível falar, propriamente em perigo de dano, a total disparidade de tratamento dispensado pela lei ao fisco e ao contribuinte, outorgando àquele o direito de lançar e executar de imediato o crédito tributário e submetendo este ao penoso caminho do precatório para reaver o indébito, autoriza considerar preenchido também este requisito legal para a concessão liminar.

Neste sentido é a jurisprudência:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – IPTU – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO – EM RESTANDO EVIDENTE A UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL PERTENCENTE A IGREJA PARA OS FINS INSTITUCIONAIS (TEMPLO RELIGIOSO), É O CASO DE RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL – O ÔNUS DE PROVAR QUE O IMÓVEL É UTILIZADO PARA FINS NÃO CONDIZENTES COM O FIM INSTITUCIONAL É DO ENTE PÚBLICO – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – EMENTA APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO IPTU SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA APELAÇÃO DA IGREJA PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL EM SENDO A VERBA HONORÁRIA FIXADA EM VALOR IRRISÓRIO, É DE RIGOR SUA MAJORAÇÃO, PARA ADEQUÁ-LA AOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 85 DO CPC RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0819402-31.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 14/05/2019, p: 15/05/2019)

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE ISENÇÃO/IMUNIDADE FISCAL – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ABSTENÇÃO DE LANÇAMENTOS FUTUROS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1415579-08.2014.8.12.0000, Itaquiraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 24/02/2015, p: 25/02/2015)

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao agravo de instrumento interposto por Mitra Diocesana de Naviraí para suspender a cobrança de IPTU referente aos imóveis de sua propriedade.

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. 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, 21 de julho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0800018-37.2017.8.12.0016 – Mundo Novo

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESPOSTA OU RETIFICAÇÃO.

RECURSO DA PARTE REQUERIDA –PRELIMINAR DE SENTENÇA *EXTRA PETITA* – AFASTADA – PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO – NÃO ACOLHIDO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE EXCEÇÃO DA VERDADE – NÃO CONHECIDA INOVAÇÃO RECURSAL – MÉRITO – CONVERSA EM PROGRAMA EXIBIDO PELA EMPRESA APELADA QUE TEM CONDÃO DE OFENDER A IMAGEM DA APELANTE – ANÁLISE DE TODO O CONTEXTO DA SITUAÇÃO – EMISSORA DEVE SER RESPONSABILIZADA – DIREITO DE RESPOSTA EXISTENTE – SENTENÇA MANTIDA RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

RECURSO DA PARTE REQUERENTE – INCLUSÃO DE PEDIDO DE DESCULPAS PELA EMISSORA NA NOTA DO DIREITO DE RESPOSTA – DIREITO DIVERSO DO CONCEDIDO ATRAVÉS DO DIREITO DE RESPOSTA – OBRIGAÇÃO DA NOTA DE RESPOSTA SER LIDA POR APRESENTADOR ESPECÍFICO – IMPOSSIBILIDADE APRESENTADOR QUE NÃO COMPÕE A LIDE PROCESSUAL – INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – ILEGITIMIDADE DE PARTE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastaram a preliminar, conheceram em parte dos recursos e, nesta extensão, negaram-lhes provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA - Bandsports e Odete Rodrigues da Cruz Souza interpuseram recursos de apelação ante sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo que, nos autos ação para o exercício do direito de resposta ou retificação de ofendido, julgou procedente o pedido contido na inicial para condenar a parte requerida ao pagamento de danos morais arbitrados em cinco mil reais, bem como para o fim de determinar que a parte requerida publicasse (no prazo de 20 dias), na mesma dimensão da matéria questionada, o direito de resposta da parte autora com exceção do último parágrafo (f. 186), deixando consignado ainda que o conteúdo deverá ser audiovisual com leitura da nota ao mesmo tempo em que a parte escrita é colocada na tela (a escolha do narador ficou por parte da requerida), restou consignado também que a nota deveria se repetir até que se complete o tempo referido acima. O julgador singelo também determinou que o A veiculação da mensagem deve ser comprovada nos autos, sob pena de multa diária no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), limitada inicialmente a um prazo de 10 dias.

Em seu recurso Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA - Bandsports preliminarmente alega a ocorrência de sentença *extra-petita* vez que teria reconhecido que a autora teve sua intimidade atingida.

No mérito alega que os três modelos de resposta apresentados pela parte autora não guardam vínculo com o contexto da matéria em discussão, isto pois em tais textos não restaram especificados todas as ofensas supostamente feitas contra a autora, fato este evidenciaria a inexistência de ofensa real à autora, ademais aduz os fatos expostos narrados na matéria não permitem a individualização da parte autora, vez que seria impossível a identificação da mesma caso a autora fosse apenas dona de uma conveniência.

Conjectura que se a citação do do apelido 'Dete' como 'dona de zona' permite a identificação da recorrida, tal fato demonstraria que a apelada realmente desenvolve tal atividade, o que impediria a atribuição do caráter da ofensividade da afirmação proferida na matéria.

Argumenta que a pretensão da autora é embasada em vídeos de whasapp, que seriam diversos daquele transmitido pelo "baita amigos" sendo é inconcebível a concessão do direito de resposta através da requerida, vez que a mesma não tem relação com os vídeos que ofenderam a autora.

Ademais a parte requerida aduz que inexiste ofensa a honra da autora, tendo em vista que a exploração da atividade de prostituição não foi negada pela parte, e, pois, em consulta a *site* de notícias do presente estado foi possível encontrar matéria jornalística que relata que a parte autora a já fora presa em virtude da manutenção de uma adolescente em casa de prostituição.

Assevera que não há como visualizar uma ofensa à honra da apelada pela associação de seu nome à pratica ou exploração da prostituição, pois, tal elo não fora criado pelo apresentador José Ferreira Neto, configurando-se na verdade como um fato notório na localidade.

Também argui que inexistiu ofensa a intimidade da recorrida vez que a mera indicação do valor garantido a uma pessoa em virtude de um processo de separação não seria apto a violar a correlata intimidade.

Por fim requer o recebimento do feito em seu efeito suspensivo e seu provimento para afastar a pretensão ao direito de resposta, graças a ausência de ofensa à honra e à intimidade da apelada.

Contrarrazões à f. 286-328.

Por sua vez Odete Rodrigues da Cruz Souza através de seu recurso requer a reforma da sentença para que:

> *"Seja condenada a apelada a incluir/manter o último do parágrafo da Nota de Resposta ou Retificação (f. 186) na oportunidade em que for publicado o direito de resposta da apelante. 2) Seja condenada a Apelada a definir como narrador responsável pela publicação do direito de resposta da apelante, o Sr. José Ferreira Neto, apresentador do programa Baita Amigos, atendendo integralmente ao quarto pedido da Inicial, consonante julgado de caso semelhante nos Autos nº 0800013- 15.2017.8.12.0016. 3) Seja a Apelada condenada ao pagamento de honorários advocatícios definidos em percentual mínimo de 10% até o limite de 20 % do valor na causa."*

Contrarrazões à f. 282-285.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA - Bandsports e Odete Rodrigues da Cruz Souza interpuseram recursos de apelação ante sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo que, nos autos ação para o exercício do direito de resposta ou retificação de ofendido, julgou procedente

o pedido contido na inicial para condenar a parte requerida ao pagamento de danos morais arbitrados em cinco mil reais, bem como para o fim de determinar que a parte requerida publicasse (no prazo de 20 dias), na mesma dimensão da matéria questionada, o direito de resposta da parte autora com exceção do último parágrafo (f. 186), deixando consignado ainda que o conteúdo deverá ser audiovisual com leitura da nota ao mesmo tempo em que a parte escrita é colocada na tela (a escolha do narrador ficou por parte da requerida), restou consignado também que a nota deveria se repetir até que se complete o tempo referido acima. O julgador singelo também determinou que o A veiculação da mensagem deve ser comprovada nos autos, sob pena de multa diária no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), limitada inicialmente a um prazo de 10 dias.

Da admissibilidade recursal.

Verifica-se que ambos recursos de apelação são tempestivos, eis que interposto dentro do prazo previsto no disposto nos arts. 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único, NCPC/2015. Os apelantes juntaram seus preparos às f. 260-260 e 230-231.

O manejo dos apelos, para a hipótese, encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do NCPC**.**

Do recurso interposto por Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA - Bandsports.

Da matéria não conhecida - inovação recursal.

Ademais a parte requerida aduz que inexiste ofensa a honra da autora, tendo em vista que a exploração da atividade de prostituição não foi negada pela parte, e, pois, em consulta a *site* de notícias do presente estado foi possível encontrar matéria jornalística que relata que a parte autora a já fora presa em virtude da manutenção de uma adolescente em casa de prostituição.

Assevera que não há como visualizar uma ofensa à honra da apelada pela associação de seu nome à pratica ou exploração da prostituição, pois, tal elo não fora criado pelo apresentador José Ferreira Neto, configurando-se na verdade como um fato notório na localidade.

As alegações neste sentido não devem ser conhecidas.

Isto pois, constata-se que há inovação recursal e supressão de instância, uma vez que argumentação em tal sentido não foi aventada durante o trâmite do presente feito em primeiro grau.

No escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Proibição de inovar. Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi arguido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição. Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (...).*
>
> *Questões atingidas pela regra. O sistema da proibição de inovar incide sobre as questões de fato dispositivas, sobre as quais o juiz não pode pronunciar-se ex officio levantadas pela primeira vez no recurso de apelação por quem já era parte no processo."* (*in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1060)

Portanto, no presente caso, não tendo sido apresentada oportunamente a argumentação de que a apelada realmente exerceria, bem como não teria negado a exploração da atividade de prostituição, não há que se conhecer desta parte do presente recurso, em razão da evidente supressão de instância e inovação recursal.

Do efeito suspensivo.

No caso em tela, ao sentenciar o feito, o juiz determinou à requerida/apelante que:

"(...) no prazo máximo de 20 dias, publique na mesma dimensão da matéria questionada (dois minutos e cinquenta segundos), inclusive mesmo dia da semana e horário, o direito de resposta da parte autora (f. 186), com exceção do último parágrafo). O conteúdo deverá ser audiovisual, com leitura da nota ao mesmo tempo em que a parte escrita é colocada na tela (a escolha do narrador e a arte ficam por conta da requerida, que deverá guardar semelhança com as campanhas de recall), devendo a nota se repetir até atingir o tempo determinado. A veiculação da mensagem deve ser comprovada nos autos, sob pena de multa diária no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), limitada inicialmente a um prazo de 10 dias."

O recorrente postula pela concessão do efeito suspensivo ao recurso.

Pois bem. Acerca da concessão do efeito suspensivo o CPC/2015 estabelece que:

"Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º. Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2º. Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º. O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação. § 4º. Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso."

No entanto, não se vislumbra a probabilidade do direito alegado pela empresa apelante/requerida, como será verificado no exame do mérito da apelação.

Posto isso, rejeito o pedido de concessão do efeito suspensivo ao presente recurso de apelação.

Da preliminar de sentença *extra petita*.

Em seu recurso Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA - Bandsports preliminarmente alega a ocorrência de sentença *extra-petita* vez que teria reconhecido que a autora teve sua intimidade atingida.

Equivocou-se, contudo, o agravante em seus argumentos.

Consoante estabelece o CPC/2015:

> *"Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.*
>
> *Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*
>
> *Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional."*

Desse modo, ao elaborar sua petição inicial, o autor fixa os limites da lide. A partir daí, há necessidade de existência de uma correlação entre a pretensão formulada e a sentença proferida, sendo vedado decidir aquém (*citra* ou *infra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi pleiteado.

Por oportuno, transcreve-se julgado a respeito do tema:

> *"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – JULGAMENTO ULTRA PETITA – INEXISTÊNCIA – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO – INADMISSIBILIDADE – SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA N. 211/STJ – DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. O recurso especial não comporta a interpretação de cláusulas contratuais e o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmulas n. 5 e 7 do STJ).*
>
> *2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que não ficou comprovada a emissão da nota promissória, de modo que não se poderia exigir sua apresentação no processo. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial.*
>
> ***3. Não ocorre julgamento ultra petita quando o julgador concede providência jurisdicional dentro dos limites do pedido formulado na petição inicial.***
>
> *4. A ausência de manifestação por parte do Tribunal de origem quanto ao tema suscitado no especial obsta o conhecimento do recurso por falta de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211/STJ.*
>
> *5. Agravo regimental improvido."* (STJ; AgRg no AREsp 102.206/SP; Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; Quarta Turma; julgado em 17/03/2015; DJe 24/03/2015). Destacado.

Na hipótese em exame, entretanto, não houve o alegado julgamento *extra petita.*

Nota-se, *in casu*, que a decisão singela apreciou as questões debatidas na demanda e, ainda que o apelante possa discordar da apreciação da sentença monocrática, não se pode dizer que ela tenha sido proferida fora do pedido, tendo em vista que a questão trazida pelo juízo singular - reconhecimento de desrespeito à intimidade da apelada - é questão que se mistura intimamente com mérito da demanda que busca o direito de resposta contra a apelante graças ao conteúdo ofensivo veiculado pela empresa.

Rejeitada, portanto, a preliminar arguida.

Do mérito.

No mérito alega que os três modelos de resposta apresentados pela parte autora não guardam vínculo com o contexto da matéria em discussão, isto pois em tais textos não restaram especificados todas as ofensas supostamente feitas contra a autora, fato este evidenciaria a inexistência de ofensa real à autora, ademais

aduz os fatos expostos narrados na matéria não permitem a individualização da parte autora, vez que seria impossível a identificação da mesma caso a autora fosse apenas dona de uma conveniência.

Argumenta que a pretensão da autora é embasada em vídeos de *WhatsApp*, que seriam diversos daquele transmitido pelo "baita amigos" sendo é inconcebível a concessão do direito de resposta através da requerida, vez que a mesma não tem relação com os vídeos que ofenderam a autora.

Também argui que inexistiu ofensa a intimidade da recorrida vez que a mera indicação do valor garantido a uma pessoa em virtude de um processo de separação não seria apto a violar a correlata intimidade.

Requer o provimento do recurso para afastar a pretensão ao direito de resposta, graças a ausência de ofensa à honra e à intimidade da apelada.

Não merece provimento o recurso.

Explico.

Sobre o tema em discussão nos autos, vale destacar o que nossa CF dispõe sobre a liberdade de imprensa em seu art. 220:

> *"A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*
>
> *§ 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*
>
> *§ 2º. É vedada toda e qualquer natureza política, ideológica e artística."*

Ainda, reza o artigo 5º, IX, da Constituição Federal:

> *"(...) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença."*

Alexandre de Moraes leciona:

> *"A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos, consagradas constitucionalmente no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), bem como a proteção à imagem (CF, art. 5º, XXVVII, a), sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (CF, art. 5º, V e X) (...)."* (Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 735).

Nota-se assim, que tanto a CF/88 protege o direito de informação, a liberdade jornalística, não podendo, contudo, este direito ser exercido com exagero, de forma que as notícias devem ser transmitidas em total sintonia a verdade, sendo impostos alguns limites que devem ser respeitados, existindo consequências para os casos em que as pessoas se utilizem de forma abusiva, como nos casos em que há o direito de resposta.

Nesse sentido temos a Lei n. 13.188/2015, a qual dispõe:

> *"Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.*
>
> *§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente,*

ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

§ 2º São excluídos da definição de matéria estabelecida no § 1º deste artigo os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social."

No caso dos autos, ao contrário do alegado pelo apelante, verifica-se que houve uma publicação, não em redes sociais ou aplicativos de mensagens instantâneas, mas sim no programa "Baita Amigos", da emissora apelada, oportunidade em que o apresentador "Neto" e os que ali estavam contaram/comentaram sobre uma anedota acerca de uma viagem, que alguns dos integrantes do programa, fizeram à Mundo Novo

Vejamos a trecho da referida história:

"- (...) um rapaz foi buscar agente (referindo-se a Velloso)

em Cascavel, foi ele e a mulher dele.

- (Velloso) Foi.

- (...).

- (...).

- O rapaz que começou a conversar com nós chama [sic]

Silvio.

- Mora lá em Mundo Novo.

- Ai conversando, tal e coisa, o cara [sic] (referindo-se ao Silvio) perguntando (...).

- (...).

- (...).

- (...).

- Eu já estou no terceiro casamento, casei com a Ana, com a Fernanda e agora estou com a Sandra no terceiro casamento. Tamo trabaiando [sic] firme e forte.

- E ocê [sic] Silvio?

- (Silvio) Eu sete.

- Sete??!! (Risos dos apresentadores)

- (...).

- (...).

- (...).

- Que legal!! E a sua esposa como que chama?

- (Silvio) Fernanda.

- Legal (...) já comecei o dia bão [sic] (...) de manhã o nome da minha ex-muié. Fernanda. Que legal, legal pra caramba.

- E a última sua como é que foi?

- (Silvio) A última minha chama 'Dete'.

- Ahh Dete.

- (Fernanda - mulher do Silvio) Neto, que por sinal é a dona da zona da cidade que você vai.

- (Fernanda) Chama Pimenta Doce.

(Risos)

- Falei: Verdade??

- Por que eu sempre achei que quando o rapaz separava quem montava a 'zona' era o homem (...) e não a muié [sic]. Aí quem montou a zona foi a muié.

(Risos)

- Você (referindo-se ao Silvio) pode levar nós lá?

- (Silvio) Não, porque eu nunca fui. (Risos)

- Mas e o rendimento (...) como é que está o rendimento lá?

- (Silvio) Não sei Neto, mas eu acho que está indo bem porque eu deixei trezentão [sic] (trezentos mil) pra ela. (Risos)

- (...).

- (...).

- Rapaz começou a doer minha barriga.

- Ai em Mundo Novo (...).

- (Velloso) Mundo Novo.

- Quem quiser ir em Mundo Novo.

- Na Pimenta Doce.

- Da 'Dete'. (Risos)

- Que quem facilitou tudo foi o Silvio. (Risos)

(Risos)

- E a muié montou uma zona lá na cidade. (Risos)

- Parabéns. (Risos)

- Foi a melhor história, a melhor coisa. (Risos)

- E tem uma coisa hein

- Vou falar pra oceis, nós passamos lá pra ver se era

verdade. (Risos)

- Não vou mentir não! Pela saúde dos meus filhos! Nós não entramos.

- (...).”

Assim, nota-se que é possível concluir que o conteúdo que foi ao ar na apresentação do programa “Baita Amigos” tenha atingido diretamente a honra da apelante/autora, eis que graças ao teor e à especificação das pessoas envolvidas na anedota foi possível identificar a quem os comentários dizem respeito, bem como é possível verificar ofensa a honra e à privacidade da apelada que foi acusada de ficar com dinheiro de seu ex-cônjuge (não havendo qualquer menção de que tal quantia seria provinda idoneamente da separação) e de possuir uma casa de prostituição.

Ademais é de se notar que após a veiculação de tal ainda houve por parte de algum dos apresentadores postagens em redes sociais e nova referência à tal anedota em outro programa pertencente ao mesmo grupo de comunicação.

Assim resta indene de dúvidas que deve ser mantida a sentença de primeiro grau que condenou a emissora à veicular nota de resposta, sob pena de multa.

Do recurso interposto por Odete Rodrigues da Cruz Souza.

Odete Rodrigues da Cruz Souza através de seu recurso requer a reforma da sentença para que *“seja condenada a apelada a incluir/manter o último do parágrafo da Nota de Resposta ou Retificação (f. 186) na oportunidade em que for publicado o direito de resposta da apelante.”*

Não merece provimento neste ponto o recurso, isto pois conforme bem destacado pelo juízo de primeiro grau, o que se está sendo concedido através do feito é direito de resposta, direito este que destoa do pedido de desculpas pelo órgão de imprensa incluído no último parágrafo da nota anexada pela requerente, contudo consigno que o pedido de desculpas pode ser feito pelo órgão de imprensa por sua própria vontade, até mesmo para amenizar dano moral que pode ser discutido em ação própria, mas não necessita ser incluído por direito de resposta da autora.

Ademais a autora/apelante requer que *“seja condenada a apelada a definir como narrador responsável pela publicação do Direito de Resposta da apelante, o Sr. José Ferreira Neto, apresentador do programa Baita Amigos, atendendo integralmente ao quarto pedido da Inicial, consonante julgado de caso semelhante nos Autos nº 0800013- 15.2017.8.12.0016.”*

Mais uma vez não merece provimento o recurso da apelante, tendo em vista que a presente ação não foi oposta contra o apresentador José Ferreira Neto, e por tal motivo o mesmo é parte estranha ao presente feito, não podendo ser atribuído a ele qualquer obrigação de fazer, bem como não pode o comentarista ser vinculado à decisão judicial sem qualquer direito de defesa.

Neste mesmo diapasão, a Lei n. 13.188/2015, a qual dispõe sobre o direito de resposta ou retificação, não vincula qualquer apresentador ou jornalista à retificação ou ao direito de resposta.

Veja-se:

> *“Art. 3º O direito de resposta ou retificação deve ser exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de recebimento encaminhada diretamente ao veículo de comunicação social ou, inexistindo pessoa jurídica constituída, a quem por ele responda, independentemente de quem seja o responsável intelectual pelo agravo.*
>
> *§ 1º O direito de resposta ou retificação poderá ser exercido, de forma individualizada, em face de todos os veículos de comunicação social que tenham divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido o agravo original.*
>
> *§ 2º O direito de resposta ou retificação poderá ser exercido, também, conforme o caso:*

I - pelo representante legal do ofendido incapaz ou da pessoa jurídica;

II - pelo cônjuge, descendente, ascendente ou irmão do ofendido que esteja ausente do País ou tenha falecido depois do agravo, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta ou retificação.

§ 3º No caso de divulgação, publicação ou transmissão continuada e ininterrupta da mesma matéria ofensiva, o prazo será contado da data em que se iniciou o agravo.

Art. 4º A resposta ou retificação atenderá, quanto à forma e à duração, ao seguinte:

I - praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou;

II - praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou;

III - praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou.

§ 1º Se o agravo tiver sido divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido em mídia escrita ou em cadeia de rádio ou televisão para mais de um Município ou Estado, será conferido proporcional alcance à divulgação da resposta ou retificação.

§ 2º O ofendido poderá requerer que a resposta ou retificação seja divulgada, publicada ou transmitida nos mesmos espaço, dia da semana e horário do agravo.

§ 3º A resposta ou retificação cuja divulgação, publicação ou transmissão não obedeça ao disposto nesta Lei é considerada inexistente.

§ 4º Na delimitação do agravo, deverá ser considerado o contexto da informação ou matéria que gerou a ofensa."

Por fim Odete Rodrigues da Cruz Souza *"seja a apelada condenada ao pagamento de honorários advocatícios definidos em percentual mínimo de 10% até o limite de 20 % do valor na causa."*

O recurso não deve ser conhecido nesta parte, uma vez que é afeta ao direito autônomo do advogado, por força do artigo 23 da Lei n. 8.906/94, que estatui que os honorários advocatícios de sucumbência pertencem ao causídico.

Trata-se, *in casu*, de verba que integra o patrimônio do patrono e não o da parte por ele representada, de forma que somente o advogado detém legitimidade e interesse recursal para pleitear a majoração ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

A teor do art. 18 do CPC/2015, é proibido à parte agir, em nome próprio, para defender direito alheio, salvo nas hipóteses previstas em lei - as quais não se aplicam na situação posta em debate.

Assim, não prevalece a legitimidade da parte para recorrer com o intuito de obter a majoração da condenação ao pagamento da verba honorária.

Nesse sentido:

"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – PRELIMINAR ARGUIDA DE OFÍCIO DE ILEGITIMIDADE DA PARTE AUTORA PARA IMPUGNAR SENTENÇA NA PARTE RELATIVA AOS HONORÁRIOS – DIREITO EXCLUSIVO DO ADVOGADO – NOVO PARADIGMA, CONSENTÂNEO COM A ATUAL LEI CIVIL INSTRUMENTAL – VÍCIO INSANÁVEL – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESTA PARTE – MÉRITO – EMISSÃO DE CHEQUES SEM FUNDOS –

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ASSINATURA DAS CÁRTULAS O FOSSE DA AUTORA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE DO BANCO – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO MORAL IN RE IPSA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO DO RÉU DESPROVIDO – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

I - O § 14 do art. 85 do CPC e o art. 23 do Estatuto da OAB indicam que só o advogado possui legitimidade para vindicar majoração de honorários.

(...)." (TJMS; Apelação n. 0808882-46.2016.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; j: 03/10/2018; p: 05/10/2018)

Oportuno salientar a desnecessidade de intimação para manifestação sobre não conhecimento desta matéria, prevista no parágrafo único do art. 932 do CPC/2015, em razão da impossibilidade de saneamento do vício:

"Art. 932 (...).

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente ***para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."*** Destaquei.

É indubitável que a disposição em tela só tem aplicação quando o vício for sanável ou a irregularidade corrigível. Não está ao alcance do recorrente sanar o vício identificado, pois, no caso concreto, além da existência de ilegitimidade de parte, encontra-se precluso o direito do patrono recorrer em nome próprio, ante o esgotamento do prazo recursal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul já se manifestou sobre a desnecessidade de intimação por ocasião de reconhecimento de vício insanável:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – INOVAÇÃO À LIDE – DESPESAS MÉDICAS – SENTENÇA QUE ACOLHEU A AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – OFENSA À DIALETICIDADE ARGUIDA DE OFÍCIO – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E DESPROVIDO

(...).

3. Em grau de recurso a autora limitou-se a afirmar que foram juntados os recibos dos gastos que teve com o tratamento decorrente da fatura, sem tecer uma única linha sobre a ausência de nexo de causalidade. ***Essa circunstância revela patente violação ao princípio da dialeticidade, passível de ser conhecida de ofício por se tratar de vício insanável (art. 932, III, do CPC).*** *(...)."* (TJMS; Apelação nº 0801294-84.2015.8.12.0045 - Sidrolândia; Quinta Câmara Cível; Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel; Data do Julgamento: 21.02.2017; Data da Publicação: 23.02.2017). Destaquei.

Desta forma, deixo de conhecer do presente apelo nesta parte.

Conclusão.

Conheço parcialmente do recurso interposto por Newco Programadora e Produtora de Comunicação LTDA - Bandsports, e na parte conhecida nego-lhe provimento. À luz do que dispõe o § 11 do art. 85 do vigente CPC, fixo a verba honorária recursal em benefício do patrono da autora em R$ 1.000,00 (mil reais).

Também conheço parcialmente do recurso interposto por Odete Rodrigues da Cruz Souza, e na parte conhecida nego-lhe provimento. Inaplicável o artigo 85, § 11, do CPC, em decorrência de sua natureza sancionatória em recurso procrastinatório, o que não se evidenciou no caso do recurso da autora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, conheceram em parte dos recursos e, nesta extensão, negaram-lhes provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Agravo de Instrumento nº 1406601-32.2020.8.12.0000 – Batayporã

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – BLOQUEIO DE NUMERÁRIO – IMPENHORABILIDADE MITIGADA – MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA COM ORIGEM NÃO SÓ DA ATIVIDADE COMERCIAL DO EXECUTADO – EQUÍVOCO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA ÁREA ADJUDICADA – ERRO SANÁVEL – AUTO DE ADJUDICAÇÃO ELABORADO DE ACORDO COM A MATRÍCULA DO IMÓVEL – IRREGULARIDADE NO CÁLCULO – QUESTÃO NÃO DECIDIDA EM PRIMEIRO GRAU – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A impenhorabilidade dos rendimentos não pode ser interpretada de forma a blindar por completo o patrimônio do devedor, cabendo a sua mitigação quando a constrição não implicar em prejuízos à sua subsistência e de sua família.

O erro na individualização da área adjudicada não invalida a medida, pois efetivada tendo-se em conta a matrícula do imóvel.

A questão não enfrentada na decisão agravada não pode ser apreciada pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pena de incorrer em supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

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, 13 de agosto de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Pedro Henrique Hernandez Cintra interpõe agravo de instrumento contra decisão que, na Execução de Título Extrajudicial movida por Euclides dos Santos, Aparecida Benício dos Santos, manteve íntegra a penhora de numerário proveniente de bloqueio via BacenJud, considerou intempestiva a alegação de nulidade da penhora e adjudicação e permitiu a prova pericial acerca dos cálculos questionados.

Sustenta serem impenhoráveis os valores constritados; ser nula a adjudicação, pois efetivada sobre área equivocada; e, também, haver erros nos cálculos apresentados, já que não é possível utilizar a SELIC para correção monetária.

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso com o consequente provimento definitivo.

O recurso foi recebido às f. 87-88 no efeito devolutivo.

O agravado manifestou oposição ao julgamento virtual (f. 96).

Contraminuta às f. 97-108.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por Pedro Henrique Hernandez Cintra contra decisão que, na Execução de Título Extrajudicial movida por Euclides dos Santos e Aparecida Benício dos Santos, manteve íntegra a penhora de numerário proveniente de bloqueio via BacenJud, considerou intempestiva a alegação de nulidade da penhora e adjudicação e permitiu a prova pericial acerca dos cálculos questionados.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Em que pesem as alegações do agravante, a decisão deve ser mantida.

Na hipótese, o agravante alega que o numerário bloqueado em suas contas bancárias possui natureza alimentar, pois decorre da venda de sua produção leiteira e é utilizado para seu sustento e de sua família.

O recorrente, todavia, não demonstrou cabalmente essa alegação.

Com efeito, o extrato bancário juntado (f. 161-163) revela que na época do bloqueio foram realizados depósitos sem origem identificada na conta em questão, demonstrando a existência de movimentação financeira não só de caráter alimentar, como a proveniente de sua atividade comercial.

Ainda que assim não fosse, o valor do bloqueio (R$ 1.855,75) é pequeno diante da quantia movimentada na conta, o que não ocasiona o alegado prejuízo.

Assim, não há falar em impenhorabilidade dos valores constritados por meio do Bacenjud, haja vista que, apesar de o agravante receber quantia proveniente de sua atividade de subsistência na conta objeto de bloqueio, observa-se que há movimentação de numerário proveniente de outras fontes, circunstância que afasta sua alegação.

Nesse ponto, é de se ressaltar que a abrangência da impenhorabilidade de verba alimentar vem sendo tratado com relatividade pelo Poder Judiciário, diante principalmente de atitudes costumeiras de devedores contumazes, de utilizar-se deste manto para furtarem-se ao pagamento de suas dívidas, hostilizando o princípio da efetividade do processo de execução.

A propósito:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE EVENTUAL CRÉDITO EXISTENTE EM FAVOR DO EXECUTADO – A**LEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE – VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR – RELATIVIDADE – VERBA ALIMENTAR QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO – MEDIDA QUE ATENDE AOS RECLAMOS DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL** – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO."* (TJMS. Agravo Interno Cível n. 0030004-64.2010.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 02/02/2011, p: 07/02/2011). (G.n.).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA DE VERBA SALARIAL – IMPOSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 833, IV DO CPC/2015 – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. Sendo os valores cujo bloqueio se pretende de natureza salarial, necessário reconhecer que se afiguram absolutamente impenhoráveis, consoante disposto no art. 833, inciso IV, do CPC/2015, não*

havendo que se falar em limitação a 30% do valor da remuneração, uma vez que tal hipótese se aplica tão somente no caso de empréstimo bancário com previsão de débito em conta, em virtude da própria essência do contrato de mútuo, o que não é o caso dos autos."

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO – PENHORA PARCIAL SOBRE VERBA SALARIAL – ANÁLISE CONJUGADA DOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DA DIGNIDADE DO DEVEDOR – MITIGAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE – POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO – CONSTRIÇÃO LIMITADA A 30% – RECURSO PROVIDO.

É certo que o devedor possui um mínimo existencial a ser garantido, todavia, a impenhorabilidade dos seus rendimentos não pode ser interpretada de forma a blindar por completo o seu patrimônio, cabendo a sua mitigação quando a constrição não implicar em prejuízos à sua subsistência e de sua família. *- À luz da excepcionalidade do caso concreto, fica deferida a realização de penhora mensal no percentual de 30% sobre a remuneração do devedor, até a satisfação do crédito exequendo."* (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.150051-1/001, Relator(a): Des.(a) Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, julgamento em 04/02/0020, publicação da súmula em 05/02/2020). (G.n.).

Melhor sorte não lhe assiste no que se refere à alegada nulidade da adjudicação, que teria sido efetivada sobre área equivocada, uma vez que embora o Oficial de Justiça (f. 76) tenha individualizado a área com base em memorial descritivo (f. 77-79) supostamente eivado de erro, certo é que o auto de penhora (f. 70) e o auto de adjudicação (f. 128) tem como base a matrícula do imóvel, de forma que o suposto desacerto não invalida a medida, podendo ser facilmente sanado.

Ademais, como frisado em primeira instância, tal insurgência não foi levantada no momento adequado, haja vista a necessidade de dilação probatória, sendo evidente a preclusão.

Por fim, no que tange à existência de irregularidade nos cálculos apresentados, pois não seria possível utilizar a SELIC para correção monetária, não houve decisão do magistrado de primeira instância, o qual apenas oportunizou a dilação probatória quanto a esta questão, circunstância que impede o conhecimento da matéria por esta Corte, sob pena de supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 13 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Agravo de Instrumento nº 1407700-37.2020.8.12.0000 – Aquidauana

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE – DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – RECURSO NÃO PROVIDO.

O recebimento da inicial da ação civil pública tem por objetivo verificar a existências dos elementos mínimos e necessários para a instauração da lide (art. 17, § 8°, da Lei n° 8.429/92).

Nesta fase preliminar, deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate,* a fim de resguardar o interesse público e assegurar o prosseguimento do feito destinado a apurar os fatos narrados.

A decisão que recebe ação civil pública não demanda fundamento outro que não a existência de indícios da prática do ato de improbidade, presença das condições da ação e dos pressupostos processuais.

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

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Jose Henrique Goncalves Trindade interpõe agravo de instrumento contra decisão que recebeu a petição inicial da ação civil pública por improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual.

Em preliminar, alega que inicial é inépta, pois o pedido é de condenação do agravante nas penas do artigo 12, II ou III, da Lei 8.429/92, enquanto as penalidades previstas aplicam-se a condutas absolutamente diferentes às descritas pelo *Parquet*, que ora descreve atos ímprobos do artigo 10, XIII, ora do artigo 11, *caput.* Também não especifica o suposto dano, esvaziando o pressuposto essencial da ação civil pública que tem por objeto o ressarcimento ao erário.

No mérito, alega que a inicial não aponta pormenorizadamente os dias e horários nos quais os servidores públicos teriam sido utilizados na campanha do agravante (candidato a Prefeito), de modo que não é possível, ainda que se admita serem verdadeiras as alegações iniciais, quantificar o suposto dano. Também não detinha sobre elas qualquer poder de gerência, comando, superioridade hierárquica ou direção, de modo que inexistente o dolo, elemento essencial exigido pelo artigo 10 da LIA.

Ressalta que a representação eleitoral que serviu de arrimo à inicial da ação civil de origem foi julgada improcedente pelo Tribunal Superior Eleitoral, sendo certo afirmar que a conduta inicialmente imputada ao agravante, prevista pelo artigo 73, III, da Lei nº 9.504/97, não ocorreu.

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, seu provimento para que seja anulada ou reformada a decisão que recebeu a inicial.

O agravo foi recebido no efeito meramente devolutivo (f. 55-7).

Contraminuta às f. 64-74.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da decisão combatida (f. 79-82).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Em preliminar, defende o recorrente que a decisão combatida é inepta.

Sem razão, todavia.

Ao contrário do alegado, o Ministério Público imputa ao agravante a prática de conduta ímproba contida no artigo 10, XIII[1], da Lei 8.429/91 por ter utilizado servidores públicos em benefício particular, e também do seu artigo 11, I[2], por ter infrigido o artigo 73, III, da Lei 9.405/97, o que enseja a aplicação das sanções previstas no artigo 12, III, da LIA.

Conforme ressaltado no parecer da PGJ, *"(...) deixa claro que a conduta melhor se enquadra nas disposições do art. 10, XIII, da Lei n.º 8.429/92, e, assim, pleiteia a condenação do agravante nas sanções do art. 12, II (infringência ao art. 10), e, apenas subsidiariamente, nas sanções do art. 12, III, por violação ao art. 11, do mencionado Diploma Legal (f. 80)."*

Assim, por não configurar qualquer das hipóteses do artigo 330, § 1º, do CPC, voto por se rejeitar a preliminar.

No mérito, melhor sorte não lhe assiste.

Em relação à alegação de ausência de indícios para dar suporte à continuidade da demanda, a Lei 8.429/92 definiu os atos de improbidade em três espécies: aqueles que importam enriquecimento ilícito; os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (arts. 9º, 10 e 11).

Seu artigo 17, § 8º dispõe "*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."*

No juízo de admissibilidade prévio da ação de improbidade administrativa busca-se filtrar aqueles casos nos quais não se justifica o prosseguimento da ação ou em que a defesa preliminar não tenha sido suficiente para convencer o julgador da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

No caso, os documentos trazidos inicialmente aos autos contêm indícios da existência de ato ilícito, sendo imprescindível verificar se a conduta imputada ao agravante, então candidato à Prefeito, na utilização de diversos servidores públicos ligados ao Gabinete do Deputado Estadual à época, Luiz Felippe Ribeiro Orro, para atuarem em prol da sua campanha eleitoral durante o horário em que deveriam estar laborando em seu respectivo local de trabalho, configura, ou não, improbidade administrativa.

1 Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)
XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

2 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Há de se ressaltar que foi reconhecida a prática da conduta vedada (art. 73, III, Lei 9.504/97) pela Justiça Eleitoral, porém, no julgamento do REsp Eleitoral 626-30.2012.6.12.010 (TSE), a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura deu provimento ao recurso em razão do princípio da estrita legalidade.

Assim decidiu-se: "*Desse modo, em que pese o desvalor da conduta tida por comprovada pelo acórdão recorrido - cessão de servidores do Poder Legislativo para participar de campanha eleitoral durante o horário de expediente -, é certo que esse fato não se encontra tipificado no art. 73, III, da Lei 9.405/97, de onde se conclui que poderia configurar, em tese, desde que presentes os demais requisitos, abuso do poder de autoridade, mas nunca ser enquadrado na disciplina específica das chamadas condutas vedadas, (f. 845 dos autos originais).*"

Vê-se que não foi afastada a prática do ato de improbidade pelo TSE, visto que o que gerou o provimento do recurso foi que a conduta prevista no mencionado artigo 73, III veda a cessão de servidores do Poder Executivo para campanhas eleitorais, enquanto os requeridos estavam lotados no gabinete do Deputado Estadual, ou seja, pertencentes ao Poder Legislativo.

Nesse contexto, a presente ação não foi ajuizada com base em meras conjecturas, sendo certo que a inexistência da prática de ato de improbidade é conclusão que deve ser alcançada ao final da instrução probatória, mediante criterioso cotejo entre os elementos de prova a serem produzidos em primeira instância, motivo pelo qual afigura-se indevida a extinção terminativa do feito.

Insta consignar que nesta fase preliminar prevalece o princípio do *in dubio pro societate,* a fim de resguardar o interesse público, de modo que, havendo indícios mínimos da prática de eventual ato de improbidade administrativa, deve o magistrado receber a petição inicial e assegurar o prosseguimento do feito destinado a apurar os fatos narrados.

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA QUE REJEITA A INICIAL – INDÍCIOS EXISTENTES – PROVA CONTUNDENTE DE INOCORRÊNCIA DE PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO – AUSÊNCIA – IN DUBIO PRO SOCIETATE – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECEBIMENTO DA EXORDIAL – RECURSO PROVIDO 1. O juízo de recebimento da inicial de ação civil pública tem por objetivo a verificação dos elementos mínimos e necessários para a instauração da lide (art. 17, § 8°, da Lei n° 8.429/92).* ***Para o recebimento da inicial suficiente se faz a verificação dos elementos mínimos e necessários para o respectivo ajuizamento, ou seja, a presença de indícios.*** *Tal se justifica pelo fato de que os atos que atentem contra a Administração Pública, por extensão lógica, ofendem diretamente a coletividade e essa suspeita acarreta na necessidade e urgência de ação para averiguação. 2.* ***No caso concreto, os fatos descritos e os fundamentos constantes da petição inicial, juntamente com a documentação que a instruiu, justificam o seu recebimento e o regular processamento do feito, sendo que o elemento subjetivo assim como o grau de participação serão analisados com o mérito da ação e considerados para fins de aplicação da pena.****"* (TJMS. Apelação n. 0843476-91.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 05/12/2018, p: 06/12/2018). Destacado.

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FASE PRELIMINAR – REJEIÇÃO DA INICIAL FUNDADA NA AUSÊNCIA DE DOLO – INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – IN DUBIO PRO SOCIETATE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Dependendo a solução da questão da aferição do dolo do agente público na prática do ato tido como ímprobo, necessária a oportunização da produção de provas às partes para solução da controvérsia. II - Eventual dúvida acerca dos fatos deve sempre favorecer a intenção pública de punição (in dubio pro societate) em vez de fomentar eventual irresponsabilidade do agente incurioso, o que acabaria por reforçar, ainda mais, o sentimento público de impunidade."* (TJMS. Apelação n. 0802125-43.2016.8.12.0031, Caarapó, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 22/11/2018, p: 25/11/2018).

Conclusão.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, voto por se negar provimento ao recurso.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 20 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0836246-85.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO RECEBIDA POR FUNCIONÁRIO DO BANCO – VALIDADE – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CDA POR DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS – CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 2º, § 5º, DA LEI Nº 6.830/80 – APLICAÇÃO DA PREVISÃO LEGAL – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

É válida a citação da pessoa jurídica quando o mandado é direcionado para o endereço da empresa e recebido por um de seus funcionários.

Inexiste defeito no título executivo quando legível, compreensível e de acordo com a legislação.

Não há falar em defeitos se a Certidão de Dívida Ativa preenche todos os requisitos de validade, indicando inclusive o número do processo administrativo que deu origem ao referido título executivo.

Sendo a multa legítima e o seu valor razoável e proporcional deve ser mantida como fixada.

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, 22 de setembro de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Banco do Brasil S/A interpõe apelação contra sentença que, julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução Fiscal movidos em face do Município de Campo Grande, reconhecendo o excesso no valor original da dívida e reduzindo-o à metade.

Sucumbência em 50% para cada parte com honorários advocatícios fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido.

Suscita preliminares de nulidade absoluta da citação, ausência de certeza, liquidez, exigibilidade e informações essenciais no título. No mérito, sustenta que o valor executado (R$ 10.055,90) é desproporcional às supostas infrações e deve ser reduzido.

Requer, assim, o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 206-14.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Banco do Brasil S/A. contra sentença que julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução Fiscal movidos em face do Município de Campo Grande reconhecendo o excesso no valor original da dívida e reduzindo-o à metade.

Sucumbência em 50% para cada parte com honorários advocatícios fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido.

Suscita preliminar de nulidade absoluta da citação e, no mérito, ausência de certeza, liquidez, exigibilidade e informações essenciais no título, bem como o valor executado (R$ 10.055,90) é desproporcional às supostas infrações e deve ser reduzido.

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).

Retrospecto Fático.

O recorrente opôs embargos alegando, em síntese, nulidade da Execução Fiscal nº 0900181-80.8.12.0001, ajuizada pelo Município de Campo Grande, em razão da citação realizada na pessoa de funcionário sem poderes; ineficácia do título por omissão de informação essencial e irregularidade na constituição do crédito e; caso assim não entenda, que a multa seja reduzida.

Fundamentação.

Preliminar - citação realizada na pessoa de funcionário.

É assente na jurisprudência o entendimento de que é válida a citação de pessoa jurídica quando o mandado de citação é direcionado para o endereço da empresa, sendo desnecessário que o aviso de recebimento tenha sido recebido e assinado por um representante legal da pessoa jurídica.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CITAÇÃO PELO CORREIO DETERMINADA NA FASE DE CONHECIMENTO – AUSÊNCIA – TEORIA DA APARÊNCIA – APLICABILIDADE. (...) 4.* ***Como o aviso de recebimento foi entregue em uma das agências da instituição financeira agravante e recebido por um de seus funcionários, não há, em razão da teoria da aparência, nulidade na citação determinada na fase de conhecimento.*** *(...) 6. Agravo regimental conhecido para, em reconsideração à decisão agravada, conhecer do agravo de instrumento, mas negar seguimento ao recurso especial."* (STJ, AgRg no Ag 1.167.190/SP, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgamento em 16/08/2012, DJe em 21/08/2012). Destacado

Desse modo, não houve nenhuma irregularidade na citação do apelante, visto que o mandado foi devidamente enviado para o endereço da empresa e recebido por seu funcionário.

Logo, voto por se rejeitar a preliminar.

Mérito.

Apesar de alegar defeito no título não diz onde estaria a parte ilegível e ao verificá-lo (f. 16) nota-se que é legível e perfeitamente inteligível.

A CDA (f. 16) não omite qualquer informação estabelecida pelo art. 202, parágrafo único do CTN: *"A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição."*

No quadro "Discriminação do Crédito" constata-se que através de legendas o título indica a localização dos elementos e requisitos que descreve. Lá também está a "DT INSC", "NUM INSC", "LIVRO" e "FOLHA".

Ademais, o CTN e a LEF não estabelecem fórmulas para que a informação figure no título. Basta que seja compreensível como ocorre no caso desta execução fiscal.

Outrossim, quanto a alegação de que a Certidão de Dívida Ativa é nula em razão de ela não fazer menção aos detalhes, como por exemplo a indicação do usuário ou consumidor que não foi atendido no prazo de 15 minutos, razão não lhe assiste.

Conforme previsto na Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), são requisitos para a formação da Certidão de Dívida Ativa, de acordo com o art. 2º, § 5º:

> *"§ 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida."*

Na espécie, a Certidão de Dívida Ativa (f. 16) preenche todos requisitos de validade, indicando inclusive o número do processo administrativo que deu origem a referido título executivo. Ademais, a Certidão da Dívida Ativa goza de presunção advinda do art. 204, do CTN que só pode ser elidida por prova robusta, conforme redação do mencionado dispositivo dispondo *"a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída."*

No que tange à multa, ela é decorrente da demora no atendimento de cliente na agência.

Portanto, tendo-se em vista atuar na atividade bancária e não há falar em ilegalidade já que a multa, objeto da execução fiscal, foi aplicada conforme índices determinados por leis federais e não está acima da obrigação principal, razão pela qual não pode ser admitida sua redução, mormente porque é proporcional, razoável e, sobretudo porque o recorrente não demonstrou a sua excessividade.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTA ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE DIALETICIDADE – REJEITADA – MULTA – TEMPO DE ESPERA EM FILA DE AGÊNCIA BANCÁRIA – LEI MUNICIPAL N. 2.642/2004 – VALOR ADEQUADO AO PORTE DA EMPRESA – RECURSO DESPROVIDO. I- Não vislumbro nenhuma nulidade no auto de infração que descreveu de forma clara o fato ocorrido. Ademais, o banco apelante teve o seu direito de defesa respeito, e apresentou impugnação quanto à multa aplicada, tendo inclusive obtido sua minoração, o que reforça a legalidade do procedimento que levou a aplicação da penalidade. II- Deve ser mantido o valor fixado à título de sanção, pois o critério estabelecido pelo legislador para sua a aplicação foi objetivo e o valor não se avigura exorbitante, estando o órgão responsável pela fiscalização autorizado a aplicar a pena quando desrespeitada a regra. Comprovado nos autos que a agência bancária feriu a legislação municipal que regulamenta o tempo de espera de clientes em fila de banco, não se afigura desproporcional a aplicação da multa em 1.000 UFERMS. Ademais, caso fosse arbitrada multa em valor módico, esta não atingiria sua finalidade de inibir igual comportamento prejudicial aos consumidores. III- Levando-se em conta 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." (TJMS. Apelação Cível n. 0806334-50.2013.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 25/05/2016, p: 25/05/2016)

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MULTA – TEMPO DE ESPERA EM FILA DE AGÊNCIA BANCÁRIA – LEI MUNICIPAL N. 2.642/2004 – VALOR ADEQUADO AO PORTE DA EMPRESA – RECURSO IMPROVIDO." (TJMS. Apelação Cível n. 0015601-55.2008.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 26/07/2010, p: 30/07/2010)

Logo, deve ser mantida a sentença tal como prolatada.

Conclusão.

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 22 de setembro de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Agravo de Instrumento nº 1406570-12.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – REQUERIMENTO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA SÓ FORMULADO NO RECURSO – INOVAÇÃO RECURSAL – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA QUE CONTÉM TODAS AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS – JUROS DE MORA – APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI N. 167/67 – LIMITAÇÃO A 1% (UM POR CENTO) AO ANO, SOMADOS AOS REMUNERATÓRIOS – PRECEDENTES DO STJ SOBRE O TEMA – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR – LEGALIDADE – RECURSO CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Impertinente que o pedido de inversão do ônus da prova se dê por ocasião das razões de recurso, já que tal conduta caracteriza inovação recursal, sem olvidar que a inversão do ônus da prova é regra de instrução - e não de julgamento - e, como tal, deve ser analisada antes do início da fase probatória.

Dos documentos que instruem a execução constam todas as informações necessárias para apuração do *quantum debeatur*, tendo sido indicado o valor líquido, cujo critério adotado para a evolução da dívida se extrai da planilha atualizada do débito. Logo, não há iliquidez do título, que traz ínsito o valor da obrigação principal (dívida assumida pelo agravante) e acessória (encargos). De igual forma, a ausência de extratos da conta bancária não retira a certeza e exigibilidade do título, principalmente porque na fase de conhecimento o agravante em momento algum afirmou a ausência da contratação ou do proveito econômico, tampouco sua adimplência. Logo, a obrigação é também certa e exigível.

Nas cédulas rurais não se admite a cobrança da comissão de permanência, permitindo-se, no entanto, a correção monetária e incidência dos juros remuneratórios somados aos juros de mora e multa, em caso de inadimplemento.

A correção monetária visa apenas recompor o valor da moeda, não se confundindo com encargo ou penalidade imposta ao devedor. A propósito, a Súmula 16, STJ: *"A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária."*

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

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Paulo Francisco Coimbra Pedra agrava da decisão interlocutória proferida na Ação Execução (0809740-48.2014.8.12.0001) ajuizada por Banco do Brasil S/A, em curso na 2º vara cível desta Capital.

O juízo singular rejeitou a objeção de pré-executividade apresentada, afastando a aplicação da inversão do ônus da prova, bem como a alegação de inexigibilidade do título executivo e, por fim, a tese de excesso de execução.

Defende o agravante a necessidade da inversão do ônus da prova a seu favor, pois o contrato que embasa a execução é rolagem do Contrato anterior (n. 17/00547-7), o que impede a identificação do montante cobrado, destacando sua hipossuficiência e a natureza da relação.

Sustenta a ausência de certeza, exigibilidade e liquidez do título, tendo em vista que a planilha de cálculos juntada pelo exequente não representa a efetiva demonstração da utilização do suposto crédito (disponibilização do dinheiro para o executado), sua forma clara de atualização e os índices e periodicidade de capitalização incidentes.

Pontua a existência de cláusulas abusivas, notadamente as que estabelecem juros de remuneratórios de 12% ao ano e juros de mora de 1% ao ano, em confronto com o art. 5º, *caput* e parágrafo único do Decreto-Lei n. 167/67, bem como correção monetária, inexigível diante da ausência de contratação e impossibilidade de cumulação com taxa pré-fixada e juros de mora.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, para que permaneça suspenso o leilão do bem até o trânsito em julgado do presente recurso; ao final, o provimento do recurso, para que seja declarada a extinção da execução ou, de forma supletiva, a revisão das cláusulas abusivas, com readequação do valor exequendo.

Contraminuta às f. 28-42.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Paulo Francisco Coimbra Pedra agrava da decisão interlocutória proferida na Ação Execução (0809740-48.2014.8.12.0001) ajuizada por Banco do Brasil S/A, em curso na 2º Vara Cível desta Capital.

O juízo singular rejeitou a objeção de pré-executividade apresentada, afastando a alegação de inexigibilidade do título executivo, bem como a tese de excesso de execução.

Defende o agravante a necessidade da inversão do ônus da prova a seu favor, pois o contrato que embasa a execução é rolagem do Contrato anterior (n. 17/00547-7), o que impede a identificação do montante cobrado, destacando sua hipossuficiência e a natureza da relação.

Sustenta a ausência de certeza, exigibilidade e liquidez do título, tendo em vista que a planilha de cálculos juntada pelo exequente não representa a efetiva demonstração da utilização do suposto crédito, sua forma clara de atualização e os índices e periodicidade de capitalização incidentes.

Verbera pelo excesso de execução, consistente na cobrança de juros remuneratórios de 12% ao ano e juros de mora de 1% ao ano, em confronto com o art. 5º, *caput* e parágrafo único do Decreto-Lei n. 167/67, ao passo que o contrato prevê juros de 6,75% + 1% em caso de mora. Insurge-se também quanto à correção monetária, argumentando ser inexigível a incidência pela ausência de contratação e também pela impossibilidade de sua cumulação com taxa pré-fixada e juros de mora.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, para que permaneça suspenso o leilão do bem até o trânsito em julgado do presente recurso; ao final, o provimento do recurso, para que seja declarada a extinção da execução ou, de forma supletiva, a revisão das cláusulas abusivas, com readequação do valor em execução.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 24-25).

Contraminuta às f. 28-42.

Passo ao voto.

O agravado ajuizou execução amparada na cédula rural pignoratícia emitida pelo agravante em 23/01/2012, no valor de R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

O agravante apresentou objeção de pré-executividade, alegando, em síntese: a) a ausência de certeza e exigibilidade do título, porquanto desacompanhado de documentos capazes de demonstrar a efetiva disponibilização do valor correspondente ao empréstimo contratado; b) iliquidez do título, por se tratar o contrato que embasa a execução de rolagem de Contrato anterior (n. 17/00547-7), sendo impossível aferir o real saldo devedor sem a verificação das presumidas abusividades no contrato primitivo; c) excesso de execução, consubstanciado na aplicação de juros de 12% ao ano mais mora de 1% ao ano, em contrariedade ao disposto no art. 5º e parágrafo único do Decreto-Lei n. 167/67, além de correção monetária não contratada e inaplicável diante da existência de taxa pré-fixada de juros de mora.

O juízo singular rejeitou a objeção de pré-executividade apresentada, afastando a alegação de inexigibilidade do título executivo, bem como a tese de excesso de execução.

Inversão do ônus da prova - Inovação recursal.

Defende o agravante a necessidade da inversão do ônus da prova a seu favor, destacando sua hipossuficiência e a natureza da relação.

Observa-se que em momento algum na fase de conhecimento foi formulado pelo agravante pedido de inversão do ônus da prova. Logo, impertinente que o pedido de inversão do ônus da prova se dê por ocasião das razões de recurso, já que tal conduta caracteriza inovação recursal, sem olvidar que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, e não de julgamento, e, como tal, deve ser analisada na fase probatória.

Desta forma, não conheço do recurso nesse aspecto.

Certeza, liquidez e exigibilidade do título.

Busca o agravante a extinção da execução, o que pretende embasar em especial na ausência de título executivo. Argumenta, para tanto, a ausência de certeza, liquidez e exigibilidade do título, porquanto desacompanhado dos extratos da sua conta corrente capazes de demonstrar a efetiva disponibilização do valor correspondente ao empréstimo contratado e também por não ter sido juntado o Contrato primitivo (n. 17/00547-7) para aferição do real saldo devedor do contrato de rolagem de dívida que embasa a execução, tornando impossível a verificação das presumidas abusividades relativas à atualização, índices e periodicidade da capitalização.

Segundo estabelece o art. 10 do Decreto-Lei n. 167/67, *"a cédula de crédito rural é título civil, líquido e certo, transferível e de livre negociação, exigível pelo seu valor ou pelo de seu endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e das demais despesas feitas pelo credor para a segurança, a regularidade e a realização de seu direito creditório."*

A pretensão do agravante de ver acolhida a objeção de pré-executividade não prospera.

Dos documentos que instruem a inicial dos autos originários percebe-se que do título executivo que lastreia a execução é perfeitamente possível aferir a liquidez, certeza e exigibilidade do crédito cobrado.

Isto porque, dos documentos em questão constam todas as informações necessárias para apuração do *quantum debeatur*, tendo sido indicado o valor líquido (f. 13-19), acompanhado da planilha atualizada do débito (f. 20-21) pela qual se pode apurar o critério de evolução da dívida. Logo, não se há falar em iliquidez do título, que traz ínsito o valor da obrigação principal (dívida assumida pelo agravante) e acessórios (encargos).

A alegação de que a ausência de extratos da conta bancária retira a certeza e exigibilidade do título não se sustenta, principalmente porque na fase de conhecimento o agravante em momento algum afirmou a ausência da contratação ou do proveito econômico, tampouco sua adimplência. Logo, a obrigação é também certa e exigível.

Ainda que assim não o fosse, em relação aos extratos bancários, perfeitamente possível ao agravante sua apresentação em juízo, não dependendo da instituição financeira para fazê-lo, motivo pelo qual igualmente não se pode considerar que tal ônus recaia sobre o banco exequente. De igual modo poderia o agravante ter instruído o processo com a planilha da evolução da dívida com os critérios que reputa corretos, o que não o fez.

Excesso de execução.

O agravante aventa excesso de execução, consubstanciado na aplicação de juros de 12% ao ano mais mora de 1% ao ano, em contrariedade ao disposto no art. 5º e parágrafo único do Decreto-Lei n. 167/67, além de correção monetária, inaplicável diante da existência de taxa pré-fixada e também da ausência da contratação.

Da taxa de juros remuneratórios.

Com relação aos juros remuneratórios, mesmo não havendo limitação dos juros na regência da Lei n. 4.595/64, as cédulas rurais possuem como regramento próprio o Decreto-Lei 167/67, que determina em seu artigo 5º, *in verbis*:

> *"Art 5º* ***As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar*** *e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação."* (G.n.).

Diante da omissão do Conselho Monetário Nacional, aplica-se o Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura), que limita os juros remuneratórios em 12% (doze por cento) ao ano.

Este é o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVOS REGIMENTAIS – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL –* ***CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO*** *– CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS – OMISSÃO NO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – SEDE IMPRÓPRIA PARA A ALEGAÇÃO.*
>
> *1.- Conquanto na regência da Lei n.º 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. Diante da omissão desse órgão governamental,* ***incide a limitação de 12% ao ano****, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura). (...)."* (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1106028/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 22.11.2011, DJe 09.12.2011). (G.n.).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO –* ***CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL*** *– JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO – POSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO.*
>
> *1. '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. Diante da omissão desse órgão governamental,* ***incide a limitação de 12% ao ano****, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura)' (AgRg no REsp 1159158/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011) 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ, AgRg no Ag 1319837/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 17.11.2011, DJe 24.11.2011). (G.n.).

Sendo assim, os juros remuneratórios em casos de cédulas de crédito rural devem ser limitados ao patamar máximo de 12% (doze por cento) ao ano.

No caso dos autos a cédula de crédito prevê taxa de juros de 6,75% a.a. (seis virgula setenta e cinco por cento ao ano), ou seja, dentro do limite imposto pela norma indicada.

Encargos de moratórios.

Quanto ao período de inadimplência, a previsão do contrato que dá lastro à execução é no sentido de que *"em caso de descumprimento de qualquer obrigação legal ou convencional, ou no caso de vencimento antecipado da operação,* ***a partir do inadimplemento e sobre o valor inadimplido, será exigida a comissão de permanecia*** *à taxa de mercado do dia de pagamento, nos termos da Resolução 1.129, de 15.05.86, do Conselho Monetário Nacional, do art. 8º da Lei n. 9.138 de 29.11.95 e da Resolução n 2.886, de 30.05.2001, do Conselho Monetário Nacional, em substituição aos encargos de normalidade pactuados (f. 14)."* (G. n.).

A planilha de cálculo do credor (f. 20 dos autos da execução) informa juros remuneratórios à taxa de 6,75% ao ano para o período de normalidade e, para o período de inadimplemento, juros de 12% ao ano, acrescido de juros de mora à taxa efetiva de 1% ao ano, multa contratual de 2% sobre o saldo devedor final e correção monetária pelo INPC.

Inobstante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitir a cobrança da comissão de permanência em contratos bancários, a cédula de crédito rural tem disciplina específica (arts. 5º, parágrafo único, e 71 do Decreto-Lei nº 167/1967), que prevê, para o caso de mora, a cobrança dos juros remuneratórios acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao ano e multa.

Sobre o tema, cito os seguintes julgados do STJ:

> *"RECURSO ESPECIAL –* ***CRÉDITO RURAL*** *– CONTRATOS FINDOS – LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA – UNIÃO – BANCO DO BRASIL – LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS – CAPITALIZAÇÃO – ENCARGOS MORATÓRIOS – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO BTN (MARÇO/1990) – SUBSTITUIÇÃO DO IGP-M E DA VARIAÇÃO CAMBIAL PELA TR – DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA – INCONSTITUCIONALIDADE DA MP N. 2.196-3/2001 – POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA – NULIDADE DA CDA – SUCUMBÊNCIA.*
>
> *(...) 4.* ***A comissão de permanência não deve ser aplicada às cédulas de crédito rural, que tem regramento próprio*** *(...)."* (STJ - REsp 1348081/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 02.06.2016, DJe 21.06.2016). (G.n.).
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – INADMISSIBILIDADE – INADIMPLÊNCIA – JUROS MORATÓRIOS – 1% (UM POR CENTO AO ANO) – DEFERIMENTO – INTERESSE – AUSÊNCIA – SÚMULA N. 284-STF – NÃO PROVIMENTO.*
>
> *1. 'Na cédula de crédito rural é vedada a cobrança de comissão de permanência para a hipótese de inadimplência, porquanto o Decreto-Lei nº 167/1967 estabelece, nos arts. 5º, parágrafo único, e 71, que, em caso de mora, somente é possível a cobrança dos juros remuneratórios pactuados acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao ano e multa' (AgRg no REsp 989.318/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011). 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento."* (STJ, EDcl no Ag 1190254/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 08.11.2011, DJe 16.11.2011).

Nas cédulas rurais não se admite a cobrança da comissão de permanência, permitindo-se, no entanto, a correção monetária e incidência dos juros remuneratórios somados aos juros de mora e multa, em caso de inadimplemento.

Isto porque, a legislação de regência, o Decreto-Lei n. 167/67, em seu art. 5º, parágrafo único, dispõe que *"em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano."*

Deste modo, a cobrança de juros moratórios superiores a 1% (um por cento) no período de inadimplência revela-se abusiva, e deve ser decotada do cálculo do credor.

Sobre os juros de mora estarem limitados a 1% (um por cento) ao ano, nos termos da norma acima referida, já se manifestou o STJ, a saber:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CIVIL – CÉDULA DE PRODUTO RURAL – COOPERATIVA EQUIPARADA A ESTABELECIMENTO COMERCIAL E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCIDÊNCIA – JUROS MORATÓRIOS – LIMITAÇÃO A 1% AO ANO – APLICAÇÃO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 167/67 – ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR – SÚMULA 83 DO STJ – AGRAVO IMPROVIDO. (...) 3.* ***É aplicável à cédula de produto rural o mesmo tratamento conferido à cédula de crédito rural, quanto aos juros de mora, limitados em 1% (um por cento) ao ano, nos termos do art. 5º do Decreto-Lei nº 167/1967****. 4. Agravo interno a que se nega provimento."* (STJ, AgInt no AREsp 906.114/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016). (G.n.).

Deste modo, acolho a pretensão do agravante neste pormenor, para limitar os juros de mora a 1% (um por cento) ao ano, tendo em vista que o título executivo que lastreia a execução, o qual está sendo revisado através da objeção de pré-executividade, trata-se de cédula de crédito rural.

Da correção monetária.

Alega o agravante a existência de abusividade na forma de correção do saldo devedor, ao argumento de que está sendo exigida correção monetária não contratada e inaplicável diante da existência de taxa pré-fixada e previsão expressa de juros de mora.

Sem razão.

A correção monetária visa apenas recompor o valor da moeda, não se confundindo com encargo ou penalidade imposta ao devedor.

A propósito, a Súmula 16 do STJ, estabelece: *"A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária."*

Portanto, este julgamento deverá se pautar na seguinte orientação do STJ:

> *"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL – (...) – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – MULTA MORATÓRIA DE 10% E JUROS DE MORA DE 1% AO ANO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...). 2. (...) 3. 'nas cédulas de crédito rural, industrial ou comercial,* ***a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, a taxa de juros remuneratórios, limitada a 12% ao ano, elevada de 1%, a título de juros de mora, além de multa de 10% e correção monetária, sendo inexigível a cobrança de comissão de permanência****' (AgRg no REsp 804.118/DF, Rel. Min. Sidnei beneti, terceira turma, julgado em 18/11/2008, dje 12/12/2008). 4. Recurso Especial parcialmente provido."* (STJ; REsp 1.432.494; Proc. 2014/0018773-3; PB; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 23/09/2016). (G.n.).

Logo, é devida a correção monetária sobre os valores inadimplidos.

Posto isso, conheço em parte do recurso; na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, para declarar que não se admite a cobrança da comissão de permanência, permitindo-se, no entanto, a correção monetária e incidência dos juros remuneratórios somados aos juros de mora de 1% ao ano e multa, em caso de inadimplemento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, deram-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 28 de julho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0805238-97.2013.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE DESPEJO C/C RESCISÃO DE CONTRATO E COBRANÇA – PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL ACOLHIDA – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO DA RÉ EM RELAÇÃO ÀS QUESTÕES DE FATO NÃO DEDUZIDAS NO JUÍZO *A QUO* – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO AFASTADA – MÉRITO – RESCISÃO MOTIVADA PELO LOCADOR – FALTA DE "HABITE-SE" – DOCUMENTO INDISPENSÁVEL PARA OBTENÇÃO DO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO – INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL – NOTIFICAÇÃO DA LOCADORA PARA REGULARIZAÇÃO NÃO ATENDIDA – RESPONSABILIDADE DO LOCATÁRIO PELO PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS E ENCARGOS ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES (CONSIGNAÇÃO EM JUÍZO) – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA AUTORA – RESPONSABILIDADE INTEGRAL DO RÉU PELO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA DESPROVIDO – RECURSO DO RÉU DESPROVIDO.

Não se conhece do recurso na parte que pretende apreciação de questão fática que não foi deduzida no juízo *a quo,* dada a inovação recursal e preclusão. O juízo *ad quem* é instância de revisão (*revisio prioris instantiae*) e não de proposição da controvérsia (*novorum iudicium*), sendo defeso ao litigante inovar na lide deduzida em primeiro grau.

Sem olvidar a natureza pessoal da relação de locação, na particularidade o caso concreto - que trata de contrato de locação com previsão de finalidade específica de utilização do imóvel para funcionamento da atividade comercial - a retirada do locatário da sociedade empresária não mantém intacto seu vínculo com a situação jurídica afirmada pela locadora, uma vez que, a partir do momento em que o sócio deixou de integrar a sociedade, transferindo suas quotas e direitos para outro locatário, deixou de ser titular do interesse jurídico relacionado ao despejo ou manutenção da locação. Logo, a sentença proferida na ação de despejo não projetaria qualquer reflexo em seu patrimônio jurídico, não havendo falar em obrigatoriedade de formação de litisconsórcio passivo nesse caso específico.

A falta de "habite-se" do qual necessita o locatário para obter alvará de funcionamento constitui causa de rescisão do contrato, por culpa da locadora.

Nas relações de locação de imóvel, a responsabilidade do locatário pelo pagamento dos aluguéis e encargos subsiste até a data da efetiva desocupação; havendo cláusula expressa (art. 39 da Lei n.º 8.245/91), a responsabilidade contratual do locatário cessa com a entrega das chaves, em juízo ou fora dele.

Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários (art. 86, parágrafo único, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Gustavo e deram parcial provimento ao apelo de Fabiana, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de agosto de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Gustavo Azambuja da Rocha e Fabiana Mariano de Oliveira Brum apelam da sentença proferida na ação de despejo c/c cobrança ajuizada pela segunda contra o primeiro, cujo trâmite ocorreu na 4ª vara cível da Comarca de Dourados.

A pretensão da autora foi julgada parcialmente procedente para: (a) declarar resolvido o contrato de locação entre as partes no dia 10 de agosto de 2012, por culpa exclusiva da autora; (b) condenar o réu ao pagamento dos alugueis e IPTUs que venceram no período entre 31 de julho de 2012 e 06 de dezembro de 2013, cujos valores, a partir do vencimento de cada prestação, e até a data do efetivo pagamento, sofrerão correção monetária pelo IGP-M/FGV, e serão acrescidos de juros da mora de um por cento (1%) ao mês, e sobre o total será acrescida de multa contratual (moratória) de 10% (dez por cento). O pedido de despejo foi declarado prejudicado, por ter o réu desocupado o imóvel e a autora recebido as chaves.

Em suas razões (f. 640-651) defende o réu que sua responsabilidade pelo pagamento dos aluguéis e impostos deve subsistir até a data do encerramento do contrato declarada pela sentença (10/08/2012); subsidiariamente, até a data da notificação extrajudicial do distrato (28/08/2012) ou então a partir da data do ajuizamento da ação de consignação das chaves (14/02/2013).

Isto porque, a partir da data em que teve seu estabelecimento comercial interditado por falta de expedição do "habite-se", houve infração contratual por parte da apelada, nos termos do art. 22, I, da lei do inquilinato, não sendo razoável que o locatário tenha que pagar pelo aluguel e encargos no período em que o imóvel estava impróprio para uso. Pondera que foi diligente ao comunicar a interdição do estabelecimento à locadora e, como a recusa em receber as chaves foi injusta, deve a mora ser suportada pela credora. Obtempera que a demora de nove meses entre o ajuizamento da ação de consignação e o despacho inicial autorizando o depósito das chaves não pode recair sobre o réu.

A autora, por sua vez (f. 655-667), alega que os problemas relatados pelo réu, que impediram a obtenção de alvará de funcionamento, não guardam relação com o "habite-se", mas sim constituem obstáculos da própria atividade empresarial desempenhada

Sustenta que, nos termos do art. 22 da lei do inquilinato, as diligências em torno da obtenção do alvará de funcionamento da atividade empresarial que imponham, para sua concessão, a realização de obras ou outras providencias exigidas pelo poder público, não podem ser imputadas ao locador do imóvel. Antes de alterar e ampliar a finalidade social da empresa instalada no local, competia ao recorrido promover uma análise previa da viabilidade junto aos órgãos competentes.

Insurge-se quanto a distribuição da sucumbência na forma recíproca, posto que a autora decaiu de parte mínima da pretensão.

Requer provimento do recurso, a fim de que a rescisão do contrato passe a ter fundamento na falta de pagamento, e não na culpa exclusiva da locatária. Pede para que a condenação ao pagamento de sucumbência recaia exclusivamente sobre o réu. Prequestiona dispositivos de lei específicos.

Contrarrazões às f. 674-684; f. 685-689; a autora manifestou-se pelo afastamento da preliminar arguida em contrarrazões (f. 698-702) e sobre a (des)necessidade de formação de litisconsórcio passivo (f. 726-728).

Este Processo deverá ser julgado juntamente com o de nº 0801100-87. 2013.8.12.0002, no dia 04 de agosto próximo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Gustavo Azambuja da Rocha (réu) e Fabiana Mariano de Oliveira Brum (autora) apelam da sentença proferida na ação de despejo c/c cobrança, cujo trâmite ocorreu na 4ª vara cível da Comarca de Dourados.

A pretensão da autora foi julgada parcialmente procedente, para: (a) declarar resolvido o contrato de locação entre as partes no dia 10 de agosto de 2012, por culpa exclusiva da autora; (b) condenar o réu ao pagamento dos aluguéis e IPTUs que venceram no período entre 31 de julho de 2012 e 06 de dezembro de 2013, cujos valores, a partir do vencimento de cada prestação, e até a data do efetivo pagamento, sofrerão correção monetária pelo IGP-M/FGV, e serão acrescidos de juros da mora de um por cento (1%) ao mês, e sobre o total será acrescida de multa contratual (moratória) de 10% (dez por cento). O pedido de despejo foi declarado prejudicado, por ter o réu desocupado o imóvel e a autora recebido as chaves.

Em suas razões (f. 640-651) defende o réu que sua responsabilidade pelo pagamento dos aluguéis e impostos deve subsistir até a data do encerramento do contrato declarada pela sentença (10/08/2012); subsidiariamente, até a data da notificação extrajudicial do distrato (28/08/2012) ou então a partir da data do ajuizamento da ação de consignação das chaves (14/02/2013).

Isso porque, a partir da data em que teve seu estabelecimento comercial interditado por falta de expedição do "habite-se", houve infração contratual por parte da apelada, nos termos do art. 22, I, da lei do inquilinato, não sendo razoável que o locatário tenha que pagar pelo aluguel e encargos no período em que o imóvel estava impróprio para uso. Pondera que foi diligente ao comunicar a interdição do estabelecimento à locadora e, como a recusa em receber as chaves foi injusta, deve a mora ser suportada pela credora. Obtempera que a demora de nove meses entre o ajuizamento da ação de consignação e o despacho inicial autorizando o depósito das chaves não pode recair sobre o réu.

A autora, por sua vez (f. 655-667), alega que os problemas relatados pelo réu, que impediram a obtenção de alvará de funcionamento, não guardam relação com o "habite-se", mas sim constituem obstáculos da própria atividade empresarial desempenhada

Sustenta que, nos termos do art. 22 da lei do inquilinato, as diligências em torno da obtenção do alvará de funcionamento da atividade empresarial que imponham, para sua concessão, a realização de obras ou outras providencias exigidas pelo poder público, não podem ser imputadas ao locador do imóvel. Antes de alterar e ampliar a finalidade social da empresa instalada no local, competia ao recorrido promover uma análise previa da viabilidade junto aos órgãos competentes.

Insurge-se quanto a distribuição da sucumbência na forma recíproca, posto que a autora decaiu de parte mínima da pretensão.

Requer provimento do recurso, a fim de que a rescisão do contrato passe a ter fundamento na falta de pagamento, e não na culpa exclusiva da locatária. Pede para que a condenação ao pagamento de sucumbência recaia exclusivamente sobre o réu. Prequestiona dispositivos de lei específicos.

Contrarrazões às f. 674-684; f. 685-689; a autora manifestou-se pelo afastamento da preliminar arguida em contrarrazões (f. 698-702) e sobre a (des)necessidade de formação de litisconsórcio passivo (f. 726-728).

Admissibilidade.

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Os recursos são tempestivos e estão preparados (f. 652-654; f. 668-670).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo as apelações nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo ao exame das matérias devolvidas.

Preliminar de inovação recursal.

Em contrarrazões, o réu apelante alega que a autora inova na via recursal quando afirma que o demandado desvirtuou a finalidade da locação, apontando este fato como impedimento para obtenção do alvará de funcionamento.

Em suas contrarrazões, a autora alegou que *"verifica-se pelo documento de folhas 95 que o apelado, ao solicitar o seu alvará de funcionamento, ao seu talante parcial, ampliou e, assim, desvirtuou a finalidade da locação perante o Poder Público Municipal, deixando de observar a finalidade da locação."*

Defendeu que:

> *"(...) em razão dos novos objetivos empresariais traçados no local é que determinaram os problemas enfrentados para a renovação, perante o Município de Dourados. Aliás, o próprio despacho proferido no documento de folhas 288 é esclarecedor nesse sentido, pois neste o Gerente de Núcleo da Prefeitura Municipal de Dourados em momento algum condicionou a expedição de alvará de funcionamento a obtenção do 'habite-se': para renovação do alvará provisório será necessário o certificado de vistoria do corpo de bombeiro e o licenciamento ambiental (f. 658)."*

Concluiu que *"no caso dos autos, é certo que a renovação do alvará somente não ocorreu em razão da finalidade diversa estabelecida para o comércio a ser exercido no local. Assim, a forma como se encontra fundamentada a sentença se mostra incompatível com as regradas da boa-fé contratual (f. 662)."*

Constata-se que a ré, ao impugnar a contestação (f. 544-577), não apresentou a tese em testilha, de que a falta de expedição de alvará de funcionamento tem causa na alteração da finalidade do imóvel, fazendo com que as questões fáticas não deduzidas no juízo singular, neste particular, constitua inovação na lide, cujo julgamento poderia culminar em supressão de instância e violação ao princípio da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

A esse respeito a doutrina de Nelson Nery Junior[1]:

> *"O autor fixa os limites da lide na petição inicial (CPC 128), cabendo ao magistrado decidir nos limites do pedido (CPC 460).* ***O réu na contestação delimita o âmbito de sua resistência ao pedido do autor, incumbindo-lhe o ônus da impugnação especificada em atendimento ao princípio da eventualidade, bem como lhe cabe a dedução de toda e qualquer matéria que tenha para alegar como defesa, notadamente as exceções substanciais e processuais, sob pena de preclusão****."* (CPC 300 e 302). (G.n.).

Sobre o tema o seguinte julgado:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – RECURSO DE MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A CONHECIDO EM PARTE, ANTE A INOVAÇÃO RECURSAL – MÉRITO – CULPA CONCORRENTE CARACTERIZADA – EXCESSO DE VELOCIDADE DE UM CONDUTOR E NÃO OBSERVÂNCIA DO FLUXO PELO OUTRO MOTORISTA – AÇÃO CONEXA JÁ JULGADA – DANO MATERIAL – INDENIZAÇÃO QUE CORRESPONDE AO ORÇAMENTO DE MENOR VALOR, CONFORME PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – SEGURADORA – CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA NOS TERMOS DA APÓLICE – CONDENAÇÃO DA SEGURADORA AO PAGAMENTO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA DA LIDE PRINCIPAL – PERTINÊNCIA APENAS NA HIPÓTESE DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA, NA APÓLICE DE SEGURO, QUE PREVEJA TAL COBERTURA – RECURSO DE MAURO VICTOR ME DESPROVIDO – RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO – RECURSO DE MARCOS PEREIRA DA LUZ DESPROVIDO. I – Não se conhece do recurso na parte cuja pretensão não foi deduzida junto ao juízo a quo, dada a inovação recursal. O juízo ad quem é instância de revisão (revisio prioris instantiae) e não de proposição da controvérsia (novorum iudicium), sendo*

1 **Teoria geral dos recursos**: coleção recursos no processo civil. 6 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 430-432.

defeso ao litigante inovar na lide deduzida em primeiro grau (...).” (TJMS. Apelação n. 0042064-95.2012.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 29/01/2019, p: 31/01/2019). (G.n.).

Na ocasião da impugnação à contestação a autora apelante já deveria ter deduzido toda e qualquer matéria de defesa, porquanto naquele momento já havia sido juntada a documentação que demonstrava a destinação da locação e a resposta do poder público quanto a solicitação de alvará de funcionamento.

Esta situação demonstra que a pretensão da ré de promover a reforma da sentença com base em questões de fato está preclusa, não podendo ser objeto de debate na esfera recursal.

Veja-se a lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini[2]:

> *“A preclusão é fenômeno exclusivamente processual, vinculado à ideia de que passo a passo os atos processuais vão acontecendo subsequentemente no processo, realizando o modelo procedimental que se tenha adotado em cada caso.*
>
> *O instituto da preclusão é umbilicalmente ligado à questão do andamento processual, e de seu destino inexorável, que é o de extinguir-se, para dar lugar à solução concreta decorrente da prestação da tutela jurisdicional do Estado.*
>
> *Se o processo deve ‘andar para frente’, isto é, desenvolver-se em direção a seu final, os atos processuais, que acontecem nos moldes previstos em cada procedimento, devem respeitar determinados prazos, no quais deverão ser realizados, sob pena de, não o sendo, incidirem na hipótese as consequências da não realização dos atos (...).*
>
> *A preclusão temporal é aquela que decorre do simples descumprimento do prazo para a prática de determinado ato processual. É a modalidade de preclusão que mais diretamente se liga à necessidade de que o processo caminhe para frente (...).”*

A manifestação das partes deve ser feita na ocasião adequada, em conformidade com a marcha processual, sendo inviável que os litigantes pretendam se pronunciar sobre toda e qualquer matéria quando lhes parecer mais oportuno, pois nem a *ex adversa*, nem o próprio juízo podem ficar à disposição, sob pena de ofensa aos princípios da celeridade, da razoável duração dos processos e da segurança jurídica.

Optando a autora por se manifestar só após a prolação da sentença, compete-lhe arcar com os efeitos da preclusão.

Deste modo, acolho a preliminar de inovação recursal suscitada pelo réu e não conheço do apelo da autora na parte em que trata de questões de fato não aventadas no primeiro grau de jurisdição, o que faço como decorrência dos efeitos da preclusão.

Preliminar de nulidade do processo pela ausência de formação de litisconsórcio passivo.

Diante da preliminar arguida na apelação interposta nos autos da ação de rescisão de contrato que tramita conexa, surgiu dúvida acerca da necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário na ação de despejo, razão pela qual trago a matéria como preliminar, para análise da ocorrência ou não de vício processual.

Isso porque, na dicção do art. 2º da Lei n. 8.245/91, *“havendo mais de um locador ou mais de um locatário, entende-se que são solidários se o contrário não se estipulou.”*

A solidariedade passiva a que se refere o dispositivo citado está disciplinada pelo art. 275 do Código Civil, que estabelece que *“o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”*. Consoante estabelece o parágrafo único do mencionado dispositivo,

2 **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 194, v. I.

"não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores."

No que tange a pretensão de cobrança de dívida derivada de contrato de locação de imóvel no qual figura como locatário mais de um sujeito, a questão da solidariedade passiva não apresenta grande celeuma, posto que a própria exegese do art. 2º da lei do inquilinato, em cotejo com o art. 275 do CC, deixa claro tratar-se de hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, já que o credor pode exigir a dívida de um ou de todos os locatários.

A partir daí, cumpre investigar se a solidariedade em comento se aplica à pretensão de despejo, para se aferir, por fim, se a ação de despejo atrai a formação de litisconsórcio passivo necessário.

Conforme previsão do art. 114 do CPC, *"o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes."*

A teor do mencionado dispositivo, parece, num primeiro momento, ser o caso de formar-se obrigatoriamente o litisconsórcio passivo na ação de despejo com lastro em contrato de locação firmado por mais de um locatário. Isto porque, neste caso, não se está diante de mera cobrança, na qual ao credor é facultado escolher em face de quem promoverá ação para exigir a dívida, mas sim de ação que implica constituição de novo estado jurídico, vale dizer, a criação ou a modificação de relação jurídica. Sob tal aspecto, a eficácia da sentença de natureza constitutiva imanente à ação de despejo depende da participação de todos os locatários, mesmo porque o consectário do despejo é a modificação da relação jurídica.

Ocorre que no caso concreto existe uma particularidade: o contrato de locação de imóvel foi firmado entre a locatária Fabiana Mariano de Oliveira Brum e o locador Hélder Câmara Figueiredo Júnior (f. 14), com o fim específico de locação comercial do imóvel para funcionamento de casa noturna, ficando expressamente vedada a alteração da atividade comercial (cláusula 2ª).

Referido contrato foi objeto de renovação (f. 22) e, a partir daí, passou a figurar como locatário, além de Hélder Câmara Figueiredo Júnior, também a pessoa de Gustavo Azambuja da Rocha. Houve também alteração da finalidade da locação, passando a prever a cláusula segunda que *"a presente locação destina-se para o fim específico de instalação de ponto comercial para 'Produtora De Espetáculos Musicais' (f. 22)."*

Da análise do contexto processual, vê-se que à época da locação, Hélder e Gustavo formavam o quadro societário da empresa denominada "LOFT Empreendimentos Artísticos LTDA-ME", com previsão de distribuição do capital social na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada sócio (f. 734-739). Através da terceira alteração contratual, em 26 de janeiro de 2012 (f. 740), o sócio Hélder transferiu a integralidade das suas cotas a Gustavo, retirando-se da sociedade (f. 741).

Num primeiro momento tal situação parece ser irrelevante, já que o contrato de locação não foi firmado pela pessoa jurídica, mas sim pela pessoa dos sócios, o que tornaria inócua a discussão sobre a responsabilidade societária.

Ocorre que, levando em consideração a natureza pessoal da relação de locação, cumpre indagar se no presente caso - cujo contrato traz previsão de finalidade específica de utilização do imóvel para funcionamento da atividade comercial - a retirada do locatário da sociedade empresária mantém intacto seu vínculo jurídico com a situação jurídica afirmada pela locadora.

A resposta é negativa. Uma vez que o sócio deixou de integrar a sociedade, transferindo suas quotas e direitos para outro locatário, não mais poderá exercer a locação para funcionamento da sociedade empresária da qual não mais participa. Logo, a partir daí deixou de ser titular do interesse jurídico relacionado ao despejo ou manutenção da locação. Noutras palavras: não tem interesse jurídico no despejo porque não mais ocupa o imóvel. Não possui interesse jurídico na manutenção da locação porque esta já não lhe aproveita, tendo em vista que não mais lhe é dado exercer a atividade comercial objeto da locação.

Basta imaginar a seguinte situação: supondo que a locadora ajuizasse ação não apenas contra Gustavo, tal como ocorreu, mas também contra Hélder. Neste caso, Hélder, que não mais ocupa o imóvel, seria citado e certamente não purgaria a mora como forma de elidir a rescisão, já que, uma vez fora dos quadros societários, a locação com a finalidade especifica de funcionamento do empreendimento que deixara de participar em nada lhe aproveitaria.

Significa dizer, portanto, que a sentença proferida na presente ação de despejo não projetaria qualquer reflexo no patrimônio jurídico de Hélder: porquanto não mais ocupava o imóvel, não sofreria os efeitos da ordem de despejo; por ter deixado de desenvolver a atividade comercial objeto do contrato de locação, não sofreria os efeitos da modificação da relação jurídica locatícia; porquanto a obrigação pela dívida é solidária, e não subsidiária, não sofreria qualquer impacto pela sentença condenatória proferida na ação de cobrança que não lhe foi dirigida.

Logo, não sendo ele titular do interesse em conflito, não se pode verificar sua legitimidade passiva *ad causam*, de modo que não se há falar em litisconsórcio passivo necessário.

Tal compreensão não conflita com a solução adotada na ação de rescisão contratual que tramita em conexão, levada a julgamento nesta mesma oportunidade, já que, como ali fundamentado, a relação *sub judice* afigura-se capaz de projetar efeitos sob a esfera jurídica do co-locatário, notadamente porque ali são discutidas questões que implicam na definição do *quantum debeatur* (dívida locatícia, prejuízos da locação, culpa pela rescisão, duração da locação, etc), cuja obrigação do co-locatário é solidária (já que, como dito, o contrato não foi firmado pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o fato de ter deixado da retirada da sociedade para fins de responsabilidade pela dívida).

Afasto, pois, possível nulidade da sentença pela não formação de litisconsórcio passivo necessário.

Mérito.

Fundamento da rescisão do contrato.

Conforme se verifica, a autora ajuizou ação para rescisão do contrato de locação de imóvel comercial, sustentando sua pretensão na falta de pagamento.

Ao contestar a ação, o réu alegou que o contrato resolveu-se em 10 de agosto de 2012, com a interdição do funcionamento do estabelecimento comercial, em razão da constatação, pelo órgão de fiscalização, da ausência de condições mínimas para o funcionamento.

Segundo consta da peça de defesa, após a realização das reformas para viabilizar o empreendimento a ser instalado no imóvel, o locatário buscou junto aos órgãos públicos a documentação necessária para o desenvolvimento de suas atividades e, após cumprir as exigências impostas, foi solicitado pelo poder público a regularização do projeto de construção mediante a inclusão da loja comercial edificada sobre o mesmo terreno, que por sua vez pertence à locadora, tendo então o locatário descoberto que ambas as construções estavam irregulares perante a prefeitura, pois desprovidas de "habite-se". Por várias vezes buscou a solução junto à locadora, já que somente ela teria legitimidade para providenciar a regularização, notificando-a extrajudicialmente em 28 de agosto de 2012. Em razão do insucesso, tentou a rescisão do contrato e a entrega das chaves de forma amigável, o que foi recusado pela locadora.

Ao apresentar sua réplica, a autora sustentou que tanto o imóvel locado quanto a loja estabelecida no mesmo terreno possuem "habite-se" e alvará de funcionamento e que, na verdade, o réu, ao notifica-la para regularização da documentação, não pretendia qualquer solução amigável, tal como alega, mas sim criar imbróglio para se desvencilhar de suas obrigações contratuais e atribuir à locatária o onus do investimento que realizou, antes de perder o interesse no local do empreendimento.

Traçadas estas considerações, cumpre a análise das cláusulas do contrato de locação de imóvel comercial firmado pelas partes (f. 22-29):

> *"Da locação.*
>
> *Cláusula 2ª. A presente locação destina-se para o fim específico de instalação de ponto comercial para 'Produtora de Espetáculos Musicais'.*
>
> *§ 1º (...).*
>
> *§ 2º É de inteira responsabilidade do locatário obter o alvará de funcionamento do estabelecimento, segundo sua atividade comercial. Em não obtendo e desejando encerrar o contrato, deverá quitar os alugueis devidos.*
>
> *Cláusula 4ª. O locatário declara estar ciente que* ***para o funcionamento regular de sua atividade comercial no imóvel locado é necessário a obtenção de Alvará de Localização e Funcionamento junto a Prefeitura Municipal de Dourados, a qual exige o seguinte****:*
>
> *a)* ***Projeto aprovado e 'habite-se'****;*
>
> *b) Imóvel acima de 180 m²: Licença do bombeiro que poderá demorar até 45 (quarenta e cinco) dias;*
>
> *c) Dependendo do ramo de atividade: licenciamento ambiental e alvará da vigilância sanitária;*
>
> *d) No caso de venda de bebida: vistoria do Juizado de menores.*
>
> *§ 1º Sendo que o locatário antes da assinatura do presente Contrato de Locação, declara estar ciente que* ***deverá solicitar a administradora documento que comprove que o imóvel objeto da locação possui 'habite-se'*** *devidamente aprovado junto a Prefeitura Municipal de Dourados/MS."* (G. n.).

Inequívoco que para a obtenção do alvará de funcionamento, necessário o "habite-se" do imóvel, sendo este responsabilidade da locadora, seja por força de expressa disposição contratual, seja porque a autora não infirmou a alegação do réu de que esta era providência que lhe competia.

Resolvida a questão da responsabilidade pela expedição do "habite-se", e sendo fato incontroverso - além de público e notório, que a expedição do "habite-se" é condição não só de autorização de funcionamento de estabelecimento comercial, mas também, e principalmente, condição de habitabilidade do imóvel, na medida em que consiste em documento que atesta a regularidade da edificação -, cumpre perquirir acerca da existência ou não do "habite-se" à vigência do contrato de locação.

O fato é que, apesar de afirmar a autora que o imóvel dispunha de "habite-se", o conteúdo probatório do processo aponta em sentido antagônico.

O documento juntado aos autos pela autora às f. 578 demonstra que o "habite-se" foi expedido somente em 12/08/2015, muito após ter sido a locadora notificada pelo locatário para legalizar a situação da construção, ocorrida em 28/08/2012 (f. 231).

De igual forma, o depoimento das testemunhas acena que, à época da locação, o imóvel não dispunha de "habite-se". Confira-se:

> *"Depoimento de Rogério Barros da Mota (f. 705-707)*
>
> *ADVOGADO: Rogério, você conhece o imóvel, esse imóvel onde foi construída uma boate e a qual é objeto desse processo?*
>
> *DEPOENTE: Conheço.*

ADVOGADO: Você, que profissão você exerce?

DEPOENTE: ***Eu sou arquiteto.***

ADVOGADO: De que forma você conhece esse imóvel? Qual sua participação, que você teve, você pode dizer para nós?

DEPOENTE: ***Na época, quando ele foi locado, eu fiz o projeto de reforma pra abertura da então boate.***

(...).

ADVOGADO: ***Certo. Nessa época que foi feita a reforma, o imóvel tinha 'Habite-se'?***

DEPOENTE: ***É, eu não sabia né, depois a gente veio a descobrir que não tinha.***

ADVOGADO: Mas, isso não impedia de fazer essa reforma?

DEPOENTE: Não. Não porque não teve alteração de área construída, não derrubou parede, não ampliou nem diminuiu a área construída.

ADVOGADO: ***Você sabe, você tem conhecimento se no decorrer dessa locação teve alguma, algum fato que impossibilitou o inquilino de dar continuidade à locação?***

DEPOENTE: ***Que eu fiquei sabendo foi uma, um embargo, né, do Ministério Público.***

ADVOGADO: ***E você sabe o motivo desse embargos, Rogério?***

DEPOENTE: ***Falta de 'Habite-se' e, pra mim, aí, na época, o meu cliente me procurou pra ver a questão, como que tiraria o 'Habite-se', como era uma edificação existente teria que aprovar primeiro o projeto do Corpo de Bombeiros pra posterior pedir o 'Habite-se'.***

ADVOGADO: ***Certo. E houve algum empecilho desse projeto do Bombeiro? Você sabe dizer?***

DEPOENTE: ***Houve porque a parte locada está em cima de uma loja e de um depósito que não é locado por eles, né, mas é a mesma edificação e o Bombeiro pediu que fizesse o projeto de tudo.***

ADVOGADO: ***Certo. E essa situação foi levada a cargo do proprietário pra ver se ele (...).***

DEPOENTE: ***Foi pelo meu colega, o Jair que o procurou né, passou o orçamento da (...) e explicou que ele teria que fazer o projeto dum todo e que então o Rocha arcaria com a parte locada e ele teria que arcar com o restante.***

ADVOGADO: ***E teve uma resposta o locador, do proprietário?***

DEPOENTE: ***Não, ele não deu muita atenção e não demonstrou interesse. Disse que não ia gastar nada com isso.***

ADVOGADO: ***E sem essa regularização era possível continuar a locação****?*

DEPOENTE: ***Impossibilitou porque o Ministério Público foi lá e pediu pra fechar a Boate****. (G.n.).*

Depoimento de Jair Vieira da Costa Júnior (f. 707-711)

ADVOGADO: Qual profissão que o senhor exerce e que função você esteve lá trabalhando?

DEPOENTE: ***Eu sou arquiteto urbanista e eu fui contratado para fazer o projeto de prevenção e combate a incêndio.***

ADVOGADO: Certo. Em que momento você foi contratado pra fazer esse projeto?

DEPOENTE: ***Eu estava, no começo da reforma, quando eles alugaram, eles me chamaram porque precisava, pra ter o alvará, pra ter o funcionamento precisa ter um projeto de combate a incêndio aprovado. Então eu fui contratado nessa época.***

ADVOGADO: E teve alguma autorização no início pra trabalhar?

DEPOENTE: Autorização de qual?

ADVOGADO: Alguma (...) é (...) se teve.

JUÍZA: Provisória?

ADVOGADO: Isso. Provisória ou definitiva? Como é que a boate trabalhou nesse período inicial?

DEPOENTE: É assim. A parte de vistoria, de certificado de vistoria, quando a gente dá entrada num projeto, você tem, você pode ter um certificado provisório de validade de 30 dias, né, prorrogável enquanto tiver o projeto em análise. Então, provavelmente deve ter tido esse alvará provisório.

ADVOGADO: Certo. Posteriormente você tem conhecimento de alguma interdição que ocorreu lá no imóvel alugado?

DEPOENTE: ***Eu fiquei sabendo que ele foi interditado porque não tinha o certificado de vistoria definitivo. Pra ter o certificado de vistoria definitivo você precisa ter um projeto aprovado, e o projeto ele foi paralisado porque (...).***

ADVOGADO: ***E qual o motivo que foi paralisado?***

DEPOENTE: ***É assim, a gente recebeu uma notificação que, pra que o projeto fosse aprovado, toda a edificação dentro do terreno precisava ser, estar em projeto para receber o certificado. Então, eu como eu tinha sido contratado pra fazer a parte só da boate, eu levei isso ao Rocha, porque ele que me contratou, e ele falou assim: a minha parte eu acerto com você, que é a da boate, agora a parte das outras edificações você vê com o proprietário. E aí, então, eu fiz um orçamento, levei a notificação pro proprietário falando que a gente precisava aprovar toda a edificação, que é um todo, não é só a parte da boate, e aí ele ficou de me ligar e autorizar o serviço ou não e aí isso não aconteceu.***

ADVOGADO: Certo. E pra obtenção desse alvará definitivo, qual o motivo que ele não estava sendo liberado? Teve algum documento que o município expediu ou o Corpo de Bombeiros? Você se recorda?

DEPOENTE: O alvará de funcionamento?

ADVOGADO: O alvará de funcionamento.

DEPOENTE: ***Pro alvará de funcionamento você precisa ter 'habite-se', certificado de vistoria anual e licenciamento ambiental, né. E aí um do impedimento de não ter o 'habite-se' era que ele está vinculado ao certificado de vistoria, se você não tem o projeto aprovado não sai o certificado e não sai o 'Habite-se'. Uma coisa é ligada na Outra.***

ADVOGADO: Às folhas 281 a 283 dos autos, tem um documento emitido pela Secretaria Municipal de Obras, onde menciona que às folhas 282, parte fina (...).

(...).

ADVOGADO: Não está, aqui, é só o que eu tenho aqui. Essa parte final aí, onde menciona que para obtenção do alvará definitivo deverá apresentar alvará sanitário, certificado de vistoria do Corpo de Bombeiros, licenciamento ambiental e o 'habite-se' da edificação. Queria que você me explicasse aí, se isso é verdade ou não?

DEPOENTE: ***Então, pra ter o alvará de funcionamento, né, é pelo contrário aqui, a gente precisa do 'Habite-se', pra ter o 'Habite-se' precisa do certificado de vistoria anual****, não pode ser um certificado de vistoria provisório, o provisório ela só funciona enquanto o projeto tá em análise, quando o projeto é aprovado, sai o definitivo, né, então esse definitivo num pôde sair porque não teve um projeto aprovado.*

ADVOGADO: ***Certo. Então não saiu porque não tinha o 'Habite-se'****?*

DEPOENTE: ***Não, o 'Habite-se' não sai porque não tinha o certificado do Bombeiro.***

ADVOGADO: ***E por que não saiu o certificado do Bombeiro?***

DEPOENTE: ***Porque precisava regularizar toda a edificação junto ao corpo de Bombeiro. Porque a boate funcionava em cima de um depósito da Country e cia., então precisava regularizar a parte da boate e todas as áreas contíguas, então, o depósito, as outras lojas que têm lá.***

ADVOGADO: Certo. O senhor tem conhecimento de que esse imóvel foi interditado pelo Ministério Público, por falta de, por esse motivo?

DEPOENTE: ***Então, eu fiquei sabendo que teve lá uma, eles foram fazer uma visita e teve essa interdição por causa dessa falta de documentação.***

ADVOGADO: Certo. O senhor tem conhecimento se o locatário, no caso o Gustavo Rocha, ele notificou a proprietária pra que eles providenciassem esses documentos? O senhor teve conhecimento, na época, de alguma situação nesse sentido? O Gustavo comentou com o senhor ou não?

DEPOENTE: ***Quem tratava comigo era o pai do Gustavo, né, o Dr. Rocha, então ele me cobrava sempre, eu ligava pro Bola e falava que: ó, o Rocha tá me cobrando, a gente precisa regularizar, né, e num teve interesse da parte dele em fazer isso. E aí, então, eles não conseguiram, então ele falou que, que ia ser, ia ter o problema de fechar por causa disso.***

ADVOGADO: Certo. O Gustavo, você tem conhecimento se ele queria desocupar o imóvel ou ele desocupou porque houve a interdição pelo Ministério Público?

DEPOENTE: ***É, ele teve de desocupar por causa dessa interdição, porque não tem como você funcionar sem poder trabalhar.***

ADVOGADO: Certo. Sem mais perguntas, Excelência.

JUÍZA: Uma dúvida, só estava em cima de um depósito ou tinham lojas também?

DEPOENTE: ***É assim, é tudo junto, né, então, tem uma parte do depósito da Country e cia. que tá embaixo, ele não é no térreo, a boate, é como se fosse um, mas também não é um 1º pavimento, ele é meio termo. Então, embaixo funciona essa parte de depósito da Country e cia., eu não sei se tem mais depósito, eu lembro que embaixo da boate tinha esse depósito da Country e cia. Então, teve uma vistoria do Bombeiro, aí eles notificaram que: ó, a gente até poderia te dar mais um alvará, mas é risco iminente aqui, então você tem que proteger tudo, a parte, todas as edificações pra gente poder liberar o alvará ou aprovar seu projeto****."* (G.n.).

Vê-se, portanto, que o réu desincumbiu-se através das provas documental e testemunhal do ônus de comprovar sua alegação de que o contrato se resolveu por culpa da locadora, que deixou de providenciar a regularização do projeto de construção do imóvel contíguo ao imóvel locado, impedindo, assim, a expedição de certificado de vistoria do corpo de bombeiros, documento atrelado à expedição do "habite-se", do qual necessitava o locatário para liberação de seu alvará de funcionamento.

O réu notificou a locadora em 28/08/2012 (f. 231) de que "*o fato da construção não se encontrar regularizada, de sorte a permitir a obtenção das necessárias licenças para funcionamento da boate lá instalada,* ***levou ao seu fechamento por parte das autoridades fiscalizadoras****, o que vem acarretando prejuízos decorrentes da* ***impossibilidade de exercer a atividade para a qual o imóvel foi locado****."* (G.n.).

Também adveio aos autos cópia do procedimento preparatório instaurado pelo réu junto ao Ministério Público Estadual em setembro/2012 (f. 234-237), que relata a interdição do estabelecimento *no início do mês de agosto* (f. 236).

A autora não produziu contraprova, de modo que irretocável a sentença que declarou a rescisão do contrato de locação por culpa da locadora.

Responsabilidade do locador pelo pagamento dos aluguéis e encargos.

Como visto, o locatário notificou a locadora da impossibilidade de continuidade da locação desde a data na qual interditado o estabelecimento comercial.

Ocorre que nas relações de locação de imóvel, a responsabilidade do locatário pelo pagamento dos aluguéis e encargos subsiste até a data da desocupação, salvo disposição contratual em contrário (art. 39 da Lei n.º 8.245/91). Na hipótese, o contrato de locação firmado pelas partes traz cláusula expressa no sentido de que a responsabilidade contratual do locatário cessa com a entrega das chaves (cláusula 25).

Em sendo denunciado o contrato de locação pelo locatário e havendo recusa do locador em receber o imóvel, deve o locatário valer-se da ação de consignação (art. 67, Lei n. 8.245/91) para devolução do imóvel e, assim, elidir a responsabilidade pelos locativos. Nesta hipótese, a devolução do imóvel é representada pela entrega das chaves.

A propósito, *"o Superior Tribunal de Justiça, há muito e de modo reiterado, firmou a orientação de que a entrega das chaves em juízo põe fim ao contrato de locação, sendo devidos aluguéis ao período anterior à aludida extinção."* (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1617757/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/10/2018, DJe 25/10/2018).

Na hipótese específica, quando denunciou o contrato, através de notificação extrajudicial (f. 231), o locatário não notificou a locadora de eventual desocupação ou disponibilização das chaves; logo, não se pode atribuir à locadora os consectários da demora quanto ao recebimento do imóvel.

Em que pese a afirmação do réu de que "*não é justo e nem mesmo razoável que o apelante tenha que arcar com o pagamento dos aluguéis e IPTUs do imóvel em período posterior ao ajuizamento da ação de consignação das chaves, pela morosidade do judiciário em autorizar o depósito das chaves em juízo (f. 648)"* o fato é que não foram produzidas provas no sentido de que, apesar de sua intenção de entregar as chaves, estivesse o imóvel efetivamente desocupado em data anterior àquela na qual efetivamente houve a entrega das chaves em juízo.

Portanto, a responsabilidade pelos locativos subsiste até a entrega das chaves em juízo, tal como posto na sentença.

Distribuição da sucumbência.

Segundo a autora apelante *"não é justo que a recorrente, que não teve atendido apenas o pedido de despejo em razão da perda superveniente deste, seja condenada a pagar honorários advocatícios e custas processuais, na proporção de 50%."*

Nos termos do art. 86, *caput*, do CPC, *"se cada litigante for, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídos entre eles as despesas."*

Constatada a vitória do autor numa parte de sua pretensão, restando improcedente noutra parte, evidencia-se a sucumbência recíproca estabelecida no referido art. 86, devendo ser repartida a responsabilidade pela sucumbência, dentro da proporcionalidade vitória/derrota.

No entanto, percebe-se do caderno processual que a autora não foi vencida na demanda, nem mesmo em parte ínfima; do mesmo modo, o réu não foi vencedor em relação a nenhum dos seus pedidos.

Explico melhor.

A petição inicial da autora apresenta três pedidos, sendo eles: a) o despejo do locatário; b) a rescisão do contrato de locação; c) condenação do réu ao pagamento dos locativos (aluguéis e encargos) até o momento da efetiva desocupação.

Ao sentenciar, o magistrado de primeiro grau declarou a perda do objeto da pretensão de despejo, diante da desocupação voluntária do imóvel no curso da lide e julgou procedente o pedido de rescisão do contrato e parcialmente procedente a pretensão condenatória, condenando o réu ao pagamento de aluguéis, IPTU e multa de 10% (dez por cento) prevista na cláusula sétima do contrato.

Entendo não ser o caso de distribuição da sucumbência.

Isto porque, se o réu incorreu em mora em desonerar-se da obrigação entrega das chaves e deixou de pagar os locativos, é certo que deu causa ao ajuizamento da ação, devendo arcar, portanto, com o pagamento das verbas sucumbenciais.

Veja-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR INDENIZATÓRIO INFERIOR AO PLEITEADO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 326 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Verifica-se que a rigor o autor obteve sucesso em sua pretensão ao recebimento de indenização do seguro DPVAT. Quanto ao seu montante, se no máximo previsto ou proporcional ao grau de invalidez, sua apuração dependeu da realização de perícia na fase instrutória da demanda. Ademais, sendo resistida a pretensão do autor, conclui-se que a requerida deu causa ao ajuizamento da ação. 2. Aplicação analógica da Súmula 326 do STJ, para o fim de se atribuir a seguradora o pagamento integral da sucumbência[3]."*
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA SEGURO DPVAT – APLICAÇÃO DA TABELA DE QUANTIFICAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – CONDENAÇÃO PROPORCIONAL À LESÃO SOFRIDA – LAUDO MÉDICO – PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO NA PROPORÇÃO DA INVALIDEZ SEGUNDO A TABELA DE QUANTIFICAÇÃO ESTABELECIDA PELA LEI VIGENTE Nº 11.945/2009 – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO E VALORAÇÃO DAS PROVAS – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO PATRONO DA AUTORA (§ 3º DO ART. 20 DO CPC) – RECURSO DA SEGURADORA IMPROVIDO – RECURSO DA AUTORA PROVIDO PARCIALMENTE. (...) não há se falar em sucumbência recíproca, quando a parte requerida deu causa ao ajuizamento da ação, devendo ela arcar com o pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios. Os honorários*

3 Ap. Cível nº 0836794-52.2015.8.12.0001, rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, Data de julgamento: 25/04/2017, Data de publicação: 26/04/2017.

advocatícios devem ser fixados em consonância com o princípio da razoabilidade, de acordo com as alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil[4].”

No mesmo sentido:

> *“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – RECURSO DA SEGURADORA – ALEGADA INADIMPLÊNCIA DO PRÊMIO QUE ACARRETA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – TESE QUE CONFLITA COM O ENUNCIADO DA SÚMULA 257 DO STJ – LEGISLAÇÃO QUE NÃO ERIGE O PAGAMENTO DO PRÊMIO PELO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – RECURSO DO AUTOR – CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO POSTULADO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DA SEGURADORA – CAUSALIDADE – APLICAÇÃO POR ANALOGIA – SÚMULA 326 DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXADOS POR EQUIDADE – VALOR DA CONDENAÇÃO DE PEQUENA MONTA – ARBITRAMENTO POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização. O autor não decaiu de seu pedido, pois faz jus à indenização do seguro, que representa a pretensão principal, apenas a condenação não foi no valor pleiteado. Incide, ainda, na espécie, por analogia, a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça ‘na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca’. A verba honorária, ainda que estipulada em 20% sobre o quantum da condenação imposta nesta decisão, representará importância diminuta e não condizente com o trabalho realizado. Assim, para as causas de pequeno valor, impende fixar a verba por apreciação equitativa, nos termos do permissivo legal previsto no artigo 85, § 8º, do CPC[5].”*

Aplica-se na espécie, por analogia, como ressaltado nos precedentes acima citados, o enunciado da Súmula 326, Superior Tribunal de Justiça, que prevê que *“na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”*

Logo, deve o réu arcar com a integralidade da sucumbência.

Posto isso, conheço em parte do recurso da autora Fabiana Mariano de Oliveira Brum; na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, para condenar o réu ao pagamento integral da sucumbência. Também conheço do recurso do réu Gustavo Azambuja da Rocha e nego-lhe provimento.

Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Gustavo e deram parcial provimento ao apelo de Fabiana, 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, 4 de agosto de 2020.

***

4 TJMS, Ap. Cível nº 2012.001142-6, Des. Rel. Vladimir Abreu da Silva, Data de julgamento: 16/02/2012.

5 TJMS, 2ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 0826868-96.2014.8.12.0001, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Data de publicação: 16/03/2017.

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Agravo de Instrumento nº 2000524-55.2020.8.12.0000 – Paranaíba

EMENTA – CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DE MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA NA FASE DE CONHECIMENTO – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL – EXPRESSA PREVISÃO DO ART. 513, § 2º, I, CPC – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 410, STJ – POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA *ASTREINTE* NA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Diante da expressa tratativa legal (art. 513, § 2º, I, CPC), em se tratando de cumprimento de sentença não mais existe espaço para a aplicação do verbete da Súmula 410, STJ, que condicionava a exigibilidade da multa pelo descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer à prévia intimação pessoal do devedor, sendo suficiente a intimação na pessoa do advogado ou procurador autárquico.

É pacífico o entendimento no STJ, de que a decisão sobre *astreintes*, aplicada na fase de conhecimento, na sentença, ou na fase de execução, não se submete aos efeitos da preclusão e da coisa julgada. (STJ, REsp 1333988/SP - representativo de controvérsia), sendo passível de redução em valor suficiente para que o autor alcance o seu objetivo, sem se enriquecer às custas do ente público.

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, 8 de setembro de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul agrava da decisão interlocutória proferida no cumprimento de Sentença (0801395-32.2020.8.12.0018) iniciado por Pedro Vithor Garcia Souza Silva, em curso na 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba.

O juízo singular rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo agravante, mantendo as *astreintes* no valor fixado pelo título executivo. Segundo o julgador *"as alegações do executado de que o atraso não ocorreu por culpa da administração não restaram comprovados nos autos, e modo que perfeitamente aplicável ao caso a multa diária fixada e no que diz respeito à pretensão de redução, entendeu que o valor das astreintes não se afigura desproporcional em relação ao direito material discutido na ação em que a multa foi fixada."*

Defende o agravante ser inaplicável a multa objeto da execução, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), arbitrada na ação de conhecimento em R$ 500,00 (quinhentos reais) pelo dia de descumprimento da obrigação, limitada a trinta dias. Isso porque a penalidade imposta implicará prejuízo irreversível aos cofres públicos do Estado e à sociedade.

Ademais, a multa afigura-se desproporcional e não se reveste de qualquer efetividade, pois sua aplicação em nada influenciara na realidade do sistema público de saúde, não sendo outro o motivo de ter sido editado o Enunciado n. 74 do CNJ, que preconiza que a aplicação de penalidade pecuniária é a última *ratio* para dar cumprimento à ordem judicial na área da saúde, já que existe a possibilidade de bloqueio em conta bancária do ente público no montante suficiente para o cumprimento da obrigação.

Além disso, incabível a aplicação da multa diária porquanto não fora intimado pessoalmente o Estado, na pessoa do secretário do Estado, para dar cumprimento à obrigação, o que contraria a Súmula n. 410 do STJ.

Requer recebimento do recurso no efeito suspensivo, com seu posterior provimento, para afastar a multa cominatória imposta ou, alternativamente, sua substituição pelo sequestro de valores.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 22-23).

Contraminuta às f. 29-35.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Desnecessidade de intimação pessoal para o cumprimento da obrigação.

De fato, a novel legislação processual civil, no inciso § 2º do artigo 513, prevê que *"o devedor será intimado para cumprir a sentença: I - pelo diário da justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos."*

A respeito do tema, Daniel Amorim Assumpção Neves[1] faz a seguinte consideração:

> *"Na vigência do CPC/2013, o Superior Tribunal de Justiça vinha tratando de forma diferente a forma de intimação no cumprimento de sentença a depender da espécie de obrigação exequenda. Sendo de pagar quantia certa, a intimação em regra na pessoa do advogado, mas no caso de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, a intimação deveria ser necessariamente pessoal (Súmula 401/STJ).*
>
> *Esse tratamento diferenciado parece não se sustentar mais diante do art. 513, § 2º, do Novo CPC, que ao prever as diferentes formas de intimação do devedor não discrimina a espécie de obrigação exequenda, permitindo a conclusão de que em qualquer delas deve ser aplicado o dispositivo legal ora comentado."*

Diante da expressa tratativa legal, em se tratando de cumprimento de sentença, não mais existe espaço para a aplicação do verbete da Súmula 410 do STJ, que condicionava a exigibilidade da multa pelo descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer à prévia intimação pessoal do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça[2] já enfrentou a questão, manifestando-se no sentido de que *"com o advento do novel Código de Processo Civil, a precitada súmula restou, em tese, revogada pela aplicação do art. 513, § 2º, inciso I, do novel Código de Processo Civil, sendo suficiente para incidência da pena pecuniária a intimação do procurador da parte devedora mediante o diário oficial."*

Nesse mesmo sentido o entendimento firmado por esta Câmara Cível:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO – REJEITADA – ASTREINTES – INTIMAÇÃO PESSOAL – DESNECESSIDADE – SÚMULA 410 DO STJ – INTERPRETAÇÃO – AFASTAMENTO DA MULTA POR PERDA DE OBJETO – NEGADO – VALOR MANTIDO*

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo curso de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivum, 2016. p. 514.

2 STJ, Agravo em Recurso Especial nº 1.132.325 - RS, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 04/09/2017

– HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INCABÍVEIS – SÚMULA 519 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A decisão de arbitramento das astreintes não faz coisa julgada material, podendo, nos termos do art. 461, § 3º, do CPC/73, ser revogada ou modificada a qualquer tempo não se operando a preclusão. 2. Este Colegiado encontra-se vinculado ao conteúdo da Súmula (art. 927, IV, NCPC) e não à interpretação que a ela se atribui. Sendo assim, mesmo após a alteração de interpretação manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça, continua-se entendendo que, após a reforma do CPC/73 através da Lei n. 11.232/2005, não faz sentido se exigir a intimação pessoal da parte para cumprimento da obrigação como condição para execução da multa cominada para o caso de descumprimento. 3. A fixação das astreintes realmente possui caráter coercitivo, porém sua cassação neste momento processual, como bem observa o juízo, consiste em beneficiar a agravante pela própria torpeza. Existindo boa-fé da agravante, ao ser intimada a apresentar o bem já alienado, teria efetuado o depósito do equivalente em dinheiro, mitigando os prejuízos da agravada. 4. Diante das peculiaridades do caso, tais como o compromisso assumido quando do deferimento da liminar e, considerando o prazo decorrido de quase 7 anos sem que apresentasse o bem, nem mesmo seu equivalente em dinheiro, não existem motivos para a alteração da multa imposta pelo juízo a quo. 5. Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios. (Súmula 519 do STJ).” (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1409267-11.2017.8.12.0000, Jardim, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 10/10/2017, p: 17/10/2017).

Ora, considerando se tratar de autarquia, menos justificável ainda que se exija a intimação pessoal do gestor da autarquia para cumprimento da sentença, visto tratar-se o procurador da fazenda, tal como aqueloutro, de integrante do quadro de pessoal da união.

Assim, deve ser considerada a data da leitura do malote digital como termo inicial do prazo para cumprimento da obrigação, sendo desnecessária a intimação pessoal do gestor da autarquia.

Redução da *astreinte*.

Sobre a aplicação das *astreintes*, o Código de Processo Civil assim dispõe:

“Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou ***determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente****.*

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, ***desde que seja suficiente e compatível com a obrigação*** *e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.*

§ 1º O juiz poderá, ***de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la****, caso verifique que:*

I - se tornou insuficiente ou ***excessiva****.”* (G.n.).

É pacífico o entendimento, no Superior Tribunal de Justiça, de que a decisão sobre *astreintes*, aplicada na fase de conhecimento, na sentença, ou na fase de execução, não se submete aos efeitos da preclusão e da coisa julgada.

A matéria, inclusive, foi submetida a análise sob o rito do recurso representativo da controvérsia, e consolidou o entendimento de que a decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada. Veja-se:

“RECURSO ESPECIAL ***REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA*** *– PROCESSUAL CIVIL – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – CADERNETA DE POUPANÇA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS – ASTREINTES – DESCABIMENTO – COISA JULGADA – INOCORRÊNCIA.*

1. Para fins do art. 543-C do CPC:

1.1. 'Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível'.

*1.2. '**A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada**'.*

2. Caso concreto: Exclusão das astreintes.

3. Recurso Especial provido." (STJ - REsp 1333988/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. DJe 11/04/2014). (G.n.).

Seguindo a orientação do STJ, esta Câmara assim se pronunciou:

*"APELAÇÃO CÍVEL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ERRO JUSTIFICÁVEL – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE, COOPERAÇÃO E PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO – **ASTREINTE – POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL** – SENTENÇA DE EXTINÇÃO ANULADA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO OCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DO ART. 1013, § 3º DO CPC – MULTA DEVIDA – RECALCITRÂNCIA DO DEVEDOR EM CUMPRIR DECISÃO JUDICIAL – VALOR MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A decisão judicial que resolve incidente de liquidação de sentença somente deixa de ter natureza interlocutória se extinguir o próprio processo executivo, sendo daí cabível a insurgência por meio do recurso de apelação No caso em tela, a presente impugnação ao cumprimento de sentença tramitou em apenso, quando o normal seria tramitar nos próprios autos da ação de execução. Afora isso, ao decidir o juiz a quo expressamente declarou a extinção do feito, muito embora não tenha extinto a ação execução. Isso ocorrido, acabou por induzir o recorrente ao erro, uma vez que a rigor houve a extinção da impugnação que tramitava em autos próprios. Assim, aplicando-se os princípios da fungibilidade recursal, cooperação e primazia da resolução do mérito, há que ser analisada as razões constante no apelo. 2. **Havendo insurgência quanto ao valor da penalidade imposta, sob a alegação de seria ilegal/desproporcional, nada impede sua análise em sede de execução, dada a inexistência de coisa julgada material**. Dito isso, há que ser reformada a sentença que acolheu a existência de coisa julgada e extinguiu a impugnação ao cumprimento de sentença (...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0801090-18.2015.8.12.0020, Rio Brilhante, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 20/11/2019, p: 01/12/2019). (G.n.).

Compartilho do entendimento de que a multa cominatória pode ser revista ou limitada a qualquer momento, inclusive de ofício, quando revelar-se desproporcional. É a clássica aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, implícitos na Constituição Federal.

Se a causa versa sobre suplemento alimentar não fornecida pelo Estado, a multa, a princípio, não pode superar consideravelmente o valor da obrigação.

Assinala com muita precisão Araken de Assis, em reedição de obra, que:

*"(...) a astreinte consiste na condenação do obrigado ao pagamento de uma quantia, de regra por cada dia de atraso, mas que pode ser **por tempo de atraso** (art. 461 § 5º), no cumprimento da obrigação (...)[3]."* (G.n.).

Conclui o ilustre processualista:

*"Todavia, alcançado o adimplemento ou tornado possível esse resultado, **ao juiz se faculta diminuir a pena**, evitando o enriquecimento injustificado do credor[4]."* (G.n.).

3 **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 621.

4 *Ob. cit.*, p. 623.

Daí a possibilidade de se diminuir a multa imposta, por sua desproporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade recomenda que sempre que haja poderes que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, o órgão jurisdicional deve atuar segundo o princípio da justa medida, quer dizer, adotando, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade - ou razoabilidade - é um parâmetro de valoração dos atos de Estado para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. É razoável ou proporcional o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

É, também, a clássica aplicação do princípio da utilidade da execução. A execução deve ser útil ao credor, e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício ao devedor, embora se reconheça a irresponsabilidade e a negligência deste último.

Superada a discussão sobre a possibilidade de redução das *astreintes* em caso de se tornar demasiadamente desproporcional ao objeto da demanda, passo à análise dos valores que envolvem a presente demanda.

No caso versando, o autor iniciou o cumprimento da sentença das *astreintes* fixadas na decisão que antecipou a tutela, na qual foi determinado ao Estado que disponibilizasse a formula nutricional "Neoforte 400 mg", na quantidade mensal prescrita pelo médico, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de incidência de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos), limitada inicialmente a 30 (trinta) dias.

O Estado apresentou impugnação ao cumprimento da sentença alegando a impossibilidade de execução de multa porque há outras medidas de que pode se valer o magistrado para coagir ou convencer a parte demandada ao cumprimento da tutela específica, como o bloqueio judicial. Alegou que a fixação de *astreintes* ofende o princípio da proporcionalidade.

Ao analisar a documentação juntada com a inicial, sobretudo o orçamento do suplemento alimentar pleiteado pelo autor, datado de 28/05/2019 (f. 28 da ação de conhecimento), afere-se que cada lata de leite corresponde ao valor de R$ 172,00 (cento e setenta e dois reais). Considerando-se que a prescrição médica é de 13 latas ao mês (f. 21) e que o Estado deixou de fornecer o suplemento por dois meses e meio, é possível concluir que a *astreinte* (R$ 15.000,00) acabou por se tornar exorbitante se comparada ao objeto da demanda (que não alcança a cifra de R$ 5.000,00).

Assim, deve ser reduzido o valor da *astreinte* pela metade, ou seja, para R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), valor suficiente para que o autor alcance o seu objetivo, sem se enriquecer às custas do ente público, já levando em consideração que o valor do suplemento deve ter se elevado desde a data do orçamento.

Obviamente afigura-se inviável a pretensão do agravante para que a *astreinte* seja substituída por pena de bloqueio de numerário, tendo em vista que a incidência da multa se opera de forma automática na hipótese de atraso na entrega dos fármacos, enquanto o bloqueio é medida para assegurar o resultado prático da providência de urgência buscada, a qual já foi cumprida, o que torna inócuo o sequestro.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para acolher em parte a impugnação ao cumprimento de sentença e reduzir o valor da *astreinte* para R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Agravo de Instrumento nº 1410344-50.2020.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ADJUDICAÇÃO DE IMÓVEL OBJETO DA PENHORA EM FAVOR DO AGRAVADO – EXISTÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA TAMBÉM EM FAVOR DO BANCO, REALIZADA PREVIAMENTE ÀQUELA QUE FAVORECE O RECORRIDO, EM EXECUÇÃO DIVERSA – PRETENSÃO DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM DE REGISTRO DAS PENHORAS – DESCABIMENTO – EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NATUREZA ALIMENTAR – CRÉDITO PRIVILEGIADO – IRRELEVÂNCIA DA ANTERIORIDADE DA PENHORA – BANCO QUE FIGURA COMO CREDOR QUIROGRAFÁRIO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A pretensão do banco de elidir a adjudicação do imóvel objeto da penhora em favor do agravado, ao argumento de que também existe penhora em seu favor, realizada em execução diversa, previamente àquela que favorece o recorrido, não se sustenta. Isto porque, o feito originário se refere à execução de honorários advocatícios, crédito este que conta com natureza alimentar e, portanto, com privilégio em relação aos demais, em especial por se tratar o agravante de credor quirografário. Assim, no caso concreto, a anterioridade da constrição feita em benefício do banco é informação irrelevante, sem o condão de obstar a adjudicação do bem.

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, 16 de setembro de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Banco Bradesco S/A agrava da decisão interlocutória proferida na Execução de Título Extrajudicial (0802018-23.2015.8.12.0002) ajuizada contra Aparecido Gomes de Morais, em curso na 2ª Vara Cível de Dourados.

No *decisum* agravado, o juízo *a quo* deferiu a adjudicação do imóvel objeto da Matrícula n. 69.519, do SRI de Dourados, pelo valor de sua avaliação, qual seja, R$ 700.000,00 (setecentos mil reais), em favor da parte credora, ora agravado.

Alega o agravante que, contudo, em detrimento dos devedores Maria Aparecida Bonetti - Epp e Valdecir Nunes Costa permanece em curso a Execução n. 0010001-53.2008.8.12.0002, movida pelo ora recorrente, na qual imóvel objeto da adjudicação na ação originária também foi alvo de constrição.

Aduz o banco que em relação ao crédito executado no feito que originou o presente recurso, a penhora em favor do agravante na execução acima mencionada foi realizada previamente, já que concretizada em 25 de

abril de 2011, correspondendo o *quantum debeatur* devido ao recorrente, atualizado até 2019, a R$ 159.647,41 (cento e cinquenta e nove mil, seiscentos e quarenta e sete reais e quarenta e um centavos).

Sustenta o banco ser necessária a suspensão do feito originário, já que não teria sido observada a ordem de preferência de todos os credores exequentes, salientando que a ordem das penhoras registradas na matrícula do imóvel alvo da adjudicação evidencia a preferência da instituição financeira em relação ao agravado.

Pondera que a coexistência de penhoras impõe a instauração de concurso de credores, e ainda que se trate de execução de honorários, a penhora em favor do agravado é posterior àquela feita em benefício do banco.

Requer recebimento do recurso no efeito suspensivo, com posterior provimento, para o fim de invalidar a adjudicação do imóvel de Matrícula n. 69.519, do SRI de Dourados.

Instruiu o agravo com os documentos de f. 12-25.

Às f. 29-30 o recurso foi recebido no efeito suspensivo; contraminuta do agravado às f. 36-44.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Pretende o agente financeiro agravante invalidar a adjudicação do imóvel de Matrícula n. 69.519, do SRI de Dourados, realizada em favor do agravado.

Justifica sua pretensão na alegação de que não teria sido observada a ordem de preferência de todos os credores exequentes, salientando que a ordem das penhoras registradas na matrícula do imóvel alvo da adjudicação evidencia a preferência da instituição financeira em relação ao agravado.

Afirma que a penhora em seu favor, feita na Execução n. 0010001-53.2008.8.12.0002 foi realizada previamente, já que concretizada em 25 de abril de 2011, correspondendo o *quantum debeatur* devido ao recorrente, atualizado até 2019, a R$ 159.647,41 (cento e cinquenta e nove mil, seiscentos e quarenta e sete reais e quarenta e um centavos).

Sem razão, contudo, o agravante.

Isto porque, o crédito executado pelo agravado nos autos originários refere-se a honorários advocatícios contratuais, o que significa dizer que possui natureza alimentar, tratando-se, assim, de crédito privilegiado.

Deste modo, levando em consideração que o banco agravante figura como credor quirografário, obviamente no concurso de credores o crédito de caráter alimentar, *in casu*, honorários advocatícios, conta com supremacia, motivo pelo qual a discussão referente à anterioridade das penhoras é despicienda.

Neste sentido, o seguinte julgado do STJ:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – HONORÁRIOS – CONCURSO PARTICULAR OU ESPECIAL DE CREDORES – CRÉDITOS EQUIPARADOS A TRABALHISTAS – HONORÁRIOS DE ADVOGADO E FGTS – FORMA DE RATEIO. 1. Controvérsia estabelecida em sede de concurso particular de credores em torno da (a) classificação dos honorários sucumbenciais; (b) concorrência estabelecida em face de crédito titularizado pela CEF com base em FGTS inadimplido; (c) forma de pagamento dos créditos privilegiados e de mesma classe. 2. '**Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar** e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor*

> *previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal'. 3.* ***A solvência dos créditos de mesma e privilegiada classe (equiparada a trabalhista) será realizada proporcionalmente aos créditos titularizados pelos credores concorrentes, desimportando a anterioridade de penhoras****. 4. Exegese dos arts. 711 do CPC/73 (art. 908 do CPC/2015) e 962 do Código Civil. 5. Recurso especial parcialmente provido."* (STJ, REsp 1649395/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 05/04/2019). (G.n.).

Ainda que a coexistência de penhoras imponha a instauração de concurso de credores, estando-se diante de execução de honorários advocatícios, pouco importa que a penhora em favor do agravado seja posterior àquela feita em benefício do banco, tendo em vista, repise-se, que o crédito do agravado tem natureza alimentar.

Em igual sentido, os seguintes julgados deste Sodalício:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO –* ***EXECUÇÃO – ADJUDICAÇÃO – CONCURSO ENTRE OS CREDORES – CRÉDITO PREFERENCIAL QUE SE SOBREPÕE À ORDEM TEMPORAL DE PENHORAS****. 01. O concurso de preferência entre credores leva em consideração a precedência na ordem pagamento em virtude da natureza do crédito cobrado. 02.* ***Os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e, portanto, têm preferência*** *sobre os de natureza condominial. Recurso não provido."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1413064-92.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 28/02/2018, p: 28/02/2018). (G.n.).

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO –* ***EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DIREITO DE PREFERÊNCIA*** *SOBRE CREDOR HIPOTECÁRIO –* ***VERBA HONORÁRIA QUE TEM NATUREZA ALIMENTAR*** *– PEDIDOS TRAZIDOS NO AGRAVO QUE NÃO FORAM ALEGADOS E ANALISADOS EM PRIMEIRO GRAU – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.* ***O crédito de honorários advocatícios executado tem natureza alimentar e, por isso, goza de preferência em concurso de credores*** *(...)."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1415247-07.2015.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 23/03/2016, p: 29/03/2016). (G.n.).

Portanto, é lícito que o agravado se valha da previsão do art. 876, *caput*, CPC, que dispõe *"ser lícito ao exequente, oferecendo não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados*, acrescentando o § 4º, inciso II, deste dispositivo que *Se o valor do crédito for superior ao dos bens, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente."*

No que diz respeito à alegação de existência de outras penhoras registradas na matrícula do imóvel, tem-se que qualquer insurgência existente cabe aos respectivos credores, já que *"ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico (art. 18, caput, CPC)."*

Por fim, é importante registrar que no *decisum* agravado o juízo *a quo* determinou a intimação de todos os credores com penhoras registradas na matrícula, o que significa dizer que os interessados tomarão conhecimento da adjudicação e, caso entendam pertinente, poderão adotar as providências necessárias.

Posto isto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 16 de setembro de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator designado Des. Marcelo Câmara Rasslan
Agravo de Instrumento nº 1409315-96.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR EVICÇÃO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA – REEMBOLSO DE QUANTIA PAGA EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL – NÃO CONSTATAÇÃO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300, DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nos moldes do art. 300, do CPC, a análise dos requisitos para a antecipação de tutela envolve a verificação da probabilidade do direito e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, de sorte que, ausente um dos requisitos legais, o indeferimento da tutela provisória de urgência é medida que se impõe.

Constatado que a parte visa, em antecipação de tutela, o reembolso de valor pago em leilão pela aquisição de imóvel, mas que há no contrato celebrado com o vendedor cláusula dispondo que a indenização ao comprador, em caso de evicção, somente ocorrerá com o trânsito em julgado da respectiva ação, não se verifica a probabilidade do direito vindicado, devendo ser indeferido o pleito de urgência.

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 2º vogal, vencido o relator, que dava parcial provimento.

Campo Grande, 10 de junho de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gustavo Henri Couto contra Banco Bradesco S.A., em face de decisão proferida na Ação de Rescisão Contratual c/c Indenização por Danos Materiais n.º 0820639-32.2019.8.12.0001, que indeferiu seu pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Alega que, na data de 24/10/2017, adquiriu imóvel em hasta pública, consistente no Lote de Terreno n.º 13, da quadra n.º 35, do loteamento denominado "Jardim das Cerejeiras", pelo valor total de R$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais).

Afirma que, entretanto, os antigos proprietários propuseram ação pretendendo a nulidade do referido leilão e conseguiram tutela antecipada que sustou os efeitos da hasta pública e os manteve na posse do imóvel, ao passo que o banco agravado não tomará qualquer providência em decorrência de disposição contratual de que, em caso de evicção, o comprador somente poderá ser indenizado após o trânsito em julgado da respectiva ação.

Em razão de tais fatos, o ora agravante ajuizou demanda de rescisão contratual contra o banco agravado, buscando, dentre outros pedidos, declarar nula referida cláusula. Pediu, como antecipação de tutela, que o

banco demandado depositasse em juízo, desde logo, o valor desembolsado pelo comprador para aquisição do imóvel corrigido desde a celebração do contrato, o que foi indeferido pelo juízo.

Requer a antecipação da tutela recursal para que o agravado reembolse o agravante imediatamente do valor atualizado que pagou pelo lote adquirido (R$ 88.335,97 - oitenta e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e oitenta e sete centavos), ou, subsidiariamente, do valor original (R$ 78.000,00 - setenta e oito mil reais).

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (f. 21-23).

Sem contrarrazões (f. 30).

VOTO(EM 17/03/2020)

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gustavo Henri Couto contra Banco Bradesco S.A., em face de decisão proferida na Ação de Rescisão Contratual c/c Indenização por Danos Materiais n.º 0820639-32.2019.8.12.0001, que indeferiu seu pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Alega que, na data de 24/10/2017, adquiriu imóvel em hasta pública, consistente no Lote de Terreno n.º 13, da quadra n.º 35, do loteamento denominado "Jardim das Cerejeiras", pelo valor total de R$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais).

Afirma que, entretanto, os antigos proprietários propuseram ação pretendendo a nulidade do referido leilão e conseguiram tutela antecipada que sustou os efeitos da hasta pública e os manteve na posse do imóvel, ao passo que o banco agravado não tomará qualquer providência em decorrência de disposição contratual de que, em caso de evicção, o comprador somente poderá ser indenizado após o trânsito em julgado da respectiva ação.

Em razão de tais fatos, o ora agravante ajuizou demanda de rescisão contratual contra o banco agravado, buscando, dentre outros pedidos, declarar nula referida cláusula. Pediu, como antecipação de tutela, que o banco demandado depositasse em juízo, desde logo, o valor desembolsado pelo comprador para aquisição do imóvel corrigido desde a celebração do contrato, o que foi indeferido pelo juízo.

Requer a antecipação da tutela recursal para que o agravado reembolse o agravante imediatamente do valor atualizado que pagou pelo lote adquirido (R$ 88.335,97 - oitenta e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e oitenta e sete centavos), ou, subsidiariamente, do valor original (R$ 78.000,00 - setenta e oito mil reais).

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (f. 21-23).

Sem contrarrazões (f. 30).

O artigo 300 do Código de Processo Civil prevê que *"a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."*

Em outras palavras, concede-se a tutela de urgência quando estiverem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

E, na hipótese em análise, verifico que ambos os requisitos estão presentes para a parte autora da demanda, sendo caso de provimento do recurso, quanto ao valor original pago pelo agravante (R$ 78.000,00 - setenta e oito mil reais).

Como visto, o agravante, em dezembro de 2017, arrematou imóvel em leilão extrajudicial, quando pagou entrada, comissão do leiloeiro e saldo parcelado em 12 (doze) vezes, totalizando a quantia acima descrita, contudo, até os dias atuais não conseguiu ter a posse do imóvel e os antigos proprietários buscam judicialmente a declaração de nulidade do leilão ocorrido (Ação n.º 0843225-34.2017.8.12.0001).

O agravante, por sua vez, também entrou com demanda judicial, pretendendo a rescisão do contrato e a reparação dos danos sofridos (Ação n.º 0820639-32.2019.8.12.0001), que originou este recurso.

Ao que consta, o contrato entabulado quando da arrematação dispõe que, em caso de evicção, o comprador somente seria indenizado após o trânsito em julgado do processo que deu azo à evicção.

Entretanto, referida disposição contratual se mostra extremamente onerosa ao arrematante que, desde dezembro de 2018, quando terminou de pagar as parcelas, encontra-se sem o dinheiro que investiu e sem o uso e gozo do bem, que, por ordem judicial, ainda está na posse dos seus antigos proprietários.

A instituição financeira, por sua vez, está na posse da quantia de R$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais), que começaram a ser pagos em outubro de 2017, utilizando-se do valor livremente, sem que o agravante tenha recebido o objeto da arrematação, que é o imóvel em questão.

Destarte, a ação ajuizada pelos possuidores do bem pode demorar muitos anos para ter seu trânsito em julgado, de modo que não é lícito que se condicione que o arrematante somente poderá requerer a resolução do contrato com o decurso de tal prazo.

Com efeito, referida demanda ainda está em vias de receber sentença, e não se pode precisar quantos anos pode demorar para ocorrer o respectivo trânsito em julgado.

Ademais, no litígio que originou este agravo, o agravado já apresentou sua peça defensiva, na qual restringe-se a alegar que os antigos proprietários do imóvel não restarão vencedores em sua lide e que adotou todas as cautelas de praxe antes encaminhar o bem a leilão.

No entanto, como a questão está sendo objeto de ação judicial, o agravado não tem como garantir que aqueles não serão vencedores na lide, em prejuízo ao ora agravante.

Outrossim, a instituição financeira, embora devidamente intimada, nem mesmo apresentou contrarrazões a este recurso.

Portanto, o fato de a instituição financeira estar na posse do valor há mais de ano, utilizando da quantia da forma que melhor lhe serve, representa enriquecimento ilícito em desfavor do arrematante, que já despendeu da quantia e não recebeu a contrapartida, que é o bem imóvel.

Por outro lado, a tutela de urgência concedida não causará prejuízo à agravada, mas se mostra como medida prudente até a decisão definitiva do processo.

Assim, nada mais justo que o agravante seja reembolsado na quantia que desembolsou, por ora, sem correção monetária, o que será decidido quando do julgamento do mérito da ação principal.

Sobre os requisitos para concessão da tutela de urgência, este egrégio Tribunal tem entendido que:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DECISÃO DE EXCLUSÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES – POSSIBILIDADE – REQUISITOS PRESENTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***Presentes os requisitos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, a tutela de urgência deve ser deferida.****"* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1400025-57.2019.8.12.0000, Jardim, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 12/02/2019, p: 14/02/2019. (G.n.).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA – RESCISÃO CONTRATUAL. Insurgência contra a decisão que deferiu a tutela de urgência para rescindir o contrato celebrado entre as partes e determinar à agravante se abstenha de cobrar as parcelas contratuais e de inscrever o agravado em cadastros de empresas de proteção ao*

crédito, bem como para responder pelas despesas ordinárias do imóvel. Rescisão do contrato. O pacto de alienação fiduciária não é, em princípio, impeditivo à concessão da tutela de urgência nos moldes pleiteados, ainda mais se tratando de garantia fiduciária em favor da vendedora e da empreendedora do loteamento. Abstenção de inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes, a fim de evitar risco de grave ou difícil reparação ao agravado. Possibilidade. ***Artigo 300 do Código de Processo Civil.*** *Ademais, não há qualquer fundamento para imputar à compradora, antes da efetiva imissão na posse, o pagamento das despesas condominiais e IPTU, pois não é possuidora direta do imóvel, de modo que não usufrui dele, menos ainda dos serviços oferecidos pelo condomínio. Recurso improvido."* (TJSP; AI 2006478-29.2019.8.26.0000; Ac. 12260099; São José do Rio Preto; Décima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. J.B. Paula Lima; Julg. 26/02/2019; DJESP 07/03/2019; Pág. 1973). (G.n.).

Nesse sentido, deve ser concedida a tutela pretendida.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Gustavo Henri Couto e a ele dou parcial provimento, para determinar que o banco agravado reembolse o agravante do valor pago em leilão sem atualização monetária (R$ 78.000,00 - setenta e oito mil reais).

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º Vogal)

Peço vênia para divergir do voto do eminente relator, que deu parcial provimento ao recurso e determinou ao banco agravado o reembolso do valor pago em leilão pelo recorrente sem atualização monetária, porquanto entendo que estão ausentes os requisitos necessários à antecipação da tutela pretendida.

Sobre a matéria, é cediço que a concessão da tutela de urgência reclama a presença dos requisitos constantes do art. 300, do Novo Código de Processo Civil, traduzidos na probabilidade do direito e no perigo de dano.

Na hipótese, apesar de parecer legítimo o pleito do agravante quanto à rescisão do instrumento particular de venda e compra de bem imóvel em virtude da antecipação de tutela na ação que visa anular o leilão em que ocorreu a aquisição do bem, não constato relevância na tese sustentada pela parte recorrente, uma vez que há no contrato cláusula dispondo que o comprador somente será indenizado após o trânsito em julgado da ação, em caso de evicção.

A propósito, vejamos o teor da cláusula 1.ª, § 2.º, do contrato celebrado entre as partes, acostado às f. 31 e seguintes dos autos principais:

> *"Parágrafo Segundo: O(s) citado(s) imóvel(is), não sendo originário(s) dos ativos do credor fiduciário, poderá(ão), eventualmente, ser(em) objeto de reivindicação judicial, cujo resultado da demanda será suportado pelo credor fiduciário por ocasião da definitiva decisão judicial, transitada em julgado, não constituindo, a referida demanda, em qualquer situação, motivo para o(a)(s) devedor(a)(es) fiduciante(s) pleitear(em) o desfazimento da aquisição. Nesta hipótese, o credor fiduciário responderá pelo resultado da ação judicial, nos exatos termos da sentença, após seu trânsito em julgado, sendo que a indenização pela evicção (perda da coisa por força de sentença judicial) corresponderá somente até o limite do preço da venda do(s) imóvel(is) com acréscimo do IGP-M da FGV, a contar do desembolso integral ou do sinal e das respectivas parcelas pagas, não sendo conferido ao(à)(s) devedor(a)(es) fiduciante(s) o direito de pleitear quaisquer outros valores indenizatórios, a exemplo daqueles estipulados nos artigos 448 e 450 do Código Civil Brasileiro e tampouco por benfeitorias eventualmente introduzidas no(s) imóvel(s), após a data da aquisição, pelas quais não poderá(ão) sequer pleitear direito de retenção do(s) imóvel(is)."*

Tal previsão contratual, a meu ver, é o bastante para indeferir o pleito de urgência formulado pelo agravante pois, embora tenha alegado na exordial desconhecer disposições do contrato, fato é que a ele efetivamente aderiu e, portanto, cabe observância ao quanto estipulado entre as partes no momento da avença, devendo-se aguardar o trânsito em julgado do processo que deu azo à evicção.

Ao compulsar o referido feito, Autos n.º 0843225-34.2017.8.12.0001, em trâmite perante a 16.ª Vara Cível desta Capital, é possível perceber que a parte autora daquela demanda conseguiu manter-se na posse do imóvel objeto de discussão após a interposição de agravo de instrumento, quando a Terceira Câmara Cível deste Sodalício, sob a relatoria do Des. Marco André Nogueira Hanson, deu provimento ao recurso.

Ademais, noto que a mencionada demanda encontra-se em fase de instrução, tendo os autores pleiteado a produção de provas, o que impede, neste momento, a devolução dos valores na forma pleiteada pelo agravante, tendo em vista o óbice verificado na supracitada cláusula do contrato firmado com a instituição financeira agravada.

Por outro lado, não vislumbro a possibilidade de prejuízo irreparável ao recorrente em não se antecipar a tutela, tampouco risco ao resultado útil do processo, pois, em sendo determinado o ressarcimento pelo banco ao final da lide, o agravante receberá os valores devidos, acrescidos dos respectivos encargos de correção da verba.

Neste aspecto, como bem realçado pelo julgador de origem, o banco recorrido apresenta-se atualmente como uma das maiores instituições financeiras do País, com expressiva capacidade financeira, o que lhe permitirá ressarcir o agravante se for o caso.

Assim, não obstante possa haver algum prejuízo ao recorrente por estar impossibilitado de usufruir dos valores dispendidos pelo imóvel, a questão é meramente patrimonial e, no momento oportuno, será devidamente recompensada, não sendo razoável, sob este único pretexto, dar provimento ao pleito recursal, em detrimento da cláusula do contrato que, ao menos por ora, mostra-se totalmente válida.

Posto isto, divirjo do relator e nego provimento ao recurso, ante à ausência dos pressupostos à antecipação da tutela, mantendo inalterada a decisão objurgada.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator dar parcial provimento ao recurso e o 2º vogal negar provimento.

VOTO (EM 10/06/2020)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gustavo Henri Couto, na ação de rescisão contratual por evicção c/c indenização por danos materiais em que contende com Banco Bradesco S.A, que indeferiu o pleito de urgência, a fim de que, antecipadamente, recebesse a importância que havia pago à instituição financeira, devidamente corrigida, quando comprou um imóvel num leilão extrajudicial e do qual não obteve posse, em virtude de uma ação judicial movida pelos antigos proprietários.

O d. Relator, Dr. Luiz Antonio Cavassa de Almeida, deu provimento parcial ao reclamo no sentido de permitir a restituição do valor, mas, sem os devidos acréscimos legais.

O i. 1º Vogal, Des. Marcelo Câmara Rasslan, por sua vez, negou provimento ao reclamo.

Pedi vistas dos autos para melhor compreender a questão controvertida e, com o devido respeito ao i. Relator, divirjo do seu posicionamento.

Isso porque, ainda que a instituição financeira esteja na posse dos valores dispendidos pelo agravante não tendo efetivamente nenhum prejuízo com a medida, é certo que existia uma cláusula contratual de evicção e que, em tese, deveria ser cumprida; disposição esta que possui aceitação na jurisprudência em questões envolvendo ajustes desta natureza, em virtude dos riscos que envolvem tais negócios.

Nesse sentido:

> *"REVISIONAL DE CONTRATO – ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL – IMPUGNAÇÃO DE CLÁUSULAS DE CONTRATO – SENTENÇA QUE EXAMINA O MÉRITO E JULGA IMPROCEDENTE A AÇÃO – INCONFORMISMO – SENTENÇA MANTIDA.* ***Não se reconhece desequilíbrio contratual, a ensejar a revisão do contrato celebrado entre as partes, em cláusula que não afasta os direitos decorrentes da evicção, mas que transfere ao adquirente os riscos e custos decorrentes das ações judiciais que tenham por objeto os imóveis adquiridos em leilão extrajudicial, por ser da ciência deste a existência de tais demandas, riscos estes, aliás, que determinaram a venda por preço muito inferior ao valor de mercado.*** *Resultado: apelação desprovida."* (TJSP; Apelação Cível 4004433-82.2013.8.26.0564; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/09/2015; Data de Registro: 17/09/2015). (G.n.).

Não obstante, sabe-se que há entendimento jurisprudencial que garante ao adquirente o direito de rescindir o contrato e ser ressarcido em casos tais, mesmo que não demonstrada a culpa da instituição financeira na realização do leilão extrajudicial.

Contudo, como ressaltado, pelo d. 2º Vogal, existe a necessidade, no outro processo, de, ao menos, ser reconhecida a nulidade do leilão e, por consequência, da arrematação, o que pode ou não ocorrer, a depender de vários elementos.

Destaca-se, ainda, que os processos ajuizados pelo recorrente e pelos antigos proprietários não necessitam, via de regra, de dilação probatória, uma vez que a prova documental é suficiente para julgamento, de modo que não há que se falar em espera excessiva, mas, sim, dentro de uma normalidade aceitável que os tipos dos negócios envolviam.

Outrossim, cumpre destacar que a instituição financeira, ora agravada, possui bens e dinheiro suficientes para quitação do devido, no caso de julgamento de procedência desta ação, não sendo crível que o dinheiro tenha que ser entregue antes que o próprio negócio seja desfeito.

Nesse contexto, entendo, no momento, por ausente os requisitos da tutela antecipada.

Diante do exposto, peço vênia ao i. Relator e acompanho a divergência, a fim de negar provimento ao reclamo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, 10 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0806121-13.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – INDENIZAÇÃO – *CONCENTRE SCORING* – PRELIMINARES DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E INOVAÇÃO RECURSAL REJEITADAS – INCLUSÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR – ATIVIDADE LÍCITA – INEXISTÊNCIA DA PROVA DE ABUSO DECORRENTE DO DEVER DE INFORMAÇÃO – DANO MORAL INEXISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Verificado que, ainda que com o pretexto de declaração de ilegalidade do sistema *concentre scoring,* tenha a apelante deduzido na inicial violação ao dever de informação, devem ser rejeitadas as preliminares de ofensa ao princípio da dialeticidade e inovação recursal.

O *concentre scoring* é prática comercial lícita, estando autorizada pelo art. 5.º, IV, e pelo art. 7.º, I, da Lei n.º 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

Ausente prática de ato ilícito decorrente do desrespeito aos limites de informação na utilização do sistema *credit scoring*, inexiste dever de reparação civil.

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, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de julho de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Amanda Letícia Ota interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 239-51, que julgou improcedente a ação cominatória cumulada com indenização por danos morais ajuizada em face de Serasa S/A.

Afirma que embora o magistrado de primeiro grau tenha julgado improcedente a demanda utilizando-se como fundamento a tese firmada no Recurso Repetitivo n.º 1.419.697/RS, que atestou a legalidade do cadastro denominado *Concentre Scoring*, o dever informacional constante no item 4 da ementa do referido recurso repetitivo não foi atendido, e as informações por ela solicitadas não lhe foram repassadas, embora seja dever da apelada prestar esclarecimentos acerca das fontes dos dados considerados, bem como das informações pessoais valoradas, restando configurado o dever de indenizar.

Enfatiza que desde o ajuizamento da ação denunciou a violação ao dever informacional que deve acompanhar a manutenção do banco de dados, tendo afirmado expressamente que as informações requeridas não foram atendidas pelo apelado, sendo que por se tratar de fato negativo e em razão da inversão do ônus da prova, caberia ao apelado comprovar que prestou as informações por ela solicitadas o que, contudo, não ocorreu.

Pede o provimento do recurso para julgar procedente a ação intentada.

Contrarrazões às f. 254-60, com preliminares de violação ao princípio da dialeticidade e inovação recursal e, no mérito pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O processo está pautado permanentemente para julgamento virtual e não houve oposição quanto ao mesmo (f. 265), na forma do Provimento CSM n.º 411, de 12 de junho de 2018, pelo que assim é ele realizado.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Amanda Letícia Ota interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 239-51, que julgou improcedente a ação cominatória cumulada com indenização por danos morais ajuizada em face de Serasa S/A.

Colhe-se dos autos que a requerente ingressou com a presente ação pretendendo ver reconhecida a ilegalidade do sistema *concentre scoring* mantido pela requerida.

O juízo singular julgou improcedente ação, com fundamento no Recurso Especial Repetitivo n.º 1.419.697/RS.

Irresignada, ingressa a recorrente com o presente recurso de apelação aduzindo que o dever informacional constante no item 4 da ementa do referido recurso repetitivo não foi atendido, e as informações por ela solicitadas não lhe foram repassadas, embora seja dever da apelada prestar esclarecimentos acerca das fontes dos dados considerados, bem como das informações pessoais valoradas, restando configurado o dever de indenizar.

Enfatiza que desde o ajuizamento da ação denunciou a violação ao dever informacional que deve acompanhar a manutenção do banco de dados, tendo afirmado expressamente que as informações requeridas não foram atendidas pelo apelado, sendo que por se tratar de fato negativo e em razão da inversão do ônus da prova, caberia ao apelado comprovar que prestou as informações por ela solicitadas o que, contudo, não ocorreu.

Pede o provimento do recurso para julgar procedente a ação intentada.

Contrarrazões às f. 254-60, com preliminares de violação ao princípio da dialeticidade e inovação recursal e, no mérito pelo desprovimento do recurso.

Preliminares de violação ao princípio da dialeticidade e inovação recursal.

De início, anoto que as preliminares antes anotadas serão analisadas conjuntamente, em decorrência da identidade de fundamentação.

Pois bem, nessa linha de raciocínio, afirma a apelada, em sede de contrarrazões, que a apelante não teria impugnado especificamente os termos da sentença, apresentando argumentos novos atinentes à ausência do dever de informação.

As preliminares não prosperam. Explico.

Em que pese se possa inferir da inicial que o que pretendia a requerente era o reconhecimento da ilegalidade do sistema *concentre scoring* mantido pela requerida, não se pode olvidar que esta trouxe como um dos fundamentos para tal desiderato a alegação de que não teria a requerida lhe repassado as devidas informações atinentes A referido cadastro, a qual, embora tenho sido utilizada com o intuito de se declarar a

apontada ilegalidade, não pode ser desconsiderada, de maneira que as razões expostas no recurso de apelação interposto devem ser conhecidas.

Assim, não há que se falar em ofensa aos princípios da dialeticidade e inovação recursal, razão pela qual rejeito ditas preliminares.

Mérito.

A insurgência recursal está baseada na tese de que, contrariamente ao entendimento do juizo *a quo*, o desrespeito aos limites legais do *concentre scoring* configura abuso do direito e enseja a responsabilidade indenizatória, motivo pelo qual faz *jus* ao cancelamento do cadastro positivo, bem assim a indenização por danos morais.

A matéria foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos REsp's n.º 1.419.697/RS e 1457199/RS, submetidos ao rito do artigo 543- C, do CPC/73, *verbis:*

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC) – TEMA 710/STJ – DIREITO DO CONSUMIDOR – ARQUIVOS DE CRÉDITO – SISTEMA CREDIT SCORING – COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO – LIMITES – DANO MORAL. I - Teses: 1) O sistema credit scoring é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema credit scoring, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. II - Caso concreto: 1) Não conhecimento do 4 Tribunal de Justiça de Minas Gerais agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia; 2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC. 3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC. 4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral in re ipsa. 5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie. 6) Demanda indenizatória improcedente. III - Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios, e recurso especial parcialmente provido."* (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014)
>
> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC) – TEMA 710/STJ – DIREITO DO CONSUMIDOR – ARQUIVOS DE CRÉDITO – SISTEMA CREDIT SCORING – COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO – LIMITES – DANO MORAL. I - TESES: 1) O sistema credit scoring é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito) 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor*

consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema credit scoring, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do 5 Tribunal de Justiça de Minas Gerais serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. II - Caso concreto: A) Recurso especial do CDL: 1) Violação ao art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Aplicação analógica do óbice da Súmula 284/STF. 2) Seguindo o recurso o rito do art. 543-C do CPC, a ampliação objetiva (territorial) e subjetiva (efeitos erga omnes) da eficácia do acórdão decorre da própria natureza da decisão proferida nos recursos especiais representativos de controvérsia, atingindo todos os processos em que se discuta a mesma questão de direito em todo o território nacional. 3) Parcial provimento do recurso especial do CDL para declarar que 'o sistema credit scoring é um método de avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)' e para afastar a necessidade de consentimento prévio do consumidor consultado. B) Recursos especiais dos consumidores interessados: 1) Inviabilidade de imediata extinção das ações individuais englobadas pela presente macro-lide (art. 104 do CDC), devendo permanecer suspensas até o trânsito em julgado da presente ação coletiva de consumo, quando serão tomadas as providências previstas no art. 543-C do CPC (Recurso Especial n. 1.110.549- RS). 2) Necessidade de demonstração de uma indevida recusa de crédito para a caracterização de dano moral, salvo as hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011). 3) Parcial provimento dos recursos especiais dos consumidores interessados apenas para afastar a determinação de extinção das ações individuais, que deverão permanecer suspensas até o trânsito em julgado do presente acórdão. III - Recursos especiais parcialmente providos." (REsp 1457199/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014).

Conforme assentado nos julgamentos supracitados, *"o credit scoring é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)"*. E, tendo em vista o pronunciamento favorável do scoring pelo STJ, o pleito de retirada do nome da parte do cadastro positivo não merece acolhida, tendo em vista que as informações visam proporcionar maior segurança e transparência nas relações comerciais.

Quanto ao dever indenizatório, conforme consta do julgado do STJ, ele há de ser reconhecido apenas se provado o abuso de direito no uso do método de avaliação do risco.

Aliás, sobre a responsabilização civil, estabelece o Código Civil:

> *"Art 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
>
> *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."*

Veja que o direito a indenização por danos morais requer a presença dos seguintes elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano moral, dispensada a comprovação da culpa.

In casu, os requisitos não estão presentes, primeiro porque a prática comercial é lícita, pois fundada na Lei n.º 12.414/200. Segundo, porque ainda que alegue a requerente que não lhe foram repassadas as devidas informações acerca do seu nome no referido cadastro, não é o que se constata do documento por ela próprio acostado às f. 25-7, que demonstra a realização de consulta junto ao sistema da apelada, com informação acerca da sua classificação de risco de crédito, bem como das implicações decorrentes desta classificação, de maneira que não evidenciado qualquer abuso por parte da apelada.

Logo, não há falar em dever indenizatório, conforme se extrai dos seguintes precedentes *in verbis:*

> *"DANOS MORAIS – CREDIT SCORING – SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE RISCO PARA CONCESSÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE PROVA DE EXCESSO NO USO DAS INFORMAÇÕES – PRÁTICA LÍCITA – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SISTEMÁTICA DO ARTIGO 543-C DO CPC. - Considerando o entendimento firmando pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso (1.419.697 - RS (2013/0386285-0) pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, a avaliação de risco feita pelo sistema credit scoring, apenas gera o dever de indenizar, se provado o abuso de direito no uso do método de avaliação do risco, pois essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). - Não havendo comprovação de desrespeito ao consumidor na utilização do sistema e nem comprovado abuso de direito ou uso excessivo das informações, não há que se falar em dever de indenizar."* (TJMG - Apelação Cível 1.0525.13.020412-2/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata, 13.ª Câmara Cível, julgamento em 23/07/2015, publicação da súmula em 31/07/2015);

> *"APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA – INFORMAÇÕES CADASTRAIS QUE SE MOSTRAM LEGÍTIMAS – ORIENTAÇÃO PARA CONCESSÃO DE CRÉDITOS DESPROVIDA DE CARÁTER VINCULANTE – ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA. O fornecimento de informações destinadas às associadas envolvendo o perfil do consumidor, sem qualquer implicação de negativação creditícia, não caracteriza prática de ato ilícito capaz de ensejar condenação em danos morais. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que 8 Tribunal de Justiça de Minas Gerais exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige."* (TJMG. Apelação Cível n. 1.0024.10.169702-7/001, Relator(a): Des.(a) Moacyr Lobato, 9.ª Câmara Cível, julgamento em 11/12/2012, publicação da súmula em 17/12/2012).

Portanto, inexistindo abuso de direito no uso do método de avaliação de risco denominado *credit scoring,* não há falar em indenização por danos morais, tampouco em exclusão do nome da base de dados questionada.

Diante do exposto, rejeito as preliminares de ofensa ao princípio da dialeticidade e inovação recursal e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários advocatícios para 12% sobre o valor da causa, mantendo-se suspensa a exigibilidade da verba conforme art. 98, § 3.º, do NCPC.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 20 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0810288-34.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONHECIDA – PRECLUSÃO – PRELIMINAR CONTRARRAZIONAL DE AUSÊNCIA DE DIALECITICIDADE REJEITADA – FRAUDE – CLONAGEM DE CHIP DE TELEFONIA MÓVEL POR TERCEIRO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELA OPERADORA DE TELEFONIA MÓVEL – FRAUDE CONCRETIZADA APÓS A DESATIVAÇÃO DO CHIP DA AUTORA POR TERCEIRO E ATIVAÇÃO EM TELEFONE DIVERSO – FRAUDADOR QUE UTILIZA DA IDENTIDADE DA AUTORA EM APLICATIVO DE MENSAGEM PARA PEDIDO DE DINHEIRO A PESSOAS PRÓXIMAS À VÍTIMA – OBTENÇÃO DE QUANTIA CONSIDERÁVEL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – FORTUITO INTERNO – QUEBRA DA CONFIANÇA E SEGURANÇA NO SERVIÇO PRESTADO – DANOS MORAIS MANTIDOS – EXPOSIÇÃO DA VÍTIMA A SITUAÇÃO EXTREMAMENTE CONSTRANGEDORA EM SEU CÍRCULO DE CONVIVÊNCIA – CITAÇÃO COMO TERMO INICIAL DE JUROS DE MORA – PROCEDENTES DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida em contestação, que foi afastada em decisão saneadora contra a qual não houve pedido de esclarecimento ou de ajustes, nem interposição de recurso, resta estável e preclusa nos autos, não merecendo ser conhecida em recurso. Além disso, diante dos fatos narrados na inicial, a apelante é parte legítima para responder à demanda, porquanto o argumento utilizado pela apelante para fundamentar a preliminar suscitada configura questão de mérito, eis que atinente à existência ou não de falha na prestação do serviço de telefonia móvel.

Se as razões recursais atacam os pontos da decisão que estariam em confronto com as normas jurídicas, indicando os motivos de fato e de direito pelos quais se pretende que seja proferido novo julgamento, não há ofensa ao princípio da dialeticidade.

O entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade objetiva da instituição financeira pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, deve ser aplicado por analogia ao caso dos autos, porquanto fundados em questões de fato e de direito semelhantes.

Demonstrada nos autos que a falha na prestação do serviço de telefonia móvel permitiu a terceiro desativar o chip da autora e reativá-lo em aparelho diverso, dando acesso a dados pessoais, a aplicativos de conversa e ao e-mail da vítima, o que possibilitou a prática de fraude por terceiro que, se passando pela autora, pediu e obteve dinheiro a pessoas próximas a ela, resultando em danos materiais de elevada monta.

A quantificação do dano moral deve observar os critérios de razoabilidade, tomando por base as condições econômicas daquele que pratica o ato ilícito, bem assim daquele que o sofreu, o grau da ofensa e as consequências suportadas pelo ofendido, para que a reparação não constitua fonte de enriquecimento indevido daquele que se viu ofendido, fazendo-se necessário, no caso, estabelecer-se uma correta proporcionalidade entre causa e efeito, como decidido.

O termo inicial dos juros de mora na condenação por dano moral é a partir da citação ou do evento danoso, a depender do tipo de responsabilidade, afastando-se a aplicação a partir do arbitramento, conforme orientação do STJ e precedentes deste Tribunal de Justiça.

Manutenção da sentença.

Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Telefônica Brasil S.A interpõe recurso de apelação contra a sentença do Juízo da 11.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente a ação de indenização que lhe movem Cristiane Barbosa Dodero Bumlai e Cláudia Cristina Dibo, condenando-lhe a pagamento de danos materiais atualizados e danos morais, bem como em custas e despesas processuais e em honorários advocatícios sucumbenciais.

Em suas razões recursais às f. 412-44, a empresa apelante argui preliminar de ilegitimidade passiva, alegando não possuir qualquer relação com a fraude praticada por terceiros contra as autoras-apeladas por meio do aplicativo *WhatsApp*, inexistindo qualquer interferência de sua parte nos eventos narrados nos autos.

No mérito, afirma que não praticou qualquer ato ilícito relativo à fraude perpetrada por terceiro em desfavor das autoras-apeladas e que não há provas nos autos que demonstrem a sua responsabilização civil decorrente do evento noticiado.

Suscita, como excludente de sua responsabilização civil, que a fraude decorre de fato de terceiro e que a vítima concorreu para a falha por não adotar procedimentos de segurança para uso do aplicativo, bem como a ocorrência de caso fortuito.

Aduz a inexistência de danos materiais ou morais e, subsidiariamente, a desproporcionalidade e desarrazoabilidade do valor arbitrado a título de danos morais em relação ao evento danoso descrito na inicial.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva ou julgar improcedente a indenização por dano moral ou ainda reduzir o *quantum* arbitrado e alterar o termo inicial dos juros.

Contrarrazões das apeladas às f. 449-59, pelo não conhecimento do recurso de apelação por ausência de dialeticidade, ou da preliminar de ilegitimidade passiva ante a sua preclusão e, no mérito, pelo não provimento por ausência de argumentos passíveis de modificar a sentença recorrida. Pedem a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais recursais.

Intimados, apenas a apelante se opôs ao julgamento virtual à f. 465.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Telefônica Brasil S.A interpõe recurso de apelação contra a sentença do Juízo da 11.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente a ação de indenização que lhe movem Cristiane Barbosa Dodero Bumlai e Cláudia Cristina Dibo, condenando-lhe ao pagamento de danos materiais e danos morais atualizados, bem como de custas e despesas processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais.

Em suas razões recursais às f. 412-44, a empresa apelante argui preliminar de ilegitimidade passiva, alegando não possuir qualquer relação com a fraude praticada por terceiros contra as autoras-apeladas por meio do aplicativo *WhatsApp*, inexistindo qualquer interferência de sua parte nos eventos narrados nos autos.

No mérito, afirma que não praticou qualquer ato ilícito relativo à fraude perpetrada por terceiro em desfavor das autoras-apeladas e que não há provas nos autos que demonstrem a sua responsabilidade civil perante as autoras-apeladas decorrente do evento noticiado.

Suscita, como excludentes de sua responsabilização civil, que a fraude decorre de fato de terceiro e que a vítima concorreu para a falha por não adotar procedimentos de segurança para o uso do aplicativo, bem como a ocorrência de caso fortuito.

Aduz a inexistência de danos materiais ou morais como decorrência dos fatos noticiados e subsidiariamente, a desproporcionalidade e desarrazoabilidade do valor arbitrado a título de danos morais em relação ao evento descrito na inicial.

Ao final, pugna o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e reconhecer a sua ilegitimidade passiva ou julgar improcedente a indenização por dano moral ou ainda reduzir o *quantum* arbitrado e alterar o termo inicial dois juros.

Contrarrazões das apelantes às f. 449-59, pelo não conhecimento do recurso de apelação por ausência de dialeticidade, ou da preliminar de ilegitimidade passiva ante a sua preclusão e, no mérito, pelo não provimento por ausência de argumentos passíveis de modificar a sentença recorrida. Pedem a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais recursais.

Passo inicialmente à análise das questões preliminares.

A ilegitimidade passiva suscitada pela autora não merece conhecimento por se tratar de questão estável e preclusa nos autos, nos termos dos artigos 357, § 1.º, 505 e 507, do Código de Processo Civil.

Isto porque a questão foi enfrentada na decisão saneadora de f. 346-9, contra a qual a parte ré, ora apelada, não pediu esclarecimentos, nem interpôs recurso. A respeito, decidiu com acerto o magistrado singular:

> *"1. A preliminar de ilegitimidade passiva apresentada nas pela Requerida confunde-se com o mérito e, com ele deverá ser analisado. Os próprios Requeridos reconhecem isto ao passarem a dissertar sobre esta preliminar (já que possui como principal fundamento a ausência de responsabilidade).*
>
> *Com efeito, a legitimidade passiva deve ser analisada nos termos da teoria da asserção, ou seja, as condições da ação devem ser observadas conforme os fatos apresentados na petição inicial (teoria da asserção), por isto, quando a ilegitimidade não é flagrante ou evidente e, necessitar a produção de provas, não se estará tratando de ilegitimidade, mas matéria de mérito.*
>
> *Portanto, o tema acima será objeto de análise com o mérito, após a respectiva instrução probatória. Se os fatos levarão à procedência do pedido ou não, somente com a sentença será possível identificar,* ***mas uma coisa é certa, a legitimidade para o polo passivo está presente****, eis que* ***há pertinência subjetiva entre os fatos alegados e os requeridos.****"*
> Destaquei.

Assim sendo, ainda que não fosse matéria estável e preclusa nos autos, fundada a preliminar na alegação de que a fraude cometida por terceiro não teve interferência da operadora de telefonia móvel e que, portanto, não decorre de falha na prestação do serviço pela operadora, este argumento se confunde com a própria questão meritória. No que se refere especificamente à questão processual, pelos fatos narrados na inicial, a empresa de telefonia móvel é pessoa legítima para responder à ação, pois, conforme trecho acima transcrito, *"há pertinência subjetiva entre os fatos alegados e os requeridos."*

Ademais, afasto também a preliminar de ausência de dialeticidade do recurso arguida em contrarrazões pelas apeladas.

O princípio da dialeticidade nada mais é do que uma decorrência lógica do princípio do contraditório, já que a exposição das razões de recorrer será indispensável para que a parte recorrida possa se defender, possibilitando, ainda, a fundamentação da decisão por parte do juízo *ad quem*.

Tal princípio exige que o recurso seja apresentado por petição, contendo as razões pelas quais a parte insurgente deseja obter do segundo grau de jurisdição um novo pronunciamento judicial, o que se vislumbra no caso, por ser plenamente possível delinear a pretensão recursal da requerida em seu apelo, qual seja, a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido de danos materiais e morais por inexistência de falha na prestação do serviço.

Ainda, em que pese a ré-apelante utilizar-se da contestação como base para elaboração da apelação, é possível verificar em vários pontos do recurso a sua irresignação com a sentença, mediante a contraposição de fundamentos que atacam o ato judicial recorrido.

Logo, tendo a operadora de telefonia móvel recorrente atacado os fundamentos da sentença recorrida, rejeito a preliminar.

Assim sendo, ultrapassada as questões preliminares, quanto ao mérito, o recurso não merece provimento.

A apelante alega que não há provas de que houve a interferência de sua parte para o êxito da fraude em desfavor das autoras, de modo que não houve falha na prestação do serviço e, por consequência, não possui responsabilidade perante as vítimas. Eventualmente, suscita excludente de responsabilidade por ato de terceiro e por culpa das vítimas, que concorreram para a concretização da fraude ao não adotar medidas de segurança e prevenção. Por último, aduz a desproporcionalidade e irrazoabilidade do valor arbitrado a título de danos morais, bem como erro na fixação do termo inicial dos juros moratórios, os quais são devidos a partir do arbitramento dos danos morais.

Sem razão, contudo.

A sentença recorrida está respaldada em provas e fundamentos existentes nos autos, bem assim pela legislação vigente e jurisprudência atualizada, não merecendo, portanto, reforma.

Consoante consta na sentença (f. 402) e devidamente verificado nos autos, a autora Cristiane Barbosa Dodero Bumlai comprovou pelas faturas juntadas às f. 18, 22 e 28-58 *"que era cliente da operadora requerida ao tempo das fraudes, sendo detentora das linhas telefônicas de nº. (67) 99878-8000; 99886-8000; 99908-0209, 99928-1190 e 99881-7788, fato este que é incontroverso nos autos, vez que não foi impugnado especificamente pela ré (art. 341, CPC)."*

Ainda, sobre as fraudes perpetradas contra a autora, a sentença esclareceu que:

> *"Quanto aos ônus da prova, entendeu-se que por restar incontroversa a ocorrência de bloqueio na linha telefônica da primeira autora nos dias 06.04.2016 e 21.03.2018, competia à requerida o ônus de demonstrar quem solicitou os referidos bloqueios e às requerentes o ônus dos fatos constitutivos de seu direito."*

Consta também que foram produzidas provas documentais e testemunhal pelas autoras, que evidenciam os fatos narrados na inicial. No que tange às provas documentais, assim dispõe a sentença:

> *"Quanto aos fatos retratados na inicial, produziu provas documentais:*
>
> *a) da primeira fraude, mediante o Boletim de Ocorrência (f. 61-62) e cópia dos e-mails trocados solicitando o resgate e transferência de valores (f. 64-65);*
>
> *b) à f. 67-68 comprovante de troca de aparelho;*
>
> *c) da segunda fraude, mediante os protocolos de atendimento com cancelamento e reativação de novo chip (f. 72-73), conversas através do aplicativo Whatsapp solicitando dinheiro de conhecidas e da segunda requerente (f. 76-86);*
>
> *d) comprovantes de transferência da segunda autora com os terceiros supracitados e extrato de sua conta corrente (f. 88-90);*
>
> *e) comprovante de transferência de R$ 100.000,00 da primeira requerente para a segunda (f. 93);*
>
> *f) da terceira fraude, mediante os documentos de f. 95-107, além das ocorrências de f. 124-130 e cópias do Processo nº. 0812454-10.2016.8.12.0001 (f. 131-166)."*

Quanto à prova testemunhal, a sentença adverte:

> *"Não bastasse, as requerentes produziram prova testemunhal, cujo depoimento judicial de Vicente de Castro Lopes foi claro em confirmar toda a situação descrita na exordial (f. 388).*
>
> *O depoente relatou que a autora Cristiane Barbosa Dodero Bumlai aluga uma sala em seu escritório; que acompanhou os fatos retratados nos autos, pois nos dias 06 e 07 de abril de 2016 presenciou uma movimentação atípica e a aflição da demandante, o que o levou a perguntar o que havia acontecido e esta lhe disse que seu telefone estava mudo, bem como que haviam terceiros mandando mensagens, em seu nome, solicitando empréstimos, através do aplicativo WhatsApp, e inclusive que algumas amigas, incluindo a segunda requerente, transferiram somas consideráveis a terceiros a pedido de Cristiane.*
>
> *A testemunha Vicente de Castro Lopes descreve que viu os dois comprovantes de transferência da requerente Cláudia Cristina Dibo a terceiros, no valor de R$ 150.000,00 cada e que orientou a primeira demandante a registrar boletins de ocorrência; que tem conhecimento de que foi efetuada a troca de aparelho celular, senhas e chip da autora, mas nada resolveu e que a parte somente descobriu os fatos, após terem contato com seu marido. Relata que o celular da autora foi clonado."*

E quanto aos ônus probatório da operadora ré, a sentença arremata:

> *"À parte requerida, por outro vértice, competia demonstrar quem solicitou os bloqueios na linha telefônica da primeira requerente nos dias 06.04.2018 e 21.03.2018 e quanto à existência de fatos impeditivos, modificativos ou impeditivos dos direitos das autoras, ônus do qual não se desincumbiu.*
>
> *Urge frisar que a contestação (f. 291-317) não foi instruída com documentos e que, ao ser intimada para especificar provas, a demandada requereu o julgamento antecipado do feito (f. 354-355)."*

Todos os fatos e fundamentos explicitados nos trechos da sentença transcritos acima foram verificados nos autos, de modo que a operadora ré não logrou êxito em desconstituí-los em seu recurso de apelação.

Ainda que concorde que a inversão do ônus da prova não exime a parte autora da prova mínima do direito vindicado, não há como imputar a ela a comprovação de que não requereu pessoalmente a desativação e reativação do chip em aparelho diverso no dia das fraudes perante a operadora ré, já que isso se constituiria em prova negativa, impossível de se fazer.

Competia sim, à ré, pela regra do direito processual civil vigente (artigo 373, II, do CPC/15), e notadamente porque o ônus da prova contra si fora invertido, segundo o CDC, comprovar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito das autoras, o que não se desincumbiu adequadamente.

Assim, configuram-se verdadeiras as afirmações das autoras, no sentido de que a fraude na forma em que perpetrada por terceiro só foi possível porque houve a irregular desativação do chip e reativação em aparelho diverso por pessoa estranha à titular, sendo de se concluir pela falha na prestação do serviço de telefonia móvel, porquanto inconcebível essa possibilidade por ferir princípios (deveres) basilares da relação de consumo, quais sejam: a confiança e a segurança.

E se a ocorrência desse tipo de falha já é inadimissível uma única vez, imagine no caso da autora Cristiane Barbosa Dodero Bumlai que foi vítima da falha no serviço prestado pela operadora ré por duas vezes, ocasiões em que teve considerável prejuízo financeiro e à sua imagem e mesmo após relatar a primeira fraude à operadora e realizar a troca do aparelho celular e das senhas para acesso aos aplicativos utilizados.

Considerando a relação de consumo entre a autora (consumidora - art. 2.º) e a empresa ré (fornecedora de serviço - art. 3.º, *caput* e § 2.º), incide no caso dos autos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que no artigo 14 imputa ao fornecedor de serviços, independentemente de culpa, a responsabilidade pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço, dentre outros, assim considerado quando não fornece a segurança que dele pode esperar o consumidor, levando-se em consideração circunstâncias relevantes, dentre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a a época em que foi fornecido (§ 1.º). Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva calcada na teoria do risco do empreendimento.

Nesse aspecto, tenho que fazer prevalecer o entendimento lançado na sentença, que reconheceu o defeito na prestação do serviço de telefonia móvel ante a quebra da segurança que dele se espera o consumidor e, por consequência, a responsabilidade da operadora ré pelos danos causados por terceiro às autoras.

De outro lado, diante da aplicação do artigo 14, § 3.º, do CDC, a operadora ré somente elidiria a sua responsabilidade sobre o defeito na prestação do serviço se comprovasse a ausência de defeito ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o que não se verifica no caso porque também atuou de forma a propiciar a fraude perpetrada contra a autora.

Nessa toada, cabe pontuar que a própria empresa alega em suas peças contestatória e apelatória, ao mencionar na preliminar de ilegitimidade passiva duas formas para a ocorrência de fraudes desse tipo, a saber: em uma delas o fraudador realiza a troca do chip do cliente (ICCID), e na outra ele *hackeia* diretamente o aplicativo, no caso, o *WhatsApp*.

No caso dos autos, conforme restou cabalmente comprovado pela autora Cristiane e não contestado pela empresa ré, houve a troca do chip da autora por terceiro. E nesse ponto, desnecessário discutir se essa troca foi realizada ou não com a ajuda de empregado da empresa ré, porquanto o simples fato de ter sido realizada por terceiro sem a anuência expressa da titula da conta já evidencia o defeito na prestação do serviço pela empresa ré.

Sobre o assunto é assente a jurisprudência sobre casos de fortuitos internos não cindirem a responsabilidade da instituição financeira, que continua objetiva, conforme o entendimento firmado nos Recursos Especiais repetitivos julgados pelo STJ, quais sejam, REsp n.º 1199782/PR e REsp n.º 1197929/PR, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011. Tal entendimento deve ser aplicado analogicamente ao caso de fraudes por clonagem de chip de telefonia móvel, porquanto embasado em fundamentos que se amoldam à espécie.

Ademais, a respeito do tema, já se manifestou este Tribunal de Justiça, a saber:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – TELEFONIA CELULAR – CLONAGEM DE IDENTIDADE EM SERVIÇO DE APLICATIVO DE MENSAGENS (WHATSAPP) ATRAVÉS DA ATIVAÇÃO DA LINHA EM TELEFONE DIVERSO (SIM SWAP) – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – USO DA IDENTIDADE DO USUÁRIO PELO FRAUDADOR PARA O ALCANCE DE DINHEIRO DE PESSOAS DO RELACIONAMENTO DA VÍTIMA – DANO MORAL RECONHECIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0838537-29.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 27/08/2019, p: 29/08/2019)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CLONAGEM DE LINHA TELEFÔNICA FIXA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA EM OFERECER SERVIÇOS SEGUROS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR EM ORGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR PROPORCIONAL – RECURSO IMPROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0043321-68.2006.8.12.0001, Campo Grande, 4.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 18/03/2008, p: 17/04/2008)

No presente caso, é inegável que a autora foi ofendida como pessoa, pois, evidente a situação constrangedora por que passou tendo a sua imagem associada à pedinte de consideráveis quantias emprestadas a amigos próximos, sendo evidente a falha na prestação do serviço que implicou invasão da privacidade e provou sentimento de insegurança à consumidora, que teve por duas vezes o seu chip clonado para cometimento de fraude que importaram prejuízos financeiros e à sua imagem perante a sociedade e a amigos próximos.

Sendo assim, levando em conta os incômodos, aborrecimentos e transtornos suportados pela demandante em virtude da clonagem de seu chip de linha de celular, acesso a dados pessoais e a conversas em aplicativos sociais e ao cometimento de fraudes em seu nome e por sua conta, que provocaram prejuízos de ordem financeira e distorção de sua imagem perante seus amigos próximos, é cabível o pagamento de indenização por danos morais, os quais são *in re ipsa*, ou seja, prescindíveis de outras provas.

Em relação aos valores arbitrados a título de danos morais, é sabido que a quantificação do dano moral deve observar os critérios de razoabilidade, tomando por base as condições econômicas daquele que pratica o ato ilícito, bem assim daquele que o sofreu, o grau da ofensa e as consequências suportadas pelo ofendido, para que a reparação não constitua fonte de enriquecimento indevido daquele que se viu ofendido.

No presente feito, há provas do poder aquisitivo da vítima, bem assim do elevado grau da ofensa e repercussão do dano causado ao seu patrimônio e à sua imagem, que ao ter seu chip de linha de telefonia móvel clonado e acessos a dados pessoais e aplicativos de conversas, teve seus direitos à propriedade, segurança e imagem tolhidos.

No caso em apreço, entendo que a quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) se mostra adequada aos fatos oriundos deste feito, e contempla dentro da proporcionalidade e razoabilidade as implicações à sua confiança, segurança, imagem e propriedade advindas do defeito na prestação do serviço de telefonia móvel pela operadora ré.

No tocante aos juros moratórios, a sentença não destoa da jurisprudência do STJ, segundo a qual *"o termo inicial dos juros de mora na condenação por dano moral é a partir da citação ou do evento danoso, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual, respectivamente, o que afasta a alegação de incidência a partir do arbitramento da indenização."* (AgInt no AREsp 1.023.507/RJ, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 27/6/2017).

De igual maneira determinam os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Assim, não há que se falar em termo *a quo* do juros de mora a partir do arbitramento dos danos morais em sentença, como pretende a parte recorrente.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso de apelação e lhe nego provimento, mantendo a sentença incólume por seus próprios termos.

Na forma do art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários devidos, em razão do insucesso recursal, para o percentual de 15% sobre o valor da condenação.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 18 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0801809-86.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA – OMISSÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ANIMOSIDADE DE ENGANAR O CONSORTE – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que o cônjuge, que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado durante a constância do casamento, viola o dever de boa-fé, atingindo a honra subjetiva do cônjuge, especialmente pela indução ao erro quanto a um verdadeiro projeto de vida, que é o exercício pleno da paternidade. Contudo a pretensão de compensação por abalo moral pela posterior negativa de paternidade exige prova da animosidade de enganar o consorte, porque é caso de responsabilidade civil subjetiva, ou seja, caso em que se exige prova da culpa *lato sensu*, ônus que recai sobre quem alega e do qual não se desincumbiu o apelante.

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, 11 de julho de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

J. da S. G., qualificado nos autos da ação de indenização por danos morais (Feito nº 00801809-86.2017.8.12.0001, em trâmite na 16ª Vara da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de C. R. G. e D. A. A. S. A., igualmente qualificados, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Alega o recorrente que ao considerar que o fato de o ter sido enganado pelos apelados por anos não é fato suficiente para configurar a almejada indenização por danos morais, não passando de mero aborrecimento, a sentença prolatada relativizou o sentimento de um pai ao exigir a assunção de desconfiança de sua esposa, o que vai de encontro com todos os valores e objetivos de um casamento.

Aduz que restou comprovado que não tinha conhecimento de que não era o pai da menor, mas nutria por ela um amor de pai, o qual não se perdeu, ainda que não possa mais com ela ter contato, já que está, sem idade suficiente para compreender a situação foi mantida afastada por tanto tempo que já não o reconhece como genitor.

Argumenta que a requerida D. A. A. S. A. tem sua má-fé comprovada no que condiz a interposição de ação de alimentos, de Autos nº 0030142-28.2010.8.12.0001, que lhe promoveu, mesmo sabendo que este não era o pai biológico da menor, além de nomear o corréu com padrinho da infante, fazendo-lhe acreditar que o carinho por sua filha decorria da condição de padrinhagem.

Pugnou, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformando-se a sentença recorrida julgar procedente o pedido inicial.

Em contrarrazões, o réu apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (f. 500-505). A corré deixou o prazo transcorrer *in albis.*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por J. da S. G., nos autos da ação de indenização por danos morais (Feito nº 00801809-86.2017.8.12.0001, em trâmite na 16ª Vara da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de C. R. G. e D. A. A. S. A., objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

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 do presente recurso e passo à análise de suas razões, que se resumem na pretensão de majoração dos morais fixados na origem.

Mérito recursal.

Trata-se de ação indenizatória na qual o autor alega que suportou situação vexatória que acabou trazendo-lhe um grande abalo emocional, sob o argumento de que desconhecia a verdadeira paternidade biológica da infante *****, a qual lhe foi ocultada pelos réus, acreditando ser seu genitor.

Em decorrência de tais fatos, o autor pugnou pela condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais.

A sentença julgou improcedentes os pedidos iniciais ao argumento de que:

> *"os fatos noticiados pelo requerente, por mais incômodos que tenham sido, não podem ser considerados como lesão aos direitos personalíssimos da parte requerente, sendo que para a caracterização do dano moral na presente lide, era imprescindível a efetiva prova da intensidade dos prejuízos sofridos e exposição humilhante, além do mais até mesmo a frustração e dor pelo fato de não ser o pai."*

Contra tal decisão apela o autor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que o cônjuge, que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado durante a constância do casamento, viola o dever de boa-fé, atingindo a honra subjetiva do cônjuge, especialmente pela indução ao erro quanto a um verdadeiro projeto de vida, que é o exercício pleno da paternidade.

Contudo a pretensão de compensação por abalo moral pela posterior negativa de paternidade exige prova da animosidade de enganar o consorte, porque é caso de responsabilidade civil subjetiva, ou seja, caso em que se exige prova da culpa *lato sensu*, ônus que recai sobre quem alega e do qual não se desincumbiu o apelante.

Isto porque, extrai-se dos autos que o autor-apelante, embora casado com a ré ao tempo da concepção e nascimento da infante *****, não comprovou que a descoberta da verdadeira paternidade biológica da criança no ano de 2016, seis anos após seu nascimento, ocasionou-lhe, de fato, os danos alegados.

Com efeito, como bem consignado na sentença recorrida, o próprio autor, no relatório psicossocial realizado nos autos da Ação de Reconhecimento de Paternidade nº 0803823-77.2016.8.12.0001, que lhe promoveu o pai biológico, ora corréu, afirmou que *"após a separação em 2012, ficou morando em Camapuã-MS por aproximadamente um ano, porém, sempre que vinha para cá, pedia para ver a filha, geralmente vinha a cada quinze dias. Que voltou para Campo Grande-MS em 2014"*, não demonstrando sequer a paternidade socioafetiva com a menor, eis que, aos dois anos de idade, ela passou a residir com o pai biológico.

Aliás, nesse sentido, a ré em seu depoimento pessoal aduziu que a criança desde o ano de 2012 passou a residir com o corréu C., quem, inclusive detém a guarda provisória da infante, o que foi confirmado pelas testemunhas P. e M., as quais foram uníssonas ao sustentar que quem cuidava da menor, desde muito pequena era o correu C.

Assim, muito embora não tenha sido comprovado qual o real momento em que o autor tomou conhecimento acerca da verdadeira paternidade da menor, como bem ponderado pela magistrada de instância singela *"há pelo menos um indício de desconfiança, principalmente porque foge à normalidade que alguém arque com os custos do parto e cuide da criança, pelo simples fato de ser o padrinho por consideração, na medida em que não consta dos autos qualquer documento religioso juntado, dando conta da real condição do requerido em relação à criança."*

E mais, em complementação a essa conclusão, está o fato de a criança não residir com sua genitora, uma vez que consta dos autos que, logo após a separação do casal, quando ainda tinha dois anos, ela passou a coabitar com o então suposto padrinho, situação que, igualmente foge à normalidade e causaria estranheza a um pai zeloso e presente.

Além disso, não restou provado que os réus tenham agido de forma dolosa, tampouco que tenham exposto o autor de forma humilhante, afinal, ele próprio reconhece que somente tomou conhecimento dos fatos a partir do manejo da ação judicial de reconhecimento de paternidade no ano de 2016, o que permite presumir que a situação em si não trazia ao autor incômodo comparado ao dano moral.

Não por menos que o julgador de instância singela ao prolatar sentença na ação de reconhecimento de paternidade concluiu que:

> *"(...) não obstante tenha ocorrido o anterior reconhecimento voluntário da paternidade pelo requerido J., verifica-se que na realidade tal presunção decorreu da relação amorosa que existia entre referido requerido e a genitora da menor de idade *****, o que o fez levar a crer ser pai da criança em questão. Contudo, a relação de filiação inexiste, devendo ser declarado nula a paternidade contida no registro, diante da falsidade ideológica consistente na paternidade do requerido J. da S. G., aqui reconhecida."* (Ação de Reconhecimento de Paternidade nº 0803823-77.2016.8.12.0001).

Diante desse cenário, é de se manter a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Dispositivo.

Em vista do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por J. da S. G. e nego-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

À luz do que estabelece o art. 85, § 11, do CPC, condeno o autor no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais recursal, os quais fixo em 2% sobre o valor da causa, observando-se o que estabelece o art. 98, § 3 º do CPC.

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. 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, 11 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator designado Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0802370-55.2018.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE DECISÃO *ULTRA PETITA* – ACOLHIDA – MÉRITO – DIREITO À IMAGEM – DIVULGAÇÃO DE VÍDEOS NO CANAL DO *YOUTUBE* CAPAZES DE ABALAR A HONRA E A DIGNIDADE DO AUTOR – DETERMINAÇÃO DE REMOÇÃO DOS VÍDEOS COM INDICAÇÃO DOS ENDEREÇOS ELETRÔNICOS (URL) – CUMPRIMENTO DA NORMA LEGAL DO § 1º DO ART. 19 DA LEI Nº 12.965/2014 QUE ESTABELECE PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DIREITOS E DEVERES PARA O USO DA *INTERNET* NO BRASIL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Constitui-se *ultra petita* a sentença que, acolhendo pedido de retirada de vídeo único de canal do *Youtube*, acaba por determinar a remoção de todo o conteúdo daquele canal, afetando vídeos que não possuem qualquer relação com o requerente. Preliminar acolhida com exclusão do excesso contido na decisão.

É cediço que o direito à imagem tem o cunho de preservação da intimidade da pessoa e respeito à dignidade da pessoa humana. Logo, se de um lado há a liberdade de disponibilização de vídeos na *internet*, igualmente, no âmbito constitucional, há um conjunto de regras e princípios protegendo o direito à honra e a imagem dos cidadãos.

Diante das provas acostadas, os vídeos disponibilizados nos endereços eletrônicos (URL) atingem a vida privada e familiar do autor, tendo conteúdo nocivo à sua imagem e honra, violando também sua dignidade humana, o que traz situação vexatória.

A ordenação do magistrado *a quo* na obrigação de fazer, determinando a remoção do vídeo difamatório foi devidamente indicada nos endereços eletrônicos, cumprindo integralmente o § 1º do art. 19 da Lei nº 12.965/2014.

Obrigação da empresa requerida no pagamento das verbas de sucumbências conforme determinado na sentença.

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 artigo 942 do CPC, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por *Google* Brasil *Internet* LTDA. contra sentença proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação de obrigação de fazer movida por B. G. M. J.

Em síntese, alega que:

Assim que foi intimada para cumprimento da liminar, removeu as URLs *https://youtu.be/Q9PBrwEe74s* e *https://www.youtube.com/watch?v=B6v2uiTUtZM&t=6s*., nos exatos termos do pedido do apelado, o que há de se reconhecer o cumprimento tempestivo da obrigação, com o consequente afastamento de imposição de qualquer tipo de penalidade por descumprimento à apelante;

Não poderia a decisão conceder tutela em maior abrangência do que a pleiteada, determinando-se, além da remoção dos vídeos, a retirada de todo o canal "Sovietbol", de URL *"https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured"*, ordem esta que se mostra demasiadamente abrangente, visto que o autor apenas requer a exclusão do vídeo cujo conteúdo questiona;

Não cabe à *Google* realizar a remoção ou bloqueio integral do canal do *YouTube* disponibilizador do conteúdo desabonador ao apelado sem se levar em consideração o caráter lícito dos inúmeros materiais ali hospedados e que não guardam relação com a lide, até mesmo porque não é dever da apelante realizar juízo de valoração sobre o conteúdo que deve ou não ser desindexado/removido da rede, o que implicaria em verdadeiro ato de censura, conforme previsto na Constituição Federal e no artigo 19, § 1º da Lei nº 12.965/2014.

Pede o integral provimento da apelação cível, a fim de reformar a r. sentença recorrida para reconhecer: (i) que o julgamento da demanda teve nítido caráter *ultra petita*, extrapolando os limites fixados pelo apelado; (ii) a necessidade de especificação do conteúdo desabonador ao autor, sendo a ordem judicial de remoção condicionada ao fornecimento das URLs válidas e específicas, sob pena de inviabilidade da pretensão e nulidade da medida (art. 19, § 1º da Lei 12.965/14); (iii) seja afastada a condenação ao pagamento de verba sucumbencial e honorários advocatícios, observando-se o princípio da causalidade.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO (EM 25/08/2020)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por *Google* Brasil *Internet* LTDA contra sentença proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer movida por B. G. M. J.

Em seu recurso, a apelante alega primeiramente que o magistrado decidiu pela tutela em maior abrangência do que o pleiteado, determinando, além da remoção dos vídeos, a remoção de todo o canal "Sovietbol" (URL - *https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured*), havendo nítido caráter *ultra petita*, ultrapassando os limites fixados pelo apelado.

No mérito afirma que não cabe à *Google* realizar a remoção ou bloqueio integral do canal do *YouTube* disponibilizador do conteúdo desabonador ao apelado sem se levar em consideração o caráter lícito dos inúmeros materiais ali hospedados e que não guardam relação com a lide, até mesmo porque não é dever da apelante realizar juízo de valoração sobre o conteúdo que deve ou não ser desindexado/removido da rede, o que implicaria em verdadeiro ato de censura, conforme previsto na Constituição Federal e no artigo 19, § 1º da Lei nº 12.965/2014.

A discussão dos autos envolve a determinação judicial para a remoção de conteúdo desabonador disponível no canal "Sovietbol", que atinge a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do autor, alegando para tanto, na inicial, que vem sendo caluniado, difamado e injuriado por meio de um vídeo disponibilizado no referido canal mantido pela requerida na plataforma *Youtube*.

Sobre a tese recursal de que a sentença incorreu em erro ao extrapolar o pedido do autor, sem razão a apelante.

Como se verifica da inicial (f. 11) o autor requereu a remoção do conteúdo do canal disponível no *YouTube* como "sovietbol", especificando as URL:

> *"Pelo exposto, o demandante pede que seja concedida a antecipação da tutela, determinando-se ao Google que retire imediatamente o vídeo difamatório contido: a) na seguinte URL: https://youtube/Q9PBrwEe74s; b) no canal 'sovietbol', cujo endereço é https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured; e, c) replicado no endereço https://www.youtube.com/watch?v=B6v2uiTUtZM&t=6s, sob pena de incidência de multa diária em caso de descumprimento (f. 11)."*

Na análise da tutela provisória, o julgador singular deferiu o pedido (f. 48-51) e o confirmou na sentença, determinando a exclusão definitiva dos vídeos nos endereços eletrônicos descritos na exordial (f. 177), inexistindo, portanto, extrapolação do pedido.

E quanto ao mérito recursal, tenho que a sentença não comporta reparo.

Para melhor entendimento da matéria de fundo transcrevo parte da decisão prolatada, *verbis:*

> *"(...) afirma o autor tratarem os vídeos de conteúdo ofensivo, por fazer alusão a sua pessoa como racista, genocida (limpeza étnica), terrorista, criminoso (vários delitos penais). Afirma ainda ter se apropriado ilegalmente de terras e subornar funcionários para não pagar impostos. De acordo com o autor, o motivo das postagens dos vídeos é de cunho político, por ser opositor ao atual governo boliviano.*
>
> *Pois bem, a veracidade do teor dos vídeos não é objeto dos autos, de modo que não compete a este juízo e até mesmo ao autor se imiscuir nesta questão, já que o objeto dos autos não atinge tamanha profundidade.*
>
> *No caso dos autos resta nítido que os vídeos de f. 146, aliados com a tradução de f. 44-46, colocam o autor como partícipe de uma 'organização nacionalista croata', cuja 'sua política está baseada em diferenciação racial e na supremacia étnica do povo croata. A mesma tese de Hitler com a raça ariana' e que, acolhido na Bolívia, tenta 'dominar' o território, apropriando-se indevidamente de terras e se unindo a quem controla as cooperativas de água, energia e telefone.*
>
> *Assim, nota-se que o conteúdo é nocivo à imagem e honra do autor, de modo que a sua exclusão é medida adequada, até porque sua mantença depõe contra a dignidade da pessoa humana. (...) é intuitivo que a alusão do autor às práticas nefastas ordenadas por Hitler em face dos judeus, gera, por si só, situação vexatória.*
>
> *Dessa forma, o pleito do autor, de exclusão dos vídeos nocivos, produzidos em seu desfavor, é medida adequada.*
>
> *Via de consequência, sendo apreciado o mérito da demanda, não há o que se falar em ausência das condições da ação, motivo pelo qual a tese fica prejudicada."*

É cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece como fundamento a dignidade da pessoa humana e o respeito à inviolabilidade da vida privada da pessoa (art. 1º, inciso III e art. 5º, inciso X):

> *"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> *(...);*
>
> *III - a dignidade da pessoa humana;*

> *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:*
>
> *(...);*
>
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."*

Diante da norma constitucional, o pedido do autor não representa qualquer ato de censura, visto que quando há contrariedade entre duas ou mais normas, deve prevalecer aquela que alcança a proteção dos direitos fundamentais, para que se possa fazer uma interpretação sistemática, partindo da premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico.

O direito à imagem tem o cunho de preservação da intimidade da pessoa e respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, cabe ressaltar que no âmbito das disponibilizações de vídeos no canal do *YouTube*, a lesão à imagem é potencializada pela forma como são expostas, considerando a conectividade de amplo acesso pelas pessoas, motivo pelo qual não se trata de qualquer dano insignificante na seara psicológica.

Como aludiu Karl Larenz *"o Tribunal Constitucional Federal se serve do método da ponderação de bens no caso concreto para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto*[1]*"*, constituindo-se em instrumento capaz de suprir a ausência de delimitação mais precisa do conteúdo normativo de tal espécie de direito.

Logo, se de um lado há a liberdade de disponibilização de vídeos na *internet*, igualmente, no âmbito constitucional, há um conjunto de regras e princípios protegendo o direito à honra e a imagem dos cidadãos.

Sobre o tema, pertinente o magistério de Sérgio Cavalieri Filho[2]:

> *"Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da proporcionalidade como sendo o meio mais adequado para se solucionarem eventuais conflitos entre liberdade de comunicação e os direitos da personalidade. Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.*
>
> *Ademais, o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve-se fazer com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, in fine. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no § 1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à 'observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV'. Temos aqui verdadeira reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral. Do contrário não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos acima citados como limites imanentes ao exercício da liberdade de imprensa.*
>
> *Costuma-se ressalvar, no tocante à inviolabilidade da intimidade, a pessoa dotada de notoriedade, principalmente quando exerce vida pública. Fala-se, então, nos chamados 'direito à informação e direito à história', a título de justificar a revelação de fatos de interesse público, independentemente da anuência da pessoa envolvida. Entende-se que, nesse caso, existe redução espontânea dos limites da privacidade (como ocorre com os políticos, atletas,*

1 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 490.

2 **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 104.

artistas e outros que se mantêm em contato com o público). Mas o limite da confidencialidade persiste preservado; sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar etc., não é lícita a divulgação sem o consentimento do interessado.

E assim é, segundo essa mesma doutrina, porque a vida dessas pessoas compreende um aspecto voltado para o exterior e outro voltado para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, todavia, que se debruça sobre a pessoa mesma, sobre os membros da família, sobre seus amigos, integra o conceito de vida privada, inviolável, nos termos da Constituição."

Dito isso, observo que os vídeos disponibilizados nos endereços eletrônicos (URL) atingem a vida privada e familiar do autor, já que possuem conteúdo nocivo à sua imagem e honra, violando assim sua dignidade humana, o que traz situação vexatória.

Nesse sentido, seguem decisões jurisprudenciais dessa Corte:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIREITO À IMAGEM – COMPROVADA A CONDUTA PRATICADA PELO OFENSOR – DIVULGAÇÃO DO ATO ILÍCITO EM REDE SOCIAL CAPAZ DE ABALAR O OFENDIDO – JUSTIFICATIVA DE DEFESA DA PRÁTICA DO ATO NÃO EXIME O DEVER DE INDENIZAR – PROIBIÇÃO DA AUTOTUTELA – INSURGÊNCIA NO QUANTUM DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA PELO MAGISTRADO – REDUÇÃO PARA EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – PROPORÇÃO AO DANO CAUSADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Narrados e comprovados os fatos praticados pelo apelante devem se levar em conta que ninguém pode se utilizar do exercício arbitrário das próprias razões, ou seja, pretender ou justificar motivos para 'fazer justiça com as próprias mãos'. Daí a proibição da autotutela, visando a organização social da coletividade. 2- Diante da rapidez da transmissão das informações e imagens via rede internet com ampla divulgação pode se afirmar que o sofrimento, a dor, as humilhações tratam-se de ofensas significantes ensejadoras do dever de indenização. 3- Demonstrado cabalmente pelas provas nos autos acerca da conduta ilícita, o arbitramento da indenização de dano moral deve ser ponderado 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. 4- Aplicando-se os parâmetros ao caso concreto, adequado e consentâneo com às finalidades punitiva e compensatória da indenização, e restando caracterizado o dano no ofendido, que sofreu, inclusive com sua imagem em rede social, ganhando contornos pejorativos capazes de abalar a honra, imagem e a dignidade do autor. Por outro lado, 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. Assim justifica-se a redução da indenização proporção ao dano para R$ 35.000,00." (TJMS. Apelação Cível n. 0801706-52.2017.8.12.0010, Fátima do Sul, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 28/01/2019, p: 30/01/2019).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PUBLICAÇÕES NA INTERNET – VIOLAÇÃO À IMAGEM E HONRA – ABUSO DO DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – DANO MORAL CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O princípio da liberdade de expressão não se mostra absoluto, tendo seu limite no direito à intimidade, imagem e honra das pessoas. Daí que é assegurado a qualquer cidadão o direito a se expressar contra fatos ou até mesmo pessoas, desde que essa exposição não cause danos à imagem, honra ou intimidade do outro, como na hipótese. Assim, considerando que ao exercer o direito de manifestação do pensamento o réu violou direitos de imagem e honra do autor, estão configurados o ato ilícito e a obrigação de reparação dos danos, ainda que exclusivamente moral. 2. Os R$ 10.000,00 fixados na sentença constituem valor capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o apelante torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade." (TJMS. Apelação Cível n. 0800647-64.2019.8.12.0008, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 16/06/2020, p: 18/06/2020)

A decisão do magistrado *a quo* determinando a remoção do vídeo indicou devidamente o endereço eletrônico, cumprindo integralmente o comando do § 1º do art. 19 da Lei nº 12.965/2014, *verbis:*

> *"Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.*
>
> *§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material."*

Desse modo, a lei foi observada, inexistindo ausência de identificação específica do conteúdo apontado como infringente, devendo ser mantida a sentença na íntegra, consistente na retirada dos vídeos difamatórios no canal do *YouTube* nos endereços eletrônicos indicados pelo autor.

No tocante ao pedido para que seja afastada a condenação ao pagamento de verba sucumbencial e honorários advocatícios, também não prevalece a insurgência recursal.

Consoante consta às f. 19-36, o autor fez várias notificações para que a empresa requerida retirasse o conteúdo, contudo, não logrou êxito, motivo pelo qual foi proposta a presente ação, devendo a apelante pagar as custas e os honorários advocatícios conforme determinado na sentença.

Ex positis, afasto a preliminar de sentença *ultra petita* e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Com fulcro no § 11 do art. 85, do CPC, majoro os honorários recursais em R$ 400,00 (quatrocentos reais).

É como voto.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marco André), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda. (Sust. Oral: Dr. Tiago Bana Franco).

VOTO (EM 08/09/2020)

O Sr.Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º Vogal)

Trata-se de ação condenatória em obrigação de fazer ajuizada por B. G. M. J. em desfavor do *Google* Brasil *Internet* LTDA, onde o autor busca a concessão de tutela inibitória para retirada de vídeo contido em canal da plataforma *Youtube*, que possuiria conteúdo caluniante, difamatório e injuriante em relação ao requerente, envolvendo acusações que implicariam o autor e seus antepassados em crimes de genocídio praticado por nazistas.

Assim, o requerente pugnou pela retirada do referido vídeo, contido no canal do *Youtube* intitulado "sovietbol".

O juízo *a quo,* acolhendo os pedidos inicias, determinou à ré *"a exclusão definitiva dos vídeos, dispostos nos endereços eletrônicos https://youtu.Bê/Q9PBrwEe74s, https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured e https://www.Youtube.Com/watch?V=B6v2uiTUtZM&t=6s."*

Contra tal decisão recorreu a *Google* Brasil *Internet*, defendendo, preliminarmente, a existência de decisão *ultra petita,* eis que a sentença extrapola os pedidos do autor, pois, ao determinar a remoção do endereço *"https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured"* acabou por exarar ordem de remoção de todo o

canal "Sovietbol". No mérito, defende a necessidade de indicação de URLs específicas do vídeo, bem como a impossibilidade de condenação da requerida ao pagamento de honorários advocatícios.

O e. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho negou provimento ao recurso de apelação, consignando a ausência de decisão *ultra petita.*

Peço vênia para divergir do voto do I. Des. Relator neste particular, pois entendo que, de fato, a decisão extrapolou os pedidos formulados.

Com efeito, analisando o pedido do autor, verifica-se que aquele pretendia a remoção de vídeo específico, que continha conteúdo impróprio, na medida em que atribuía condutas caluniosas e difamantes em relação a este. Assim, o pedido inicial era para a retirada de vídeo único, contido no canal denominado "Sovietbol", que, além do vídeo ofensivo, possuía diversos outros conteúdos audiovisuais que não possuíam qualquer relação com o requerente.

A decisão entretanto, ao determinar a exclusão definitiva do endereço *"https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured"* acaba por aniquilar todo o conteúdo contido naquele canal do *Youtube*.

Traçando-se um paralelo com um programa de televisão - para melhor compreensão da celeuma -, bastaria imaginar que determinada pessoa, ofendida com o conteúdo de uma matéria jornalística a ser transmitida pelo Jornal Nacional, solicitasse a não divulgação daquele conteúdo. O juiz, entretanto, ao acolher o pedido, determina a remoção de todo o Jornal Nacional do ar, ainda que composto por diversas outras matérias que não guardam qualquer relação com a preservação da dignidade do requerente.

De se notar que, ainda que o pedido do requerente fosse tão amplo quanto o que lhe foi concedido, seria impositivo reconhecer a ausência de interesse e legitimidade para demandar a retirada de vídeos que não lhe dizem respeito, pois, tratando-se de medida restritiva da liberdade de expressão, esta deve ser exercida de forma restrita, tão só na medida que garanta a remoção da violação ao direito de personalidade do interessado.

Assim, com *venia* ao relator, tenho que o apelo deva ser parcialmente provido para, reconhecendo-se a existência de decisão *ultra petita,* decotar da sentença a cominação que extrapola o pedido inicial.

Dispositivo.

Ante o exposto, divirjo do I. Relator para, acolhendo a preliminar de julgamento *ultra petita,* dar parcial provimento ao recurso da *Google* Brasil *Internet* LTDA, tão só para excluir da condenação a obrigação de exclusão definitiva do endereço eletrônico *"https://www.youtube.com/user/sovietbol/featured",* que corresponde a todo o canal de divulgação aonde contido o vídeo atacado.

Acompanho o *e.* Relator nos demais pontos, vez que os demais endereços eletrônicos correspondem à URLs específicas do vídeo impugnado, bem como por reconhecer a aplicação da teoria da causalidade no caso, com manutenção da condenação por honorários.

Diante do provimento parcial do recurso, incabíveis os honorários recursais.

É como voto.

O Sr.Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Acompanho a divergência.

O Sr.Des. Vilson Bertelli. (3º Vogal)

Acompanho a divergência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0816447-56.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE AFRONTA À DIALETICIDADE REJEITADA – TELEFONIA CELULAR – GOLPE PERPETRADO POR *WHATSAPP* – LINHA CANCELADA POR TERCEIRO – TIPO DE PRÁTICA QUE DEVE SER RESPONSABILIZADA A EMPRESA DE TELEFONIA QUE NÃO TOMOU AS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA IMPEDIR O ILÍCITO – DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS – PRELIMINAR REJEITADA, RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O recurso ataca devidamente a sentença, expondo as razões do inconformismo do apelante, logo, apresenta-se dialético.

Legitimidade de requerida confirmada em razão de não se tratar de simples clonagem de *WhatsApp*, o que, em tese, pode ocorrer sem a participação da empresa de telefonia, mas de golpe que culminou no cancelamento da linha de celular por terceiro estranho ao contrato.

É notório o *modus operandi* do golpe, porém, a apelante opta por não implementar um sistema mais seguro, prefere, ao revés, transferir o risco da atividade ao consumidor e a terceiros. Autora que fez depósito em conta bancária pertencente a terceiro estelionatário, acreditando estar fazendo um empréstimo a uma amiga. Danos materiais e morais devido.

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

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Claro S/A nos autos da ação de indenização por danos materiais c/c indenização por danos morais que lhe move Stella Catelli Toschi Santos, inconformada com a sentença de procedências dos pedidos da inicial, interpôs recurso de apelação cível.

Sustenta preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, sob argumento de que o "golpe" sofrido pela autora se deu por meio de mensagens do aplicativo *WhatsApp*, o qual se perpetua por meio de plataformas como OLX, Webmotor e Zap Imóveis, não usando qualquer programa malicioso para roubar dados.

Alega que os golpistas enviam uma mensagem ao celular, com um código que se refere a autenticação de um novo dispositivo para uso do *WhatsApp*, o qual é autenticado pelo próprio usuário; depois os golpistas enviam mensagens aos contatos mais recentes pedindo empréstimos, logo, a fraude não decorre de falha no serviço da apelante, a qual não tem qualquer autonomia sobre o referido aplicativo *WhatsApp*, não restando demonstrada qualquer clonagem referente ao número de telefone da recorrida.

Diz que, mesmo que considerando os riscos da atividade exercida pela ré, não pode a mesma ser responsabilizada pelo uso de dados do consumidor por terceiros sem que haja a específica comprovação de que possibilitou o acesso a tais dados pessoais, não se podendo presumir sua má-fé.

Ressalta que a operadora não tem acesso aos aplicativos instalados no celular do recorrido, muito menos as senhas de segurança correspondentes.

Argumenta que não restou provado nos autos que parte recorrida sofreu prejuízos em virtude de ato ilícito praticado pela recorrente logo, não há falar em danos morais.

Afirma que os fatos narrados não comprovam que a empresa recorrente é a responsável pelo problema alegado, bem como pelo fato de que os documentos apresentados pela parte autora não possuem força probatória, logo, não há como se acatar a tese autoral de cometimento de ato ilícito, o que leva a improcedência da demanda.

Requer, ao final:

> *"(...) que seja conhecido e provido o presente recurso para reformar a sentença guerreada, declarando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da empresa recorrente, tendo em vista os argumentos trazidos. No mérito, requer que julgue improcedente os pedidos iniciais com relação a recorrente, ante a ausência de comprovação do nexo de causalidade entre o dano moral e material e o suposto ato ilícito praticado pela recorrente."*

Às f. 141-163 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação arguindo preliminar de não conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade e, ainda, por inovação recursal. No mérito, requer o não provimento do recurso.

A apelante manifestou-se acerca da preliminar contrarrecursal à f. 171.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Claro S/A nos autos da ação de indenização por danos materiais c/c indenização por danos morais que lhe move Stella Catelli Toschi Santos, inconformada com a sentença de procedências dos pedidos da inicial, interpôs recurso de apelação cível.

Preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade.

O recurso ataca devidamente a sentença, expondo as razões do inconformismo do apelante, logo, apresenta-se dialético.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

Juízo de admissibilidade.

Preenchidos os pressupostos exigidos recebo o recurso nos efeitos legais.

Breve relato.

Narra-se na exordial que a autora, no dia 19/07/2018, foi vítima de golpe financeiro aplicado por meio do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, em razão da não autorizada transferência de linha e clonagem dos dados da linha de celular nº 67 9295-7802 (operado pela Ré - Claro S/A.), que sua amiga Julia Aissa Vasconcelos Oliveira utilizava e que estava sob titularidade de seu convivente, Sr. Wether Marcos dos Reis

Fioravanti; estelionatários, utilizando a conta de *WhattsApp* de Julia passaram a disparar mensagens pelo aplicativo *Whattsapp* aos contatos desta, incluindo a autora/apelada, abordando-os e solicitando transferência de valores para determinadas contas bancárias; no intuito de ajudar a amiga reuniu, do pouco que tinha guardado, o montante solicitado e atendeu aos pedidos de transferências feitos pelos golpistas, vindo a sofrer um prejuízo material de R$ 2.000,00; só percebeu que se tratava de um golpe quando uma outra pessoa lhe informou que o aparelho da Julia havia sido clonado e seu número estava sob a posse de terceiros estranhos.

No Boletim de Ocorrência de f. 31-32 consta que a comunicante - Julia Aissa Vasconcelos Oliveira - informou que após verificar que sua linha estava sem torres e ficar sabendo que estavam solicitando empréstimos em seu nome por meio de mensagens no *WhatsApp*, procurou a empresa de telefonia, a qual lhe informou que o motivo de sua linha estar bloqueada foi o cancelamento da mesma no dia 18/07/18 às 22 horas, com transferência de CPF. Observa-se que Julia informou a autoridade policial que o aplicativo do Banco do Brasil também ficou inabilitado, elementos que indicam que o golpe aplicado foi o denominado *"SIM Swap"*.

Encerrada a instrução processual, sobreveio a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pela autora Stella Catelli Toschi Santos em face de CLARO S/A, para o fim de condená-la ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM a partir da data do desembolso (19/07/2018 - 29) e acrescido de juros de mora simples de 1% ao mês a partir da citação (13/06/2019 - f. 69) e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM a partir desta data (30/04/2020) e acrescido de juros de mora simples de 1% ao mês a partir da citação (13/06/2019 - f. 69).

Mérito.

Cabe salientar que há mais de um tipo de golpe em que se pede empréstimos por meio de mensagens enviadas pelo aplicativo de *WhatsApp* a lista de contatos do titular da conta, entre eles um em que se clona somente o aplicativo de *WhatsApp*, o qual é ativado por uma senha de autenticação, e outro em que a linha telefônica, o chip é clonado.

Este último é chamado de golpe *"SIM Swap"* consiste em transferir a linha telefônica para um chip SIM diferente do que está no seu telefone celular. Nesse caso, os criminosos fingem que são a vítima e, com informações pessoais dela, fazem com que a própria operadora ative o número de telefone em outro lugar. Com isso, o número de celular da vítima passa a funcionar em um SimCard em posse dos criminosos. Depois, eles configuram o *WhatsApp* com esse chip, exatamente como você faz quando troca de aparelho celular.

Na hipótese, vê-se que a autora foi vítima do referido golpe denominado *"SIM Swap"*, na qual os estelionatários clonam o chip do celular de terceiro, a fim de recuperar senhas e ter acesso a contas cadastradas junto a sites, contas de e-mail e redes sociais e em posse destes, aplicam golpes junto aos contatos do titular do celular.

Desse modo, verifica-se que, ao contrário do afirmado, o sistema de segurança adotado pelo apelante se apresenta frágil. A titular do celular agiu com as cautelas necessárias e exigidas para o caso em apreço, noticiando a ré sobre a fraude na sua conta contudo esta nada fez.

É dever do réu prover aos seus clientes um sistema antifraude que traga segurança aos usuários, notadamente quando o golpe é de conhecimento público e amplamente divulgado na mídia. É notório o *modus operandi* do golpe, porém, a apelante opta por não implementar um sistema mais seguro, prefere, ao revés, transferir o risco da atividade ao consumidor e a terceiros.

De fato, se o fraudador consegue clonar o chip do usuário para aplicar o golpe, a solução para se evitar tal prática é do apelante e não do titular da linha de celular, muito menos da autora que agiu de boa-fé. Assim, evidente que há responsabilidade da titular da linha e tampouco da autora, que não adotou os meios necessários para evitar a fraude perpetrada, mesmo sendo informada sobre a invasão da conta. Evidente, pois, a deficiência na prestação de serviços.

A propósito destaco precedentes:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – TELEFONIA CELULAR – CLONAGEM DE IDENTIDADE EM SERVIÇO DE APLICATIVO DE MENSAGENS (WHATSAPP) ATRAVÉS DA ATIVAÇÃO DA LINHA EM TELEFONE DIVERSO (SIM SWAP) – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – USO DA IDENTIDADE DO USUÁRIO PELO FRAUDADOR PARA O ALCANCE DE DINHEIRO DE PESSOAS DO RELACIONAMENTO DA VÍTIMA – DANO MORAL RECONHECIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0838537-29.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 27/08/2019, p: 29/08/2019)

> *"RECURSO INOMINADO – CONSUMIDOR – TELEFONIA MÓVEL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – CLONAGEM DE CHIP TELEFÔNICO – TROCA DA LINHA PARA OUTRO CHIP QUE SOMENTE PODE SER REALIZADA PELO SISTEMA DA EMPRESA RÉ – TERCEIRO QUE SE UTILIZOU DO ACESSO À LINHA MÓVEL PARA TER ACESSO A APLICATIVO DE MENSAGENS – GOLPE QUE DEPENDE DA PARTICIPAÇÃO DE FUNCIONÁRIO DA REQUERIDA – IMPRENSA QUE NARROU SITUAÇÕES SIMILARES APURADAS PELA POLÍCIA CIVIL – SUJEITO QUE SE PASSOU PELA AUTORA EM CONVERSAS PESSOAIS DO WHATSAPP, UTILIZANDO PALAVRAS OBCENAS, PREJUDICANDO A IMAGEM DA AUTORA PERANTE SEUS CONTATOS, INCLUSIVE EM GRUPO DA EMPRESA ONDE A REQUERENTE TRABALHA – DANO MORAL CONFIGURADO DE FORMA EXCEPCIONAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R$ 4.500,00, QUE SE MOSTRA ADEQUADO AO CASO CONCRETO – RECURSOS DESPROVIDOS. (Recurso Cível Nº 71007170293, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luis Antonio Behrensdorf Gomes da Silva, Julgado em 23/02/2018)."* (TJ-RS - Recurso Cível: 71007170293 RS, Relator: Luis Antonio Behrensdorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 23/02/2018, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2018)

> *"JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – CDC – CLONAGEM DE CELULAR – ESTELIONATÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – OPERADORA DE TELEFONIA – APLICATIVO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINAR ACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Recurso próprio, regular e tempestivo. 2. Recurso interposto pela segunda ré no qual alega, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta a inaplicabilidade do CDC, bem como a impossibilidade da inversão do ônus da prova e, por fim, aduz a não configuração de sua responsabilidade pelos danos narrados na inicial. 3. Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais em que os autores informam que a conta de WhatsApp havia sido clonada, e o referido aplicativo estava sendo utilizado por terceiro estelionatário para a aplicação de golpes. 4. A relação jurídica estabelecida entre as partes é de natureza consumerista, devendo a controvérsia ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078/1990). 5. Nos termos do artigo 186, do Código Civil, 'aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. No mesmo sentido, o artigo 927, do Código Civil, prescreve que 'aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo'. Considerando tais dispositivos, verifica-se que para haver a responsabilização do agente, deve restar configurado o ato ilícito perpetrado por este, bem como haver o nexo de causalidade entre o dano proveniente do ato e a conduta. Da mesma forma, o art. 14 do CDC estabelece que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. 6. O primeiro autor contratou os serviços de telefonia celular com a empresa VIVO, que também é utilizado pelo segundo autor em linha telefônica distinta, e somente a operadora telefônica mostra-se responsável pelos eventos ligados à falha na prestação de seu serviço. 7. Evidente que a causa dos supostos danos é o golpe praticado por estelionatários através da clonagem de linha telefônica, e que os serviços relacionados são de exclusiva responsabilidade da respectiva operadora de telefonia móvel. 8. A empresa de telefonia é a única com capacidade técnica de bloquear e transferir os dados da linha do cliente para*

outro chip, a revelar que o golpe ocorreu em razão da falha no seu sistema. Destaca-se que mesmo tratando-se de terceiro estelionatário que realizou a operação fraudulenta, isso somente demonstra a existência de falha no sistema de segurança da empresa de telefonia. 9. Desse modo, infere-se que o aplicativo WhatsApp é vinculado a uma conta telefônica, sobre a qual a recorrente não possui ingerência, não podendo, portanto, ser responsabilizada por eventuais danos causados por este meio de comunicação. 10. Vislumbra-se a ausência de nexo de causalidade entre qualquer ato imputável à recorrente, ou mesmo ao provedor do aplicativo WhatsApp, e os danos alegados pelos autores, pois, repita-se, trata-se de falha no serviço prestado tão somente pela empresa de telefonia. 11. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida. Sentença reformada, em parte, para reconhecer a ilegitimidade passiva da segunda ré, ora recorrente, Facebook Serviços Online do Brasil LTDA, mantendo-se, no mais, os demais termos da sentença. Recurso conhecido e provido. Sem condenação em custas processuais e em honorários advocatícios. (art. 55, da Lei 9099/95). 12. A súmula de julgamento servirá de acórdão. (art. 46, Lei 9099/95).” (TJ-DF 07120486620198070016 DF 0712048-66.2019.8.07.0016, Relator: Fabrício Fontoura Bezerra, Data de Julgamento: 10/10/2019, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/11/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

“RECURSO INOMINADO – SERVIÇO DE TELEFONIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CLONAGEM DE APARELHO CELULAR – REVELIA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ, COM O INTUITO DE AFASTAR O ACOLHIMENTO DOS PLEITOS DEDUZIDOS NA INICIAL – INSUBSISTÊNCIA – INDÍCIOS DE CLONAGEM TELEFÔNICA E UTILIZAÇÃO DO RAMAL POR TERCEIRO, O QUAL INGRESSA EM GRUPO DE WHATSAPP E, EM NOME DE UMA DAS AUTORAS (PROPRIETÁRIA DA LINHA), SOLICITA NUMERÁRIO EM SEU FAVOR, DE MODO QUE A OUTRA AUTORA ACABA POR TRANSFERIR O VALOR DE R$ 1.400,00 – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EVIDENCIADA – TRANSTORNO QUE, NA ESPÉCIE, DESBORDA OS LIMITES DO MERO DISSABOR – DANO MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS – FIXAÇÃO EM OBSERVÂNCIA AOS PRIMADOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1- A responsabilidade civil das prestadoras de serviço é de natureza objetiva, de sorte que, evidenciada a falha na prestação de serviço - utilização de ramal telefônico por terceira pessoa com o fim de aplicar ‘golpe’ em desfavor de pessoas de seu convívio, por certo, ultrapassa o limite da normalidade, dando azo ao pleito de indenização por danos morais. 2- Outrossim, sabe-se que ‘a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso’ (STJ, REsp n. 171084/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 5-10-1998, p. 102). Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46, da Lei 9.099/95.” (TJ-SC - RI: 03088272820178240020 Criciúma 0308827-28.2017.8.24.0020, Relator: Miriam Regina Garcia Cavalcanti, Data de Julgamento: 11/12/2018, Quarta Turma de Recursos - Criciúma)

“JUIZADO ESPECIAL – CONSUMIDOR – CLONAGEM CHIP CELULAR – FRAUDE – CULPA CONCORRENTE NÃO CARACTERIZADA – DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. 1.Trata-se de recurso inominado interposto pela ré em que alega não ter nenhuma relação com serviços de aplicativo celular. 2. A autora aduziu, na inicial, que contratou um plano de telefonia móvel com a ré no qual tinha direito a duas linhas, tendo disponibilizado para uso uma das linhas à sua irmã. Sustentou que ao se dirigir ao estabelecimento da ré, o funcionário informou que havia sido solicitada a troca de chip no Estado da Bahia. Afirmou que o golpe só foi possível porque um funcionário da operadora ré transferiu os dados e número de celular para outro chip, sem a conferência dos proprietários da linha, permitindo que terceiro fraudador tivesse acesso aos seus dados e de sua irmã. 3. Os documentos colacionados aos autos corroboram a afirmação da autora, de que houve solicitação de troca de chip, em 27.04.2016, em seu nome, além das mensagens de WhatsApp,

com perfil da sua irmã, solicitando valores, e Boletim de Ocorrência (ID 5397252). 4. Em que pese a recorrente não guardar qualquer relação com o aplicativo WhatsApp, o uso do aplicativo por terceiro fraudador só foi possível em razão da conduta da empresa recorrente, que possibilitou a troca do chip e o acesso aos dados do cliente, sem tomar as cautelas necessárias. 5. Assim, diante da verossimilhança das alegações, notadamente dos documentos colacionados, e a evidente impossibilidade material da recorrida produzir a prova, caberia à recorrente demonstrar que a troca de chip teria sido, de fato, solicitada por ela. 6. A teoria do risco da atividade é a base da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, que se harmoniza com o sistema de produção e consumo em massa e protege a parte mais frágil da relação jurídica. Nesse descortino, o ônus de provar a excludente de responsabilidade é do consumidor. 7. Outrossim, não há de se falar em culpa concorrente da vítima, uma vez que foi levada a acreditar, diante da utilização do perfil de sua irmã, que a solicitação era dela, situação que só ocorreu pela troca de chip e utilização por terceiro fraudador, cuja responsabilidade é da recorrente. Ademais, somente a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, exime a responsabilidade do fornecedor do serviço, conforme se extrai do artigo 14 § 3º do CDC. Assim, o valor arbitrado na sentença, a título de danos materiais, mostra-se adequado, uma vez que corresponde ao prejuízo experimentado pela autora/recorrida. 8. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida, por seus próprios fundamentos. Condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais. Sem honorários, uma vez que não foram apresentadas contrarrazões. 9. A ementa servirá de acórdão, conforme art. 46 da Lei n. 9.099/95." (TJ-DF 07240804020188070016 DF 0724080-40.2018.8.07.0016, Relator: Soníria Rocha Campos D'Assunção, Data de Julgamento: 01/02/2019, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no PJe : 15/02/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Assim, diante do exposto, restou configurada a ocorrência de fraude perpetrada por terceiros, sendo caso típico de fortuito interno, inscrito no risco comercial de exploração da atividade desenvolvida pela demandada.

Saliente-se que a fraude provocada por terceiros, na esteira do entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência, não é capaz de excluir o nexo de causalidade, uma vez que se trata de fortuito interno, aplicando-se, portanto, a teoria do risco do empreendimento ao caso concreto, com a fixação da responsabilidade civil objetiva da empresa apelante e seu consequente dever de indenizar a apelada pelos danos que sofreu.

Desse modo, resta evidente a responsabilidade da requerida/apelante, não havendo falar em sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda e, tampouco, em ausência de responsabilidade ou excludente desta.

Na hipótese, o dano material da autora, na quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais), é inconteste, razão pela qual acertada a sentença no ponto em que condenou a ré, ora apelante, ao pagamento respectivo à autora.

O dano moral sofrido pela autora também resta demonstrado, pois a apelante foi constrangida com o recebimento de mensagens de uma pessoa, que depois descobriu ser um golpista, tendo sido convencida pelo mesmo a depositar valores em dinheiro em seu favor, quando pensava estar ajudando amiga íntima.

Os transtornos sofridos ultrapassam o mero dissabor, gerando inconteste abalo moral, logo, justifica-se a reparação do dano com a condenação da ré pelo seu agir indiligente, sendo que os acontecimentos narrados na vestibular não existiriam se a conduta da apelante fosse adequada ao padrão de qualidade que afirma praticar em suas atividades.

Nesse sentido, destaco precedentes:

"APELAÇÃO TELEFONIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – CLONAGEM DE CHIP DE TELEFONE CELULAR PARA A PRÁTICA DE ESTELIONATO – SOLICITAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE VALORES ENVIADA POR TERCEIRO PARA UM DOS CONTATOS DO AUTOR, VIA APLICATIVO DE MENSAGENS – REQUERENTE QUE ALEGA NÃO TER MAIS ACESSO A

REFERIDA CONTA APÓS BLOQUEIO EFETUADO PELO ESTELIONATÁRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CORROBORA A NARRATIVA AUTORAL RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR O REGULAR FUNCIONAMENTO DA LINHA TELEFÔNICA – OCORRÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 12 E 14, AMBOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – NOVO DESFECHO ATRIBUÍDO À LIDE QUE IMPÕE O RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (Ap. nº 1030568-12.2019.8.26.0100; Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida; 28ª Câmara de Direito Privado; j. em 30 de janeiro de 2020).

"TELEFONIA MÓVEL CELULAR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Alegado cancelamento indevido de linha telefônica móvel de titularidade da autora e habilitação, em chip branco, em aparelho celular de terceiro meliante, o qual, valendo-se da linha telefônica clonada e da agenda de contatos telefônicos da acionante, enviou mensagens de texto via aplicativo WhatsApp a diversas pessoas, nas quais era solicitado empréstimo no valor de R$ 1.000,00, a ser depositado em conta-corrente informada pelo golpista. Prova documental inequívoca de cancelamento da linha telefônica da autora e habilitação em outro aparelho celular, várias pessoas da agenda telefônica da autora receberam a mensagem acima mencionada e que, uma delas, o primo da autora, efetuou o depósito da quantia de R$ 1.000,00 na conta-corrente do estelionatário. Defeito na prestação do serviço verificado. Responsabilidade civil objetiva (art. 14 do CDC). Dano moral bem caracterizado. Indenização devida. Arbitramento realizado segundo o critério da prudência e razoabilidade. Procedência mantida. Recurso improvido." (Ap. nº 1000407- 93.2019.8.26.0625; Rel. Des. Correia Lima; 20ª Câmara de Direito Privado; j. em 9 de outubro de 2019).

Assim, sentença recorrida deve ser mantida integralmente.

Dispositivo.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento.

Honorários recursais que, considerando as particularidades da causa (baixa complexidade etc.), arbitro em 5% do valor da condenação, a ser suportado exclusivamente pelo recorrente.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

***

Órgão Especial
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Direta de Inconstitucionalidade nº 1412581-28.2018.8.12.0000 – Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E ILEGITIMIDADE ATIVA – REJEITADAS – NO MÉRITO – EMENDA À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE DISPONDO SOBRE ATIVIDADE DA GUARDA MUNICIPAL E ALTERANDO FUNÇÕES E SUA NOMENCLATURA – VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS – VERIFICADOS – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Demonstrado nos autos que a parte autora vista o controle de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, não há que se falar em inadequação da via eleita.

Nos termos do art. 516, inciso V, do RITJMS e do art. 123, VI, da Constituição Estadual, as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, são partes legítimas para ingressarem com ação direta de inconstitucionalidade, desde que demonstrem seu interesse jurídico no caso; fato vislumbrado no presente feito.

Emenda à lei orgânica que altera a denominação da Guarda Municipal e dispõe, dentre outras coisas, que os servidores desse órgão se identifiquem como Polícia Municipal, exerçam funções típicas de polícia ostensiva e como se dará a forma de investidura no cargo, deveria ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, a quem compete exercer a direção superior da Administração (RE nº 370.563-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2011), daí porque a norma ora impugnada, de iniciativa da Câmara de Vereadores, não poderia interferir em matéria dessa natureza, como ocorreu no presente caso, possuindo vício de formalidade.

Se a Constituição Estadual, refere-se à guarda municipal, como órgão destinado à proteção dos bens, serviços e instalações municipais (art. 10, § 2º), não se afigura razoável que a legislação municipal altere essa denominação para polícia municipal, quebrando a uniformidade da expressão adotada pela Constituição Federal e pelo próprio Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei Federal n. 13.022/14), ainda que se argumente com a semelhança das funções, pois, os próprios dispositivos constitucionais diferenciam as atribuições da Guarda Municipal e as atividades policiais, exercidas para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio (CE, artigo 10, § 2º; CF, art. 144), daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma impugnada, não só por ofensa às disposições dos artigos da Constituição Estadual e artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, mas também por afronta ao princípio da razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas e, no mérito, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 1º de julho de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Associação dos Oficiais Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul, Associação Beneficente dos Sub Ten e Sargentos PM BM MS, Associação dos Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do MS, Associação e Centro Social dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n. 1412581-28.2018.8.12.0000, em que contendem Câmara de Vereadores do Município de Campo Grande.

Os autores, em síntese, aduzem que:

Além da regularidade da competência e legitimidade, tem a presente ação por objeto a declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico, em todos os seus efeitos, a emenda à LOM (Lei Orgânica Municipal) nº 37/18, de 18 de outubro de 2018, elaborada pela Câmara dos Vereadores, que modificou a redação do inciso IV do art. 8º como também modificou a redação da subseção II, do *caput* do art. 81 e seus respectivos parágrafos, todos da Lei Orgânica do Município de Campo Grande/MS, que passou a dispor a Guarda Municipal como Polícia Municipal, bem como, atribui, em linhas gerais, atividades típicas de policiamento preventivo, ostensivo e repressivo da Polícia Militar/MS à Guarda Municipal, conforme se Observa;

Referida guarda não é órgão de segurança pública, pois não está enumerada no taxativo rol do art. 144 da Constituição Federal, tão pouco no art. 40 da Constituição Estadual do estado de Mato Grosso do Sul, passando a transmitir à população em geral, a equivocada mensagem de que estaria diante da polícia ao se deparar com uma viatura identificada como "Polícia Municipal";

É inadequado o tratamento da matéria pela via de emenda à Lei Orgânica do Município quando deveria suscitar a mudança por Proposta de Emenda à Constituição Federal, haja vista que a mesma não prevê a existência de "Polícia Municipal";

A Constituição Federal em seu art. 144, § 8º, é clara ao dispor que as Guardas Municipais poderão ser criadas no âmbito dos municípios, com responsabilidade claramente definida de guarda e vigilância patrimonial dos bens e serviços da respectiva urbe, porém as Guardas Municipais receberam novas atribuições, sem que tais desvirtuassem seu caráter não policial, como por exemplo, a competência para fiscalização de trânsito, culminando em inconstitucionalidade foram e material da emenda;

Há ainda um desrespeito à legislação infraconstitucional vigente, pois, o Decreto-Lei nº 667/69, que reorganiza as Polícias Militares, em seu art. 3º, letra "a", estabelece às Polícias Militares, com exclusividade, executar o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

Nada impede que o nome da Guarda Municipal seja alterado, desde que o faça em perfeita sintonia com a Constituição Federal e nos limites preconizados pela Lei Federal nº 13.022 de 8 de agosto de 2014 - Estatuto Geral da Guardas Municipais, notadamente o art.19 e art. 22, parágrafo único;

Em relação ao caso em testilha cabe aos municípios, basicamente, regulamentar assuntos de interesse local, bem como, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber. Desta forma, as regras de distribuição de competência legislativa fixadas na Constituição Federal e repetidas simetricamente na Constituição Estadual, por serem de observância obrigatória pelos demais entes federados, devem ser parâmetro de controle de constitucionalidade de ato normativo municipal;

Para cada intervenção policial há um corpo de policiais especialmente treinados e equipados, que enfrentarão cada modalidade de ocorrência da forma apropriada, assim, a indevida intervenção da Guarda Municipal (levada a tanto pelo peso da denominação de polícia) em casos que exijam a atuação da Polícia Militar poderá colocar em risco a vida de cidadãos, dos próprios Guardas Municipais e também dos policiais

militares, posto que estes, ao atenderem uma ocorrência, poderão se deparar com uma situação já prejudicada pela intervenção inicial dos "Policiais Municipais", fato que poderá dificultar sobremaneira a atuação a posterior, colocando em risco a vida de todas as pessoas envolvidas na ocorrência, além de macular ou anular eventuais provas produzidas, por ocasião do processo criminal, em face da flagrante inconstitucionalidade e incompetência de suas atribuições;

É essencial a concessão de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade tem previsão no art. 516 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e Lei Federal nº. 9.868/1999, a fim de suspender liminarmente a eficácia da emenda à LOM (Lei Orgânica Municipal) nº 37 de 18 de outubro de 2018, elaborada pela Câmara dos Vereadores, que modificou a redação do inciso IV do art. 8º como também modificou a redação da subseção II, do *caput* do art. 81 e seus respectivos parágrafos, todos da Lei Orgânica do Município de Campo Grande/MS, até o julgamento final da lide, em atenção à presença do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* e de alta conveniência.

Requerem, desta feita, a concessão da medida cautelar (item 9) e, ao final, a procedência do pedido visando declarar a inconstitucionalidade da Emenda à LOM (Lei Orgânica Municipal) nº 37/18, de 18 de outubro de 2018, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, em razão da afronta diretamente a Constituição Estadual do estado de Mato Grosso do Sul (art.40 e seguintes) e a Constituição Federal (art.144, *caput* e § 8º) (f. 01-29).

O despacho da f. 275-276, determinou a intimação da Câmara Municipal de Campo Grande na pessoa de seu Presidente, para se pronunciar sobre o pedido cautelar, bem como a Procuradoria-Geral de Justiça.

A Associação dos Policiais Municipais do Município de Campo Grande, manifestou-se pela sua admissão na qualidade de *amicus cariae* (f. 284-294).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo deferimento do pedido cautelar (f. 393-399).

A Câmara Municipal de Campo Grande manifestou-se, em suma, pelo indeferimento da cautelar e julgamento antecipado da lei, com a extinção do presente diante a ilegitimidade (f. 400-418).

No acórdão de páginas 466-488, por maioria, a medida cautelar foi deferida.

Às páginas 660-663, a OAB-MS foi admitida para se manifestar nos autos na condição de *amicus curiae.*

Opostos embargos de declaração pelo ente público municipal, o recurso foi rejeitado (f. 673-678).

O Município de Campo Grande pleiteou a improcedência do pedido inicial (f. 688-696).

A Câmara Municipal de Campo Grande, por sua vez, alegou que o processo deveria ser extinto, sem resolução do mérito, por ausência de legitimidade dos requerentes e, no mérito, pela improcedência desta ação (f. 697-713).

A Associação dos Policiais Municipais de Campo Grande e a OAB-MS, na condição de *amicus curiae*, manifestaram-se, respectivamente, às páginas 716-726 e 736-737.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às páginas 741-749, pela rejeição da preliminar de ilegitimidade e, no mérito, pela procedência do pedido inicial.

Às f. 751, determinou-se a intimação dos autores para que se manifestassem sobre a preliminar arguida, tendo estes refutado a ilegitimidade ativa sustentada (f. 754-756).

VOTO (EM 17/06/2020)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Oficiais Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul, Associação Beneficente dos Sub Ten e Sargentos PM BM MS, Associação dos Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do MS, Associação e Centro Social dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul em face da Câmara de Vereadores do Município de Campo Grande.

Por ordem de prejudicialidade, analiso inicialmente as preliminares suscitadas e, após, se for o caso, passo ao exame de mérito da demanda.

Do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.

A Associação dos Policiais Municipais do Município de Campo Grande, na qualidade de *amicus curiae*, manifestou-se às f. 284-294, pela extinção da ação, em virtude da inadequação da via eleita, já que os autores estariam almejando o controle de constitucionalidade sobre a Emenda a Lei Orgânica Municipal de n. 37/2018, não em relação a atos normativos municipais e/ou estaduais, mas, sim, em relação à Constituição Federal (art. 144, § 8º, do CF), o que afrontaria o disposto no art. 516, do RITJMS (f. 284-294 e f. 716-726).

No mesmo sentido, o Município de Campo Grande apresentou tal irresignação às páginas 430-447.

Com efeito, dispõe o *caput* do art.516, do RITJMS que:

> *"Art. 516. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face da Constituição do Estado, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta, no âmbito de seu interesse."*

Pois bem, diversamente do sustentado, o que, inclusive, já restou afastado na ocasião em que a liminar foi concedida e na rejeição dos embargos de declaração opostos (f. 673-678), não há que se falar em inadequação da via eleita, eis que os autores não buscam o controle de constitucionalidade tendo somente como base a Constituição Federal, mas, também, a suposta afronta a diversos dispositivos da Constituição Estadual. É o que se extrai do item 04, dos pedidos finais de páginas 29, confira-se:

> 4) ao final, ser julgado procedente o pedido visando declarar a inconstitucionalidade da Emenda à LOM (Lei Orgânica Municipal) **nº 37/18, de 18 de outubro de 2018, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, em razão da** AFRONTA diretamente a Constituição Estadual do estado de Mato Grosso do Sul (art.40 e seguintes) e a Constituição Federal (art.144, caput e §8º).

Assim, sem maiores delongas, rejeito essa preliminar.

Da ilegitimidade ativa.

A Câmara Municipal de Campo Grande, nas manifestações de páginas 400-418 e 697-713, alega que os autores são parte ilegítimas para figurarem no polo ativo da ação, tendo em vista que as entidades em questão não teriam legitimidade para postular em nome da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo certo, ainda, que seus objetivos e finalidades seriam restritos à defesa de direitos e interesses de seus associados, judicial ou extrajudicialmente, no que se refere a questões funcionais, profissionais, culturais,

recreativas ou salariais e, não para tal finalidade, de modo que, por ausência de pertinência temática, o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito.

Sobre tal preliminar, os requerentes foram intimados a se manifestar e apresentaram a petição de f. 754-756.

Com efeito, o inciso V, do art. 516, do RITJMS, disciplina que é parte legítima para propor uma ação direta de inconstitucionalidade *"as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso."*

No mesmo sentido, o art. 123, VI, da Constituição Estadual determina que são partes legítimas para propositura de tal demanda *"as entidades de classe estaduais, desde que demonstrado o seu interesse jurídico no caso."*

No caso vertente, os requerentes são entidades de classes estaduais, de modo que, em tese, teriam legitimidade para ingressarem com a presente medida, devendo-se, no entanto, avaliar o seu interesse jurídico.

E, neste ponto, tenho que tal pressuposto encontra-se demonstrado, uma vez que todos os autores, em atenção aos seus estatutos e regimentos internos, promovem a defesa dos interesses dos seus associados (Policiais Militares) em relação às suas atividades previstas na Constituição Estadual, o que demonstra o interesse jurídico no caso.

De igual maneira, assim, se posicionou o representante ministerial, confira-se:

> *"(...).*
>
> *No caso presente, as associações autoras são entidades de representação dos Policiais e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul, no âmbito estadual, conforme se verifica dos Estatutos Sociais juntados às f. 31-64, 69-106, 115-145 e 152-179, e o interesse jurídico na demanda restou demonstrado na inicial. Conforme argumentam, o interesse jurídico no caso decorre da própria Constituição Estadual, que em seu artigo 47, inciso I estabeleceu que cabe à Polícia Militar a função de policiamento ostensivo e preventivo de segurança, de modo que* ***a criação irregular de outro órgão para a realização da mesma função pode gerar instabilidade das instituições, afetando diretamente o trabalho diário dos Policiais Militares,*** *que poderão se ver, eventualmente, em situação de real conflito com este novo órgão criado pela Lei Orgânica do Município de Campo Grande (f. 5).*
>
> *E complementam: Trata-se, portanto, de situação que atinge indistintamente a todos os Policiais Militares, que se verão diariamente em uma situação de impasse, que afetará diretamente na segurança pública do Município de Campo Grande. Nesse sentido, compete às Associações tomarem as medidas necessárias para a preservação dos interesses dos Policiais Militares, nos termos do art.1º, I e § 1º c/c art.2º, III do Estatuto Social da AOFMS, do inciso X do art. 4º c/c art. 62, § 1º e inciso I do art. 39 do Estatuto da ASPRA-MS, dos incisos VII, VIII, do art. 3º e art. 68º do Estatuto Social da ACSPMBM/MS bem como do § 2º do art. 1º c/c inciso I do art. 3º do Estatuto Social da AME-MS.*
>
> *(...)."* (G.n.).

Destarte, rejeito essa preliminar.

No mérito.

Os autores Associação dos Oficiais Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul, Associação Beneficente dos Sub Ten e Sargentos PM BM MS, Associação dos Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do MS, Associação e Centro Social dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul, em linhas gerais, sustentam a inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico, em todos os seus efeitos, da emenda à LOM (Lei Orgânica Municipal) nº 37/18, de 18 de outubro de

2018, elaborada pela Câmara dos Vereadores, que modificou a redação do inciso IV do art. 8º como também modificou a redação da subseção II, do *caput* do art. 81 e seus respectivos parágrafos, todos da Lei Orgânica do Município de Campo Grande/MS, que passou a dispor a Guarda Municipal como Polícia Municipal, bem como, atribui atividades típicas de policiamento preventivo, ostensivo e repressivo da Polícia Militar/MS à Guarda Municipal.

Destacam não ser referida guarda órgão de segurança pública, pois não está enumerada no taxativo rol do art. 144, da Constituição Federal, tampouco no art. 40, da Carta do estado de Mato Grosso do Sul, passando a transmitir à população em geral, a equivocada mensagem de que estaria diante da polícia ao se deparar com uma viatura identificada como "Polícia Municipal", bem como ser inadequado o tratamento da matéria pela via de emenda à Lei Orgânica do Município quando deveria suscitar a mudança por Proposta de Emenda à Constituição Federal, haja vista que a mesma não prevê a existência de "Polícia Municipal".

Afirmam estar claro na Constituição Federal, em seu art. 144, § 8º, ao dispor que as Guardas Municipais poderão ser criadas no âmbito dos municípios, com responsabilidade claramente definida de guarda e vigilância patrimonial dos bens e serviços da respectiva urbe, porém as Guardas receberam novas atribuições, sem que tais desvirtuassem seu caráter não policial, como por exemplo, a competência para fiscalização de trânsito, culminando em inconstitucionalidade formal e material da emenda.

Compreendem haver um desrespeito à legislação infraconstitucional vigente, pois, o Decreto-Lei nº 667/69, que reorganiza as Polícias Militares, em seu art. 3º, letra "a", estabelece às Polícias Militares, com exclusividade, executar o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos.

Recordam inexistir impedimento para a alteração do nome da Guarda Municipal, desde que o faça em perfeita sintonia com a Constituição Federal e nos limites preconizados pela Lei Federal nº 13.022 de 8 de agosto de 2014 - Estatuto Geral da Guardas Municipais, notadamente o art. 19 e art. 22, parágrafo único.

Em relação ao caso em testilha cabe aos municípios, basicamente, regulamentar assuntos de interesse local, bem como, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber. Desta forma, as regras de distribuição de competência legislativa fixadas na Constituição Federal e repetidas simetricamente na Constituição Estadual, por serem de observância obrigatória pelos demais entes federados, devem ser parâmetro de controle de constitucionalidade de ato normativo municipal.

Pontuam, por derradeiro, que para cada intervenção policial há um corpo de policiais especialmente treinados e equipados, que enfrentarão cada modalidade de ocorrência da forma apropriada, assim, a indevida intervenção da Guarda Municipal (levada a tanto pelo peso da denominação de polícia) em casos que exijam a atuação da Polícia Militar poderá colocar em risco a vida de cidadãos, dos próprios Guardas Municipais e também dos policiais militares, posto que estes, ao atenderem uma ocorrência, poderão se deparar com uma situação já prejudicada pela intervenção inicial dos "Policiais Municipais", fato que poderá dificultar sobremaneira a atuação a posterior, colocando em risco a vida de todas as pessoas envolvidas na ocorrência, além de macular ou anular eventuais provas produzidas, por ocasião do processo criminal, em face da flagrante inconstitucionalidade e incompetência de suas atribuições.

Com efeito, a alteração, através de emenda à Lei Orgânica do Município, ora debatida, teve origem na Proposta de Emenda da Lei Orgânica n. 78/18, de 06/07/2018 (f. 226-227) e que culminou na Emenda à Lei Orgânica do Município n. 37/2018, publicada em 24/10/2018, no DIOGRANDE nº 5.386, com as seguintes alterações quanto à Guarda Municipal (f. 224):

> *"Art. 1º O inciso IV, do Art. 8º da Lei Orgânica do Município de Campo Grande-MS, passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *'Art. 8º (...).*
>
> *I - (...);*

II - (...);

III - (...);

*IV - **criar e manter a Polícia Municipal armada e uniformizada**, necessária à proteção de seus bens, logradouros, serviços, instalações e à ordem pública, e também como serviço permanente de proteção dos munícipes e pessoas em geral; (...). (NR)'. (Grifos e destaques nossos).*

Art. 2º Modifica a redação da subseção II, do caput do art. 81 e dos seus respectivos parágrafos, todos da Lei Orgânica do Município de Campo Grande- MS, que passa a vigorar com a seguinte redação:

'Subseção Da Polícia Municipal.

Art. 81. A Polícia Municipal de Campo Grande será mantida e destinada a auxiliar na manutenção da ordem pública, bem como cuidar de bens, serviços, instalações e da integridade física dos cidadãos.

§ 1º A Polícia Municipal terá caráter essencialmente civil, eminentemente preventivo, sendo que os policiais municipais estarão necessariamente armados e uniformizados.

§ 2º Os policiais municipais têm o dever de cooperar com os órgãos federais e estaduais de segurança pública, para a prevenção do delito, a repressão da criminalidade e a preservação da ordem pública.

§ 3º A Polícia Municipal destina-se ao policiamento preventivo e administrativo da cidade, das vias, dos logradouros, dos parques, das praças, jardins, edifícios públicos e quaisquer outros bens de domínio público municipal.

*§ 4º **A Polícia Municipal terá também a função de atuar de forma complementar aos serviços municipais afetos ao exercício do poder de polícia administrativa**, no âmbito da competência municipal, na fiscalização do trânsito e do meio ambiente, podendo, inclusive, realizar autuações, detenções e apreensões por infrações administrativas e apresentações aos órgãos públicos competentes, nos casos de crimes, para outras providências, além de todas as demais atribuições inerentes à fiscalização de posturas no município.*

§ 5º A investidura no cargo de Polícia Municipal será feita através de concurso público, sendo exigido que os participantes tenham concluído o ensino médio.

§ 6º A Polícia Municipal poderá celebrar convênios com Instituições, Entidades e Órgãos com objetivo de preparar e qualificar servidores para a execução desta Lei Orgânica'. (NR)

Art. 3º Esta Emenda à Lei Orgânica do Município de Campo Grande entra em vigor na data de sua publicação.

Campo Grande-MS, 18 de outubro de 2018.

Prof. João Rocha Presidente

Carlão 1º Secretário." (G.n.).

Conjugando sua redação com o disposto nas Constituições Federal e Estadual, bem como na Lei Federal nº 13.022/2014, temos os seguintes parâmetros para apreender acerca da constitucionalidade, ou não, da emenda:

"Constituição Federal

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...).

§ 8º ***Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.****"* (G.n.).

"Constituição Estadual

Art. 10. O Estado assegurará ampla assistência técnica e financeira, com base em programas especiais, aos municípios de escassas condições de desenvolvimento.

(...).

§ 2º A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar poderão, por solicitação do município, incumbir-se da orientação e treinamento às guardas municipais, quando instituídas por lei, para a proteção de seus bens, serviços e instalações.

§ 3º ***Às guardas municipais caberá, além das atribuições referidas no parágrafo anterior, auxiliar nas atividades de defesa civil.***

(...).

Art. 42. O Estado organizará a Coordenadoria da Defesa Civil visando ao socorro, à assistência aos atingidos por sinistros e à recuperação dos danos.

§ 1º ***Farão obrigatoriamente parte das atividades de defesa civil, além dos órgãos previstos nesta Seção, as guardas municipais e os órgãos públicos estaduais.***

(...).

Art. 47. À Polícia Militar incumbem, além de outras atribuições que a lei estabelecer:

I - policiamento ostensivo e preventivo de segurança;

II - policiamento preventivo e ostensivo para a defesa do meio ambiente;

III - policiamento do trânsito urbano e do rodoviário estadual, por delegação do Departamento Estadual de Trânsito;

IV - a guarda externa dos presídios, quando esta não for exercida por agentes penitenciários estaduais; (alterado pela Emenda Constitucional nº 69, de 17.12.2015 - DOMS, de 18.12.2015.)

V - as atividades de polícia judiciária militar." (G.n.).

"Lei nº 13.022, de 08/08/2014.

Art. 3º São princípios mínimos de atuação das guardas municipais:

I - ***proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas;***

II - preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas;

*III - **patrulhamento preventivo**;*

IV - compromisso com a evolução social da comunidade; e

V - uso progressivo da força.

*Art. 4º É competência geral das guardas municipais **a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município.***

*Parágrafo único. Os bens mencionados no caput abrangem os de **uso comum, os de uso especial e os dominiais.***

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

I - zelar pelos bens, equipamentos e prédios públicos do Município;

II - prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais;

*III - **atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;***

IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

*V - **colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;***

VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei nº9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal;

*VII - **proteger o patrimônio ecológico, histórico, cultural, arquitetônico e ambiental do Município, inclusive adotando medidas educativas e preventivas;***

*VIII - **cooperar com os demais órgãos de defesa civil em suas atividades;***

IX - interagir com a sociedade civil para discussão de soluções de problemas e projetos locais voltados à melhoria das condições de segurança das comunidades;

X - estabelecer parcerias com os órgãos estaduais e da União, ou de Municípios vizinhos, por meio da celebração de convênios ou consórcios, com vistas ao desenvolvimento de ações preventivas integradas;

XI - articular-se com os órgãos municipais de políticas sociais, visando à adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município;

*XII - **integrar-se com os demais órgãos de poder de polícia administrativa, visando a contribuir para a normatização e a fiscalização das posturas e ordenamento urbano municipal**;*

*XIII - **garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;***

*XIV - **encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;***

XV - contribuir no estudo de impacto na segurança local, conforme plano diretor municipal, por ocasião da construção de empreendimentos de grande porte;

XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal;

XVII - auxiliar na segurança de grandes eventos e na proteção de autoridades e dignatários; e

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local.

Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.

(...).

Art. 12. É facultada ao Município a criação de órgão de formação, treinamento e aperfeiçoamento dos integrantes da guarda municipal, tendo como princípios norteadores os mencionados no art. 3º.

§ 1º Os Municípios poderão firmar convênios ou consorciar-se, visando ao atendimento do disposto no caput deste artigo.

§ 2º O Estado poderá, mediante convênio com os Municípios interessados, manter órgão de formação e aperfeiçoamento centralizado, em cujo conselho gestor seja assegurada a participação dos Municípios conveniados.

§ 3º O órgão referido no § 2º não pode ser o mesmo destinado a formação, treinamento ou aperfeiçoamento de forças militares.

(...).

Art. 22. Aplica-se esta Lei a todas as guardas municipais existentes na data de sua publicação, a cujas disposições devem adaptar-se no prazo de 2 (dois) anos.

Parágrafo único. ***É assegurada a utilização de outras denominações consagradas pelo uso, como guarda civil, guarda civil municipal, guarda metropolitana e guarda civil metropolitana.****"* (G.n.).

Com efeito, conquanto num primeiro momento tenho reconhecido a inconstitucionalidade parcial da emenda em discussão, analisando detidamente o caso, bem como em atenção aos posicionamentos divergentes manifestados na ocasião do julgamento da liminar, entendo que a ação deve ser julgada totalmente procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade formal e material da Emenda à Lei Orgânica do Município n. 37/2018.

No tocante à inconstitucionalidade formal, esta decorreria de vício de iniciativa, pois compete ao Chefe do Poder Executivo Municipal exercer a direção superior da Administração (RE nº 370.563-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2011), daí porque a norma ora impugnada, de iniciativa parlamentar, não poderia interferir em matéria dessa natureza, como ocorreu no presente caso, alterando a denominação da Guarda Municipal e dispondo, dentre outras coisas, que os servidores desse órgão da administração se identifiquem como Polícia Municipal, exerçam funções típicas de polícia e como se dará a forma de investidura no cargo.

Ademais, se a Constituição Estadual, refere-se à guarda municipal, como órgão destinado à proteção dos bens, serviços e instalações municipais (art. 10, § 2º), não se afigura razoável que a legislação municipal altere essa denominação para polícia municipal, quebrando a uniformidade da expressão adotada pela Constituição Federal e pelo próprio Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei Federal n. 13.022/14), ainda que se argumente com a semelhança das funções, pois, os próprios dispositivos constitucionais diferenciam as atribuições da Guarda Municipal e as atividades policiais, exercidas para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio (CE, artigo 10, § 2º; CF, art. 144), daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma impugnada, não só por ofensa às disposições dos artigos da Constituição Estadual e artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, mas também por afronta ao princípio da razoabilidade.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal admite a razoabilidade como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais, enfatizando, por exemplo, que *"todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade"*. É que a exigência do padrão de razoabilidade visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas, porque *"a teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometem e afetam os fins que regem a prática da função de legislar."* (ADI nº 2667 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 19/06/2002)

Destarte, conforme bem pontuado pelo representante ministerial,

> *"(...) em que pese a criação e a organização das guardas municipais estejam inseridas dentro da competência dos municípios para dispor sobre matérias de predominante interesse local, nos termos do art. 30, I, da Constituição Federal, repetidos no art. 17, I, da Constituição Estadual, a emenda invectivada, ao disciplinar as atribuições de sua guarda civil e nomina-la como polícia municipal, extrapolou as disposições constitucionais acerca do assunto, excedendo da vocação constitucional específica desses órgãos."*

Em sentido semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recentes julgamentos, assim se posicionou, confira-se:

> *"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 5.435, de 26 de dezembro de 2018, do Município de Mauá, de iniciativa parlamentar, que* ***'dispõe sobre o reconhecimento e acréscimo da nomenclatura de Polícia Municipal junto a Guarda Civil Municipal de Mauá, em consonância com a Lei Federal nº 13022 de 08 de agosto de 2014, e dá outras providências' - Invasão de competência privativa do Poder Executivo - Artigos 5º, 24, parágrafo 2º, '1', '2' e '4', 47, incisos II, XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo - Violação à separação de poderes - A alteração de identificação visual e oral da Guarda Civil Municipal de Mauá, órgão vinculado ao Poder Executivo, para 'Polícia Municipal', caracteriza ingerência na gestão administrativa, invadindo competência reservada ao Chefe do Executivo Municipal - Afronta também do disposto pelo artigo 147 da Constituição Bandeirante, que reproduz o artigo 144, parágrafo 8º da Constituição Federal, que destaca as atribuições da Guarda Civil das atribuições das Polícias - Inconstitucionalidade que se declara da Lei nº 5.435, de 26 de dezembro de 2018, do Município de Mauá. Ação julgada procedente***."* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2286783-16.2019.8.26.0000; Relator (a): Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 11/06/2020). Destacado

> *"Ação direta de inconstitucionalidade.* ***Lei nº 1.978, de 15 de maio de 2018, do município de Itu, que altera a denominação da Guarda Civil e dispõe que os servidores desse órgão da administração se identifiquem como Polícia Municipal. Alegação de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Reconhecimento. Lei impugnada, de iniciativa parlamentar, que avança sobre área de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, violando as disposições dos artigos 5º e 24, § 2º, n. 02 e 04, 47, II, XIV e XIV, 'a' e 144, todos da Constituição Paulista. Ademais, se a Constituição Paulista,***

> ***reproduzindo norma da Constituição Federal (CF, art. 144, § 8º), refere-se à guarda municipal, como órgão destinado à proteção dos bens, serviços e instalações municipais (art. 147), não se afigura razoável que a legislação municipal altere essa denominação para polícia municipal, quebrando a uniformidade da expressão adotada pela Constituição Federal e pelo próprio Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei Federal nº 13.022, de 08 de agosto de 2014), ainda que se argumente com a semelhança das funções, pois, os próprios dispositivos constitucionais diferenciam as atribuições da Guarda Municipal e as atividades policiais (exercidas para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio). Inconstitucionalidade reconhecida, nessa parte, não só por ofensa às disposições dos artigos 147 da Constituição Estadual e 144, § 8º, da Constituição Federal, mas também por afronta ao princípio da razoabilidade (CE, art. 111).*** *Ação julgada procedente."* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2098711-45.2019.8.26.0000; Relator (a): Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 26/09/2019). Destacado

Diante do exposto, com o parecer ministerial, rejeito as preliminares arguidas, e dou procedência à presente ação direta de inconstitucionalidade no sentido de julgar inconstitucional os termos da Emenda à Lei Orgânica do Município de Campo Grande de n. 37/2018.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

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

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (12º Vogal)

Senhor Presidente, eu peço vênia ao Des. Eduardo Machado Rocha, cumprimento a todos, mas eu acompanho sem sombra de dúvidas o Des. Marcos José de Brito Rodrigues, até porque nesse tempo em que nós estamos passando de epidemia da Covid, além do prefeito decretar toque de recolher que é um absurdo, uma inconstitucionalidade sem tamanho, a Guarda Municipal tem prendido pessoas na madrugada falando que é polícia e estão levando pra delegacia, então mais do que de pressa nós temos que declarar a inconstitucionalidade disso, porque eles estão se achando polícia mesmo, a sociedade está virando um caos, os guardas municipais sem preparo algum estão prendendo pessoas em cima de uma legislação ilegal.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (13º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (14º Vogal)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Oficiais Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul, Associação e Centro Social dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul, Associação Beneficente dos Sub Ten e Sargentos PM BM MS, Associação dos Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do MS, em face da Câmara de Vereadores do Município de Campo Grande/MS.

Os autores aduzem acerca da inconstitucionalidade formal e material da Emenda à Lei Orgânica Municipal n. 37/18, elaborada pela Câmara de Vereadores, que modificou a redação do inciso IV do artigo 8º, como também modificou a redação da subseção II, do *caput*, do art. 81 e seus respectivos parágrafos, todos da Lei Orgânica do Município de Campo Grande, que passou a dispor da Guarda Municipal como Polícia Municipal, e, ainda, atribuiu, em linhas gerais, atividades típicas de policiamento preventivo, ostensivo e repressivo da Polícia Militar à Guarda Municipal.

É válido ressaltar que o ato normativo impugnado, por tratar de matéria concernente a organização administrativa municipal, possui competência de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal, haja vista que a Guarda Municipal subordina-se ao Prefeito Municipal de Campo Grande. Desta feita, resta patente a inconstitucionalidade formal referente ao vício de iniciativa.

Neste sentido:

> *"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 117, INCISOS I, II, III E IV, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – ÓRGÃOS INCUMBIDOS DO EXERCÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – MATÉRIA DE INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – MODELO DE HARMÔNICA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES – INCONSTITUCIONALIDADE. 1.* ***Por tratar-se de evidente matéria de organização administrativa, a iniciativa do processo legislativo está reservada ao Chefe do Poder Executivo local.*** *2. Os Estados-membros e o Distrito Federal devem obediência às regras de iniciativa legislativa reservada, fixadas constitucionalmente, sob pena de violação do modelo de harmônica tripartição de poderes, consagrado pelo constituinte originário. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente."* (ADI 1182, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, DJ 10-03-2006 PP-00005 Ement Vol-02224-01 PP-00059 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 9-14). Destaquei.

Já quanto ao aspecto material, consoante § 8º do art. 144 da CF, os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Com efeito, resta clarividente que a atividade da guarda municipal se limita ao que consta no comando constitucional, atuando, portanto, de modo diverso das funções referentes ao exercício de polícia ostensiva ou judiciária.

Assim, a Emenda à Lei Orgânica Municipal, ao atribuir a guarda municipal denominação de "Polícia Municipal", com prerrogativas que são exclusivas da segurança pública, outorgada pela CF somente às entidades policiais, ultrapassa do seu poder em virtude de incompatibilidade entre o ato normativo e a Constituição.

Diante do exposto, acompanho o voto do relator.

Por unanimidade rejeitaram as preliminares arguidas, nos termos do voto do relator. No mérito, o julgamento foi adiado para próxima sessão em face do pedido de vista do des. Eduardo machado rocha, após o relator julgar procedente a ação, o que foi acompanhado pelos desembargadores Luiz Gonzaga, Marcelo Rasslan, Claudionor, Lós, Divoncir, Paschoal, Julizar, Contar, Ruy Celso, Vladimir e Amaury. Aguardam os Desembargadores Sérgio Fernandes Martins e Sideni Soncini Pimentel.

VOTO (EM 01/07/2020)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Beneficente dos Sub Ten e Sargentos PM BM MS, Associação dos Oficiais Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul, Associação dos Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do MS e Associação e Centro Social dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul em face da Câmara de Vereadores do Município de Campo Grande/MS.

Os requerentes sustentam que padece de inconstitucionalidade formal e material a Emenda à Lei Orgânica Municipal n. 37/18, proposta pela Câmara de Vereadores, que modificou a redação do inciso IV do art. 8º, bem como modificou a redação da subseção II, do *caput*, do art. 81 e seus respectivos parágrafos, todos da Lei Orgânica do Município de Campo Grande, passou a dispor da Guarda Municipal como Polícia Municipal, e, ainda, atribuiu, em linhas gerais, atividades típicas de policiamento preventivo, ostensivo e repressivo da Polícia Militar à Guarda Municipal.

O ato normativo impugnado, por cuidar de matéria relacionada a organização administrativa municipal, possui competência de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal, pois a Guarda Municipal subordina-se ao Prefeito de Campo Grande[1]. Há, portanto, inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

Do ponto de vista material, na forma do § 8º do art. 144 da CF, os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas a proteção de seus bens, serviços e instalações.

Anota Uadi Lammêgo Bulos que *"cabe à guarda municipal realizar o policiamento administrativo da cidade, para proteger o patrimônio público contra a depredação dos demolidores da coisa pública"*, não competindo *"atribuições da polícia judiciária, nem da polícia ostensiva."* (Constituição federal anotada. 6. ed. Saraiva. p. 1180)

Deste modo, o Emenda à Lei Orgânica Municipal, ao atribuir a guarda municipal denominação de "Polícia Municipal", com prerrogativas que são exclusivas da segurança pública, outorgada pela Constituição Federal apenas às entidades policiais, exorbita do seu poder por haver incompatibilidade entre o ato normativo e a Constituição. Está caracterizado, assim, a inconstitucionalidade material.

Ante o exposto, acompanho o voto do e. relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

1 EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 117, INCISOS I, II, III E IV, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – ÓRGÃOS INCUMBIDOS DO EXERCÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA – ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA – MATÉRIA DE INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – MODELO DE HARMÔNICA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES – INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Por tratar-se de evidente matéria de organização administrativa, a iniciativa do processo legislativo está reservada ao Chefe do Poder Executivo local. 2. Os Estados-membros e o Distrito Federal devem obediência às regras de iniciativa legislativa reservada, fixadas constitucionalmente, sob pena de violação do modelo de harmônica tripartição de poderes, consagrado pelo constituinte originário. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1182, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, DJ 10-03-2006 PP-00005 Ement Vol-02224-01 PP-00059 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 9-14)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas e, no mérito, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Sideni Soncini Pimentel.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, 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. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 1º de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0800135-27.2015.8.12.0039 – Pedro Gomes

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – USO INDEVIDO DE VEÍCULO OFICIAL – DOLO CARACTERIZADO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS – SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – MANTIDA – AFASTAMENTO DO PAGAMENTO DA MULTA CIVIL – PLEITO ACOLHIDO – DESPROPORCIONALIDADE – SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao contrário do que sustenta o apelante, a conduta danosa (tentativa de homicídio) e o benefício próprio (utilizar-se do veículo público para atingir outrem) estão bem demonstrados, bem como a violação, dolosa, dos princípios da impessoalidade, moralidade e boa-fé, expressos no art. 37 das Constituição Federal, a enquadrar a sua conduta nos termos do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

No tocante às sanções, previstas no art. 12, da Lei de Improbidade, observado o disposto no parágrafo único do mesmo artigo, é autorizada a sua individualização, arbitrando-a proporcionalmente à gravidade dos fatos e, levando-se isto em consideração, a meu ver não é o caso de afastar a sanção de perda do cargo.

Lado outro, entendo pela possibilidade de se afastar a fixação de multa ao apelante, por ser desproporcional à conduta perpetrada, notadamente se considerarmos que não é o caso de lesão aos cofres públicos, o apelante já fora penalizado com a perda do cargo e ainda arcará com as consequências de seu ato na esfera penal, de modo que reputo as demais sanções aplicadas suficientes para demonstrar o caráter punitivo e pedagógico da penalidade.

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

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Lucineis Serafim de Oliveira, nos autos da Ação Civil Pública de n. 0800135-27.2015.8.12.0039 em que contende com Ministério Público Estadual, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Deve ser reformada a sentença que condenou o apelante pela prática do ato de improbidade administrativa;

Ausentes provas que configurem o dolo na ação do requerido, não se configurando, por consequência, o ato de improbidade;

Os depoimentos trazidos da Ação Penal n. 0000259-77.2014.8.12.0039, não demonstram que o apelante se utilizou da ambulância para perseguir seu desafeto e praticar o crime imputado naqueles autos, assim, não houve violação aos princípios da administração pública;

Ainda que tenha cometido irregularidade administrativa ao efetuar disparos de arma de fogo, estando em seu horário de trabalho e na posse de veículo da prefeitura municipal, não houve vontade e ação dirigidas à ofensa dos princípios da administração pública, vez que, repisa-se, não desejava satisfazer interesses particulares, utilizando-se do veículo;

Sendo assim, necessária a reforma da sentença com a devida improcedência do pedido de condenação por ato de improbidade administrativa, por ausência de provas da configuração de seu elemento subjetivo (dolo);

Subsidiariamente, pugna pela revisão das penalidades aplicadas, afastando as penalidades de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, por serem desproporcionais, considerando-se o disposto no art. 22, § 2º da LINDB;

Em relação à multa civil aplicada ao apelante, evidente que deve ser reduzida, eis que exacerbada;

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso, nos termos arrazoados. Prequestiona a matéria debatida (f. 307-319).

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 323-334).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença atacada (f. 345-349).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Lucineis Serafim de Oliveira, nos autos da Ação Civil Pública de n. 0800135-27.2015.8.12.0039 em que contende com Ministério Público Estadual, oferece recurso de apelação.

Colhe-se dos autos que o órgão ministerial de primeira instância ajuizou a presente demanda em face do apelante, em razão de ter se utilizado de veículo oficial do Município de Pedro Gomes (ambulância placas HQH-7148) para fins particulares. Narra a inicial que no dia 11 de fevereiro de 2014, por volta das 17h, na Rua Diamantino, naquele Município, o apelante, armado com um revólver calibre 38, efetuou diversos disparos contra Álvaro de Assis Santos, Vinicius Teodoro Figueiredo, Igor Teodoro Figueiredo e Gerson Deodati Figueiredo, não consumando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. Apurou-se que o apelante, por trabalhar como motorista do Município de Pedro Gomes/MS, utilizou-se da ambulância do Ente Público para se dirigir até o local onde praticou o crime de tentativa de homicídio.

Conforme relatado, insurge-se o apelante contra a sentença de f. 290-299, prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Pedro Gomes, que julgou procedente a demanda, condenando o ora apelante pela prática do ato de improbidade administrativa.

Por oportuno, colaciono o teor da parte dispositiva da sentença atacada:

> *"III. Dispositivo.*
>
> *Isso posto, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente a presente ação civil pública para confirmar a medida cautelar deferia (f. 262-270),*

e condenar o requerido Lucineis Serafim de Oliveira, qualificado nos autos, pela prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11, caput, da Lei n. 8.429/92), e na forma do art. 12, III, da Lei 8.429/92, aplicar-lhe as seguintes penalidades: A) perda da função pública; B) suspensão dos direitos políticos pelo período de 03 (três) anos; C) 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 período de 03 (três) anos; D) multa civil no valor de 12 (doze) vezes o valor da última remuneração percebida pelo requerido no exercício do cargo que ocupa, cuja importância deverá ser corrigida monetariamente pelo INPC a partir do evento danoso (designações dos servidores: 12/02/2015, f. 224-260), com juros de mora a partir do trânsito em julgado.

O valor da multa civil deverá ser revertido em favor do Município de Pedro Gomes/MS, nos termos do art. 18 da Lei n. 8.429/92.

Condeno o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, cuja exibilidade fica suspensa em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita pleiteado à f. 137 e que defiro neste momento.

Sem condenação em honorários advocatícios, considerando que a presente ação foi proposta pelo Ministério Público Estadual (art. 128, II, 'a', da CF).

Transitada em julgado: a) comunique-se o Tribunal Regional Eleitoral deste Estado acerca da suspensão dos direitos políticos, mediante sistema INFODIP; b) comunique-se o Município de Pedro Gomes/MS, para que promova o desligamento do réu da função que ocupa, bem como o Estado de Mato Grosso do Sul e a União acerca da proibição de contratação com o poder público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; c) proceda-se o lançamento dos dados referentes à condenação no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (CNJ); d) liquide-se o valor da multa e, na sequência, intime-se o requerido para que, no prazo de 10 (dez) dias, efetue o pagamento; não sendo realizado, certifique-se e oficie-se à Procuradoria Jurídica do Município para inscrição em dívida ativa e consequente execução.

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

Em sede recursal, o apelante alega que a sentença merece reforma, pois não há provas de que tenha agido com dolo, não se configurando, portanto, o ato de improbidade. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento das penalidades de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, afirmando serem desproporcionais, bem como redução da multa civil aplicada, eis que exacerbada.

Pois bem. De acordo com a Lei n°. 8.429/92, que regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição da República, são três as categorias de atos ilícitos que configuram improbidade administrativa, quais sejam: a) que importem em enriquecimento ilícito; b) que causem prejuízo ao erário; c) atos que atentem contra os princípios da administração pública.

Ressalvada a hipótese de causação de prejuízo ao erário, não há que se falar em ato de improbidade na modalidade culposa, pois, nesse caso, o fim objetivado pelo agente é lícito, o que retira a desonestidade da conduta, e a torna atípica para fins de aplicação da lei de improbidade administrativa.

No caso dos autos, a imputação está lastreada no artigo 11, *caput,* da Lei n. 8.429/92, que prevê a configuração de improbidade administrativa quando da ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

É fato incontroverso nos autos que o apelante utilizou-se de um bem público - ambulância -, para fins particulares - atingir seu(s) algoz(es) -, o que é evidenciado pelos elementos que compõem o inquérito policial, os depoimentos colhidos durante a instrução e também pela confissão do requerido.

Nesse contexto, tendo o réu se utilizado de um bem público para a prática do crime de tentativa de homicídio, associado ao fato de que carregava uma arma de fogo dentro da ambulância, mencionando que em certas ocasiões a mantinha embaixo do banco do veículo, houve malferimento do princípio da impessoalidade, porquanto não se pode admitir que agentes públicos utilizem a res pública com fins meramente privados, desvirtuando-se, assim, da verdadeira finalidade da atuação administrativa, qual seja, de buscar o bem comum de forma totalmente impessoal.

Não bastasse, é óbvio que a conduta do agente público de atentar contra a vida de outrem, violou ainda os princípios da legalidade, moralidade e da boa-fé.

Assim, ao contrário do que sustenta o apelante, a conduta danosa (tentativa de homicídio) e o benefício próprio (utilizar-se do veículo público para atingir outrem) estão bem demonstrados, bem como a violação, dolosa, dos princípios da impessoalidade, moralidade e boa-fé, expressos no art. 37 das Constituição Federal, a enquadrar a sua conduta nos termos do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Nesta seara, sabe-se que a Lei de improbidade administrativa tutela a moralidade administrativa, entendida como o dever de observância imposto aos agentes públicos, no desempenho de função ou atividade pública, de atuar com probidade - *"característica ou particularidade do que é probo; retidão ou integridade de caráter, honestidade, honradez."*

Portanto, presente o elemento subjetivo (dolo) na conduta do réu, correta a sua condenação por ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido os seguintes julgados:

> *"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVOS RETIDOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DO CPC/73 – APLICAÇÃO DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL (ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 02, DO STJ) – RATIFICAÇÃO NA APELAÇÃO – CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A FORMAÇÃO E ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – IMPROBIDADE CONFIGURADA – USO DE VEÍCULO PERTENCENTE À MUNICIPALIDADE (BEM PÚBLICO) PARA FINS PARTICULARES – CONDUTA INDEVIDA E ILÍCITA – VIOLAÇÃO AO ART. 9º, INCISOS IV E XII, DA LEI FEDERAL N. 8.492/92 – PENALIDADES – ARTIGO 12, INCISOS I E III, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL – SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS AFASTADA – MANUTENÇÃO DAS DEMAIS PENALIDADES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Prevê o Enunciado Administrativo n. 02, do Superior Tribunal de Justiça que 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17/03/2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça'. Consoante o art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, sob pena de não conhecimento, a parte deve requerer expressamente, como preliminar do recurso de apelação ou na resposta à apelação, que o Tribunal conheça do agravo retido e julgue o mérito dele. Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não de realização de determinada prova, não implicando cerceamento de defesa, o julgamento antecipado com base nas existentes no processo, se a prova pericial que a parte pretendia produzir era desnecessária e inócua ao deslinde da causa. (...) improbidade administrativa consiste na incorreção no trato da coisa pública, no descumprimento dos princípios que regem e norteiam a administração pública, implicando a 'ideia de violação de preceitos legais e/ou morais que vinculam a atividade dos agentes públicos, violação, intencional ou involuntária, dolosa ou culposa'. É ímprobo, via de consequência, todo agente público que deixe de pautar-se de acordo com as normas que regem a administração da coisa pública. (Motauri Ciocchetti de Souza). Caracteriza-se como ato de improbidade aquele praticado pelo Prefeito ao utilizar bem público, para fins particulares, em especial, para participar de evento patrocinado por Partido Político a que estava filiado à época dos*

fatos. O art. 12 da Lei Federal 8.429/1992 apresenta as sanções pelos atos de improbidade administrativa. O Juiz pode aplicar todas as sanções ou apenas uma ou algumas delas, desde que sejam pertinentes ao caso e necessárias e suficientes para a retribuição do ato ímprobo e empeço à prática de novos fatos." (TJSC, Apelação Cível n. 0900018-46.2014.8.24.0071, de Tangará, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 11-06-2019).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS NAS SANÇÕES DO ART. 12, INCISO II, DA LEI N. 8.429/92 – PLEITO DE CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA FORMULADO NA APELAÇÃO – POSSIBILIDADE – DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO – REMOÇÃO, POR SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL, DE PEDRAS DO TIPO ARDÓSIA, DE LOGRADOURO PÚBLICO E PERTENCENTES AO MUNICÍPIO PARA UTILIZAÇÃO EM PROPRIEDADE PARTICULAR, PERTENCENTE A OUTRA SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – USO DE VEÍCULO MUNICIPAL PARA O TRANSPORTE – DOLO CARACTERIZADO – CONDUTA CONFIGURADORA DOS ATOS DE IMPROBIDADE PREVISTOS NOS ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 9.429/92 – DANO AO ERÁRIO DEMONSTRADO – NECESSIDADE DE REPARAÇÃO – ADEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS AO APELANTE À GRAVIDADE DA CONDUTA POR SI PRATICADA – REDUÇÃO – INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSC, Apelação Cível n. 0900017-71.2014.8.24.0003, de Anita Garibaldi, rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 13-12-2018).

Ainda quanto à alegada "ausência de dolo", tese tecida pelo apelante, imperioso destacar que não se perquire a respeito da ocorrência de boa ou má-fé, mas, apenas e tão-somente, que o agente público, agindo comissiva ou omissivamente, tenha plena consciência da ilicitude da conduta de lesar o erário (dolo genérico), independentemente de ter havido ou não o dano efetivo. E tal realmente se mostrou evidente.

No tocante às sanções, previstas no art. 12, da Lei de Improbidade, observado o disposto no parágrafo único do mesmo artigo, é autorizada a sua individualização, arbitrando-a proporcionalmente à gravidade dos fatos e, levando-se isto em consideração, a meu ver não é o caso de afastar a sanção de perda do cargo.

Nesse sentido destaco que :

"(...) ao cominar a sanção por prática de ato de improbidade administrativa, deve o magistrado pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade, e analisar a lesividade e a reprovabilidade da conduta do servidor ímprobo, o elemento volitivo e a consecução do interesse público, de modo a adequar a pena ao caso concreto, sempre com a finalidade de evitar futuras práticas lesivas ao poder público e aos princípios da Administração Pública." (TJSC, Apelação Cível n. 2013.010379-1, de Curitibanos, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 13/06/2013).

Lado outro, entendo pela possibilidade de se afastar a fixação de multa ao apelante, por ser desproporcional à conduta perpetrada, notadamente se considerarmos que não é o caso de lesão aos cofres públicos, o apelante já fora penalizado com a perda do cargo e ainda arcará com as consequências de seu ato na esfera penal, de modo que reputo as demais sanções aplicadas suficientes para demonstrar o caráter punitivo e pedagógico da penalidade.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada

Diante do exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao apelo, apenas para afastar a penalidade de multa civil, mantendo os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial 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. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0802672-50.2019.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA CDA REJEITADA – REQUISITOS PREENCHIDOS – MÉRITO – AUTO DE INFRAÇÃO – LEGISLAÇÃO ADEQUADAMENTE APONTADA – IDENTIFICAÇÃO DO LOCAL DA INFRAÇÃO – CONDUTA – IRREGULAR PODA DE ÁRVORES – ALEGADO CONFLITO COM A REDE ELÉTRICA INSUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O DANO AMBIENTAL – AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO PERMITE A PODA INDISCRIMINADA – VALOR DA MULTA – APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – NULIDADE QUE LEVA À REDUÇÃO DO VALOR AO MÍNIMO LEGAL – SENTENÇA MODIFICADA PARCIALMENTE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Estando satisfeitos dos requisitos da CDA - artigo 2º, da Lei n. 6830/80, não há se falar em nulidade da CDA.

Verificado pelo fiscal ambiental que a poda das árvores ocorreu de forma indiscriminada e de modo contrário à autorização ambiental concedida pela administração local, mostra-se legal a identificação da infração e imposição da multa, não sendo necessário que conste especificamente o artigo 70, da Lei n. 9.605/98 no auto de infração quando nele apontada a norma legal que caracterizou a infração, mormente porque aquele é norma que traz tipo amplo e genérico, deixando à seara regulamentar a delimitação das condutas apenáveis.

Estabelecendo a legislação ambiental critérios objetivos para a imposição da multa pecuniária de valor variável (mínimo e máximo), o ato administrativo de dosimetria desta pena, ainda que discricionário, deve ser motivado, para que se possa aferir sua legalidade. Embora não restem dúvidas quanto a situação que ensejou a aplicação da penalidade pecuniária, há irregularidade na atividade de dosimetria desta pena, em razão da ausência de motivação, o que afeta a validade não do procedimento que reconheceu a necessidade de aplicação da multa, mas sim do valor fixado. Logo, não resta ao Judiciário outra alternativa que não reduzir a multa ao mínimo legal, já que não é possível declarar a nulidade da aplicação da multa em si.

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 agosto de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A, nos Autos de Embargos à Execução de n. 0802672-50.2019.8.12.0008, em que contende com Município de Corumbá, interpõe recurso de apelação cível.

A recorrente, em preliminar, alega que:

A CDA n. 310 é nula, porquanto indica como origem da dívida o Processo de n. 46197/2015, em decorrência do Auto de Infração n. 037/2015; todavia este auto está equivocado, já que o correto seria o de n. 038/2015; e,

O número do processo administrativo ou do auto de infração é requisito essencial da CDA e, sua errônea indicação invalida a certidão, que sequer poderia ter sido exigida na execução fiscal.

No mérito, aduz que:

Os autos de infração que instruíram as CDA careceram de fundamento legal hábil para autuação administrativa, qual seja, a lei criadora de infração ambiental: o artigo 70, da Lei 9605/99; assim, há ofensa à legalidade;

A legislação utilizada para embasar o Auto de Infração não é suficiente para a aplicação de sanção e aplicação de multa. Isso porque o Decreto 6.514 dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, regulamentando o Capítulo VI da Lei nº 9.605, mas sem a adequada indicação da lei, não é instrumento legal para a imposição de sanção;

As normas mencionadas nos autos de infração não são instrumentos legais adequados para a imposição de infração ambiental, o que torna ambos os atos nulos desde a origem; para validar a sanção, era necessário a indicação do dispositivo legal que a prevê;

Ainda que o artigo 49 da Lei 9605 - citado pela sentença e constante do auto de infração - tenha descrição similar a conduta descrita no artigo 56 do Decreto 6514, fato é que os dois artigos autonomamente não são suficientes para impor a infração. Como ressaltado pelos embargos, o artigo que impõe as sanções administrativas é o artigo 70 da lei 9605. A falta de indicação implica em vício da legalidade;

O Auto de Infração nº 39 indica de maneira ineficiente o local da infração, o que o invalida, porquanto prejudica a ampla defesa do autuado;

A conduta relatada no auto de infração não pode ser considerada típica, vez que não representam destruição, dano, lesão ou maltrato, já que a poda das árvores em conflito com a rede elétrica é necessária para a manutenção dos cabos e fornecimento de energia;

A poda das árvores foi realizada dentro dos limites de legalidade e a conduta não foi de má-fé; não houve a intenção de prejudicar ou causar dano ao meio ambiente;

O auto de infração deve desde logo ser julgado insubsistente, visto que a conduta não representa uma infração ambiental vez que possuía autorização para tal procedimento;

A empresa possuía autorização ambiental para realizar a poda das árvores;

A alegação de que a requerente não observou as condicionantes desta autorização somente surgiu no processo administrativo, não existindo assim a alegada infração ambiental;

A Lei Federal n.º 8.987/1995, dispõe sobre o regime de concessão de serviços públicos e prescreve que se incluem dentre os encargos da concessionária a prestação do serviço adequado, zelando pela integridade dos bens vinculados à sua execução; logo, é dever da concessionária a manutenção das redes de energia elétrica, e havia expressa autorização para as podas;

Não é razoável o valor da multa estabelecido no auto de infração, vez que foi aplicado sem qualquer justificativa e sem motivação para sua fixação acima do limite mínimo previsto na lei;

É possível ao exame do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo, sem que isso representa ofensa ao princípio da separação dos poderes;

Pelo princípio da causalidade, o embargado deve responder pelo ônus da sucumbência; e,

Estão presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução, nos termos do artigo 919, § 1º, do CPC.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento da súplica conforme arrazoado.

Em contrarrazões, o recorrido bateu-se pelo desprovimento da súplica recursal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A, nos Autos de Embargos à Execução de n. 0802672-50.2019.8.12.0008, em que contende com Município de Corumbá, interpõe recurso de apelação cível.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebo-o em seu efeito devolutivo, conforme expressamente dispõe o artigo 1.012, § 1º, III, do CPC.

Ademais, não vejo razões para conceder o pretendido efeito suspensivo aos embargos, porquanto não se verificam os requisitos do artigo 919, § 1º, do CPC:

> *"Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.*
>
> *§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes."*

Observa-se que, embora a execução esteja garantida, a improcedência dos pedidos iniciais afasta qualquer probabilidade das alegações iniciais e, portanto, não se fazem presentes os requisitos da tutela de urgência.

No mais, trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou a recorrente, embargante, ao pagamento das custas e despesa processuais, bem como honorários advocatícios.

Passo ao exame da súplica.

Preliminar de nulidade da CDA.

Alega a recorrente que a CDA n. a 310 é nula, porquanto indica como origem da dívida o Processo de n. 46197/2015, em decorrência do Auto de Infração n. 037/2015; todavia este auto está equivocado, já que o correto seria o de n. 038/2015.

Como se sabe, a fim de atender a ampla defesa e o contraditório da parte executada, a CDA deve observar os requisitos constantes dos §§ 5.º e 6.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830/80 - Lei de Execução Fiscal:

> *"§ 5.º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:*
>
> *I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;*
>
> *II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;*

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6.º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente."

No caso, verifica-se das CDA´s juntadas no processo de execução fiscal originário apresentam seus requisitos de validade e, ainda que equivocadamente indicado o número do auto de infração, tal situação não nulifica a certidão de dívida ativa, tratando-se evidentemente de erro material.

Ademais, é possível a identificação da origem e da natureza do débito, seu valor e os respectivos fundamentos legais, bem como a forma de incidência de juros e de multa, possibilitando-se, assim, a sua defesa, de sorte que não há que se falar em nulidade dos títulos executivos em questão.

Logo, deve ser afastada a tese do apelante sobre a nulidade das CDA's.

Mérito.

Neste ponto, o apelante aduz que os autos de infração não são suficientes para aplicação da sanção e multa, vez que não há indicativo expresso do dispositivo legal que a embasou. Insiste que a indicação do artigo 49, da Lei 9605, e do artigo 56, do Decreto 6514/2008, não são o bastante para suprir a necessidade de indicação da legislação aplicável, sendo que era necessária a indicação do artigo 70, da Lei n. 9.605/99. Assim, diante da nulidade em razão da ausência de indicativo legal para embasar os autos de infrações, deve ser extinta a execução.

Pois bem.

No caso em tela, conforme se observa dos documentos acostados aos autos, a apelante foi autuada em novembro de 2015, pela prática da infração descrita no artigo 49, da Lei n. 9.605/98 c/c artigo 56, do Decreto 6514/08 (f. 24 e 155), sendo descrita a conduta em *"destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia."*

O citado artigo 49 preconiza:

"Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente."

Por sua vez, o artigo 56 dispõe:

"Art. 56. - Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Multa de R$ 100,00 (cem reais) a R$1.000,00 (mil reais) por unidade ou metro quadrado."

Assim, analisando-se a conduta atribuída à recorrente e as normas supracitadas, mostra-se descabida a alegação de que era imprescindível a menção do artigo 70 da Lei 9.605/1998. Este artigo traz tipo amplo e genérico, deixando à seara regulamentar a delimitação das condutas apenáveis, mormente porque mostra-se

impossível tipificar toda gama de condutas vedadas, a formulação de tipo amplo ou genérico, deixando à seara regulamentar a delimitação das condutas apenáveis.

Portanto, o art. 70 previu de forma geral a infração administrativa ao meio ambiente, deixando à regulamentação (via decretos e portarias), de quais seriam as condutas puníveis. Neste sentido, a ausência de menção daquele artigo não representa lesão à ampla defesa, contraditório ou mesmo legalidade, eis que a conduta está delimitada na seara infralegal, além de descrita a infração imputada quando da lavratura do auto de infração.

Também não há irregularidade quanto à ausência de indicação do local da infração, vez que a conduta ilegal foi pratica em diversos locais da cidade de Corumbá (logradouros públicos do município) e o laudos de constatação revelam adequadamente onde ocorreram as podas irregulares.

No que tange à alegada atipicidade da conduta, ao argumento de que as podas eram necessárias, vez que conflitavam com a rede elétrica, entendo que a súplica não procede.

De fato, sabe-se que a concessionária de energia elétrica é responsável pelas redes da energia elétrica, inclusive daquelas que se localizam nos logradouros dos municípios. Além disso, não se desconhece da autorização ambiental concedida pela Prefeitura para a poda de aproximadamente 5.000 árvores de diversas espécies.

Contudo, conforme consta desta autorização, a poda deveria ser leve, tratando-se apenas de conformação nos vegetais, realizando-se estudo prévio do vegetal, identificando o ramo principal e ramos laterais, de modo que a alteração no vegetal seja mínima, preservando o seu equilíbrio.

Portanto, ao que se vê dos procedimentos administrativos, as infrações não decorreram por ausência de autorização, mas por realizar a poda das árvores de forma contrária à autorização, irregular ao que é permitido pela administração pública através da autorização ambiental.

Logo, ainda que seja dever da concessionária manter as redes de energia limpas, não agiu conforme a legislação ao realizar a poda indiscriminada de árvores localizadas no entorno, de preservação e tombadas como patrimônio histórico há mais de 20 anos, sendo tipificada a conduta da apelante como infração ambiental.

Por fim, quanto ao valor da multa, entendo que este deve ser revisto.

O artigo 56 antes destacado estabelece que a multa poderá variar entre R$ 100,00 e R$ 1.000,00 por unidade ou metro quadrado.

Para definição do valor a ser aplicado com base no citado artigo 56, há necessidade de que a administração pública observe os parâmetros fulcrados no princípio da proporcionalidade e definidos na legislação específica, observando-se, a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e, a situação econômica do infrator, no caso de multa.

E mais, não restam dúvidas quanto à necessidade de motivação na decisão que aplica multa administrativa ambiental em valor superior ao mínimo previsto na legislação, tanto que a Instrução Normativa 10/2012 da Presidência do IBAMA, em seu artigo 12, § 2º, expressamente destaca que, nos casos em que a legislação ambiental estabelece multa aberta, como a do artigo 56, outras vezes mencionado, o agente autuante deverá, além de observar o parâmetros definidos, motivar no auto de infração, relatório de fiscalização ou na decisão da autoridade julgadora a razão para indicação ou consolidação da multa acima do limite mínimo.

Por oportuno, destaca-se:

> *"Art. 12. Nos casos em que a legislação ambiental estabelece multa aberta, o agente autuante deverá observar os seguintes parâmetros para o estabelecimento da sanção pecuniária: I-identificação da capacidade econômica do infrator considerando, no caso de*

pessoa jurídica, o porte da empresa. II-a gravidade da infração, considerando os motivos da infração e suas consequências para o meio ambiente e para a saúde pública, verificando o nível de gravidade da infração, conforme Quadro I do Anexo I da presente Instrução Normativa.

§ 1º O valor da multa será fixado sempre pelo seu valor mínimo quando não constarem do auto de infração ou dos autos do processo os motivos que determinem a sua elevação acima do piso.

§ 2º Para indicação ou consolidação da multa acima do limite mínimo deverá haver motivação no auto de infração, relatório de fiscalização ou na decisão da autoridade julgadora.

§ 3º Quando a aplicação da multa aberta realizada nos termos deste artigo se mostrar desproporcional ou irrazoável, o agente autuante poderá estabelecer valores distintos do resultante da aplicação dos quadros 1 a 4 do Anexo I, mediante justificativa expressa, desde que dentro dos limites previstos na legislação." (Incluído pela IN15/2013, publicada no D.O.U de 23/07/2013)

No caso dos autos, ao examinar o auto de infração e o laudo de constatação, não há qualquer motivação do fiscal para aplicar a multa no valor de R$ 800,00; igualmente, também não colaciona qualquer elemento de fato que justifique a não-utilização da multa no valor mínimo, ou seja, R$ 100,00.

A mera indicação da legislação, quando distanciada dos parâmetros mínimos previstos na lei, agridem o princípio da motivação. Outrossim, há nítido descumprimento por parte da autoridade fiscal do princípio da proporcionalidade na aplicação da multa no presente caso, já que, não tendo observado valor mínimo da multa (R$ 100,00) deveria ter oferecido ao infrator a fundamentação de fato que justificasse essa sanção em valor consideravelmente maior.

Além disso, ainda que possa ser argumentado que algumas das arvores podadas irregularmente pertenciam ao entorno, abrangendo área tombada há mais de 20 anos como Patrimônio Histórico Nacional pelo IPHAN, não há como justificar a aplicação irrestrita e geral para elevar o valor da pena de multa sobre todas as arvores atingidas.

Faltou à fiscalização motivar adequadamente a razão pela o valor fixado superou o mínimo legal.

O mesmo deve ser dito em relação ao Auto de Infração de n. 38, já que não há justificativa para aplicação da pena de multa em seu máximo legal (R$ 1.000,00 por cada árvore).

Deste modo, embora não restem dúvidas quanto à situação que ensejou a aplicação da penalidade pecuniária, há irregularidade na atividade de dosimetria desta pena, em razão da ausência de motivação, o que afeta a validade, não do procedimento que reconheceu a necessidade de aplicação da multa, mas sim do valor fixado. Logo, não resta ao Judiciário outra alternativa que não reduzir a multa ao mínimo legal, já que não é possível declarar a nulidade da aplicação da multa em si.

Por oportuno, trago o seguinte julgado:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL – VALOR DA MULTA – APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – NULIDADE QUE LEVA À REDUÇÃO DO VALOR AO MÍNIMO LEGAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Estabelecendo a legislação ambiental critérios objetivos para a imposição da multa pecuniária de valor variável (mínimo e máximo), o ato administrativo de dosimetria desta pena, ainda que discricionário, deve ser motivado, para que se possa aferir sua legalidade. Embora não restem dúvidas quanto a situação que ensejou a aplicação da penalidade pecuniária, há irregularidade na atividade de dosimetria desta pena, em razão da ausência de motivação, o que afeta a validade não do procedimento que reconheceu a necessidade de aplicação da multa, mas sim do valor fixado. Logo, não resta ao Judiciário outra alternativa que não reduzir a multa ao mínimo legal, já

que não é possível declarar a nulidade da aplicação da multa em si." (TJMS. Apelação Cível n. 0801753-17.2012.8.12.0005, Aquidauana, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 17/05/2016, p: 17/05/2016)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso a fim de reduzir o valor da multa para o mínimo legal (R$ 100,00, por cada árvore), conforme fundamentação acima externada.

Em razão do novo resultado da demanda, redistribuo a sucumbência e condeno a autora ao pagamento de 60% das custas e despesa processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da causa naquela proporção. Ainda, fica o Município requerido condenado ao pagamento dos honorário recursais, no montante definido, conforme o percentual restante.

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em 1% sobre o valor da ação para cada litigante.

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. 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, 18 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0808687-63.2013.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRETENSÃO DE ALEGADOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZOS AO ERÁRIO – VÍCIOS EXISTENTES NA ORIGEM – ULTRAPASSADOS EM VIRTUDE DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO – AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 10 LEI Nº 8.429/1992 – FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU CULPA POR PARTE DOS REQUERIDOS – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRANSCORREU REGULARMENTE – INEXISTÊNCIA DE SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE AMBULÂNCIAS PELO MUNICÍPIO, POR DISPENSA DE LICITAÇÃO – ADOÇÃO DO ORÇAMENTO DE MENOR VALOR – RECURSOS PROVIDOS, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Takeshi Matsubara, David Lourenço e José Laerte Cecilio Tetila, estes dois últimos conjuntamente, interpõem recursos de apelação em face do Ministério Público Estadual, inconformados com a Sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou procedente a Ação Civil Pública movida pelo apelado, condenando os recorrentes no ressarcimento de valores ao Município de Dourados e, adicionalmente, condenou o requerido José na suspensão dos direitos políticos e na proibição de contratar com o poder público (f. 1.766-1.767).

Em seu recurso (f. 1.782-1.804), o primeiro apelante alega que a ação estaria prescrita, a Sentença seria *extra petita* e teria incorrido em cerceamento de defesa. Defende a regularidade do procedimento licitatório em questão e requer, assim, caso ultrapassadas as preliminares, que a demanda seja julgada improcedente.

Em seu recurso (f. 1.808-1.859), os outros dois recorrentes sustentam que o *decisum* seria nulo em virtude de cerceamento de defesa, bem como em virtude de que teria sido proferido *ultra petita* e sem fundamentação suficiente. Arguem a ilegitimidade passiva do recorrente David, a existência de vícios insanáveis no laudo pericial e, no mérito, a inexistência de irregularidade na aquisição dos veículos em questão. Nesses termos, pugnam pelo acolhimento do recurso.

Em contrarrazões (f. 1.870-1.921 e 1.922-1.926), o Ministério Público e o Município de Dourados rechaçam as alegações recursais. Pugnam pelo afastamento das preliminares e pela manutenção da sentença *a quo*, desprovendo-se o recurso de apelação.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento dos apelos (f. 1.949-1.961).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Primeiramente, observo que se mostram pertinentes as questões preliminares arguidas pelos apelantes, especialmente no que tange à existência de vício no laudo pericial, ao julgamento *extra* e ou *ultra petita*, bem como à ocorrência de prescrição da pretensão.

De efeito, os trabalhos periciais desbordaram dos limites da lide, perquirindo acerca de suposta ausência de transformação em ambulância de veículos adquiridos pelo Município de Dourados em 2003, o que sequer constou na causa de pedir e menos ainda no pedido.

O Perito foi seguido pelo juízo *a quo*, que condenou os requeridos no ressarcimento ao erário em valor muito superior (R$173.737.19) àquele pretendido na inicial pelo Ministério Público (R$14.665,51), com base na referida questão - sequer arguida pelo autor - o que afrontaria o artigo 492 do Código de Processo Civil.

Ademais, o entendimento hodierno do Supremo Tribunal Federal é de que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento diz respeito aos casos em que praticado ato doloso, do que não há evidência nos autos. Quando muito, poder-se-ia aventar omissão culposa, em relação à qual incidiria a prescrição quinquenal.

Todavia, em que pese a relevância das arguições mencionadas e que seriam suficientes para acarretar a extinção da demanda, tenho que importa atentar ao princípio da primazia do julgamento de mérito, insculpido no artigo 4º do Código de Processo Civil.

Ao que consta dos autos, foi firmado o Convênio nº 2006 com a União para aquisição de quatro unidades móveis de saúde (ambulâncias) em favor do Município de Dourados. A empresa que se sagrou vencedora no procedimento licitatório entregou apenas duas unidades, rescindindo amigavelmente o contrato em relação às demais.

Não houve interessados no segundo procedimento licitatório para aquisição das outras duas unidades móveis de saúde, razão pela qual formalizou-se a dispensa de licitação por meio do Decreto nº 1.458/2003, a fim de evitar a perda do Convênio.

Nesse contexto, muito embora o Ministério Público aponte que teria havido superfaturamento na compra dessas duas ambulâncias (com base em auditoria da CGU - f. 272), o fato é que foram requisitados três orçamentos (f. 382 e seguintes), sendo escolhido aquele de menor valor (f. 386).

Dessa forma, não é possível vislumbrar irregularidades no procedimento de aquisição das duas ambulâncias *Courier*, pelo valor de R$27.000,00 cada, revelando-se o menor valor dentre as propostas apresentadas, inexistindo ação ou omissão praticada pelos requeridos causadora de lesão ao erário, de modo que o caso não se amolda ao artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

Sobreleva ressaltar que o procedimento de compra por dispensa de licitação foi aprovado e operacionalizado pela comissão de licitação, sob chancela da advocacia geral do Município, conforme se observa de f. 380, o que corrobora sua legitimidade.

Portanto, diante das razões esposadas e dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, tenho que a ação em apreço deve ser julgada improcedente.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos de apelação aviados pelos requeridos, para o fim de julgar improcedente a presente ação.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0817275-28.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO À MANUTENÇÃO DOS OCUPANTES IRREGULARES NA POSSE DO IMÓVEL – POSSE ILÍCITA E CLANDESTINA, EM IMÓVEL PÚBLICO, NÃO SE CONVALIDA NEM AUTORIZA QUALQUER PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO EQUIVALE A MERA DETENÇÃO, QUE JAMAIS SE CONVALIDA EM POSSE, DO QUE DECORRE NÃO HAVER QUALQUER DIREITO À RETENÇÃO DE BENFEITORIAS OU INDENIZAÇÃO EM RELAÇÃO ÀQUELAS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS. 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, 28 de julho de 2020.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Valdomiro Soares da Silva e outra, contra Sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, nos autos da ação de usucapião extraordinário, movida por si em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando os requerentes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios à Fazenda Pública Estadual, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspendendo a condenação por ser beneficiária da assistência judiciária.

Os apelantes afirmam que ainda que o imóvel esteja registrado em nome da Seprotur, deve ser levado em consideração sua função social, uma vez que adquiriram a posse mansa e pacífica a partir de 1983. Entendem que deve ser levado em consideração todo o contexto histórico e a realidade social dos autores e, ainda que o bem pertença a ente público, os requisitos necessários estão presentes para deferimento ao pedido. Apresentaram a distinção entre posse e detenção. Afirmam que passados mais de 30 anos, não podem ser compelidos a desocuparem a área que foi abandonada e hoje é produtiva, argumentando que a proprietária é empresa pública de direito privado e ainda que o bem tenha sido adquirido com patrimônio público, são considerados particulares porque não há destinação pública para a área (interesse coletivo). Entendem, também, que por possuírem a área há muitos anos, há obrigatoriedade de serem indenizados pelas benfeitorias realizadas. Requerem provimento, com reforma da sentença e julgamento de procedência ao pedido.

Em contrarrazões, o Estado de Mato Grosso do Sul rebate os argumentos e postula pela manutenção da Sentença em todos os seus termos.

A Procuradoria de Justiça deixa de se manifestar por entender que não há razão para manifestação ministerial.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Os apelantes pretendem a reforma da Sentença sob alegação de que:

> *"(...) no caso dos autos, há que se levar em consideração todo o contexto histórico e a realidade social vivida pelos recorrentes da propriedade, fundamentando-se que apesar do bem pertencer a um ente público, a propriedade deve atender à função social, somando-se a esse fato, entendem-se estar presentes os requisitos que possibilitam o reconhecimento da usucapião, uma vez que resta configurado a existência da posse mansa, pacífica e ininterrupta da propriedade por mais de 30 anos."*

Em que pese seus argumentos, aqueles não têm o condão de alterar a muito bem fundamentada Sentença.

Em análise do processado, concluo que o recurso, no mérito, deve ser desprovido.

Isso porque, nada obstante os apelantes tenham dito o contrário, o fato é que tomaram posse de área de domínio público, inalienável e imprescritível, sem justo título.

No caso dos autos, é de bom alvitre ponderar que o direito de sequela é direito que socorre o proprietário, lhe conferindo a opção de ir buscar a coisa onde e em poder de quem se encontrar. Decorre daí a faculdade do proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente, por meio de ação real. Tal é o sentido da norma insculpida no artigo 1.210 do Código Civil, aplicável à hipótese, que dispõe:

> *"Art.1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado."*

E exatamente foi o que ocorreu, consoante Autos 0815334-43.2014.8.12.0001, em que o Estado de Mato Grosso do Sul reclamou a posse do imóvel em discussão, em cujo processo foi determinada sua emissão naquele (ação reivindicatória).

Ademais, o apelado informou que o imóvel está dentro de área maior, registrado na Matrícula 16.254-CRI da 2ª Circunscrição de Campo Grande, doado pelo Município de Campo Grande ao Estado de Mato Grosso do Sulk, posteriormente transferido à Codesul, à Codems e à Seprotur, sempre com a finalidade de interesse público, o que comprova a propriedade do imóvel pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Não é necessário, logicamente, que o Estado desmembre ou detalhe qual a área invadida pelos recorridos ou por terceiro que teria passado a posse do imóvel àqueles, se é proprietário de área maior, na qual está contido o(s) lote(s) objeto do litígio.

Por tratar-se de área institucional como expressamente consta na matrícula imobiliária, ou seja, que ao menos em princípio não se destinou e não se destinava a cessão ou venda a particulares, está suficientemente demonstrado que não haveria qualquer autorização do Estado ou das Autarquias, nem mesmo precária ou tácita, para que terceiros, particulares (sejam os recorridos ou outros, anteriormente), ocupassem qualquer porção do imóvel. Essa ocupação evidentemente é irregular, ilegal e clandestina.

Há demonstração suficiente de ter havido invasão de imóvel público, o que é evidentemente ilegal; os invasores, anteriores ou atuais, ofendem o direito de toda a coletividade, já que o imóvel de propriedade ao Estado pertence, vale dizer, a todos os que pagam os impostos, a todos os que prestigiam a lei, a ordem e o bem público.

O imóvel público não é passível de posse por terceiros. Assim, mesmo que eventualmente os ocupantes estejam no imóvel há muito tempo, e a posse lhe tenha sido passada por terceiro particular que, obviamente, não detinha o domínio do imóvel, é possível e necessária a restituição do Estado na posse daquele. Isso porque

nem a prova de a posse dos ora recorrentes ser mansa, pacífica e de boa-fé tem o condão de convalidar tal posse, uma vez que se trata de bem público, sobre o qual não se opera a prescrição aquisitiva.

Como já anotado, os bens públicos são insuscetíveis de posse por particular; a entrada e ocupação dos imóveis por particulares constitui esbulho, o que ofende não só a posse e propriedade do apelado como, repita-se, afeta negativamente o direito social de toda a comunidade.

Em verdade, os recorrentes mantinham mera detenção sobre o bem público, que jamais se convalida em posse legítima do bem, muito menos em domínio daquele.

No mesmo sentido do acima esposado é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO – DETENÇÃO – AUSÊNCIA DE POSSE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Embora a função social seja base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a ocupação por particular de um bem público é caso de mera detenção e não posse, sendo cabível a retomada deste a qualquer tempo."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410128-94.2017.8.12.0000. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgamento: 24.01.2018).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – FAIXA DE DOMÍNIO DE FERROVIA FEDERAL - LEI Nº 6.766/79 – ÁREA NÃO EDIFICÁVEL – SEGURANÇA DO TRÁFEGO E DAS PESSOAS – PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *O conjunto probatório produzido nos autos evidencia que o apelante edificou junto a linha férrea, exercendo a posse clandestina de bem público, não podendo ser considerada tal posse justa e de boa-fé, havendo mera detenção."* (TJMS. Apelação nº 0001254-37.2010.8.12.0005. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relatora: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Julgamento: 25.04.2017).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – MERA DETENÇÃO – INDENIZAÇÃO RELATIVA ÀS BENFEITORIAS REALIZADAS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *O ente público não necessita evidenciar o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade para ser reconhecida sua posse anterior, haja vista que, em se tratando de bem público, há uma vinculação jurídica da coisa com a finalidade pública, o que se denomina de posse jurídica, a qual inviabiliza a aquisição da posse por particular. Segundo entendimento pacífico do STJ, havendo mera detenção não há como se reconhecer o direito à indenização por benfeitorias."* (TJMS. Apelação nº 0800777-20.2016.8.12.0021. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. J.: 25.04.2017).

Convém ressaltar, ainda, que não há se falar em direito de retenção pelas benfeitorias realizadas no imóvel, como requerido alternativamente pelos apelantes, eis que mera detenção não gera referido direito aos detentores. Em igual sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – MÉRITO – BEM PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – MERA DETENÇÃO – PEDIDO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – INOVAÇÃO RECURSAL – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO.*
>
> *Não se configura cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de determinada prova, dada a existência nos autos de elementos suficientes*

para sua convicção. Em decorrência da previsão do artigo 183, § 3.º, da Constituição da República, o particular jamais pode exercer poderes de propriedade em relação aos imóveis públicos, já que eles não podem ser objeto de prescrição aquisitiva (usucapião). Não se conhece de parte do recurso que trata sobre matéria não deduzida em primeiro grau, por tratar-se de inovação em sede recursal. Como se trata de ocupação irregular de bem público, deve ser ela tratada como mera detenção e não como posse, e não há que se reconhecer efeitos possessórios, nem mesmo o direito à indenização por benfeitorias." (TJMS. Apelação nº 0039017-16.2012.8.12.0001. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan. Julgamento: 30.01.2018).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE POSSE – ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA QUE NÃO INDUZEM POSSE – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – INDEVIDA – RECURSO PROVIDO.

Na esteira do Superior Tribunal de Justiça, a ocupação de imóvel público, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas mera detenção, assim como não gera direito à indenização por benfeitorias." (TJMS. Apelação nº 0800026-24.2016.8.12.0024. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Eduardo Machado Rocha. Julgamento: 14.11.2017).

Assim, é o caso de manutenção da sentença, do que decorre o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de Apelação aviado por Valdomiro Soares da Silva e Josefina da Silva Taveira para o fim de negar-lhes provimento, e manter a Sentença recorrida em seus termos.

Com base no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, condeno os apelantes no pagamento de honorários recursais no importe de 2% sobre o valor atualizado da causa. Todavia, suspendo a exigibilidade do respectivo pagamento, na forma do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Agravo de Instrumento nº 1405033-78.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – LIMINAR QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DE LEI MUNICIPAL QUE CONCEDIA AUMENTO DE SUBSÍDIOS DO PREFEITO E VICE-PREFEITA DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – POSSÍVEL REFLEXO EM REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES OCUPANTES DE OUTROS CARGOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO, EM ANÁLISE PERFUNCTÓRIA TÍPICA DOS PEDIDOS DE LIMINAR, DE FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILICITUDE DA LEI CONCESSIVA DE MAJORAÇÃO DE SUBSÍDIOS, DECORRENTE DE ATUALIZAÇÃO DE REMUNERAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS – NÃO VERIFICAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE (OU REGRA DA LEGISLATURA) EM RELAÇÃO AOS SUBSÍDIOS DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, SECRETÁRIOS MUNICIPAIS E OUTROS CARGOS DE NATUREZA POLÍTICA DO PODER EXECUTIVO – INTELIGÊNCIA E INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 29, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E 19, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 21, II, DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 101/2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL) – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – NECESSIDADE DE CASSAÇÃO DA LIMINAR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de agosto de 2020.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Neraldo de Araújo interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em desfavor de Luis Augusto Lima Scarpanti e outros, contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Popular nº 0840235-02.2019.8.12.0001, que deferiu o pedido de tutela de urgência por eles formulado e determinou a suspensão do reajuste de 4,17% nos subsídios do Prefeito e Vice-Prefeita do Município de Campo Grande, decorrentes da Lei nº 6.335/2019.

Informa ter sido admitido como assistente litisconsorcial nos autos de origem e que seu interesse consubstancia-se no fato de sua remuneração estar atrelada ao subsídio do Prefeito do Município, de modo que a manutenção da decisão agravada poderia vir a prejudicá-lo. Sustenta não estarem presentes os requisitos para concessão da tutela ora combatida, visto que o princípio da anterioridade (legislatura) adotado pelo juízo de origem, não seria aplicável ao caso, assim como não teria sido demonstrado o perigo de dano pelos Autores.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo. Ao final, requer a cassação da liminar concedida em Primeira Instância, uma vez que ausentes os requisitos legais para a concessão daquela medida.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido a f. 233-234.

Os agravados, embora intimados, não ofertaram contrarrazões ao recurso (Certidão a f. 238).

A Procuradoria de Justiça, em Parecer de f. 242-253, opina pelo conhecimento e desprovimento do Agravo.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Em análise do contido nos autos, concluo que o recurso merece provimento.

Isso porque não vislumbro qualquer laivo de inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 6.335/2019, razão pela qual não há motivo justo para negar-lhe vigência.

Conforme esclarecido na inicial recursal, o agravante é servidor público municipal, ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Municipal de Campo Grande-MS, tendo sido esclarecido, pelo recorrente, que a Decisão tomada na Ação Popular de origem pode afetar seus vencimentos, na medida em que sua remuneração poderá não sofrer reajuste, haja vista que aquela está limitada ao montante percebido pelo Prefeito Municipal.

A mencionada lei municipal, de 2019, previu aumento de remuneração aos ocupantes dos cargos elencados na Lei Municipal nº 5.777/2016, a saber: Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais, Procurador-Geral e titulares das entidades da administração indireta - agentes políticos, na ordem de 4,17%, a serem implementados em duas fases: a primeira, em 1º de outubro de 2019, e a segunda em 1º de dezembro de 2019. A Lei Municipal nº 6.335/2019 foi publicada no Diário Oficial de Campo Grande - DIOGRANDE nº 5.750, de 22.11.2019.

Ao contrário do entendimento esposado pelo juízo *a quo*, o princípio da anterioridade (ou regra da legislatura), previsto no art.29, inciso VI, da Constituição da República, aplica-se tão somente aos vereadores, e não ao Prefeito e demais agentes políticos do poder executivo municipal, sendo certo que a estipulação dos subsídios dos mencionados cargos políticos é estabelecida segundo os critérios do inciso V, do referido dispositivo constitucional.

Tal conclusão é aferível pela simples leitura dos incisos do artigo 29 da Constituição da República, que passo a reproduzir:

> *"Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
>
> *V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;*
>
> *VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos."*

Os comandos normativos transcritos acima são praticamente reproduzidos no artigo 19, *caput* e parágrafo único, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que também trata de forma diferenciada dos subsídios de Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais, não os vinculando ao princípio da anterioridade (ou regra da legislatura), nos seguintes termos:

"Art. 19. O subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais será fixado pela Câmara Municipal, observados os limites da arrecadação municipal estabelecidos na Lei Orgânica e o disposto na Constituição Federal.

Parágrafo único. O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe a Constituição Federal e os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica."

No mesmo sentido é o entendimento já esposado em julgados do E. Supremo Tribunal Federal, e também por este Tribunal de Justiça, acerca da matéria, conforme se vê nas ementas abaixo transcritas:

"EMENTA – AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ***FIXAÇÃO DO SUBSÍDIO DE PREFEITO – ARTIGO 29, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 19/1998 – AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE*** *– PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO DESPROVIDO."* (STF. Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.217.439/SP. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 30.08.2019). (G.n.).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL AFASTADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRETENSÃO DE INTERVENÇÃO NO FEITO VIA ASSISTÊNCIA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO – INADMISSÃO MANTIDA – RECURSO DOS SUPOSTOS ASSISTENTES CONHECIDO E DESPROVIDO – MÉRITO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ***FIXAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS VEREADORES, PREFEITO, VICE-PREFEITO E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS POR ATO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL*** *– SUBSÍDIO DOS VEREADORES FIXADOS DE UMA LEGISLATURA PARA OUTRA FEITA ATRAVÉS DE RESOLUÇÃO – SUBSÍDIO DO PREFEITO, VICE-PREFEITO E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS FEITO POR MEIO DE DECRETO LEGISLATIVO – NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL – LEIS POSTERIORMENTE PUBLICADAS RATIFICANDO OS TERMOS DO DECRETO LEGISLATIVO, APROVADA PELA CÂMARA E SANCIONADA PELO NOVO PREFEITO* ***– INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 29, V E VI DA CF, 19 E PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E 23,§ 4º, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE*** *– INEXISTÊNCIA DE IMORALIDADE OU OFENSA A QUALQUER DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE PUDESSE MACULAR OS ATOS INQUINADOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO DA CÂMARA DOS VEREADORES DE CAMPO GRANDE CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR TOTALMENTE IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA INICIAL, CONTRA O PARECER.*

A fixação dos subsídios dos Vereadores que é feita de uma legislatura para outra não ofende o princípio da moralidade, que só existiria se o aumento ocorresse no curso da legislatura onde o aumento foi concedido, espécie inexistente nos autos. ***A Constituição Federal trata do aumento dos subsídios dos vereadores, do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais em dispositivos distintos, a saber, o inciso V (para prefeito, vice prefeito e secretários Municipais) e VI (para os vereadores). Logo, não se deve dar o mesmo tratamento jurídico para as duas situações, porque são diferentes os requisitos de validade de um e outro dos atos administrativos a serem expedidos para tal fim****. Quanto aos vereadores, o inciso VI do art. 29 da CF, regra reproduzida na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e na Lei Orgânica do Município de Campo Grande, estabelece que deve ser feito pela respectiva Câmara Municipal, em cada legislatura para a subsequente, o que prescinde, então, de lei em sentido formal, sendo suficiente para tanto a norma interna prevista na Lei Orgânica do Município, que estabelece que a Resolução é o meio administrativo adequado para que o subsídio, válido apenas para a legislatura seguinte, seja validamente implementado. Assim, não padece de qualquer vício ou ilegalidade, a edição da Resolução nº 1.155/2012, da Câmara Municipal de Campo Grande, que fixou os subsídios dos vereadores para a próxima legislatura, a ter início em 2013, em especial quando se observa que os limites impostos pela Constituição Federal, a saber, aqueles constantes no mesmo inciso VI, letra 'f' e inciso VIII,*

> *foram totalmente observados.* ***Quanto ao aumento do subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais, o inciso V do art. 29 da Constituição Federal, que tem idêntica reprodução na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, impõe que seja feito por lei, em sentido formal, de tal forma que não se revela possível que a_Câmara fixe o valor dos novos subsídios por meio de decreto legislativo, inapropriado para tal fim. Todavia, se no ano seguinte ao do decreto legislativo expedido pela Câmara o novo Prefeito Municipal, que assumiu o cargo, sanciona leis que ratificam o teor do decreto legislativo, eventual ilegalidade que existia deixou de existir, não havendo que se falar, assim, em ato lesivo ou ilegal que pudesse dar sustentação aos pedidos veiculados na ação civil pública****. De igual forma, não há que se falar em ofensa ao artigo 21, parágrafo único, da Lei Complementar 101/2000 (nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão) porque referido preceito não se aplica às hipóteses contida nos autos, que se referem à fixação de subsídios para os detentores de mandato legislativo ou executivo, para o exercício seguinte. Muito menos há que se falar que houve ofensa à mesma lei, por aumento de despesa sem previsão orçamentária porque no mesmo ano foi publicada a Lei Municipal 5.118, de 27.12.2012 Lei Orçamentária que contemplou os aumentos dos subsídios, não tendo o Ministério Público logrado êxito em demonstrar que teria ocorrido lesão ao patrimônio Público, essencial para a procedência do pedido. Ademais, a própria Constituição Federal estabelece que o aumento dos vereadores deve se dar de uma legislatura para outra, sem estabelecer data limite para tal fim, pelo que o legislador ordinário não poderia estabelecer qualquer limitação temporal, como aventado na ação, o mesmo ocorrendo em remuneração ao subsídio do Prefeito que, devendo ser fixado para o mandato seguinte, não tem fixado pela Constituição Federal qualquer termo ou data-limite, pelo que não é dado ao intérprete fazê-lo. Recurso da Câmara Municipal conhecido e provido para reformar a sentença e julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial da ação civil pública."* (TJMS. Apelação Cível nº 0816876-33.2013.8.12.0001. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento: 13.09.2016). (G.n.).

Ainda no mesmo sentido do acima exposto colhem-se outros julgamentos do E. Supremo Tribunal Federal sobre a questão, a exemplo do que ocorreu nos seguintes recursos: RE nº 1.050.393/SP, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 28.06.2018; RE nº 1.203.151/SP, Relatora: Min. Rosa Weber, Julgamento: 30.09.2019; RE nº 1.062.716/SP, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 26.03.2019, dentre outros.

É de bom alvitre mencionar, ainda, que a edição da Lei Municipal nº 6.335/2019 também não viola o disposto no artigo 21, inciso II, da Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que determina ser nulo de pleno direito *"o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20"*. Isso porque a referida lei municipal foi publicada em 22.11.2019, portanto, mais de 180 dias antes do término do mandato atual do Prefeito, que se finda em 31.12.2020.

Ressalvo que se, ao final da ação, concluir-se que a Lei indigitada revele-se inconstitucional ou ofensiva a qualquer outro preceito constitucional, somente nesta hipótese, após juízo de cognição exauriente, e apenas então, poderá ela ter sua aplicação eventualmente suspensa ou revogada, já que, em análise perfunctória, típica das medidas liminares, não se verifica presente qualquer mácula.

Assim, é o caso de reforma da Decisão recorrida, do que decorre o provimento deste recurso.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento interposto por Neraldo de Araújo para o fim de dar-lhe provimento, e, confirmando a liminar concedida, cassar a Decisão recorrida, na parte em que determinou a suspensão do reajuste de 4,17% nos subsídios do Prefeito e Vice-Prefeita de Campo Grande, decorrentes da Lei Municipal nº 6.335/2019.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 13 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação/Remessa Necessária nº 0800436-80.2014.8.12.0015 – Miranda

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – PERDA DO OBJETO – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – MÉRITO – CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – PESQUEIRO – IMÓVEL CONSTRUÍDO AINDA NA DÉCADA DE 80 – ART. 61-A DO CÓDIGO FLORESTAL – CONTINUIDADE DAS ATIVIDADES DE ECOTURISMO E TURISMO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA.

Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal.

A consolidação do fato consubstanciado na construção em área de preservação permanente, ainda, na década de 80, aliado ao fato de que não foi constatado impacto poluidor ou destrutivo no Rio Miranda ou na região, bem como porque serve ao propósito de turismo rural, o que pode ser enquadrado na previsão do art. 61- A, § 12, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), afasta a obrigação de demolição e remoção da edificação.

Recurso de José Carlos Gonçalves, Maria Ivone da Silva Gonçalves.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PREPARO – INADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO – DESERÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO – SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA.

A ausência de recolhimento do preparo enseja o não conhecimento do recurso, pelo não preenchimento de requisito extrínseco de admissibilidade.

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 ministerial, não conheceram do apelo de José Carlos Gonçalves e outra e mantiveram a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de junho de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Ministério Público Estadual, José Carlos Gonçalves e Maria Ivone da Silva Gonçalves e remessa necessária da sentença proferida em 19/1/2018 pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Miranda na ação civil pública ambiental proposta por Ministério Público Estadual em face de José Carlos Gonçalves e Maria Ivone da Silva Gonçalves, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 354-369) Ministério Público Estadual alega que o imóvel rural de propriedade dos requeridos está inserido na área de preservação permanente do Rio Miranda, apresentando irregularidades ambientais impossíveis de serem regularizadas.

Sustenta que o Novo Código Florestal, em seu art. 61-A, permitiu a continuidade das atividades, em imóveis localizados em áreas rurais consolidadas, mas não isentou o proprietário quanto à preservação, tendo em vista sua relevante função ambiental.

Aduz que a legislação ambiental dispõe que, na Área de Preservação Permanente, a autorização limita-se à continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas consolidadas, o que não engloba a pesca esportiva, como mero lazer, e que *"a liberação da prática de outras atividades esvaziaria o conteúdo do dispositivo, pois sujeitaria as áreas de preservação permanente, essenciais por sua própria definição, a atividades degradadoras não albergadas pela lei."*

Argumenta que:

> *"(...) é de rigor a demolição/remoção das edificações construídas na propriedade em voga, existentes em área de preservação permanente, pois absolutamente ilegais, assim como impositivo o dever de recuperar a área degradada, a fim de que volte a desenvolver a sua relevante função ambiental e indenizar os danos ambientais ocasionados, motivo pelo qual o Ministério Público Estadual requer o julgamento totalmente procedente dos pedidos contidos na peça incoativa."*

Requer:

> *"O conhecimento e provimento do recurso de apelação ora interposto, reformando-se a r. sentença de piso para o fim de julgar totalmente procedentes os pedidos, nos termos delineados na inicial, como medida de Justiça!*
>
> *À derradeira, se desprovido o presente recurso, mesmo que parcialmente, requer a manifestação expressa do órgão fracionário julgador sobre o art. 5º, inc. XXXIX (legalidade) e art. 225, ambos da Constituição da República/88, e sobre o art. 334, inc. III, do CPC; art. 4º, inc. I, alínea 'c'; e art. 7º, ambos da Lei n.º 12.651/12; art. 4º, incs. VI e VII, e art. 14, § 1º, ambos da Lei n.º 6.938/81, para que se atenda ao requisito processual do prequestionamento e, assim, possa a matéria futuramente ser objeto dos recursos extraordinário e/ou especial."*

Os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 401-420), arguindo preliminar de perda superveniente do objeto do feito originário em razão do julgamento, no STF, da ADC42, ADI4901, ADI4902, ADI4903 e ADI4937, que reconheceram a constitucionalidade dos art. 61-A e 61-B do Código Florestal e, no mérito, pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC.

Em razões recursais José Carlos Gonçalves, Maria Ivone da Silva Gonçalves (f. 370-378) requerem a concessão de justiça gratuita. No mérito, que a condenação de obrigação de não fazer imposta aos Requeridos não encontra amparo nos pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual.

Aduzem que o próprio apelado Ministério Público trouxe aos autos provas de que as edificações existentes são anteriores a 2008, restando clara a materialização de litigância de má-fé e necessária a condenação do autor nos termos da legislação vigente.

Requer, a reforma da sentença para afastar a condenação de obrigação de não fazer, bem como da multa prevista para o caso de descumprimento e, também, a condenação do apelado por litigância de má-fé e honorários sucumbenciais.

O pedido de justiça gratuita foi indeferido (f. 491-497) e os requeridos deixaram de recolher o preparo da apelação (f. 514).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 440-456) pelo *"conhecimento de ambos os recursos e pelo provimento do recurso de apelação interposto apenas pelo Ministério Público Estadual, para que a sentença seja reformada no sentido de julgar totalmente procedente o pedido inicial."*

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Ministério Público Estadual, José Carlos Gonçalves e Maria Ivone da Silva Gonçalves e remessa necessária da sentença proferida em 19/1/2018 pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Miranda na ação civil pública ambiental proposta por Ministério Público Estadual em face de José Carlos Gonçalves e Maria Ivone da Silva Gonçalves, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença:

> *"Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inciso I, do NCPC, julgo, com resolução do mérito, parcialmente procedentes os pedidos formulados nesta ação proposta pelo Ministério Público Estadual em face de José Carlos Gonçalves, a fim de aplicar em relação a estes a obrigação de não fazer, consistente no impedimento de realizar novas intervenções na área de preservação permanente, bem como nas edificações já levantadas, que se encontram às margens do Rio Miranda, na Cidade de Miranda-MS, sob pena de multa de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), ficando esta limitada em R$ 100.000,00 (cem mil reais).*
>
> *Em razão da sucumbência mínima do requerido, deixo de condená-lo nas custas processuais e honorários advocatícios.*
>
> *Deixo de condenar o requerente nas custas processuais por ser isento. Ante ausência de má-fé do Parquet, deixo de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios.*
>
> *Dada a ausência de dispositivo na Lei de ação civil pública, Lei nº 7.347/85, versando sobre remessa oficial, deve-se, prioritariamente buscar norma de integração dentro do microssistema processual de tutela coletiva, o que confirma como legítima a aplicação por analogia do artigo 19 da Lei 4.717/65.*
>
> *Assim, expirado o prazo sem interposição de recurso pelas partes, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para reexame necessário da sentença.*
>
> *P.R.I."*

Em razões recursais (f. 354-369) Ministério Público Estadual alega que o imóvel rural de propriedade dos requeridos está inserido na área de preservação permanente do Rio Miranda, apresentando irregularidades ambientais impossíveis de serem regularizadas.

Sustenta que o Novo Código Florestal, em seu art. 61-A, permitiu a continuidade das atividades, em imóveis localizados em áreas rurais consolidadas, mas não isentou o proprietário quanto à preservação, tendo em vista sua relevante função ambiental.

Aduz que a legislação ambiental dispõe que, na Área de Preservação Permanente, a autorização limita-se à continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas consolidadas, o que não engloba a pesca esportiva, como mero lazer, e que *"a liberação da prática de outras atividades esvaziaria o conteúdo do dispositivo, pois sujeitaria as áreas de preservação permanente, essenciais por sua própria definição, a atividades degradadoras não albergadas pela lei."*

Argumenta que:

> *"(...) é de rigor a demolição/remoção das edificações construídas na propriedade em voga, existentes em área de preservação permanente, pois absolutamente ilegais, assim como*

impositivo o dever de recuperar a área degradada, a fim de que volte a desenvolver a sua relevante função ambiental e indenizar os danos ambientais ocasionados, motivo pelo qual o Ministério Público Estadual requer o julgamento totalmente procedente dos pedidos contidos na peça incoativa."

Requer:

> *"O conhecimento e provimento do recurso de apelação ora interposto, reformando-se a r. sentença de piso para o fim de julgar totalmente procedentes os pedidos, nos termos delineados na inicial, como medida de Justiça!*
>
> *À derradeira, se desprovido o presente recurso, mesmo que parcialmente, requer a manifestação expressa do órgão fracionário julgador sobre o art. 5º, inc. XXXIX (legalidade) e art. 225, ambos da Constituição da República/88, e sobre o art. 334, inc. III, do CPC; art. 4º, inc. I, alínea 'c'; e art. 7º, ambos da Lei n.º 12.651/12; art. 4º, incs. VI e VII, e art. 14, § 1º, ambos da Lei n.º 6.938/81, para que se atenda ao requisito processual do prequestionamento e, assim, possa a matéria futuramente ser objeto dos recursos extraordinário e/ou especial."*

Os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 401-420), arguindo preliminar de perda superveniente do objeto do feito originário em razão do julgamento, no STF, da ADC42, ADI4901, ADI4902, ADI4903 e ADI4937, que reconheceram a constitucionalidade dos art. 61-A e 61-B do Código Florestal e, no mérito, pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC.

Em razões recursais José Carlos Gonçalves, Maria Ivone da Silva Gonçalves (f. 370-378) requerem a concessão de justiça gratuita. No mérito, que a condenação de obrigação de não fazer imposta aos Requeridos não encontra amparo nos pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual.

Aduzem que o próprio apelado Ministério Público trouxe aos autos provas de que as edificações existentes são anteriores a 2008, restando clara a materialização de litigância de má-fé e necessária a condenação do autor nos termos da legislação vigente.

Requer, a reforma da sentença para afastar a condenação de obrigação de não fazer, bem como da multa prevista para o caso de descumprimento e, também, a condenação do apelado por litigância de má-fé e honorários sucumbenciais.

O pedido de justiça gratuita foi indeferido (f. 491-497) e os requeridos deixaram de recolher o preparo da apelação (f. 514).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 440-456) pelo *"conhecimento de ambos os recursos e pelo provimento do recurso de apelação interposto apenas pelo Ministério Público Estadual, para que a sentença seja reformada no sentido de julgar totalmente procedente o pedido inicial."*

Breve relato dos fatos.

O autor alega que inicial:

> *"(...) realizou um complexo trabalho de diagnóstico ambiental das propriedades que margeiam o Rio Miranda, desde a nascente até a foz, denominado 'Programa Rios Vivos', com objetivo de analisar os dados físicos, bióticos e socioeconômicos que estavam causando, direta ou indiretamente, impactos negativos ao Rio Miranda e aos espaços territorialmente protegidos, a exemplo das áreas de preservação permanente."*

Aduz que:

> *"(...) uma das regiões diagnosticadas foi 'Rancho de Pesca sem denominação - Rancho de professor Carlão', que apresentou irregularidades ambientais descritas na Ficha Cadastral n.º 499, elaborada pela PROMAP, empresa contratada para efetuar o trabalho de campo, descrevendo de forma minuciosa as características das propriedades e suas irregularidades."*

Requer, em sede de tutela provisória, impor aos requeridos a obrigação de, imediatamente, abster-se de utilizar, ainda que por intermédio de terceiras pessoas, as edificações levantadas às margens do Rio Miranda, de sua propriedade, como também de não proceder qualquer intervenção, seja reforma ou ampliação, além de eventual limpeza da vegetação local, sob pena de multa diária; ii) a inversão do ônus da prova.

No mérito, a confirmação dos pedidos liminares e: i) impor aos requeridos a obrigação de, no prazo de 30 (trinta) dias, demolir/remover as edificações de sua propriedade, como ainda das estruturas que dão suporte às pescarias, que se encontrem dentro da área de Preservação Permanente do Rio Miranda, sob pena de multa diária; e ii) impor aos requeridos a obrigação de, no prazo de 90 (noventa) dias, apresentar um PRADE - Projeto de Recuperação de Área Degradada, com intuito de recuperar os danos ambientais existentes na área de preservação permanente às margens do Rio Miranda, o qual deverá ser apresentado ao Secretaria Estadual de Meio Ambiente e executado no prazo que aquele órgão determinar, sob pena de multa diária; iii) a obrigação de pagamento a indenização por danos ambientais pretéritos.

A tutela provisória foi deferida (f. 147-154) para impedir o requerido de realizar novas intervenções na área de preservação permanente, bem como na edificação levantada no local e a inversão do ônus da prova.

Citados, os requeridos apresentaram contestação (f. 176-199) arguindo preliminares de ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário. No mérito, que o pedido seja julgado improcedente.

A contestação foi impugnada (f. 203-221).

O feito foi saneado (f. 265-266) e designada perícia e declarada a preclusão para os requeridos oporem-se à decisão que determinou que determinou a inversão do ônus da prova e o pagamento dos honorários periciais. No mesmo ato, foi determinada a intimação do perito nomeado para manifestar-se sobre o pedido de redução dos honorários. Foi, ainda, indeferido o pedido de expedição de ofícios e o de suspensão da prova pericial (f. 298-300).

Os requeridos não pagaram os honorários periciais (f. 316), sendo declarada encerrada a instrução processual.

Alegações finais das partes à f. 321-329 e 331-334.

Sobreveio a sentença de parcial procedência objeto do pedido.

Recurso de Ministério Público Estadual.

Preliminar de perda do objeto arguida em contrarrazões.

Constitucionalidade dos arts. 61-A e 67 da Lei n. 12.651/12 (Novo Código Florestal).

Os apelados defendem constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, Lei n. 12.651/2012, por estarem de acordo com os artigos 225, *caput*, § 1º, I, III, § 3º; e, 186, II, ambos da Constituição Federal.

Confira-se o teor dos dispositivos:

> *"Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.*
>
> *Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo."*

Referida Lei foi objeto da ADC 42, ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e, em 28.02.2018, os Ministros do STF declararam a constitucionalidade dos arts. 61-A e 67 do Código Florestal.

Confira-se a resenha do julgamento divulgada no Informativo 892:

> *"O Plenário concluiu julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade em que se discute diversos dispositivos da Lei 12.651/2012 (Código Florestal) (Informativos 884 e 891).*
>
> *O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADC 42, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'gestão de resíduos' e 'instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais', contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; iv) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'demarcadas' e 'tituladas', contidas no art. 3º, parágrafo único; v) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vi) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e, em parte, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); vii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; ix) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xi) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art . 7º, § 3º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; xv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12. § 5º; xvi) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xvii) por maioria, reconhecer a constitucional do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xviii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xix) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; xx) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; xxi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xxii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 44; xxiii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; xxiv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual 'a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva',*

vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual 'a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva', vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxvi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; xxvii) ***por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A;*** *xxviii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xxix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; xxx) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; xxxi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xxxii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xxxiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º;* ***xxxiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67;*** *xxxv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68; e xxxvi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.*

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4901, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin e Rosa Weber; v) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; vi) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; vii) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; viii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 28; ix) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; ***xiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67;*** *e xiv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68.*

O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4902, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art . 7º, § 3º; ii) por maioria,

vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; iii) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual 'a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva', vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; iv) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual 'a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva', vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; v) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; vi) ***por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A;*** *vii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; viii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63;* ***x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67;*** *e xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.*

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4903, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'gestão de resíduos' e 'instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais', contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, e, em parte, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação permanente; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; v) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'demarcadas' e 'tituladas', contidas no art. 3º, parágrafo único; vi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vii) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos o Ministro Gilmar Mendes e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; ix) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xii) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 5º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e

Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 11; xv) por maioria, vencidos os Ministros Relator, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xvi) por unanimidade, julgou constitucional o art. 62.

Por fim, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4937, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'gestão de resíduos' e 'instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais', contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art . 7º, § 3º; iii) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; iv) por unanimidade, reconhecer constitucional o art. 44; v) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; vi) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual 'a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva', vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; vii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual 'a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva', vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; viii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; ***ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A;*** *x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; e xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63.*

O Colegiado destacou que o art. 225 da Constituição Federal estabelece que 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações'. Sob essa perspectiva, o meio ambiente assume função dúplice no microssistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais se posicionam, paralelamente, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

Outrossim, o homem é parte indissociável do meio ambiente. Por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas.

A capacidade de os indivíduos desestabilizarem o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, as quais se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais são escassos; determinados danos são irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza; alterações climáticas tornaram-se problema real; e a poluição se alastra pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas da crise ambiental. Portanto, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto — e não proprietário — do meio ambiente. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (CF, art. 225), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de 'retrocesso ambiental', ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. Não se deve desprezar que a mesma Constituição que protege o meio ambiente também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (CF, artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, e a reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, artigos 3º, III, e 170, VII), a proteger a propriedade (CF, artigos 5º, caput e XXII, e 170, II), a buscar o pleno emprego (CF, artigos 170, VIII, e 6º) e a defender o consumidor (CF, artigos 5º, XXXII, e 170, V).

O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita, assim, o duelo valorativo entre a proteção ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum e a pessoa humana, num cenário de escassez. Portanto, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsicamente antagônicas.

Nessa medida, a preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. Meio ambiente e desenvolvimento econômico encerram conflito normativo aparente, a envolver diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam.

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, e nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo, na linha do que decidido no RE 586.224/SP." (Destacado).

Consoante se observa, os requeridos aduzem que a ação civil pública perdeu o objeto ante as inovações trazidas pelo Novo Código Florestal, o qual, supostamente afasta o fundamento legal da má-utilização dos recursos naturais.

Por sua vez, o julgamento da constitucionalidade dos artigos 61-A e 61-B, do Código Florestal, foi considerado na sentença, como fundamento para acolher em parte os pedidos iniciais, de modo que a constitucionalidade dos referidos dispositivos legais está ligada, ainda que indiretamente, ao mérito da demanda, o que torna impossível reconhecer a perda de objeto pelo fundamento alegado pelos apelados.

Nesse sentido, julgados nesta Câmara, de relatoria deste Desembargador:

"EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECLUSÃO – ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS

D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – DESNECESSÁRIA – RECURSO DESPROVIDO. A inversão do ônus da prova apenas na sentença ou, ainda, quando do julgamento do recurso de apelação, é medida que inviabiliza à outra parte o exercício do contraditório e da ampla defesa, porquanto ela se vê surpreendida com a assunção de ônus que não lhe cabia, sem que tenha tempo hábil para apresentar as provas que entende necessárias. Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal. Comprovado que o proprietário do imóvel rural procedeu à regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais e que não possui cursos d'água naturais, situação que, de acordo com os art. 61-A e 67 da Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal, bem como permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal." (TJMS. Apelação n. 0001256-54.2008.8.12.0012, Ivinhema, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/09/2018, p: 28/09/2018)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPUGNAÇÃO – ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – RECURSO PROVIDO. Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal. O advento do novo Código Florestal, trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo, inclusive havendo cláusula expressa quanto à adequação do acordo às alterações da legislação ambiental." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1413080-46.2017.8.12.0000, Ivinhema, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 17/10/2018, p: 18/10/2018)

No mesmo sentido, o entendimento acolhido neste Tribunal:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defendê-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal." (TJMS. Apelação n. 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REGRA DE INSTRUÇÃO – PRECLUSÃO – STF – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 61-A E 67 DA LEI N. 12.651/12 – APLICAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do in dubio pro natura,

bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso concreto. A inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42, vem manifestando pela constitucionalidade dos artigos 3º, XIX; 4º, III, e § 1º e § 4º; 4º, § 5º e § 6º; 5º, caput, § 1º e § 2º; 8º, § 2º; 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; 13, § 1º; 15; 44; 48, § 2º; 61-A; 61-B; 61-C; 62; 63; 66, § 3º, § 5º e § 6º; 67; 68; 78-A; ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões 'gestão de resíduos' e 'instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais e internacionais', contidas no art. 3º, VIII, b; das expressões 'demarcadas' e 'tituladas', contidas no art. 3º, parágrafo único; da expressão 'realizada após 22 de julho de 2008', contida nos arts. 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º; e dos arts. 59 e 60, todos da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal)." (TJMS. Apelação n. 0001423-71.2008.8.12.0012, Ivinhema, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 08/08/2018, p: 10/08/2018)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – CÓDIGO FLORESTAL – APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO – CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO – JULGAMENTO ENCERRADO NO STF – PRAZOS E CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS – SENTENÇA REFORMADA – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS INICIAIS – RECURSO PROVIDO. A Lei nº 12.651/2012 revogou a Lei nº 4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, com vigência e aplicação imediatas. Em virtude de recente julgamento das ADI's de ns. 4901, 4902, 4903 e 4937, pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 61-A e 67, do Código Florestal. Se parte recorrente comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhe permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. Considerando a existência de exigências e prazos mais benéficos no novo Código Florestal, estes devem incidir na situação em análise, razão pela qual não deve prosperar a pretensão formulada na presente demanda." (TJMS. Apelação n. 0800190-98.2011.8.12.0012, Ivinhema, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 24/07/2018, p: 25/07/2018)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal - Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defendê-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal." (TJMS. Apelação n. 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

Logo, rejeito a preliminar de não conhecimento, em razão da perda de objeto, arguida pelos apelados, em contrarrazões.

Mérito.

Na hipótese, o termo de vistoria trazido com a inicial dá conta que a existência de edificações às margens do Rio Miranda, já se encontra consolidada, visto que a sua construção foi realizada muito antes do ano de 2008, conforme laudo de f. 55-60, e não atenta contra a nova ordem jurídica (Lei n.º 12.651/2012 - Código Florestal), eis que respaldada em autorização legal, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área (f. 45-59).

Por sua vez, o requerido José Carlos foi ouvido na fase administrativa e declarou que adquiriu o imóvel em 1981.

Confira-se (f. 98):

"que o declarante é proprietário do rancho sem denominação, imóvel constante das fotografias de fls. 23; que adquiriu referido imóvel em 1981 do seu Zé; que quando adquiriu o rancho no local já existia uma casa de madeira bem antiga; que a edificação é utilizada para fins de lazer com a família; que se utiliza do rancho todo final de semana; que acredita que o imóvel tenha sido edificado há muito tempo, mas não sabe precisar à época; que o esgotamento ocorre por meio de fossa; que o imóvel não possui matrícula; que é abastecido por meio de energia elétrica pela concessionária ENERSUL; que paga IPTU; que tem conhecimento que os imóveis existentes no complexo do salobra pagam IPTU; que a água é captada do próprio rio; que acredita que o rancho fique distante por volta de uns 15 metros; que as águas do Rio Miranda já chegaram até a edificação em algumas ocasiões; que quando adquiriu a propriedade não tinha conhecimento que a mesma se encontrava em área de preservação permanente, mesmo porque acreditou ser normal já que existiam outras propriedades no local; que não tem interesse em remover a edificação, somente em caso de decisão judicial nesse sentido; nada mais foi dito."

Verifica-se que a situação já está consolidada e não há impacto poluidor ou destrutivo no Rio Miranda ou na região, afasta a obrigação de demolição e remoção da edificação.

Assim, ainda que a construção não se vincule formalmente a algum empreendimento comercial, serve ao propósito de turismo rural, o que pode ser enquadrado na previsão do art. 61- A, § 12, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012).

Confira-se:

> *"Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.*
>
> *(...).*
>
> *§ 12. Será admitida a manutenção de residências e da infraestrutura associada às atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso a essas atividades, independentemente das determinações contidas no caput e nos §§ 1º a 7º, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas."*

Nesse sentido, a conclusão do magistrado *a quo:*

Confira-se:

> *"Diante destas considerações, verifica-se que a questão posta à apreciação cinge-se em saber se a ocupação das terras que margeiam o Rio Miranda está em desacordo com a legislação ambiental de modo a justificar a aplicação das medidas pleiteadas pelo Ministério Público.*

No caso dos autos, a situação apresentada (existência de edificações às margens do Rio Miranda) já se encontra consolidada, visto que a sua construção foi realizada muito antes do ano de 2008, conforme laudo de f. 55-60, e não atenta contra a nova ordem jurídica (Lei n.º 12.651/2012 - Código Florestal), eis que respaldada em autorização legal, motivo pelo qual descabe a adoção das severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área.

Atente-se que a legislação em vigor não traz vedação absoluta no sentido de que o proprietário faça uso da área de preservação permanente, até porque, neste caso, restaria evidenciada hipótese de desapropriação.

Tal margem de intervenção humana em áreas de proteção permanente se encontra ponderada no Código Florestal, que trata sobre a possibilidade de supressão eventual da vegetação nessas localidades desde que com baixo impacto ambiental, verbis:

(...).

Deve ainda ser observado no caso concreto o disposto no art. 61-A, do Código Florestal, que autoriza a continuidade da atividade de ecoturismo nas Áreas de Preservação Permanente consolidadas até 22 de julho de 2008.

(...).

Ora, se a própria lei de regência autoriza a continuidade da atividade desenvolvida (turismo de pesca), constata-se que ordem de remoção/demolição e recuperação da área seria desproporcional para o caso em concreto.

Além disso, as ocupações e edificações em áreas de preservação permanente causaram baixo impacto ambiental e que eventual ação no intuito de promover a recuperação da região causaria ainda mais problemas ao meio ambiente, sendo que a concessão das medidas pleiteadas de remoção e demolição acabariam por ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade."

Logo, a inovação legal permite a manutenção da atividade desenvolvida, sendo suficiente a vedação determinada pelo juízo singular, pertinente às novas intervenções.

Não fosse isso, pautado no princípio da razoabilidade, diante do fato de que a construção edificada ainda na década 80, evidente que não acarretará impacto negativo no ecossistema da região.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO – REJEITADA – MÉRITO – PROPRIEDADE LOCALIZADA ÀS MARGENS DO RIO MIRANDA – CONDENAÇÃO APENAS QUANTO À OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, REFERENTE ÀS NOVAS INTERVENÇÕES NO IMÓVEL – DEMOLIÇÃO DAS CONSTRUÇÕES E RECOMPOSIÇÃO DA VEGETAÇÃO NA FAIXA MARGINAL – INVIABILIDADE – CONSOLIDAÇÃO DAS ALTERAÇÕES NO AMBIENTE, E SEM IMPACTO AMBIENTAL SIGNIFICATIVO – RECURSO IMPROVIDO. A declaração de inconstitucionalidade dos art. 61-A e 61-B, do Código Florestal, não acarreta a perda de objeto da demanda, porque a sentença observou o teor da decisão proferida pelo STF sobre o tema. Em que pese a garantia da Constituição Federal, no seu art. 225, quanto ao direito ao meio ambiente equilibrado e a imposição do dever de sua proteção, o art. 61-A e § 12 do Novo Código Florestal vigente autoriza a manutenção das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural consolidadas em área de preservação permanente, até 22/07/2008. O que representa um juízo de proporcionalidade em relação à inviabilidade de demolição das construções realizadas há muito tempo, levando-se em conta o baixo impacto ambiental." (TJMS. Apelação Cível n. 0800435-95.2014.8.12.0015, Miranda, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 30/01/2020, p: 03/02/2020)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS APENAS PARA PROIBIR NOVAS INTERVENÇÕES – DANO AO MEIO AMBIENTE – CONSTRUÇÃO LOCALIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – OCUPAÇÃO IRREGULAR – PESQUEIRO – DEGRADAÇÃO AMBIENTAL NÃO OBSERVADA NO LAUDO PERICIAL – IMÓVEL CONSTRUÍDO AINDA NA DÉCADA DE 80 – PERMISSÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL DE CONTINUIDADE DAS ATIVIDADES DE ECOTURISMO E TURISMO RURAL EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – MEDIDA EXTREMA DE DEMOLIÇÃO E REFLORESTAMENTO QUE AFRONTAM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O direito de propriedade cede ante sua função social e, em especial, diante do direito assegurado na Constituição Federal de que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, regra maior, de interesse difuso que transcende ao direito do particular ou de sua condição de idoso. O objeto da disposição contida no artigo 225 da Constituição Federal, é o meio ambiente qualificado, assim considerado aquele dotado de qualidade satisfatória para todos, atributos que não podem ser de apropriação privada. Quebra essa regra e o equilíbrio almejado pelo legislador Constitucional, a ocupação indevida de área de preservação permanente, assim considerada como tal aquela contida no artigo 2º do Código Florestal (Lei 4.771/65). Sem desconsiderar o cabimento da ação civil pública, nos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal, para compelir todo aquele que ocupa indevidamente área de preservação permanente a desocupar o imóvel, demolindo e levando consigo as benfeitorias erigidas, pena de demolição forçada, bem assim como para condená-lo no dever de se abster de promover qualquer intervenção na mesma área e, finalmente, a reflorestar a área degradada, deve-se interpretar a legislação que rege a espécie de forma adequeda aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a proibir somente as novas intervenções, sem a medida extrema de demolição e reflorestamento, tendo em vista que o imóvel é destinado ao turismo rural (pesca) e o laudo pericial atestou que não acarreta qualquer impacto no ecossistema da região. Recurso conhecido e improvido, contra o parecer." (TJMS. Apelação/Remessa Necessária n. 0002114-08.2010.8.12.0015, Miranda, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 21/08/2019, p: 23/08/2019)

Do recurso de José Carlos Gonçalves, Maria Ivone da Silva Gonçalves.

Segundo disposição do *caput*, do art. 932, III, do Código de Processo Civil/2015, o relator não conhecerá do recurso inadmissível.

Confira-se:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal." (G.n.).

Considerando que os apelantes não efetuaram o recolhimento do preparo, verifico a impossibilidade de conhecimento do recurso.

Sabe-se que o preparo está entre os requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, o qual constitui no pagamento prévio das custas relativas ao processamento.

Sobre o tema, eis a lição de Fredie Didier Jr. *et al:*

> *"O objeto do juízo de admissibilidade dos recursos é composto dos chamados requisitos de admissiblidade, que se classificam em dois grupos: a) requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer): cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; b) requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercício do direito de recorrer): preparo, tempestividade e regularidade formal."* (Curso de direito processual civil. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 46)

Acerca do tema, confira-se a disposição prevista no CPC/2015:

> *"Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção."*

Desse modo, o reconhecimento da deserção do recurso de apelação é medida que se impõe.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE DECLARA DESERTA A APELAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA DO ATO – ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – SÚMULA 267 DO STF – ALEGAÇÃO DE DEFERIMENTO TÁCITO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Ante o princípio da fungibilidade recursal, recebe-se a presente Petição como Agravo Regimental.*
>
> *2. De acordo com o art. 5º, II, da Lei 1.533/51 (reproduzido pela Lei 12.016/2009), a via mandamental se mostra incabível quando o ato judicial questionado for passível de impugnação por recurso adequado, visto que o writ não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso próprio.*

3. Logo, o Mandado de Segurança não constitui via idônea a amparar a revisão de ato de natureza jurisdicional, salvo situação de absoluta excepcionalidade em que ficar cabalmente evidenciado o caráter abusivo ou teratológico da medida impugnada.

4. Na hipótese em exame, não vejo como flagrantemente ilegal a decisão que julga deserto o recurso de Apelação apresentado sem o comprovante do recolhimento do respectivo preparo.

5. Assim o manejo de Mandado de Segurança em situação como a dos autos esbarra frontalmente no enunciado da Súmula 267/STF, que dispõe de maneira categórica que não é admissível a impetração de writ contra ato judicial suscetível de recurso - no caso concreto, Agravo de Instrumento contra decisum que não recebeu a Apelação por força de deserção.

6. Ademais, esta Corte Superior já se pronunciou no sentido da impossibilidade de se admitir que a ausência de negativa da Corte de origem quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita acarrete o deferimento tácito do pedido, autorizando a interposição do recurso sem o correspondente preparo. (AgRg nos EDcl nos EAREsp 429.799/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 16/12/2015, DJe 24/2/2016).

7. Agravo Regimental não provido." (PET no RMS 50.185/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 25/05/2016). Destaquei.

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – APELAÇÃO DA PARTE RÉ – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PREPARO – INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO PREVISTA NO ART. 18, DA LEI 7.347/85 – DESERÇÃO CARACTERIZADA – TABELIÃO SUBSTITUTO DE SERVENTIA CARTORIAL – INGRESSO SEM CONCURSO PÚBLICO – PLEITO PELA PERMANÊNCIA NO CARGO COM BASE NO ART. 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967 – VACÂNCIA DO CARGO OCORRIDA APÓS A VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Sobre o benefício concedido pelo art. 18 da Lei 7.347/85, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que o aludido dispositivo legal somente se aplica ao autor da Ação Civil Pública, não estando, portanto, o réu isento do referido pagamento.

2. Por outro lado, nos termos do art. 511 do CPC, a comprovação de recolhimento de preparo concomitante à interposição do recurso é regra geral, e apenas comporta exceção quando expressamente prevista em lei. Assim, ainda que se trate de quantia insignificante, cabe à parte recorrente comprovar o seu recolhimento ou apresentar justificativa razoável, a fim de se relevar a deserção, o que não se verificou na hipótese dos autos.

3. Apenas por amor ao debate, deve-se registrar que o entendimento adotado pelo acórdão de origem encontra apoio na jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de que a investidura na titularidade de serventia, cuja vaga tenha surgido após a promulgação da atual Carta Magna, depende de concurso público de provas e títulos em face da previsão contida no art. 236, § 3º, inexistindo, em tal quadro, direito adquirido à efetivação de substituto com fulcro no art. 208 da Constituição Federal de 1967.

4. Consoante orientação pacificada no STJ, a instauração de inquérito civil não é obrigatória para a propositura de ação civil pública.

5. Não incidem os institutos da prescrição e decadência nas hipóteses em que a o Ministério Público busca, em juízo, providências cabíveis para proteger o princípio constitucional do concurso público, visto que o decurso do tempo não tem o condão de convalidar atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não foram previamente aprovadas em concurso público.

> *6. Agravo Regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1225110/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015). Destaquei.

Logo, não conheço do recurso interposto pelos requeridos.

Dispositivo.

Diante do exposto:

Nego provimento ao recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual;

Não conheço do recurso de apelação interposto por José Carlos Gonçalves e Maria Ivone da Silva Gonçalves.

Sentença mantida em remessa necessária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial, não conheceram do apelo de José Carlos Gonçalves e outra e mantiveram a sentença em reexame necessário, 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, 24 de junho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0805213-16.2015.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – MORTES DE BOVINOS ATACADOS POR CÃES DA PROPRIEDADE VIZINHA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 936, DO CÓDIGO CIVIL – ART. 373, CPC – ÔNUS DA PROVA DEMONSTRADO – DANO MORAL – CONFIGURADO – QUANTIFICAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Demonstrado nos autos que em razão da falta do dever de cuidado, os ataques ao rebanho da requerente foram consumados pelos cães do requerido, acarretando mortes e ferimentos em alguns animais, presente o dever de indenizar os danos materiais e morais suportados pela autora, porquanto, cujos transtornos ultrapassam o mero dissabor.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

Nos termos do § 2º do art. 85 do CPC/15, *"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."*

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, 30 de junho de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

João Vieira da Silva interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida em 21.01.2020, pela juíza Marilsa Aparecida da Silva Baptista, da 3ª Vara Cível de Dourados que, na ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por Beatriz Figueiredo de Carvalho, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 145-156), alega que fora reconhecido três ataques de seus animais na propriedade da apelante, acarretando na morte de duas vacas e dois bezerros, contudo, afirma que *"no primeiro houve a morte de uma vaca, e que no segundo não houve mortes devido a ter feito disparos de fogos de artificio e no terceiro a morte de um bezerro, bem como na nobre Juíza, consta que foram 01(uma) Vaca e 01 (um) bezerro."*

Afirma que a apelante não comprovou que houve a morte de 4 animais de seu rebanho, inclusive, o próprio Laudo de f. 24 desmente a versão.

Aduz que as afirmações da requerente não condizem com o que fora constatado pelo médico veterinário, uma vez que esteve na propriedade e medicou uma vaca, não sendo possível então afirmar que ela estaria morta logo depois do ataque.

Ressalta que *"sentença extrapolou as provas dos autos, pois em nenhum a autora provou que houvesse tido todos os ataques que menciona e muito mais que teve a morte das referidas cabeças, muito menos que tiveram as supostas mortes reconhecidas",* tampouco as testemunhas presenciaram os possíveis ataques dos cães.

Assevera que a requerente não trouxe aos autos provas que atestassem que as mortes ocorreram face ao ataques, ponderando que as *"fotos das vacas nos traz que a mesma estava em estado debilitada, pois estava magra."*

Alternativamente, aduz que o valor fixado a título de danos morais deve ser reduzido, uma vez que o valor atribuído é exorbitante.

Requer:

> *"A esse Egrégio Tribunal seja o recurso conhecido e, quando do seu julgamento, lhe seja dado integral provimento, para reformar a sentença recorrida no sentido anular a sentença guerreada por falta de provas da autoria, da situação do gado (gordo ou magro) e a quantidade através de laudo pericial invertendo os honorários sucumbenciais fixados.*
>
> *Em caso remoto, se não forem este o entendimento de V. Exa., que seja Julgado Parcial para que reconheça que houve a morte de 01 (um) bezerro, dos danos emergentes e a improcedência total dos demais, inclusive os danos morais, pois a apelada não se desincumbiu de prova qual foi o dano e quem foi a autoria, invertendo-se o ônus da sucumbências."*

A apelada apresentou contrarrazões (f. 161-170), defendendo que o houve a morte de duas vacas leiteiras e dois bezerros (f. 14-16), bem como, a consulta do médico veterinário foi necessária para tentar salvar outra vaca leiteira que também foi atacada pelos cães. Requer o desprovimento do recurso. Não formulou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por João Vieira da Silva, objetivando a reforma da sentença proferida em 21.01.2020, pela juíza da 3ª Vara Cível de Dourados que, na ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por Beatriz Figueiredo de Carvalho, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 126-141:

> *"Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos constantes da petição inicial, efetuados por Beatriz Figueiredo Carvalho em face de João Vieira Da Silva, para condenar o réu a pagar à autora: a) indenização por danos emergentes, no valor de R$778,00 (setecentos e setenta e oito reais), pelos gastos com remédio e consulta de médico veterinário, mais os prejuízos decorrentes da morte de duas vacas leiteiras e dois bezerros, estes últimos em montante a ser apurado por liquidação de sentença, por meio do valor de mercado dos animais à época dos fatos.*
>
> *Os valores devidos deverão ser atualizados monetariamente até o efetivo pagamento, de acordo com a variação do IGP-M/FGV, desde o evento danoso, e acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar de cada prejuízo.*

b) indenização por danos morais, na importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais), devendo a correção monetária incidir a partir de sua fixação (sentença), conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com juros de 1% (um por cento) ao mês a contar do ato ilícito (primeiro ataque,06/12/2014 - p. 09), nos termos da Súmula 54 do STJ.

Sucumbente o réu na maior parte dos pedidos, condeno-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos patronos da Autora, que fixo em 15% (quinze por cento), sobre o valor da condenação, com fulcro nos artigos 82, 85, § 2° e 86, parágrafo único, do CPC.

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

Oportunamente, com o trânsito em julgado, às partes, para o que de direito, atentando-se ao que dispõem os artigos 509 e 510 do Código de Processo Civil, para fins de apuração dos valores a serem pagos, a título de danos materiais.

Nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

Antes, porém, às providências necessárias ao recolhimento das custas pela parte Ré, ou sua inscrição em dívida ativa, se for o caso.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se."

Em razões recursais (f. 145-156), alega que fora reconhecido três ataques de seus animais na propriedade da apelante, acarretando na morte de duas vacas e dois bezerros, contudo, afirma que *"no primeiro houve a morte de uma vaca, e que no segundo não houve mortes devido a ter feito disparos de fogos de artificio e no terceiro a morte de um bezerro, bem como na nobre Juíza, consta que foram 01(uma) vaca e 01 (um) bezerro."*

Afirma que a apelante não comprovou que houve a morte de 4 animais de seu rebanho, inclusive, o próprio Laudo de f. 24 desmente a versão.

Aduz que as afirmações da requerente não condizem com o que fora constatado pelo médico veterinário, uma vez que esteve na propriedade e medicou uma vaca, não sendo possível então afirmar que ela estaria morta logo depois do ataque.

Ressalta que *"sentença extrapolou as provas dos autos, pois em nenhum a autora provou que houvesse tido todos os ataques que menciona e muito mais que teve a morte das referidas cabeças, muito menos que tiveram as supostas mortes reconhecidas",* tampouco as testemunhas presenciaram os possíveis ataques dos cães.

Assevera que a requerente não trouxe aos autos provas que atestassem que as mortes ocorreram face ao ataques, ponderando que as *"fotos das vacas nos traz que a mesma estava em estado debilitada, pois estava magra."*

Alternativamente, aduz que o valor fixado a título de danos morais deve ser reduzido, uma vez que o valor atribuído é exorbitante.

Requer:

"A esse Egrégio Tribunal seja o recurso conhecido e, quando do seu julgamento, lhe seja dado integral provimento, para reformar a sentença recorrida no sentido anular a sentença guerreada por falta de provas da autoria, da situação do gado (gordo ou magro) e a quantidade através de laudo pericial invertendo os honorários sucumbenciais fixados.

Em caso remoto, se não forem este o entendimento de V. Exa., que seja Julgado Parcial para que reconheça que houve a morte de 01 (um) bezerro, dos danos emergentes e a improcedência total dos demais, inclusive os danos morais, pois a apelada não se desincumbiu de prova qual foi o dano e quem foi a autoria, invertendo-se o ônus da sucumbências."

A apelada apresentou contrarrazões (f. 161-170), defendendo que o houve a morte de duas vacas leiteiras e dois bezerros (f. 14-16), bem como, a consulta do médico veterinário foi necessária para tentar salvar outra vaca leiteira que também foi atacada pelos cães. Requer o desprovimento do recurso. Não formulou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC.

Breve relato dos fatos.

Beatriz Figueiredo Carvalho ajuizou a presente ação de reparação de danos materiais e morais em desfavor de João Vieira da Silva, ao argumento de que reside na propriedade rural Chácara Morada do Sol há mais de vinte anos, localizada em Dourados-MS, sendo que no dia 06/12/2014, por volta das 05 horas da manhã, ao se deslocar até o barracão de ordenha, deparou-se com uma vaca leiteira holandesa caída ao solo, já sem vida. Em virtude disso sua filha registrou Boletim de Ocorrência n. 5177/2014. Afirmou que notou que o animal estava bastante atassalhado, verificando imediatamente que havia sido atacado por cachorros, cuja conclusão se deu por conta dos ferimentos e por ter lembrança de investidas dos cães do lote vizinho em seu rebanho.

Alegou que na madrugada do dia 03/03/2015, ouviu diversos latidos, levantou-se rapidamente e viu seu rebanho sendo atacado mais uma vez por dois cachorros, assim temendo por mais prejuízos, passou a espantar os caninos com gritos e fogos de artifício. Posteriormente deslocou-se ao curral, avistando algumas vacas leiteiras totalmente machucadas, assim efetuou o segundo Boletim de Ocorrência Policial n. 1212/2015 e que verificou que os cachorros eram realmente do lote vizinho. Ressaltou que procurou o requerido para que fossem tomadas as providências sobre os episódios ocorridos, alertando-o que não havia somente animais na propriedade, mas também crianças e idosos que poderiam ser atacados a qualquer momento, porém a tentativa restou sem êxito.

Disse que os ataques ocorreram por várias vezes, principalmente durante a madrugada, deixando um rastro de pavor, insegurança, destruição e indignação sua e de seus familiares, sendo que no dia 05/03/2015 foi informada por um indígena que seu rebanho estava sendo atacado por dois cachorros próximo à cerca divisória da propriedade e por isso perdeu mais um bezerro e a vaca ficou totalmente machucada, fazendo com que confeccionasse o terceiro Boletim de Ocorrência Registrado n. 1275/2015

Asseverou que os prejuízos são de grande monta, pois foram mortos dois bezerros e duas vacas leiteiras, sem contar a mutilação de 05 (cinco) reses; que o gado leiteiro baixou drasticamente a produtividade, ocasionado pelo estresse animal decorrente dos constantes ataques; que tal fato implicou significativamente em sua renda, inclusive, comunicou os prejuízos ao requerido, o qual se prontificou em assumi-los, mas nada foi feito. Requereu a condenação do requerido ao pagamento de danos emergentes no valor de R$ 9.878,00 (nove mil oitocentos e setenta e oito reais), lucros cessantes no importe de R$ 9.720,00 (nove mil setecentos e vinte reais), além de indenização por danos morais, na quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), mais custas e honorários advocatícios. Juntou documentos de f. 7-37.

Citado, o requerido apresentou contestação (f. 45-49), alegando que a requerente não comprovou que os animais que atacaram o gado eram pertencentes a si e que tanto a sua propriedade como da requerente encontram-se próximas da Aldeia Indígena Jaguapiru, onde é bastante comum a presença de caninos, afirmou que possui animais que guarnecem sua propriedade, mas são bem adestrados, não colocando em risco nem os seres humanos, nem outros animais. Declarou que as fotografias não são suficientemente capazes de demonstrar que os animais foram mortos por ataque de cães, uma vez que pelo estado de desnutrição, é possível que o animal tenha morrido de causa natural ou por doenças relacionadas com a falta de alimento. Requereu a improcedência da ação.

Determinada a especificação de provas e a manifestação do interesse na realização de audiência de conciliação (f. 65-66), peticionaram às f. 72 e 73-74.

Despacho saneador proferido (f. 86-88), com designação de audiência de instrução, a qual foi realizada à f. 105-106, oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal do requerido e foram ouvidas três testemunhas e um informante.

Alegações finais (107-113 e 114-120).

Sobreveio a sentença de procedência parcial objeto do recurso, o qual diz respeito tão somente quanto ao número de animais mortos, redução do *quantum* indenizatório e honorários sucumbenciais.

Do dever de indenizar.

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/202:

> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva[1]. Contudo, ainda assim deve ser demonstrada a ocorrência de conduta, dano e nexo de causalidade.

O Código Civil dispõe que a responsabilidade do dono ou detentores do animal é objetiva, devendo responder pelos danos causados a terceiros, salvo culpa exclusiva da vítima ou motivo de força maior.

Confira-se:

> *"Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior."*

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbe à requerente, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao requerido, quanto ao fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da autora, consoante o disposto no art. 373, incisos I e II, do CPC.

Ernane Fidélis dos Santos a respeito do tema ensina que:

> *"**A regra que impera mesmo em processo é a de que 'quem alega o fato deve prová-lo'.** O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova."* (Manual de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 380). (G.n.).

No mesmo sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

> ***"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente**. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partiume não secudum propriam suam conscientiam- e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus)."* (G.n.).

1 Art. 927 .(...). Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

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

Na hipótese, restou comprovado que ocorreram ataques ao rebanho da requerente Beatriz Figueirede de Carvalho e que foram consumados pelos cães do requerido João Vieira da Silva, acarretando na morte e ferimentos de alguns animais.

Quanto à alegação de que houve apenas a morte de dois animais, fundado nos registros de ocorrências (f. 9-13), cumpre esclarecer que as versões dadas pela filha da requerente, foram feitas conforme os ataques ocorriam, o que não impede que a morte dos outros dois animais tenha ocorrido posteriormente ao registro na unidade policial em razão do ataque.

A lide foi proposta em 26.05.2015, ou seja, mais de 5 (cinco) meses depois do primeiro ataque, ocorrido em 06.12.2014.

As fotografias acostadas aos autos (f. 14-20) apontam que houve a morte de quatro animais.

Quanto ao laudo do médico veterinário (f. 24), o qual constata o atendimento de uma vaca com ferimentos, este se deu em 10.12.2014, quatro dias depois do primeiro ataque, entretanto, outros dois registros de ocorrências foram confeccionados em data posterior à consulta, 03/05/2015 e 05/05/2015.

Ademais, a própria requerente na inicial distinguiu especificamente a morte de cada animal do rebanho.

Confira-se (f. 2):

Em suma, o número de animais mortos foram:

01-vaca holandesa de 06 anos, 20 litros de leite/dia = R$ 4.000.00;
01-vaca holandesa de 04 anos, prenha (04 meses)16litros de leite/dia = R$ 3.500.00;
01-bezerro de 14 meses = R$ 1.000.00;
01-bezerro de 07 meses = R$ 600.00.

No caso, a falta do dever de cuidado, vigilância e fiscalização acarretou nos ataques cometidos pelos animais do apelante, portanto, presente o dever de indenizar.

Do dano moral.

Segundo Maria Helena Diniz[2], os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Os proprietários de animais agressivos, como os cães de vigilância e de grande porte, devem ter permanentes e redobrados cuidados com a guarda e manuseio de tais espécies, porquanto a negligência, frequentemente, causa sérios danos a terceiros, sejam pessoas ou outros animais, provocando deformidades físicas e até mortes. São trágicos os*

2 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80, v. 7.

casos em que o ataque canino atinge pessoas, especialmente crianças e idosos, o que poderia ter sucedido na hipótese. Nesta senda, andaram bem as instâncias ordinárias ao condenar a recorrente, proprietária dos animais causadores dos danos. Era mesmo de rigor a condenação da proprietária dos cães fugitivos e atacantes." (STJ. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.381.951/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, j: 16/05/2019).

Nesse sentido, veja-se o julgado:

> *"CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ATAQUE DE CÃO FEROZ – MORTE DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – DANOS MATERIAIS – CONFIGURAÇÃO – DANOS MORAIS – CONFIGURAÇÃO – QUANTUM COMPENSATÓRIO MANTIDO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. 1.* ***O Código Civil adota a responsabilidade civil objetiva do dono do cão quanto aos atos cometidos pelo animal, ainda que não haja culpa, salvo se provar culpa da vítima ou força maior (art. 936 do CC). 2. Está afeto ao proprietário do animal, mormente se dotado de atributos de ferocidade, o dever de guardá-lo e vigiá-lo adequadamente. Incorrendo em desídia quanto a essa incumbência, permitindo reiteradas vezes que cão de grande porte e de sua propriedade destrua cerca na divisa de terrenos e, através de aberturas empreenda ataques a pessoas ou outros animais da vizinhança que transitem livremente pela via pública ou mesmo por terreno de quintal alheio, torna-se obrigado a reparar os danos que seus animais causarem a terceiros.*** *3. Configura dano moral o sofrimento experimentado por vizinho que teve o filho adolescente ferido, dois cachorros de estimação injustamente atacados; um ferido e outro morto, por animal de propriedade do vizinho que foi omisso no dever de guarda. 4. O quantum fixado na origem atende os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, as condições das partes e não resvala para o enriquecimento indevido. Reforça-se o caráter pedagógico da sanção, sobretudo ante a circunstância de haver reiteração ou omissão indolente e prolongada no tempo e na pluralidade de ataques perpetrados por cães ferozes, sem medidas de contenção apresentadas pelo responsável no período. 5. Recurso conhecido e desprovido."* (TJDF. Acórdão 1199088, 07012312220188070001, Relator: Carlos Rodrigues, 6ª Turma Cível, j: 28/8/2019, p no DJE: 19/9/2019.) (G.n.).

Na hipótese, está configurado o dano moral.

Isto porque os transtornos causados à requerente em decorrência dos ataques dos cães, os quais ocasionaram mortes e ferimentos em seu rebanho, reiteradas vezes, ultrapassam o mero dissabor.

Do valor da indenização.

A questão atinente à quantificação do dano moral é tema de diversas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente porque o sistema jurídico não traz parâmetros legais para a determinação do *quantum*.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, preconiza algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral.

Veja-se:

> *"a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente."

A fixação do dano moral não segue método prático e objetivo, mas, fica ao arbítrio do julgador a análise de circunstâncias fáticas que constam dos autos, balizado pela razoabilidade e proporcionalidade, não sendo tão baixo a ponto de não servir de marco educador para o lesante, evitando novas condutas no mesmo sentido, nem tão elevado a ponto de valer como fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido.

Atualmente, tem prevalecido o posicionamento de se tratar de questão subjetiva que deve obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Também tem destaque o entendimento no sentido de que o valor do dano deve atender a dupla finalidade: reparar o ofendido e desestimular a conduta do ofensor. Vale registrar recentes julgados no TJMS em que referido entendimento foi externado:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE REVISÃO DE FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA COM INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C TUTELA ANTECIPADA DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA NEGATIVAÇÃO – COBRANÇAS EXORBITANTES NAS FATURAS DE CONSUMO DE ENERGIA PELO RECORRIDO E CORTE ILEGAL DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ATO ILÍCITO ENSEJADOR DE DANOS MORAIS – MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - As cobranças das faturas dos meses de Dezembro/07 a Abril/09, foram emitidas injustificadamente, com a multiplicação por 10 (dez) da quantidade de KWH/mês consumido, gerando faturamento dez vez a maior do que deveria ter sido faturado pela recorrente. II - Nos autos em apreço, restaram devidamente comprovados os requisitos indispensáveis à configuração do dano moral, quais sejam: o ato ilícito (suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão de débitos decorrentes de faturas exorbitantes, não condizentes com o que o apelado efetivamente consumiu; o dano moral sofrido pelo recorrido e o nexo de causalidade, que está presente na relação de causa e efeito entre a conduta e o dano). ***III - O valor da indenização pelos danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro. IV - Não há que se falar em redução ou majoração do quantum indenizatório, mostrando-se suficiente e razoável no caso a condenação ao pagamento de indenização à título de danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).****"* (TJMS. Apelação n. 0009463-02.2013.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 03/05/2017, p: 05/05/2017). (G.n.).

"EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – CORTE DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE ENERGIA – FATURA RELATIVA À RECUPERAÇÃO DE CONSUMO NÃO

COMPUTADO – CORTE ILEGAL – DANO MORAL MAJORADO – RECURSO PROVIDO. 1) Em que pese ser considerado devido o valor relativo à recuperação do consumo de energia elétrica, não pode a concessionária cortar o fornecimento do produto ante o seu não pagamento, eis que tal medida apenas é autorizada para débito relativo ao mês subsequente ao vencido e não quando se trata de débitos pretéritos. 2) Em tal caso, é inadmissível a suspensão do serviço reputado essencial face à inadimplência, devendo o débito ser exigido por meios ordinários de cobrança. 3) O fornecimento de energia elétrica é considerado serviço essencial, indispensável ao bem-estar dos seres humanos, sendo que o seu corte ilegal acarreta a condenação da concessionária ao pagamento de indenização por danos morais. ***4) Considerando as peculiaridades do caso em questão, bem como os parâmetros adotados pela jurisprudência em casos semelhantes, mostra-se razoável a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais).*** *5) Recurso do consumidor provido para majorar a indenização por danos morais."* (TJMS. Apelação n. 0801540-06.2015.8.12.0005, Aquidauana, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 24/08/2016, p: 08/09/2016). Destaquei.

Considerando essa dupla finalidade e também as peculiaridades do caso, a capacidade econômica das partes, a quantidade de animais mortos e feridos, bem como a jurisprudência da Corte no tocante a fixação de danos morais, tenho que R$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de danos morais é suficiente para reparar o dano suportado pela autora, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, não comporta reforma a sentença de procedência parcial.

Honorários advocatícios.

A sentença fixou os honorários de sucumbência em 15% do valor da condenação.

Sobre o tema, dispõe o art. 85, § 2º, do CPC:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 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." (G.n.).

Portanto, havendo condenação do requerido, não há que se falar em inversão do ônus sucumbenciais.

Logo, não comporta reforma a sentença.

Dispositivo.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por interposto por João Vieira da Silva e, no mérito, nego-lhe provimento.

Em razão da necessidade de atuação na esfera recursal, majoro os honorários advocatícios fixados em favor do advogado do requerido para 20% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no § 11 do art. 85, do CPC[3].

É como voto.

3 § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2o a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2o e 3o para a fase de conhecimento.

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, 30 de junho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Agravo de Instrumento nº 1409104-26.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA – DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO INVENTÁRIO – INVENTARIANTE QUE TEM DIREITO À MAIOR PARTE DO PATRIMÔNIO – PROSSEGUIMENTO DO FEITO COM A RESERVA DO QUINHÃO DOS PRETENSOS HERDEIROS PARA RESGUARDAR SEU PATRIMÔNIO – 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, 31 de agosto de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Dalva Malaquias Ferreira interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida em 17/06/2020 pela juíza de direito da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande-MS que nos autos do Inventário dos bens deixados por Acelino Roberto Ferreira Espólio, determinou a suspensão do feito até o julgamento da investigação de relação avoenga em apenso.

Em razões recursais (f. 1-22), informa que *"trata-se de ação de inventário de Acelino Roberto Ferreira, que tem como inventariante a viúva-meeira Dalva Malaquias Ferreira, ora agravante, e que tramita perante o Juízo da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande - MS."*

Alega que após a abertura do inventario, foi proposta ação declaratória de relação avoenga *post mortem* c/c petição de herança por Eduardo Rodrigues de Souza, ocasião em que pugnou pela suspensão do inventário até o julgamento final da ação declaratória.

Sustenta que:

> *"(...) já que se trata de um patrimônio avaliado pela Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul em aproximadamente R$ 315.000.000,00 (trezentos e quinze milhões de reais), sendo pago a título de imposto causa mortis R$ 9.448.429,76 (nove milhões quatrocentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e vinte nove reais, e setenta e seis centavos), e sua administração e manutenção depende de um dinamismo intenso de compras e vendas de grãos, gado e movimentações financeiras."*

Destaca que em testamento deixado pelo falecido Acelino, aberto e aprovado pelo juízo de primeiro grau, foi legado à inventariante Dalva Malaquias Ferreira, toda a parte disponível, o que corresponde a 25% de todo o patrimônio.

Afirma que a inventariante/viúva meeira era casada em comunhão universal de bens, de modo que, além da meação também tem direito a toda a parte disponível, totalizando 75% de todo o patrimônio.

Ressalta que *"a parte supostamente discutida e pleiteada pelo Sr. Eduardo Rodrigues de Souza na referida ação de petição de herança seria de apenas 6,25% de todo o patrimônio, já que, apenas para fins de argumentação, os 25% dos valores referentes a legítima, caso fosse reconhecido como filho, seria dividido entre Eduardo e as 3 herdeiras Valda, Vania e Celina."*

Destaca que o processo foi suspenso, imobilizando 100% dos bens que compõem o espólio, sendo que a quota parte discutida diz respeito a apenas 6,25% do patrimônio.

Aduz que *"o volume de operações financeiras para a manutenção e custeio do patrimônio do espólio é grande e necessita de uma dinâmica própria para que a inércia e morosidade próprios do procedimento de inventário não lhe cause prejuízo."*

Assevera que não é necessário o depósito do valor fruto da venda de gado e grãos na subconta judicial antes da quitação de dívidas e despesas do espólio.

Argumenta que:

> *"(...) eventual necessidade de se depositar em juízo o produto da venda de tais ativos irá prejudicar sobremaneira o exercício da atividade econômica desempenhada nas propriedades que compõem o espólio e, por conseguinte, a manutenção do referido patrimônio, gerando efeito contrário daquele inicialmente preconizado no ordenamento jurídico, inclusive prejudicando a obrigação legal da inventariante de proceder a administração dos bens (cf. art. 618, II, do CPC)."*

Requer:

> *"Ante o exposto requer concessão da antecipação da tutela recursal, suspendendo inaudita altera parte os efeitos da decisão que decretou a suspensão do processo e determinou o depósito dos valores fruto da venda do gado e soja, com o recebimento deste recurso no seu duplo efeito, e ao final seja dado provimento ao presente agravo, a fim de reformar a r. Decisão agravada, na parte que molestou, a mais não poder, o direito da agravante, retornando os autos de inventário ao seu trâmite normal."*

O recurso foi recebido à f. 297-304, oportunidade em que foi deferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada.

Os agravados apresentaram contrarrazões de agravo (f. 309-314), pugnando pelo desprovimento do recurso.

A magistrada de primeiro grau prestou informações à f. 317-318.

Não houve oposição ao julgamento virtual (f. 296).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Dalva Malaquias Ferreira em face da decisão proferida em 17/06/2020 pela juíza de direito da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande-MS que nos autos do Inventário dos bens deixados por Acelino Roberto Ferreira Espólio, determinou a suspensão do feito até o julgamento da investigação de relação avoenga em apenso.

Confira-se o teor da decisão (f. 1684-1685):

"f. 1.200-1.201: Trata-se de pedido de autorização formulado pela inventariante para levantamento da importância de R$304.364,00 (trezentos e quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais), venda de vinte e quatro mil sacas de soja e novecentas reses bovinas, pertencentes ao espólio.

Juntou documentos (f. 1.202-1.566).

Intimado a informar quais despesas pretende adimplir (f. 1.567), a inventariante informou a existência de diversas despesas em nome do espólio, as quais possuem provisão de alcançarem o patamar de R$1.440.000,00 (um milhão, quatrocentos e quarenta mil reais), no curso do ano de 2020.

O causídico representa o interesse da meeira e herdeiras.

Ouvidos os pretensos herdeiros, autores da ação de investigação de paternidade em apenso, estes manifestaram pelo deferimento do pedido de venda de bens apenas, mediante depósito dos valores nos autos e futura análise de liberação de quantia, subsidiariamente, a venda destes e a liberação de apenas 50% destes valores (f. 1.681).

É o relatório.

Decido.

Como é cediço, dentre as atribuições cometidas ao inventariante o CPC autoriza-a, em seu art. 619, I e IV, a alienar bens de qualquer espécie e fazer as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio.

Ademais, entendo que todos os pedidos formulados pela inventariante devem ser acolhidos uma vez que a venda pretendida recai sobre bens móveis que podem sofrer diminuição da qualidade/perda/perecimento caso não negociados em momento oportuno.

Por sua vez, os documentos acostados pelo patrono às f. 1.501-1.566 demonstram as altas despesas que o vasto patrimônio do espólio necessita custear, sob pena de inviabilizar a exploração da agricultura e pecuária realizada pelo espólio.

Ademais, o levantamento da quantia citada não configura risco à dilapidação do patrimônio supostamente cabível aos pretensos herdeiros da ação em apenso, uma vez arrolado vasto patrimônio arrolado, em que apenas o recolhimento do ITCD devido alcançou valor superior a nove milhões de reais (f. 1.151).

Quanto ao pedido de suspensão do feito em razão da existência de Ação de Investigação de relação avoenga em apenso, que tramita neste Juízo sob nº 083827-48.2019.8.12.0001, necessário se faz aguardar o deslinde de tal ação, a fim de dar o prosseguimento devido ao presente inventário.

Isso posto, defiro o pedido formulado e autorizo a(o) inventariante ou seu procurador com poderes específicos, a promover a venda de vinte e quatro mil sacas de soja e 900 (novecentas) reses bovinas, pertencentes ao espólio, bem como efetuar o levantamento do valor de R$ 304.364,00 (trezentos e quatro mil, seiscentos e sessenta e quatro reais), da subconta judicial vinculada ao presente feito, para custeio exclusivo das despesas do espólio. Expeça-se, com prazo de 90 (noventa) dias, devendo o valor ser depositado nos autos. Prestação de contas no mesmo prazo.

Dê-se vista dos autos à Fazenda Pública sobre o recolhimento do imposto efetuado.

Cumpridas tais determinações, determino, desde já, a suspensão do presente feito, até o deslinde dos Autos nº 083827-48.2019.8.12.0001.

Intime-se. Às providências.

Campo Grande, 17 de junho de 2020."

Em razões recursais (f. 1-22), informa que *"trata-se de ação de inventário de Acelino Roberto Ferreira, que tem como inventariante a viúva-meeira Dalva Malaquias Ferreira, ora agravante, e que tramita perante o Juízo da 5ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande - MS."*

Alega que após a abertura do inventario, foi proposta ação declaratória de relação avoenga *post mortem* c/c petição de herança por Eduardo Rodrigues de Souza, ocasião em que pugnou pela suspensão do inventário até o julgamento final da ação declaratória.

Sustenta que:

> *"(...) já que se trata de um patrimônio avaliado pela Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul em aproximadamente R$ 315.000.000,00 (trezentos e quinze milhões de reais), sendo pago a título de imposto causa mortis R$ 9.448.429,76 (nove milhões quatrocentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e vinte nove reais, e setenta e seis centavos), e sua administração e manutenção depende de um dinamismo intenso de compras e vendas de grãos, gado e movimentações financeiras."*

Destaca que em testamento deixado pelo falecido Acelino, aberto e aprovado pelo juízo de primeiro grau, foi legado à inventariante Dalva Malaquias Ferreira, toda a parte disponível, o que corresponde a 25% de todo o patrimônio.

Afirma que a inventariante/viúva meeira era casada em comunhão universal de bens, de modo que, além da meação também tem direito a toda a parte disponível, totalizando 75% de todo o patrimônio.

Ressalta que *"a parte supostamente discutida e pleiteada pelo Sr. Eduardo Rodrigues de Souza na referida ação de petição de herança seria de apenas 6,25% de todo o patrimônio, já que, apenas para fins de argumentação, os 25% dos valores referentes a legítima, caso fosse reconhecido como filho, seria dividido entre Eduardo e as 3 herdeiras Valda, Vania e Celina."*

Destaca que o processo foi suspenso, imobilizando 100% dos bens que compõem o espólio, sendo que a quota parte discutida diz respeito a apenas 6,25% do patrimônio.

Aduz que *"o volume de operações financeiras para a manutenção e custeio do patrimônio do espólio é grande e necessita de uma dinâmica própria para que a inércia e morosidade próprios do procedimento de inventário não lhe cause prejuízo."*

Assevera que não é necessário o depósito do valor fruto da venda de gado e grãos na subconta judicial antes da quitação de dívidas e despesas do espólio.

Argumenta que:

> *"(...) eventual necessidade de se depositar em juízo o produto da venda de tais ativos irá prejudicar sobremaneira o exercício da atividade econômica desempenhada nas propriedades que compõem o espólio e, por conseguinte, a manutenção do referido patrimônio, gerando efeito contrário daquele inicialmente preconizado no ordenamento jurídico, inclusive prejudicando a obrigação legal da inventariante de proceder a administração dos bens (cf. art. 618, II, do CPC)."*

Requer:

> *"Ante o exposto requer concessão da antecipação da tutela recursal, suspendendo inaudita altera parte os efeitos da decisão que decretou a suspensão do processo e determinou o depósito dos valores fruto da venda do gado e soja, com o recebimento deste recurso no seu duplo efeito, e ao final seja dado provimento ao presente agravo, a fim de reformar a r. Decisão agravada, na parte que molestou, a mais não poder, o direito da agravante, retornando os autos de inventário ao seu trâmite normal."*

O recurso foi recebido à f. 297-304, oportunidade em que foi deferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada.

Os agravados apresentaram contrarrazões de agravo (f. 309-314), pugnando pelo desprovimento do recurso.

A magistrada de primeiro grau prestou informações à f. 317-318.

Não houve oposição ao julgamento virtual (f. 296).

Breve relato dos fatos.

Trata-se de inventário dos bens deixados pelo espólio de Acelino Roberto Ferreira.

À f. 12-13, foi deferido o processamento do inventário dos bens deixados pelo falecido e nomeada a inventariante Dalva Malaquias Ferreira (viúva do falecido).

As primeiras declarações foram prestadas à f. 16-25.

Após o regular trâmite do inventário, em 20/11/2019, Eduardo Rodrigues de Souza informou o ajuizamento de ação declaratória de relação avoenga *post mortem* c/c petição de herança em desfavor do espólio de Acelino Roberto Ferreira, requerendo a suspensão da ação de inventário ou, alternativamente, a reserva de 1/4 dos bens (f. 1161-1162).

Em 27/11/2019, a inventariante se manifestou sobre a petição de f. 1161-1162, esclarecendo que o falecido deixou testamento cerrado, no qual legou a sua esposa toda a parte disponível de seu patrimônio, ressalvando que, por ser casada em comunhão universal de bens, tem direito a 75% dos bens, sendo que apenas 25% do patrimônio deve ser partilhado entre os herdeiros, totalizando 6,25% para cada filho.

Em 03/12/2019, a inventariante pugnou pelo levantamento de valores depositados em juízo para o pagamento das despesas (f. 1570-1572).

Os pretensos herdeiros (Eduardo Rodrigues de Souza e outros), manifestaram-se à f. 1681, concordando com o levantamento de valores, ressalvando que o valor obtido com a venda dos bens devem ser integralmente depositados em juízo ou, alternativamente, que *"após a venda dos bens descritos nas letras 'b' e 'c' e o depósito judicial dos valores obtidos nas negociações, e a juntada dos documentos fiscais, seja autorizada a liberação de apenas 50% (cinquenta por cento) destes valores, correspondentes à meação da viúva e inventariante."*

Por fim, sobreveio a decisão ora agravada.

Pois bem.

Conforme exposto, este relator deferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada, nos termos da decisão que segue (f. 297-304):

> *"Portanto, a concessão do efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada depende da verificação dos requisitos atinentes ao risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e à demonstração da probabilidade de provimento do recurso.*
>
> *Na hipótese, encontra-se presente a demonstração da probabilidade de provimento do recurso.*
>
> *Da análise dos autos, verifica-se que a inventariante era casada pelo regime de comunhão universal de bens.*
>
> *Confira-se (f. 5 dos autos principais):"*

a qual passou a assinar-se =DALVA MALAQUIAS FERREIRA=

Foram apresentados os documentos a que refere o Art. 180, n.os =1-2-3 e 4=

do Código Civil Brasileiro.

Observações : =Comunhão Universal de Bens=="="=

="="=

Além da meação, por meio de testamento (devidamente confirmado e registrado pelo juízo de primeiro grau - f. 177-178), também foi legado à inventariante toda a parte disponível dos bens deixados pelo autor da herança.

Confira-se o teor do testamento (f. 18):

e domiciliadas nesta cidade de Campo Grande, MS. Determino que na minha sucessão, toda a parte disponível do meu patrimônio fique integralmente para minha esposa Dalva Malaquias Ferreira. Determino, mais, que a legítima de ca-

Consoante dispõe o art. 1.857 do CC/02:

> *"Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.*
>
> *§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.*
>
> *§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.*
>
> *Dessa forma, considerando-se que a inventariante tem direito à maior parte do patrimônio (75%),* ***não há necessidade de suspensão do inventário até o julgamento da ação declaratória*** *de relação avoenga,* ***bastando a reserva do quinhão dos pretensos herdeiros para resguardar seu patrimônio****.*
>
> *Ressalte-se que se trata de inventário de patrimônio elevado, de modo que eventual suspensão poderá dificultar ou até mesmo inviabilizar a administração dos bens.*
>
> *Também assiste razão à agravante quanto à desnecessidade de depósito dos valores provenientes da venda de bens, salvo no que se refere a eventual quinhão dos pretensos herdeiros, uma vez que tal medida acarretará prejuízos para a administração do patrimônio, devendo a inventariante, mensalmente, prestar contas dos valores recebidos e gastos, depositando em conta judicial apenas os valores correspondentes ao quinhão dos pretensos herdeiros (6,25%).*
>
> *Encontra-se presente o* ***risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação****, pois a suspensão do feito retardará sobremaneira o encerramento do inventário e o depósito em conta judicial da totalidade dos valores recebidos, dificultará a administração do patrimônio.*
>
> ***Conclusão***

> *Assim, **defiro** o pedido de atribuição de efeito suspensivo a cumprimento da decisão agravada no que se refere à suspensão do inventário, bem como depósitos de valores arrecadados com a venda de bens, salvo no que se refere ao percentual de 6,5% relativo ao quinhão dos pretensos herdeiros, condicionados os recebimentos e gastos à prestação mensal de contas."* (G.n.).

Considerando que não houve qualquer fato novo a alterar a convicção deste julgador, quanto ao direito da recorrente, mantenho o entendimento sustentado à f. 297-304.

Na hipótese, restou demonstrado que a agravante/inventariante tem direito a maior parte do patrimônio, uma vez que era casada com o autor da herança pelo regime de comunhão universal de bens.

Não fosse isso, por meio de testamento, também foi legado à inventariante toda a parte disponível dos bens deixados pelo autor da herança, de modo que a agravante possui direito à 75% do patrimônio.

Dessa forma, conforme ressalvado na decisão que deferiu o efeito suspensivo, não há necessidade de suspensão do inventário até o julgamento da ação declaratória de relação avoenga, bastando a reserva do quinhão dos pretensos herdeiros.

Ressalte-se que, quanto à determinação de depósito dos valores provenientes da venda de bens, também assiste razão à agravante, uma vez que a medida poderá acarretar prejuízos à administração do patrimônio, devendo a inventariante prestar contas dos valores recebidos e gastos mensalmente, depositando em conta judicial apenas os valores correspondentes ao quinhão dos pretensos herdeiros.

Não fosse isso, não prospera a alegação dos agravados de que a Fazenda Pública Estadual trouxe ao conhecimento do juízo *"diversas inconsistências nas declarações da Guia de Informação n.º 5.255/2018, por parte da inventariante."*

Isso porque, da análise da manifestação de f. 1.710-1.711, tais inconsistências foram observadas apenas na guia de recolhimento do ITCD, inexistindo qualquer indício de dilapidação do patrimônio, como querem fazer crer os agravados.

Dispositivo.

Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento interposto por Dalva Malaquias Ferreira e, no mérito, dou-lhe provimento para determinar o prosseguimento do inventário, bem como afastar a determinação de depósitos de valores arrecadados com a venda de bens, salvo no que se refere ao percentual de 6,5% relativo ao quinhão dos pretensos herdeiros, condicionados os recebimentos e gastos à prestação mensal de contas.

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. 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, 31 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Agravo de Instrumento nº 1405001-73.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO NA QUAL OS AUTORES-ADQUIRENTES TAMBÉM POSSUEM DOMICÍLIO – CADASTRO DA GARANTIA (RESTRIÇÃO) DO MÚTUO BANCÁRIO RELATIVO À AQUISIÇÃO DO VEÍCULO EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DA QUAL OCORREU A AQUISIÇÃO – OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE CORRIGIR O EQUÍVOCO HAJA VISTA A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE DUPLO DOMICÍLIO – DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA PELOS AUTORES-AGRAVADOS – *ASTREINTES* – RAZOABILIDADE.

Controvérsia centrada na discussão acerca:

Do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada a obrigar a instituição financeira ré a alterar, no cadastro da garantia (restrição) do mútuo relativo à aquisição de automóvel, a Unidade da Federação no qual o bem foi adquirido e no qual também teriam domicílio os adquirentes (de Mato Grosso do Sul para Rio Grande do Sul); e

De eventual excessividade da multa cominatória (*astreintes*) fixada pela decisão agravada.

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou de risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, não se vislumbra, em princípio, ser plausível a tese do agravante, pois, a par do disposto no art. 120, da Lei nº 9.503, de 23/09/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) - o qual prevê que *"todo veículo automotor (...) deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado (...) de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei"* -, ao que tudo indica, no caso dos autos, os autores possuem duplo domicílio, já que constou, na própria Nota Fiscal de aquisição do veículo em questão, o endereço na Cidade de Lagoa Vermelha-RS, o que, inclusive, gerou tributação de ICMS no Estado do Rio Grande do Sul.

Além disso, o próprio termo de substituição da garantia foi assinado, e a respectiva firma reconhecida, ambos na Cidade de Lagoa Vermelha-RS - o mesmo ocorrendo com o próprio contrato de mútuo firmado com o réu -, tudo a denotar o conhecimento do réu acerca do fato de que toda transação ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, se o Detran/RS não impôs, em princípio, óbice ao registro da garantia e do próprio veículo naquele Estado, ou nem mesmo questionou o endereço indicado pelos autores naquele Estado, não cabe ao réu fazer as vezes do órgão de trânsito - sobretudo se o CC/02 prevê a possibilidade de uma pessoa possuir mais de um domicílio -, criando embaraço desnecessário e, ao que parece, causando transtornos e danos de grande monta aos autores.

As *astreintes*, num primeiro momento, devem mesmo ser fixadas em quantia elevada, de modo a inibir o devedor que intenciona descumprir a obrigação e sensibilizá-lo de que é muito mais vantajoso cumpri-la do que pagar a respectiva pena pecuniária. Somente em hipótese de descumprimento, factível ou potencial - num segundo momento, portanto -, é que se justifica cogitar de eventual redução da multa cominatória inicialmente fixada, mesmo porque não há interesse em fazê-lo de forma meramente pragmática. Precedentes do STJ.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de julho de 2020.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco J. Safra S/A contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0801570-77.2020.8.12.0001 pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais proposta por Genicy de Fátima Mondadori Campetti e Carlos Humberto Campetti contra Banco J. Safra S/A, sustentando que, no final do ano de 2019, ao realizar a troca de seu veículo por um 0km, foi orientado pelo requerido a realizar a substituição da garantia fiduciária do veículo antigo para o novo modelo (Amarok V6 Extr AC4, 2019/2020), contudo, ao transferir o registro do gravame da alienação fiduciária anterior, o réu registrou o contrato com base no endereço dos autores em Mato Grosso do Sul, ao invés de fazê-lo com base no endereço do Rio Grande do Sul, o que, ao fim e ao cabo, acabou por impedir o emplacamento do veículo no Estado do Rio Grande do Sul, onde se encontra localizado até os dias atuais (depositado na concessionária). Argumentam que todo o transtorno acarretou desgastes financeiros e emocionais aos autores, causando-lhes prejuízos de ordem moral e material.

Requereram, liminarmente, a concessão da tutela provisória, para o fim de determinar que o requerido altere, em 24 horas, a unidade da federação do registro do gravame da alienação fiduciária, com base no endereço dos autores no Estado do Rio Grande do Sul, viabilizando, assim, o emplacamento, a emissão dos documentos e a circulação do veículo. No mérito, pediram a condenação do réu: a) ao pagamento de R$ 70.000,00, à título de danos morais; b) ao pagamento de R$ 12.000,00, a título de indenização por danos materiais; e c) ao pagamento de R$ 352,00 por dia que o veículo permanecer indisponível (f. 01-10, na origem).

Decisão Interlocutória: deferiu o pedido liminar, para determinar que:

> *"(...) o requerido providencie a alteração da Unidade da Federação (Mato Grosso do Sul) da restrição do veículo novo adquirido pelos requerentes (Amarok V6 EXTR AC4, chassi WV1DA22H7LA002636) para o estado em que automóvel foi comprado (Rio Grande do Sul) no prazo de 5 dias sob pena de multa diária de R$ 300,00 limitada a R$ 15.000,00 para a hipótese de descumprimento da ordem, f. 141-143, na origem)."*

Agravo de instrumento interposto pelo réu Banco J. Safra S/A, sustentando, em suma, que: a) os autores possuem domicílio em Mato Grosso do Sul, por isso, em conformidade com art. 8º, da Res.-Contran nº 689, de

27/09/2017, c/c art. 120, da Lei nº 9.503, de 23/09/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), registrou o gravame junto ao Detran/MS, mesmo porque, por não ter sido *"fornecido ao Banco um endereço de domicílio dos agravados/proprietários do veículo em Lagoa Vermelha/RS, o Detran/RS não permite o registro do gravame naquela localidade (f. 07)"*; b) quanto a multa cominatória (*astreintes*) deve ser revogada, ou ter ser valor reduzido, pois foi fixada em valor excessivo (f. 01-11).

Requereu, em sede de liminar, a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso e, no mérito, que a decisão agravada seja reformada, para que seja indeferido o pedido de tutela provisória, ou, alternativamente, a exclusão ou redução da multa cominatória (*astreintes*) fixada pela decisão agravada.

Decisão liminar do relator: indeferiu o requerimento de efeito suspensivo formulado pelo réu-agravante (f. 231-235).

Contrarrazões: em suma, pugnou pelo não provimento do recurso (f. 239-251).

VOTO

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

Controvérsia centrada na discussão acerca: a) do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada a obrigar a instituição financeira ré a alterar, no cadastro da garantia (restrição) do mútuo relativo à aquisição de automóvel, a Unidade da Federação no qual o bem foi adquirido e no qual também teriam domicílio os adquirentes (de Mato Grosso do Sul para Rio Grande do Sul); e b) de eventual excessividade da multa cominatória (*astreintes*) fixada pela decisão agravada.

Juízo de admissibilidade.

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 05/02/2020 (f. 141-143, na origem), tendo a respectiva intimação pessoal ocorrido em 13/03/2020 (f. 172, na origem), cuja juntada do respectivo mandado ocorreu em 18/03/2020 (f. 171-172, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 04/05/2020 (f. 01-11).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 220-203).

Tutela provisória.

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, não se vislumbra, em princípio, ser plausível a tese do agravante, pois, a par do disposto no art. 120, da Lei nº 9.503, de 23/09/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) - o qual prevê que:

> *"Todo veículo automotor (...) deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado (...) de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei", ao que tudo indica, no caso dos autos, os autores possuem duplo domicílio, já que constou, na própria Nota Fiscal de aquisição do veículo em questão, o endereço na Cidade de Lagoa Vermelha-RS (f. 19 e f. 69, na origem), o que, inclusive, gerou tributação de ICMS no Estado do Rio Grande do Sul (f. 70-74, na origem).*

Além disso, o próprio termo de substituição da garantia foi assinado, e a respectiva firma reconhecida, ambos na Cidade de Lagoa Vermelha-RS (f. 21, na origem) - o mesmo ocorrendo com o próprio contrato de mútuo firmado com o réu (f. 22-29, na origem) -, tudo a denotar o conhecimento do réu acerca do fato de que toda transação ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, se o Detran/RS não impôs, em princípio, óbice ao registro da garantia e do próprio veículo naquele Estado, ou mesmo questionou o endereço indicado pelos autores naquele Estado (f. 67, na origem), não cabe ao réu fazer as vezes do órgão de trânsito - sobretudo se o CC/02 prevê a possibilidade de uma pessoa possuir mais de um domicílio -, criando embaraço desnecessário e que, ao que parece, causando transtornos e danos de grande monta aos autores.

Portanto, correta a decisão agravada ao deferir o pedido de tutela provisória formulados pelos autores-agravados.

Razoabilidade das *astreintes*.

Em princípio, cabe observar que as *astreintes*, num primeiro momento, devem mesmo ser fixadas em quantia elevada, de modo a se inibir o devedor que intenciona descumprir a obrigação, e sensibilizá-lo, de que é muito mais vantajoso, cumpri-la, do que pagar a respectiva pena pecuniária (REsp 1.185.260/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 11/11/2010; AgRg no AREsp 224.073/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 18/12/2012).

A par disso, certamente que não se deve dar guarida a situações que impliquem em clara e flagrante desproporcionalidade, com verdadeira inversão de interesses, a tornar mais atraente, aos olhos do credor, o recebimento da multa do que o próprio bem da vida pleiteado na ação principal.

Mas essa análise, à toda evidência, pressupõe, primeiro, avaliar o grau de recalcitrância do devedor e, segundo, o próprio comportamento do credor diante do quadro de descumprimento.

Somente, portanto, em hipótese de descumprimento, factível ou potencial - ou seja, num momento secundário -, é que se justifica se cogitar de eventual redução da multa cominatória inicialmente fixada, mesmo porque não há interesse em fazê-lo de forma meramente pragmática, em especial se sequer há alegação de dificuldade em se atender ao comando judicial coercitivo.

Na espécie, a decisão agravada concedeu cinco dias para que a ré-agravante *"providencie a alteração da Unidade da Federação (Mato Grosso do Sul) da restrição do veículo novo adquirido pelos requerentes (Amarok V6 EXTR AC4, chassi WV1DA22H7LA002636) para o estado em que automóvel foi comprado (Rio Grande do Sul) (f. 142-143, na origem), sob pena de incidir em multa diária de R$ 300,00 limitada a R$ 15.000,00 para a hipótese de descumprimento da ordem, (f. 143, na origem)."*

Como se vê, para providência tão singela, foi concedido prazo razoável, tendo sido também fixado valor diário razoável para a hipótese de eventual descumprimento, o que desautoriza a exclusão, ou mesmo a revisão, já agora, da quantia estabelecida pelo juízo *a quo*, sobretudo se sequer se alega dificuldade, ou impossibilidade, de cumprimento da decisão no prazo estabelecido.

Por isso, não há razão, também neste ponto, para se falar em reforma da decisão agravada.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pelo Banco J. Safra S/A mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 22 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Agravo de Instrumento nº 1408766-52.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR – REJEIÇÃO – CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DELIBEROU SOBRE A INCIDÊNCIA, OU NÃO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À ESPÉCIE – MÉRITO – RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE COOPERATIVA DE CRÉDITO E ASSOCIADO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO – VULNERABILIDADE ECONÔMICA – EQUIPARAÇÃO DA COOPERATIVA DE CRÉDITO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR INCLUSIVE PARA FINS DE DEFINIÇÃO DE ÔNUS PROBATÓRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

Discute-se no presente recurso: a) em preliminar, eventual não cabimento de Agravo de Instrumento contra decisão que deliberou sobre a incidência, ou não, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) à espécie; e, no mérito, b) a incidência, ou não, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) na relação entre cooperativa de crédito e associado, na pactuação de Cédula de Crédito Bancário.

Segundo o STJ, *"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 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19/12/2018).

Na hipótese dos autos, duas questões se fazem presentes no sentido de configurar a urgência necessária ao conhecimento do presente recurso, a tornar inútil o julgamento da questão apenas quando julgado eventual recurso de Apelação, quais sejam: a) a iminência de se dar início à fase instrutória na origem, para a qual a definição do ônus probatório de cada é parte é questão de extrema relevância (circunstância que se assemelha à hipótese do inc. XI, do art. 1.015, do CPC), e b) ante a possibilidade de julgamento da lide, acaso não se defira eventuais provas requeridas pelas partes, é também importante previamente saber o regime jurídico aplicável à relação de direito material subjacente, de modo a se nortear o julgamento da lide pelo juízo *a quo*. Preliminar rejeitada.

Segundo a teoria finalista ou subjetiva, para se caracterizar o consumidor, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Em suma, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

Todavia, a par disso, admite-se a mitigação da teoria finalista ou subjetiva quando, a par de não ser o adquirente do produto ou do serviço o destinatário final na cadeia de consumo, se verificar, no caso concreto, a existência de vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e/ou informacional.

Na espécie, verifica-se a presença de vulnerabilidade fática dos devedores-agravantes, na medida em que se tratam de pessoas jurídicas de porte econômico consideravelmente menor que o da credora-agravada, ficando aqueles, à evidencia, em pé de desigualdade frente ao fornecedor, sobretudo no que diz respeito à (im)possibilidade de negociação bilateral dos termos das cláusulas contratuais, as quais, em Cédulas de Crédito Bancário, costumam decorrer de um contrato de adesão.

Assim, diante da evidente relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, caracteriza-se uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mitigando-se, assim, os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica, que utiliza de crédito bancário para o fomento de sua atividade empresarial, à condição de consumidora.

As cooperativas de crédito, ao ofertarem crédito aos associados, integram o Sistema Financeiro Nacional, sendo, assim, equiparadas às instituições financeiras, razão pela qual se lhes aplica a Lei nº 8.078, de 11/09/1990. Precedentes do STJ.

Agravo de instrumento 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, 29 de julho de 2020.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 24/07/2020.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PMS Santos e Plínio Moreira Só Santos contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0802963-71.2019.8.12.0001 pelo Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de embargos à execução opostos por PMS Santos e Plínio Moreira Só Santos contra Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento União dos Estados de Mato Grosso do Sul, Tocantins e Oeste da Bahia, sustentando, em suma, que a embargada propôs ação de execução com lastro na Cédula de Crédito Bancário n° B70335538-2, no valor de R$ 80.000,00, entretanto, afirmam: a) ser nula a cláusula contratual que impõe ônus do pagamento relativo à tarifa de abertura de crédito; b) serem nulas as cláusulas que previram *"a tarifa de liquidação antecipada, as despesas de cobrança e honorários advocatícios, a 'Praça de Pagamento', com sua multa diária abusiva, a autorização de ressarcimento por serviços de terceiros, e os descontos em aplicações financeiras de titularidade dos embargantes."*

Requereram, liminarmente, a concessão do efeito suspensivo e, alternativamente, a tutela de urgência, suspendendo-se os atos constritivos e expropriatórios da execução e, no mérito, a declaração da nulidade: a) da cláusula contratual referente tarifa de abertura de crédito e, consequentemente, a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente; e b) das cláusulas abusivas supra mencionadas (f. 01-45, na origem).

Decisão Interlocutória: em decisão de saneamento e de organização do processo, concluiu pela inaplicabilidade da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) ao caso dos autos, sob o fundamento de que *"a relação existente entre as partes decorre de vínculo associativo (f. 287)"*, bem como que *"a embargante, pessoa jurídica, se utilizou do crédito objeto da execução para fomento de sua atividade comercial (f. 286-289)."*

Embargos de declaração: apresentados pelos devedores-agravantes, foram rejeitados por inexistir qualquer vício a ser sanado (f. 291, na origem).

Agravo de instrumento: interposto pelos embargantes-agravantes PMS Santos e Plínio Moreira Só Santos, sustentando, em suma, que o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça é de que, quanto à aplicação da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a teoria finalista deve ser aplicada de forma mitigada *"quando o destinatário, ainda que não seja o final, esteja em uma situação de desvantagem, técnica, econômica ou jurídica (f. 05)"*. Afirma, ainda, que restou comprovado que houve a efetiva tomada de crédito como serviço, e não como ato cooperado.

Requereu, em sede de liminar, a concessão da tutela antecipada recursal, para o fim de determinar a incidência da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 ao processo de origem e, no mérito, a confirmação da tutela pleiteada, reformando-se a decisão agravada (f. 01-12).

Contrarrazões: em preliminar, aduziu o não cabimento de agravo de instrumento na hipótese; e, no mérito, em suma, pugnou pelo não provimento do recurso (f. 317-323).

Julgamento Virtual: não houve oposição (f. 316).

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) em preliminar, eventual não cabimento de Agravo de Instrumento contra decisão que deliberou sobre a incidência, ou não, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) à espécie; e, no mérito, b) a incidência, ou não, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) na relação entre cooperativa de crédito e associado, na pactuação de Cédula de Crédito Bancário.

Juízo de admissibilidade.

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 08/04/2020 (f. 276, na origem). Após foram opostos embargos de declaração, com sentença interativa disponibilizada em 29/07/2020 (f. 291, na origem) tendo a respectiva intimação ocorrido em 19/06/2020 (f. 293, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 10/07/2020 (f. 01-12).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (recorrente beneficiário da gratuidade judiciária - f. 273, na origem).

Preliminar: cabimento de agravo de instrumento na hipótese.

Em contrarrazões, a credora-agravada aduziu, em preliminar, o não cabimento de agravo de instrumento contra a decisão ora agravada, sob o fundamento de que a decisão recorrida não se enquadra em nenhuma hipótese do art. 1.015, do CPC, ressaltando, pois, que, ainda que *"o entendimento do egrégio STJ permita uma interpretação mitigada, não há qualquer inciso que permita a respectiva interpretação mitigada neste caso, (f. 319)."*

Pela nova sistemática do CPC/15, o recurso de agravo de instrumento é cabível, em princípio, apenas nas hipóteses taxativas previstas no art. 1.015, *verbis*:

"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º.

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."

No Superior Tribunal de Justiça, foi firmada a tese 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 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19/12/2018).

Na hipótese dos autos, duas questões se fazem presentes no sentido de configurar a urgência necessária ao conhecimento do presente recurso, a tornar inútil o julgamento da questão apenas quando julgado eventual recurso de Apelação, quais sejam: a) a iminência de se dar início à fase instrutória na origem, para a qual a definição do ônus probatório de cada é parte é questão de extrema relevância (circunstância que se assemelha à hipótese do inc. XI, do art. 1.015, do CPC), e b) ante a possibilidade de julgamento da lide, acaso não se defira eventuais provas requeridas pelas partes, é também importante previamente saber o regime jurídico aplicável à relação de direito material subjacente, de modo a se nortear o julgamento da lide pelo juízo *a quo*.

Assim, sem maiores delongas, impõe-se a rejeição da preliminar de não cabimento do recurso.

Incidência da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor)

Segundo a teoria finalista ou subjetiva, para se caracterizar o consumidor, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

Assim, consumidor é *"toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor"*; ou seja, é aquele *"que última a atividade econômica, ou*

seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo." (REsp 1.599.042/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/03/2017, Dje 09/05/2017).

Em suma, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

Todavia, a par disso, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido mitigação da teoria finalista ou subjetiva quando, a par de não ser o adquirente do produto ou do serviço o destinatário final na cadeia de consumo, se verificar, no caso concreto, a existência de vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e/ou informacional.

Segundo importante precedente do STJ a respeito do tema, *"em situações excepcionais (...) esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade."* (Resp 1.358.231/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 17/06/2013).

Segundo essa teoria, *"o consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte."* (AgRg no Ag 1.316.667/RO, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma,julgado em 15/02/2011, DJe 11/03/2011).

Nesse sentido:

> *"A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando* ***finalismo aprofundado****, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.*
>
> *A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade:* ***técnica*** *(ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo),* ***jurídica*** *(falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e* ***fática*** *(situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade* ***informacional*** *(dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).*
>
> *A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo.*
>
> ***Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.****"* (Resp 1.195.642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012,DJe 21/11/2012). (G.n.).

Na espécie, verifica-se a presença de vulnerabilidade fática dos devedores-agravantes, na medida em que se tratam de pessoas jurídicas de porte econômico consideravelmente menor que o da credora-agravada, ficando aqueles, à evidencia, em pé de desigualdade frente ao fornecedor, sobretudo no que diz respeito à (im) possibilidade de negociação bilateral dos termos das cláusulas contratuais, as quais, em Cédulas de Crédito Bancário, costumam decorrer de um contrato de adesão.

Assim, diante da evidente relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, caracteriza-se uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mitigando-se, assim, os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica, que utiliza de crédito bancário para o fomento de sua atividade empresarial, à condição de consumidora.

Além disso, a jurisprudência do STJ também está consolidada no sentido de que as cooperativas de crédito, ao ofertarem crédito aos associados, integram o Sistema Financeiro Nacional, sendo, assim, equiparadas às instituições financeiras, razão pela qual se lhes aplica a Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (AgInt no REsp 1.520.390/ES, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 28/06/2018; AgRg no Ag 1037426/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 03/10/2008; AgRg no REsp 1.059.324/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 06/11/2009).

Portanto, no caso dos autos, como houve oferta de crédito pela cooperativa de crédito credora-agravada, aos seus associados, ora devedores-agravantes, impõe-se o reconhecimento de que incide na espécie, tanto para fins de definição dos ônus probatórios, quanto para análise da relação contratual de direito material, a Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Assim, impõe-se o provimento do recurso.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de não cabimento do presente recurso, conheço o recurso interposto por PMS Santos e Plínio Moreira Só Santos e dou-lhe provimento para determinar que, tanto para fins de definição dos ônus probatórios, quanto para análise da relação contratual de direito material, incide a Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor) na espécie.

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. 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, 29 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Agravo de Instrumento nº 1405878-13.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REQUERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE – POSTO DE COMBUSTÍVEL ABANDONADO OSTENTADO ELEMENTOS DE IMAGEM DA MARCA (*TRADE DRESS*) E NA POSSE DE EQUIPAMENTOS CEDIDOS EM COMODATO – DEPRECIAÇÃO DO PONTO DE REVENDA ASSOCIADO À MARCA – ATO CAPAZ DE CAUSAR CONFUSÃO AO CONSUMIDOR – DEVER DE RESTITUIÇÃO DO BEM CEDIDO EM COMODATO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Discute-se no presente recurso o acerto ou não da decisão que indeferiu a tutela antecipada no sentido de determinar que os requeridos se abstenham de utilizar qualquer marca ou manifestação visual da marca empresarial, descaracterizando-se, assim, qualquer elemento que seja associado ao conjunto imagem (*trade dress*), bem como a imediata devolução de bem cedido em comodato.

Estando presente, simultaneamente, a verossimilhança das alegações (*fumus boni iuris*) e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte (*periculum in mora*), e não havendo, ainda, risco de irreversibilidade da medida, é de ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

No caso, reforma da decisão para a concessão da tutela provisória para determinar que os réus que se abstenham de utilizarem qualquer marca ou manifestação visual (*trade dress*) da "Petrobrás", descaracterizando qualquer elemento de imagem da "BR" no seu posto de combustível, bem como para determinar a imediata devolução do bem cedido em comodato (bomba de combustível).

Agravo 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, 24 de agosto de 2020.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Petrobrás Distribuidora S/A contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0810475-71.2020.8.12.0001 pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de requerimento de tutela de urgência em caráter antecedente proposta pela Petrobrás Distribuidora S/A contra Nilton Antônio Pires Júnior e espólio de Cristiane Bendini Mello Pires, sustentando que as partes firmaram Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil (CPCVM), e vinculados a este, um Contrato de Antecipação de Bonificação por Desempenho e uma Escritura Pública de Hipoteca.

Afirma que, *"por intermédio do CPCVM o posto revendedor se comprometeu a adquirir com exclusividade, nos termos da Cláusula 2.1, as quantias totais de combustíveis previstas no item III das Condições Comerciais, no prazo de vigência do contrato (f. 3, na origem)"*, prevendo, também, a licença de uso da marca "BR" e, *"ainda foi ajustado o comodato de uma bomba abast. Gab. Elétrica dupla, entregue mediante a NF e n° 000476043, e que deveria ter sido devolvida pelo requerido nos termos do contrato (f. 4, na origem)"*, e que *"como contrapartida pela assinatura do CPCVM, o Contrato de Antecipação de Bonificação por Desempenho estipulou a liberação de R$ 700.000,00 a título de bonificação pelo volume total de vendas estipulados no CPCVM (f. 4, na origem)"*, tendo o requerido recebido *"R$ 307.638,65 em 07/05/2014, R$ 310.038,23 em 23/06/2014 e R$ 103.211,73 em 28/07/2014 (f. 4, na origem)."*

Assevera que *"após ser concedido pela parte autora, a fim de viabilizar o negócio, um equipamento em comodato, um valor a título de mútuo, o direito de uso das marcas e o valor histórico de R$ 700.000,00 (setecentos mil reais) a título de antecipação de bonificação, o requerido descumpriu a sua principal obrigação contratual (f. 5, na origem)"*, tendo paralisado as atividades de comércio de produtos derivados de petróleo, mesmo após ser notificado pela BR para retomar as atividades comerciais, tendo a última compra sido efetuada em 18/01/2018, deixando, assim, de cumprir com os volumes mínimos de vendas pactuados no CPCVM.

Informa, ainda, que *"no dia 03/10/2019 a BR notificou o requerido para observar a obrigação de aquisição das quantidades mínimas de produtos ajustadas de modo a preservar as bases do negócio e a própria relação contratual (f. 5, na origem)"*, a qual foi recebida no dia 17/10/2019. Em razão do descumprimento, e do término do prazo contratual em 31/12/2019, a BR enviou nova notificação em 11/02/2020, recebida em 12/02/2020 pelo requerido, na qual constou que foi adquirida tão somente a pequena fração de 34,9% do volume total pactuado, estando plenamente caracterizado o descumprimento do volume por culpa do requerido.

Esclarece que *"além de não ter devolvido o equipamento (bomba de combustível) cedido em comodato pela autora, o requerido continuou a utilizar os elementos de imagem (trade dress) da 'BR' (f. 7, na origem), estando o posto em abandono, mas ostentando os elementos de imagem da BR e na posse de equipamento cedido em comodato com único objetivo de comercializar, em exclusividade, produtos BR."*

Realça o *"perigo de dano decorre da depreciação do ponto de revenda associado à marca BR, tanto em relação à manutenção das instalações prediais, como na reputação e capacidade comercial (f. 8, na origem)"*, e que *"uma vez que o posto de combustíveis não está funcionando, a descaracterização da imagem não representará nenhum prejuízo para os requeridos e poderá ser revertida a qualquer momento, não incidindo o óbice do § 3º do art. 300 do CPC (f. 10, na origem)."*

Requereu: a) liminarmente, a concessão da tutela pleiteada, para o fim de determinar que os requeridos se abstenham de utilizar qualquer marca ou manifestação visual da marca "Petrobrás", descaracterizando-se, assim, qualquer elemento que seja associado a imagem da BR, bem como a imediata devolução de todos os bens cedidos em comodato, sob pena de multa diária no valor não inferior a R$ 10.000,00.

Emenda à inicial (f. 128 e 132, na origem): a fim de esclarecer a prova de falecimento e indicação do inventariante de Cristiane Bendini Mello Pires, bem como que não houve partilha de bens, *"tendo o inventariante declarado diretamente ao subscritor da presente que não possui condições para o recolhimento do ITCD."*

Decisão interlocutória: acolheu as emendas à inicial (f. 128 e 132, na origem), e indeferiu a tutela antecipada antecedente. Determinou, ainda, a intimação da requerente para que apresente emenda à petição inicial formulando o pedido principal no prazo de cinco (5) dias, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC) - f. 134-136 (na origem).

Petição da autora-recorrente: requerendo:

> *"(...) a reconsideração da r. decisão de f. 134-136, para determinar aos requeridos que descaracterizem a imagem da autora, retirando toda a identificação visual, as marcas e manifestações visuais da marca 'Petrobrás', descaracterizando qualquer elemento de imagem*

da 'BR', bem como devolvam a bomba de combustível dupla cedida em comodato, sob pena de multa diária não inferior a R$ 10.000,00 (f. 139-147, na origem)."

Decisão interlocutória: manteve a decisão de f. 134-136 (na origem) no que se refere à tutela antecipada, por seus próprios fundamentos (f. 148, na origem).

Agravo de instrumento: interposto pela requerente-agravante Petrobrás Distribuidora S/A, sustentando, em síntese, que os requisitos autorizadores da tutela pleiteada estão presente, tendo em vista que o perigo de dano *"decorre da depreciação do ponto de revenda associado à marca BR, tanto em relação à manutenção das instalações prediais, como na reputação e capacidade comercial (f. 06)"*, sendo que, o fato do estabelecimento estar fechado não afasta o dano.

Por fim, afirma que, está evidente o descumprimento das cláusulas contratuais, ante a ilicitude da retenção da imagem e das bombas de combustíveis, restando a futura indenização ato não benéfico a nenhuma das partes.

Requer: a) liminarmente, a atribuição do efeito suspensivo ativo ao presente recurso, determinando a imediata descaracterização da imagem "BR - Petrobrás" e a devolução das bombas de combustíveis; e b) no mérito, a reforma da decisão agravada, determinando que se abstenham de utilizar qualquer marca ou manifestação visual da marca "Petrobrás", descaracterizando-se, assim, qualquer elemento que seja associado a imagem da BR, bem como a imediata devolução de todos os bens cedidos em comodato (f. 1-11).

Decisão liminar do relator: indeferiu o pedido de tutela antecipada recursal (f. 102-109).

Certidão: decorreu o prazo para manifestação para oposição ao julgamento virtual (f. 114).

Contrarrazões: informando a ocorrência da perda do objeto, uma vez que o estabelecimento já teria sido descaracterizado, e que o telegrama ora juntado faz prova de que os agravados pretendem devolver a bomba de combustível. No mérito, sustenta a ausência dos requisitos para concessão da tutela antecipada, requerendo o não provimento do recurso (f. 123-129).

Despacho: determinou a intimação do agravante para que, no prazo de cinco (5) dias, manifeste-se sobre a eventual perda superveniente de objeto do presente recurso (f. 136-138).

Manifestação do autor: requerendo o prosseguimento do recurso, enfatizando que não houve a perda do seu objeto (f. 140-144).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso o acerto ou não da decisão que indeferiu a tutela antecipada no sentido de determinar que os requeridos se abstenham de utilizar qualquer marca ou manifestação visual da marca empresarial, descaracterizando-se, assim, qualquer elemento que seja associado ao conjunto imagem (*trade dress*), bem como a imediata devolução de bem cedido em comodato.

Juízo de admissibilidade.

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 07/04/2020 (f. 134-136, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 22/04/2020 (f. 138, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 20/05/2020 (f. 99).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 96-98).

Tutela antecipada - Descaracterização dos elementos de imagem da marca (*trade dress*) e devolução de equipamento entregue em comodato.

Pois bem, é certo que *"no intuito de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador institui uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar."* (DIDIER JR, Fredie, OLIVEIRA, Rafale Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 567).

Estabelece o art. 300, do Código de Processo Civil/2015:

> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*
>
> *§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*
>
> *§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."*

O dispositivo legal em destaque trata da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar), sendo certo que, para a sua concessão, deve existir, basicamente, a demonstração dos seguintes requisitios: probabilidade de direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Insta salientar que o novel Código de Processo Civil, por cautela, preferiu falar em "probabilidade" em vez de "plausibilidade" do direito. Acerca do tema, prelecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> *"No direito anterior a antecipação da tutela estava condicionada à existência de 'prova inequívoca' capaz de convencer o juiz a respeito da verossimilhança da alegação, expressões que sempre foram alvo de acirrado debate na doutrina. O legislador resolveu, contudo, abandoná-las, dando preferência ao conceito de probabilidade do direito. Com isso, o legislador procurou autorizar o juiz a conceder tutelas provisórias com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos (vale dizer, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato).* ***A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau e confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória."*** (Novo código de processo civil comentado. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 382). (Grifamos)

Por outro lado, por perigo da demora tem-se *"a existência de elementos que evidenciam o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (periculum in mora) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito."* (DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafale Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Ob cit.* p. 597).

No caso, a autora-recorrente - Petrobrás Distribuidora S/A - propôs uma ação de requerimento de tutela de urgência em caráter antecedente contra Nilton Antônio Pires Júnior, Nilton Antônio Pires Júnior e espólio de Cristiane Bendini Mello Pires, por ter firmado com o réu Contrato de Promessa de Compra e Venda

Mercantil (CPCVM), e Contrato de Antecipação de Bonificação por Desempenho e uma Escritura Pública de Hipoteca, tendo o posto se comprometido a adquirir , com exclusividade, *" quantias totais de combustíveis previstas no item III das Condições Comerciais, no prazo de vigência do contrato (f. 3, na origem)"*, prevendo o pacto a Licença de Uso da Marca "BR" e, *"ainda foi ajustado o comodato de uma bomba abast. Gab. Elétrica dupla, entregue mediante a NF e nº 000476043, e que deveria ter sido devolvida pelo requerido nos termos do contrato (f. 4, na origem)"*, no entanto, o requerido paralisou suas atividades de comércio de produtos derivados de petróleo, mesmo após ser notificado pela BR para retomar as atividades comerciais, tendo a última compra sido efetuada em 18/01/2018, deixando, assim, de cumprir com os volumes mínimos de vendas pactuados no CPCVM.

A agravante relatou na inicial que *"no dia 03/10/2019 a BR notificou o requerido para observar a obrigação de aquisição das quantidades mínimas de produtos ajustadas de modo a preservar as bases do negócio e a própria relação contratual (f. 5, na origem)"*, a qual foi recebida no dia 17/10/2019. Em razão do descumprimento, e do término do prazo contratual em 31/12/2019, a BR enviou nova notificação em 11/02/2020, recebida em 12/02/2020 pelo requerido, na qual constou que foi adquirida tão somente a pequena fração de 34,9% do volume total pactuado, estando plenamente caracterizado o descumprimento do volume por culpa do requerido, porém, *"além de não ter devolvido o equipamento (bomba de combustível) cedido em comodato pela autora, o requerido continuou a utilizar os elementos de imagem (trade dress) da 'BR' (f. 7, na origem)"*, estando o posto em abandono, mas ostentando os elementos de imagem da BR e na posse de equipamento cedido em comodato com único objetivo de comercializar, em exclusividade, produtos BR.

Devido a estes fatos, propôs a medida judicial, objetivando, liminarmente, a concessão da tutela pleiteada, para o fim de determinar que os requeridos se abstenham de utilizar qualquer marca ou manifestação visual da marca "Petrobrás", descaracterizando-se, assim, qualquer elemento que seja associado a imagem da BR, bem como a imediata devolução de todos os bens cedidos em comodato, sob pena de multa diária no valor não inferior a R$ 10.000,00.

O juiz, na origem, indeferiu o pleito, argumentando o seguinte:

> *"não estão presentes, pelo menos em um juízo próprio de cognição sumária, os requisitos autorizadores da medida. Com efeito, não se verifica o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, haja vista que a pretensão da requerente tem amparo no descumprimento do contrato estabelecido entre as partes pelos requeridos e na continuidade do uso do equipamento objeto de comodato e do trade dress da marca mesmo após notificação extrajudicial de rompimento da relação jurídica, ainda mais considerando que a requerente reconhece que o estabelecimento dos requeridos está fechado, sendo que eventual depreciação da marca ou da bomba de combustível poderão ser objetos de ulterior indenização formulada junto ao pedido principal."* (f. 135, na origem)

Quando da análise do pedido de tutela recursal, ponderei não haver, naquele momento, *"verossimilhança nas alegações da agravante, sobretudo porque as rés sequer foram citadas, não havendo nos documentos apresentados com inicial prova que denote as razões do descumprimento contratual que justifique a medida extrema requerida (f. 108)"*, e que *"ademais, observa-se que não se afigura presente, na espécie, urgência tamanha a justificar que, por decisão unipessoal e precária, seja alterada a decisão judicial recorrida. Isso porque, pelo que se infere da exordial, o mencionado descumprimento do contrato teria ocorrido desde 2018 - tendo a última compra sido efetuada em 18/01/2018 (f. 5)"*, o que, por si só, gera dúvidas acerca da urgência da medida a ser adotada agora, em 2020.

Contudo, com a vinda das contrarrazões, os próprios réus informaram que procederam à descaracterização do posto, e que pretendem devolver a bomba de combustível, confirmando o dever da promoção das medidas então requeridas pelo autor, *in verbis:*

> *"Como o estabelecimento já foi descaracterizado (cf. imagens em anexo) e o telegrama anexo faz prova que os Agravados pretendem devolver a bomba de combustível, o recurso restou completamente esvaziado, e merece ser encerrado, imediatamente, por perda do objeto."* (f. 125)

Ainda, os réus carrearam aos autos as imagens fotográficas de f. 131, denotando que a situação de abandono, ao que parece, não mais persiste, as quais, aliadas às imagens de f. 142, apresentadas pela parte recorrente, apontam que o conjunto imagem (*trade drees*) da empresa "Petrobrás" ainda não foi inteiramente descaracterizado pelos recorridos, o que, ao meu ver, pode realmente gerar uma confusão com os consumidores da marca, de modo a manchar a reconhecida reputação da empresa no mercado, podendo até implicar no afastamento dos clientes, a depender da qualidade do serviço que está sendo prestado pelos réus.

Tal condição reflete não só a verossimilhança do direito do autor, como o *periculum in mora*, caso não adotada a providência requerida urgentemente.

> *"É inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra óbice na repressão da concorrência desleal."* (REsp 1843339/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 05/12/2019).

Com efeito, a marca "Petrobrás - BR" goza de notoriedade em seu segmento, tratando-se de empresa consolidada e respeitada no mercado em que está inserida, contando com a confiança dos seus consumidores, os quais, inegavelmente, estão habituados com a aparência externa que seus postos de combustível ostentam.

Assim, mostra-se passível de reprimenda a utilização, por outra empresa, dos elementos designativos da marca em questão "BR", se não mais persiste a contratação, como restou comprovado nos autos, não podendo se valer da confiança previamente depositada na qualidade e na origem comercial da marca.

Logo, com relação à descaracterização dos elementos que estejam associados ao conjunto imagem (*trade dress*), que restou provado que ainda vem sendo mantido pelos réus-recorridos (f. 142), o que por sua vez afasta qualquer possibilidade de perda do objeto mencionada pelos réus nas Contrarrazões, tem-se que a tutela pleiteada deverá ser concedida, inclusive com a fixação de multa diária pelo descumprimento da medida.

Por sua vez, sobre a imediata devolução do bem concedido em comodato - bomba de combustível - também restou verificado, com a vinda das contrarrazões, que a medida está pendente de cumprimento pelos réus, os quais já denotaram que pretendem devolver: *"os agravados pretendem devolver a bomba de combustível. (f. 125)."*

Inclusive, os recorridos instruíram o caderno recursal com a notificação extrajudicial direcionada à autora-recorrente, contendo o seguinte texto que nos interessa neste momento:

<<O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA MERCANTIL COM LICENÇA DE USO DE MARCA E OUTROS PACTOS celebrado entre a empresa PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. e a empresa NILTON ANTÔNIO PIRES JUNIOR (CNPJ nº. 33.767.716/0004-10), no dia 05 de fevereiro de 2014, consignou a obrigação desta entregar aquela, no término do contrato, o equipamento denominado bomba de abastecimento de gasolina elétrica dupla.

Com isso, conclui-se que houve o reconhecimento do término do contrato, exsurgindo o dever de entrega do bem dado em comodato, sendo certo que a devolução do bem deverá ser feita no local indicado pela parte agravante na notificação de constituição em mora (f. 96, na origem), o que não se demonstrou ter sido feito pelos requeridos:

Paguem todas as multas contrat...

Realizem a devolução dos equipamentos cedidos em comodato, no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento desta, no endereço da Rua doutor Alfredo Aurélio de Castro nº 189, Bairro: Vila Eliane, Campo Grande/MS, sob pena do não atendimento caracterizar esbulho possessório a ensejar a adoção das medidas judiciais cabíveis à retomada dos bens, cobrança de sanções, ressarcimento de despesas e outros prejuízos.

Vale insistir que a notificação de f. 132 não esvazia o objeto do presente recurso, justamente porque não reflete a comprovação de que houve a tentativa de entrega do bem no endereço supramencionado.

Portanto, os dois pedidos formulados em sede de tutela antecipada deverão ser deferidos, ou seja, o recurso da Petrobrás Distribuidora S/A deve ser provido, pois presente, simultaneamente, a verossimilhança das alegações (*fumus boni iuris*) e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte (*periculum in mora*).

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pela Petrobrás Distribuidora S/A e dou-lhe provimento, para o fim conceder a tutela provisória antecedente requerida na inicial dos autos do Processo nº 0810475-71.2020.8.12.0001, determinando que os réus que se abstenham de utilizarem qualquer marca ou manifestação visual (*trade dress*) da "Petrobrás", descaracterizando qualquer elemento de imagem da "BR" no seu posto de combustível, bem como para determinar a imediata devolução do bem cedido em comodato (bomba de combustível), no prazo de vinte (20) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 por dia de atraso, limitada a trinta (30) dias.

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. 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, 24 de agosto de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação Cível nº 0800639-64.2013.8.12.0019 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA – AFASTADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DE UMA REQUERIDA – ACOLHIDA – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS SEM LICITAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DANO PATRIMONIAL – PRODUTOS CONSUMIDOS E SERVIÇO PRESTADO PELAS CONTRATADAS QUE ATENDEU O OBJETIVO ALMEJADO – INVIABILIDADE DE RESSARCIMENTO – CONDUTA DOLOSA – APLICAÇÃO DE MULTA – SUFICIÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Afasta-se a preliminar de litispendência porque outra ação idêntica foi extinta.

Reconhece-se a ilegitimidade da parte passiva que não contratou com a Administração Pública e que foi inserida por equívoco no polo passivo em razão da semelhante de nome com empresa requerida. Extinção do processo sem resolução do mérito.

O artigo 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, prevê que se constitui ato de improbidade, presumindo a lesão ao erário, seja por dolo ou culpa, a compra sem licitação.

Na hipótese, não se vislumbra dano ao erário, pois, ainda que sem licitação, os serviços foram prestados e os produtos consumidos, de forma que eventual condenação ao ressarcimento caracterizaria enriquecimento ilícito do Poder Público.

Não se nega que as requeridas agiram com inegável desrespeito aos princípios que regem a Administração Pública, com a dispensa indevida de licitação. Nada obstante, entende-se que a aplicação de multa é suficiente para sancionar a conduta reprovável.

Sem embargos, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as sanções de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com a administração pública devem ser reservadas para as hipóteses de maior gravidade, onde a conduta dos agentes traga lesões de considerável proporção, o que não é o caso dos autos.

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, afastaram a preliminar de litispendência e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de agosto de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública que ajuizou em desfavor de Amanda dos Santos Alves, Aniete Gonçalves dos Santos

Alves, Auto Peças e Acessórios Modelo LTDA, Bruno Dalbosco, Dipol Comércio de Produtos pra Limpeza - Empresa de Pequeno Porte, Doura Máquina Oficina Mecânica LTDA, Emar Valenzuela Espindola, Fabricio Oliveira Santos, Hidramáquinas Sistemas Hidraulicos LTDA, Hidrapeças Mangueiras Hidraulicas e Peças Agrícolas LTDA ME, Horácio Adair Veroneze, Imporcate Comércio de Peças para Tratores LTDA, Marcos Vinicíus dos Santos Alves, Mecânica do Billo LTDA, Ordalina Pereira Brandão, Oscar Luiz Pereira Brandão, Osmar Carlesso, Polipeças Distribuidora Automotiva LTDA, Rubens Dias Araujo, Senna Direções Hidraulicas LTDA e Vítor dos Santos Alves, na qual foi julgado improcedente o pedido. Sustenta que havia o fracionamento de bens e serviços do município de forma contínua, o que privilegiava a dispensa de licitação, claramente fraudulenta no presente caso. Afirma que nem ao menos os trâmites da dispensa eram seguidos, pois as contratações ocorriam de modo direto, sem orçamentos ou formalização, sendo patente o dolo. Afirma que a fragmentação se demonstrou ímproba, conforme relatório de inspeção extraordinária realizada pelo Tribunal de Contas. Destaca que uma das empresas contratadas tem como sócia a genitora do apelado Oscar Luiz, violando ainda a impessoalidade e moralidade. Aduz que, ainda que não se entenda pela existência de dolo, houve culpa dos apelados, o que implica em condenação, sendo patente o dano ao erário. Prequestiona dispositivos legais. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da sentença.

Contrarrazões de f. 1291-1304, 1321-1331 (com preliminares), 1349/1357 e pedido de justiça gratuita pela apelada Hidramáquinas Sistemas Hidráulicos LTDA às f. 1338. O apelante se manifestou sobre as preliminares e pedido de gratuidade (f. 1401-1402). A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento do recurso de apelação e seu provimento, com afastamento da preliminar de litispendência e acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva (f. 1412-1428).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública que ajuizou em desfavor de Amanda dos Santos Alves e outros, na qual foi julgado improcedente o pedido.

O julgador singelo considerou improcedente o pedido de responsabilização das partes requeridas pela contratação sem licitação de gêneros alimentícios, materiais de limpeza, botijões de gás, peças e serviços de conserto de veículos, pois entendeu que tudo não passou de falta de planejamento do prefeito da cidade.

Inconformado, o autor interpôs o presente apelo alegando que havia o fracionamento de bens e serviços do município de forma contínua, o que privilegiava a dispensa de licitação, claramente fraudulenta no presente caso. Afirma que nem ao menos os trâmites da dispensa eram seguidos, pois as contratações ocorriam de modo direto, sem orçamentos ou formalização, sendo patente o dolo. Afirma que a fragmentação se demonstrou ímproba, conforme relatório de inspeção extraordinária realizada pelo Tribunal de Contas. Destaca que uma das empresas contratadas tem como sócia a genitora do apelado Oscar Luiz, violando ainda a impessoalidade e moralidade. Aduz que, ainda que não se entenda pela existência de dolo, houve culpa dos apelados, o que implica em condenação, sendo patente o dano ao erário. Prequestiona dispositivos legais. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da sentença.

Contrarrazões de f. 1291-1304, 1321-1331 (com preliminares), 1349-1357 e pedido de justiça gratuita pela apelada Hidramáquinas Sistemas Hidráulicos LTDA às f. 1338. O apelante se manifestou sobre as preliminares e pedido de gratuidade (f. 1401-1402). A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento do recurso de apelação e seu provimento, com afastamento da preliminar de litispendência e acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva (f. 1412-1428).

Pois bem.

Das preliminares arguidas em contrarrazões.

Inicialmente, convém analisar as preliminares arguidas em contrarrazões de Hidralpeças Mangueiras Hidráulicas e Peças Agrícolas LTDA ME, quais sejam, litispendência e ilegitimidade passiva.

Quanto à litispendência com a Ação n. 0800917-65.2013.8.12.0019, observa-se que foi proferida sentença naquele processo reconhecendo a litispendência com esta ação, com extinção sem resolução do mérito.

Assim, uma vez reconhecida a litispendência e extinta a outra ação, afasto a preliminar ora arguida por prejudicialidade.

Quanto à ilegitimidade passiva, aduz a apelada que a ação foi ajuizada contra a empresa errada, pois deveria ter sido movida em face da empresa Hidrapeças Mangueiras Hidráulicas e Peças Agrícolas LTDA ME, conforme consta do relatório de f. 217, sendo certo que os serviços em questão foram prestados no ano de 2008 e 2009 e a apelada foi constituída apenas em 2010.

O Ministério Público Estadual concordou com o acolhimento da preliminar.

Da análise dos autos, verifico que assiste razão à apelada, pois consta do relatório do Tribunal de Constas de f. 217 a empresa Hidrapeças Mangueiras Hidráulicas e Peças Hidráulicas. Ademais, a apelada possui sede na cidade de Maracaju/MS e os fatos descritos na inicial envolvem serviços prestados no Município de Laguna Caarapã/MS, sendo que a apelada nunca prestou serviço a esse Município.

Logo, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva e declaro extinto o processo em relação à apelada, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

Mérito.

A sentença merece reforma para procedência parcial dos pedidos.

Restou incontroverso que foram realizadas várias compras de produtos e serviços sem licitação no Município de Laguna Caarapã e não há dúvidas acerca da existência de ato de improbidade.

O processo licitatório, seja qual for a modalidade adotada, visa a aquisição de bens ou serviços pelo Poder Público pagando o menor preço. Se o processo é indevidamente dispensado, o dano ao erário é evidente, porque impossibilita-se a abertura de concorrência com a possibilidade de melhor contratação.

Noutro ponto, como defende boa parte da doutrina e jurisprudência, o próprio artigo 10, da Lei n. 8.429/92, prevê que se constitui ato de improbidade, presumindo a lesão ao erário, seja por dolo ou culpa, o ato de frustrar a licitude da licitação (VIII). Trata-se, portanto, de dano *in re ipsa,* consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992 – DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO – DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO – REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – OBSERVÂNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (Enunciado Administrativo n. 2).* ***2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.*** *3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções*

> *impostas. 4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, inocorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, DJe 14/03/2017. Destaquei).

Não fosse isso, observo que a doutrina administrativista destaca três deveres do administrador público, consectário lógico e inerente ao exercício e investidura no *munus publico*: dever de eficiência, dever de probidade e dever de prestar contas.

O dever de probidade, segundo Hely Lopes Meirelles, *"está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos."* (Direito administrativo brasileiro. 32. ed. Malheiros, 2006. p. 108).

Tamanha sua importância que o legislador conferiu diversos instrumentos jurídicos para a prevenção e repressão dos atos de improbidade, como a ação civil pública (Lei 8.429/92), a ação popular (4.717/65) e outras medidas previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/90), além de previsões esparsas.

Essa enorme preocupação do legislador e da sociedade com a probidade dos administradores públicos muitas vezes não é compartilhada pelas autoridades legitimadas a coibir condutas desse jaez, que em reiteradas decisões chegam a consignar ser prática comum no ofício executivo, deixando, por essa razão, impune os ofensores, num claro desestímulo à honestidade e retidão que se espera do homem médio e inarredável ao homem público, exemplo de liderança e confiança na condução dos interesses da coletividade e no exercício do seu mandato.

Mas os fatos narrados na inicial e sobejamente demonstrados nos autos, todos incontroversos, denotam não apenas infringência ao dever de probidade pelos apelados, mas também e sobretudo violação aos princípios da legalidade, da moralidade, impessoalidade e eficiência, que ensejam improbidade nos termos do art. 10 da LIA. Isso porque, em linhas bastante resumidas, a lei não autoriza, pelo contrário proíbe, a contratação sem licitação (ou licitação nula), norma cuja inobservância acarreta censurável pessoalidade no trato da coisa pública, consubstanciada no favorecimento a alguns apaniguados políticos e oportunistas, conduta moralmente inaceitável, que compromete a própria qualidade do serviço público.

Como é cediço, para a violação do art. 10 da LIA, basta a configuração da culpa. No caso em apreço, tenho que restou configurado o próprio dolo genérico, vez que a necessidade de realização de licitação para as contratações de produtos e serviços é fato de amplo conhecimento entre os agentes políticos responsáveis pela administração pública. Por conseguinte, a celebração de contratos entre diversas empresas para tal fim sem a realização de procedimento licitatório prévio, ou justificativa idônea de dispensa, caracteriza o ato doloso de improbidade.

Por fim, tenho que cabe razão parcial ao autor quanto à aplicação das penalidades pretendidas. A Lei n. lei 8.429/92, dispõe o seguinte:

> *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
>
> *(...);*
>
> *VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente."* (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência).

Uma vez caracterizado o ato de improbidade administrativa, as sanções a serem arbitradas estão previstas no art. 12 da referida lei:

> *"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:*
>
> *I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial 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 dez anos;*
>
> *II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*
>
> *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.*
>
> *IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.*
>
> *Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."*

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.

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)

Não vislumbro dano ao erário, pois ainda que sem licitação, os serviços foram prestados e os produtos adquiridos consumidos, de forma que eventual condenação ao ressarcimento caracterizaria enriquecimento ilícito do Poder Público.

Nesse sentido, já decidiu esta antiga 5ª Câmara Cível. Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO DESERTA – INDEVIDA DE LICITAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE URGENTE – CONTRATAÇÕES EM DESRESPEITO ÀS NORMAS DO EDITAL DE LICITAÇÃO – SANÇÃO –* ***INEXISTÊNCIA DE DANO***

> ***PATRIMONIAL – SERVIÇO PRESTADO PELAS CONTRATADAS QUE ATENDEU O OBJETIVO ALMEJADO PELO EDITAL – INVIABILIDADE DO RESSARCIMENTO*** *– DISPENSA QUE POSSUI PRESUNÇÃO LEGAL DE PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 10 DA LEI 8429/92) – CABIMENTO DE PENALIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ainda que deserta a licitação, sua dispensa somente pode ocorrer face justificativa plausível da inviabilidade da realização de um novo processo licitatório (art. 24, V c/c art. 26, parágrafo único da lei 8.666/93), sendo que o agente público que não observa as formalidades exigidas para tanto comete ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inc. VIII, assim como viola princípio da Administração Pública, notadamente o que dispõe o inc. I, art. 11, ambos da lei não 8.429/92. A dispensa indevida de licitação na hipótese de improbidade no qual o legislador estabeleceu a presunção de que seria um ato que invariavelmente provocaria prejuízo ao erário (ação expressamente prevista no inc. VIII, art. 10 da lei 8.429/92). Tendo havido a conduta ímproba que se amolda ao tipo, mas inexistindo efetivamente um dano patrimonial - serviço foi prestado a contento e sem indicação de que houve superfaturamento ou alguma fraude, deve o agente sofrer a sanção decorrente da atitude dolosa, pois também na hipótese que representa o desrespeito aos mais comezinhos princípios da boa administração (art. 11 da Lei nº 8.429/92).* ***Face à possibilidade de que a condenação ao ressarcimento integral venha a constituir em verdadeiro enriquecimento sem causa ao Poder Público (os serviços prestados atenderam de certa forma a necessidade existente, devendo a punição recair sobre o desrespeito doloso do agente. A forma exigida para a dispensa e mesmo em razão das contratação não terem obedecido sequer as disposições do edital - atingiu-se o fim as custas do meio para tanto), deve ela ser afastada, competindo aplicação da multa civil como forma de atender aos reclames punitivos da sociedade àquele que conduz de forma ímproba a gestão da coisa pública.”*** (TJMS. Apelação Cível n. 0006269-30.2009.8.12.0002, Dourados, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 04/07/2013, p: 09/07/2013). Frisei.

Nota-se que na hipótese veiculada nos autos os requeridos agiram com inegável desrespeito aos princípios que regem a Administração Pública, com a dispensa indevida de licitação. Nada obstante, entendo que a aplicação de multa é suficiente para sancionar a conduta reprovável.

Assim, ante à ausência de dano e tendo por base decisões administrativas no presente caso, entendo que a multa de 100 UFERMS (R$ 31,18) é suficiente para punir os apelados e impedir sua reincidência.

Sem embargos, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as sanções de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com a administração pública devem ser reservadas para as hipóteses de maior gravidade, onde a conduta dos agentes traga lesões de considerável proporção, o que não é o caso dos autos. Confira-se:

> *“ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. O recurso foi interposto nos autos de ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra o prefeito do Município de São José do Norte e contra dois funcionários da prefeitura deslocados para exercerem mandato classista recebendo os adicionais de insalubridade e horas extra anteriormente percebidos. 2. O tribunal a quo reformou a sentença que havia condenado os recorridos a ressarcir os cofres públicos as importâncias recebidas devidamente corrigidas, aplicadas multas; suspendido os direitos políticos dos demandados e os impedidos de contratar com a Administração Pública. Manteve, porém, ‘a condenação somente quanto ao ressarcimento integral do dano, de forma solidária, e o pagamento de multa civil, nos termos do art. 12 da Lei de Improbidade nº 8.429/92’. 4.* ***É inequívoco que a conduta dos recorridos encerra uma ilicitude. No entanto, não se pode olvidar que a suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela Lei nº. 8.429/92 e que sua aplicação importa impedir - ainda que de forma justificada e temporária - o exercício de um dos direitos fundamentais de maior magnitude em nossa ordem constitucional. 6. A suspensão dos direitos políticos do administrador público e dos funcionários, além do impedimento de contratar com a Administração Pública, por danos de pequena monta ao erário - foram pagas 24 parcelas de R$ 78,00 a Kelly e outras 24 parcelas de R$ 63,60 a Ademir (funcionários demandados) em valores históricos conforme***

> ***o recorrente à f. 546, importa em sanções severas que não se coadunam com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que demonstra ter o Tribunal de origem agido de forma correta ao afastá-las, embora mantendo a condenação ao ressarcimento integral, de forma solidária, bem como o pagamento da multa civil prevista na LIA. Precedentes.*** *7. Recurso especial não provido."* (REsp 1.097.757; Primeira Turma; Relator Ministro Castro Meira; Julgamento em 1º de Setembro de 2009. Destaquei).

Diante do exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da requerida Hidralpeças Mangueiras Hidráulicas e Peças Agrícolas LTDA - ME - e declaro extinto o processo, nos termos do art. 485, VI, do CPC, sem custas e honorários. Conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença e assim julgar parcialmente procedentes os pedidos para considerar que houve improbidade administrativa nas contratações sem licitação, bem como condenar os requeridos a pagar multa de 100 UFERMS cada um. Por consequência, condeno os requeridos ao pagamento das custas processuais. Sem honorários advocatícios, em razão da vedação legal prevista no art. 128, § 5º, II, "a" da Constituição Federal de 1988.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar de litispendência e 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 agosto de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação Cível nº 0803028-79.2019.8.12.0029 – Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SAQUES INDEVIDOS NA CONTA PASEP – INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – INAPLICABILIDADE DO ART. 1.013, § 3º, do CPC - SENTENÇA CASSADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Pelo que se vislumbra dos autos, a pretensão do apelante resume-se ao ressarcimento de valores indevidamente sacados da sua conta PASEP, enquanto estavam depositados sob os cuidados do banco apelado. Portanto, não há se falar na ilegitimidade da instituição financeira, uma vez que não há qualquer questionamento quanto às normas que regem o PASEP, mas sim aos prejuízos causados pelo apelado na qualidade de Gestor (art. 927 do CC). 2. Se após a análise das provas restar constatado que o banco réu cumpriu adequadamente as determinações da União, que houve correta administração dos valores em depósito no banco, ou seja, que não praticou o ato ilícito que lhe é imputado, o caso será de julgamento de improcedência dos pedidos e não de extinção do feito por ilegitimidade. 3. Não há se falar em aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, uma vez que ainda existem questões a serem apreciadas pelo juízo *a quo*, em especial a impugnação à justiça gratuita apresentada pelo banco requerido.

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, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

João Leôncio interpõe recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais promovida em face do Banco do Brasil S/A que extinguiu o feito em resolução do mérito. Sustenta a legitimidade passiva do apelado e a competência da Justiça Estadual; que a presente demanda funda-se no fato do apelado não ter cumprido as determinações proferidas pelo Conselho-Diretor do Fundo PASEP; que não há se falar em responsabilização da União; que, inclusive, em outras demandas similares ajuizadas na Justiça Federal a União tem sido firmado entendimento de que a União em nada há de ser responsabilizada; que há discussão quanto a existência de saques indevidos em conta Pasep do autor no período em que teve conta ativa, resta claro que o Banco do Brasil S/A é o responsável direto. Cita precedentes. Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões f. 299-305.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por João Leôncio objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais promovida em face do Banco do Brasil S/A que extinguiu o feito em resolução do mérito. Sustenta a legitimidade passiva do apelado e a competência da Justiça Estadual; que a presente demanda funda-se na alegação do apelado não ter cumprido as determinações proferidas pelo Conselho-Diretor do Fundo PASEP; que não há se falar em responsabilização da União; que, inclusive, em outras demandas similares ajuizadas na Justiça Federal contra a União tem sido firmado entendimento de que a União em nada há de ser responsabilizada; que há discussão quanto a existência de saques indevidos em conta Pasep do autor no período em que teve conta ativa, restando claro que o Banco do Brasil S/A é o responsável direto. Cita precedentes.

Da ilegitimidade passiva.

Consta da exordial que ao requerer o extrato de seu PASEP, o autor percebeu vários saques indevidos na sua conta sem sua autorização ou qualquer outro motivo; que tal ilícito teria sido praticado pelo banco apelado, o qual negou-se ao resgate integral do saldo credor a que faria jus quando da sua passagem para a reserva remunerada; que os funcionários do banco não souberam informar para onde foram encaminhados os saques realizados ao longo dos anos.

Note-se que, ao contrário do que restou consignado na sentença, a pretensão do apelante resume-se ao ressarcimento de valores indevidamente sacados da sua conta PASEP, enquanto estavam depositados sob os cuidados do banco apelado. Portanto, não há se falar na ilegitimidade do Banco do Brasil S/A, uma vez que não há qualquer questionamento quanto às normas que regem o PASEP, mas sim aos prejuízos que se alega terem sido causados pelo apelado na qualidade de Gestor (art. 927 do CC)

Se após a análise das provas restar constatado que o banco réu cumpriu adequadamente as determinações da União, que houve correta administração dos valores em depósito no banco, ou seja, que não praticou o ato ilícito que lhe é imputado, o caso será de julgamento de improcedência dos pedidos.

Importante ressalvar que o autor não pretende nesta ação a cobrança de valores do PIS/PASEP, suas correções ou saque, nem mesmo se insurge contra a gestão do respectivo fundo, sendo bem por isso inaplicável a Súmula 77 do STJ. O autor pretende ser indenizado pelos danos que tão somente o banco lhe teria causado pela má prestação do serviço, ou seja, má administração do seu dinheiro, daí que, segundo a causa de pedir e pedido, há legitimidade exclusiva do banco para figurar no polo passivo da presente relação processual.

Consequentemente, a competência para julgar a presente lide será da Justiça Estadual.

Em relação à matéria já se posicionou o STJ:

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PASEP –* ***SAQUES INDEVIDOS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – BANCO DO BRASIL – INSTITUIÇÃO GESTORA – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – SÚMULA 42/STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA 12a. VARA CÍVEL DE RECIFE -PE****. 1.* ***A Primeira Seção desta Corte tem entendimento predominante de que compete à Justiça Estadual processar e julgar os feitos cíveis relativos ao PASEP, cujo gestor é o Banco do Brasil (sociedade de economia mista federal). 2. Incide, à espécie, a Súmula 42/STJ: Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento****. 3. Conflito de Competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 12a. Vara Cível de Recife -PE."* (CC 161.590/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/02/2019, DJe 20/02/2019). Destaquei.

E também este Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO –* ***DEMANDA DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA CONTRA O BANCO DO BRASIL S/A – LEGITIMIDADE PASSIVA – DIFERENÇAS NOS VALORES DEPOSITADOS E SACADOS REALIZADOS EM CONTA DO PASEP. Há legitimidade do Banco do Brasil S/A em demandas cuja insurgência se volte contra diferenças nos valores depositados e sacados realizados em conta do PASEP.*** *Recurso conhecido e provido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0802454-56.2019.8.12.0029, Naviraí, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 17/07/2020, p: 22/07/2020). Destaquei.
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL – PROCESSO CÍVEL RELACIONADO AO PASEP – BANCO DO BRASIL S/A – GESTOR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL (STJ CC 161.590/PE) –* ***ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA*** *– SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0802459-78.2019.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 16/07/2020, p: 21/07/2020). Destaquei.
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – A****ÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PASEP*** *– IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA – REJEITADA – AUSÊNCIA DE VÍCIOS -* ***LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO DO BRASIL PARA RESPONDER À AÇÃO – SENTENÇA INSUBSISTENTE –*** *RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Mantém-se a justiça gratuita concedida à requerente quando demonstrada a sua hipossuficiência financeira.* ***Na hipótese, não há que se falar em vício, pois o Banco do Brasil é parte legítima para responder à demanda visando à discussão do saldo do PASEP.****"* (TJMS. Apelação Cível n. 804340-90.2019.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro. Fassa,30/07/2020, p:06/08/2020). Destaquei.

Portanto, a reforma da sentença que extinguiu o feito por ilegitimidade passiva é medida que impõe.

Resolvido isso, como a presente causa não se encontra madura para julgamento perante esta Instância, não há se falar em aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, uma vez que ainda existem questões a serem apreciadas pelo juízo *a quo*, em especial a impugnação à justiça gratuita apresentada pelo banco requerido.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação para o fim de cassar a sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e extinguiu o feito sem resolução do mérito, devendo o processo retornar à origem para prosseguimento, uma vez que a causa não se encontra madura para autorizar julgamento nesta Instância.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Remessa Necessária Cível nº 0807130-71.2019.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – DISTINGUISHING AO TEMA 476, DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF – PECULIARIDADES DO CASO – CONSOLIDAÇÃO DE SITUAÇÃO JÁ INSTALADA – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Pelo que se vislumbra dos autos, revelar-se-ia absolutamente inócuo o provimento do recurso obrigatório e a reforma da sentença para denegar a ordem, pois a licença paternidade já foi integralmente gozada, incluída a prorrogação, sendo materialmente impossível compelir o impetrante a restituição dos dias não trabalhados. Daí a necessidade de ser respeitada a situação fática que já se encontra consolidada.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal sedimentou orientação, inclusive em sede de repercussão geral, editando o Tema 476. Contudo, a despeito da observância obrigatória do precedente, nos termos do art. 927, do NCPC, é possível a realização de *distinguishing*, em razão de circunstâncias excepcionais.

Assim, verificando-se que o julgamento do RE 608.482 tem por premissa a norma contida no art. 37, II, da Constituição Federal, o que não é o caso em tela; que a revogação da ordem em observância à estrita legalidade, ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada, e ainda, que possível compensação de horas implicaria em dupla penalização do impetrante, pois, além da violação à jornada de trabalho de 40 horas semanais, estar-se-ia criando obstáculo ao convívio familiar entre pais e filhos adotivos, ainda no início da relação, inarredável o *dintinguishing* a aplicação do Tema 476, devendo, pois, ser aplicado o princípio do fato consumado para dirimir a controvérsia.

Sentença de concessão da ordem mantida.

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

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Juízo de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registro Públicos da Comarca de Três Lagoas/MS submete à remessa necessária sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Carlos Roberto Arantes contra ato da Diretora de Recursos Humanos do Município de Três Lagoas, a qual concedeu a segurança para o fim de prorrogar a licença paternidade por mais 15 (quinze) dias (além dos cinco dias já gozados).

A apelada não recorreu da sentença.

O Procurador de Justiça opinou pela manutenção da sentença na sua integralidade.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de remessa necessária da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Carlos Roberto Arantes contra ato da Diretora de Recursos Humanos do Município de Três Lagoas, a qual concedeu a segurança para o fim de prorrogar a licença paternidade por mais 15 (quinze) dias (além dos cinco dias já gozados).

Ao conceder a segurança pleiteada, o juiz *a quo* destacou:

> *"No caso específico, o Estatuto do Servidor Público do Município de Três Lagoas (Lei n.º 2.120/06) prevê em seu art. 88 a concessão de licença-paternidade por um período de cinco dias consecutivos.*
>
> *Não obstante, tem-se a Lei Federal n.º 13.257/2016, que instituiu políticas para a primeira infância estabelecendo princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90).*
>
> *Referida lei promoveu alteração no art. 1º da Lei Federal n.º 11.770/2008, do Programa da Empresa Cidadã, acrescentando a possibilidade de prorrogação da licença paternidade por quinze dias além dos cinco já estabelecidos.*
>
> *Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:*
>
> *(...);*
>
> *II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.*
>
> *(...).*
>
> *Em que pese tratar-se de legislação aplicável à esfera federal, impende observar que a licença-paternidade constitui direito social, garantido a todos os trabalhadores urbanos e rurais pela Carta Magna, nos termos do seu art. 7º, XIX, e estendido aos servidores públicos pelo seu art. 39, § 3º, Constituição Federal (...).*
>
> *(...) malgrado a ausência de legislação específica municipal acerca da matéria, o que foi inclusive motivação para o indeferimento do pleito administrativo (f. 27-28), tem-se que a concessão da licença-paternidade por um período máximo de cinco dias viola os princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas relativas ao desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com as garantias do ECA à Criança.*
>
> *Destarte, é ilegal o ato coator que viola direito líquido e certo do Impetrante, relativo à prorrogação, por mais 15 (quinze) dias, da licença paternidade, sendo o deferimento da segurança medida que se impõe."* (f. 53-54).

Muito embora a Lei Federal 11.770/2008, com a alteração promovida pela Lei 13.257/2016, tenha criado o Programa Empresa Cidadã, prorrogando a licença paternidade por mais 15 (quinze) dias, além dos 05

(cinco) dias já previstos na Constituição federal, necessário se faz observar que aludida norma em seu artigo 2º somente autorizou a Administração Pública a instituir programa que garanta a prorrogação da licença, estando, pois, a depender de norma regulamentar a ser editada pelo ente estatal competente, no caso, o Município de Três Lagoas-MS.

Nesse sentido:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – DIREITO ADMINISTRATIVO – LICENÇA-PATERNIDADE – ESTADO DE MINAS GERAIS – PRORROGAÇÃO – LEI FEDERAL Nº 11.170/2008 COFM AS ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI FEDERAL Nº 13.257/2016 – APLICAÇÃO RESTRITA – NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO – EXTENSÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.* ***Os servidores do Estado*** *de Minas Gerais* ***não possuem direito à prorrogação de licença paternidade com amparo na Lei Federal nº 11.770/2008, com as alterações da Lei Federal nº 13.257/2016, editada pela União - a qual tem natureza federal no tocante aos servidores públicos federais e natureza nacional no pertinente aos empregados celetistas, em virtude da competência dos Estados para legislar sobre o regime jurídico dos seus servidores.****"* (TJ-MG. Mandado de Segurança Coletivo 1000170204820000. Publ. 26/03/2018). Destaquei.

Daí que a concessão da ordem, nos termos pretendidos, implicaria assegurar direito à servidor que o próprio Poder Executivo Municipal ainda não instituiu, o que, a rigor, enseja na ausência de direito líquido e certo.

Contudo, chamo a atenção dos nobres pares para a existência de situação fática legal totalmente consolidada.

Com efeito, o autor gozou sua licença paternidade, inicialmente de 05 (cinco) dias. Posteriormente, por força de medida liminar, deferida nestes autos (f. 30-33) foi-lhe concedida a prorrogação por mais 15 (quinze) dias. Com isso, o impetrante, efetivamente, gozou sua licença paternidade, conforme noticiado pelo Município de Três Lagoas, o qual, inclusive, pediu a extinção do feito em razão do cumprimento da decisão (f. 36).

Diante dessa realidade, revelar-se-ia absolutamente inócuo o provimento do recurso obrigatório e a reforma da sentença para denegar a ordem, pois a licença paternidade já foi integralmente gozada, incluída a prorrogação. Assim, já gozada a licença, a denegação da ordem não traria nenhuma alteração ao mundo jurídico, posto que materialmente impossível compelir o impetrante a restituição dos dias não trabalhados, de modo que deve ser respeitada a situação fática que já se encontra consolidada.

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades em que examinou casos em que estudantes, amparados por medidas liminares, já se encontravam frequentando o curso pretendido, invocou o princípio do fato consumado para dirimir a controvérsia. Confira:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – VAGA EM VESTIBULAR – TEORIA DO FATO CONSUMADO – APLICAÇÃO – PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – POSSIBILIDADE. 1.* ***Acerca da Teoria do Fato Consumado, constata-se que a sua aplicação pela Corte local encontra amparo na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, onde se firmou a compreensão de que, em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo por intermédio do mandado de segurança concedido (in casu, a conclusão do curso e obtenção do diploma), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do fato consumado*** *(AgInt no REsp 1.338.886/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 19/4/2018). 2. O Tribunal de origem, ao analisar a situação concreta dos autos, manteve a conclusão da sentença acerca da ausência de razoabilidade na eliminação do candidato que, embora tendo se inscrito equivocadamente no vestibular como cotista, graças à elevada nota/escore que alcançou nas provas, reuniu condições para ingresso nas vagas destinadas à ampla concorrência. 3. Ademais disso, pelos anos já transcorridos desde a concessão e cumprimento*

da medida liminar, lícito presumir que o impetrante já tenha concluído seu curso, em contexto que também opera em favor da manutenção da concessão do writ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 522.431/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 25/03/2019). Destaquei.

Por outro lado, não se desconhece o fato de que o Supremo Tribunal Federal já sedimentou orientação, inclusive em sede de repercussão geral, editando o Tema 476, cuja tese foi extraída do seguinte julgado:

> *"CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR – SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA – RETORNO AO STATUS QUO ANTE – 'TEORIA DO FATO CONSUMADO', DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA – INAPLICABILIDADE – RECURSO PROVIDO. 1.* ***Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado****. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima.* ***É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito ex tunc, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.*** *3. Recurso extraordinário provido."* (RE 608482, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014). (G.n.).

A despeito da observância obrigatória do precedente, nos termos do art. 927, do NCPC, é possível a realização de *distinguishing*, em razão de circunstâncias excepcionais. O Próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu tais circunstâncias, afastando a aplicação do tema 476, veja:

> *"AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – POSSE E EXERCÍCIO DETERMINADOS POR DE DECISÕES PRECÁRIAS – CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA – INADEQUAÇÃO DO TEMA 476 FIXADO NO RE 608.482. (REL. MIN. TEORI ZAVASCKI). 1. Em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente. 2. A marca da excepcionalidade se faz presente no caso concreto, autorizando a distinção (distinguish) quanto ao leading case do Tema 476, devendo, unicamente por essa razão, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo interno a que se dá provimento."* (RE 740029 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 14/08/2018, Acórdão Eletrônico DJe-210 Divulg 01-10-2018 Public 02-10-2018).

Aliás, o Ministro Teori Zavascki, prolator do voto condutor do que resultou na edição do Tema 476, destacou a possibilidade de situações estritamente excepcionais sobre as quais esse precedente não se aplica:

> *"(...) por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do fato consumado, a manutenção do status quo, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade."*

A meu juízo é esta a hipótese dos autos.

Vale dizer que o julgamento do RE 608.482 tem por premissa a norma contida no art. 37, II, da Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo ou emprego público a prévia aprovação em concurso público, o que, convenhamos não é o caso em tela.

Afora isso, ainda que inexista legislação municipal assegurando aos seus servidores a prorrogação da licença paternidade, como bem destacado pelo juiz *a quo*, o intuito de tal benefício é assegurar que o genitor tenha mais tempo para prestar assistência aos seus descendentes nos primeiros dias de vida ou de convívio (adoção). Daí que, a revogação da ordem concedida em observância à estrita legalidade, ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada.

E nem se diga da possibilidade de compensação de horas, pois a prorrogação da licença paternidade decorreu de ordem emanada do Poder Judiciário, não podendo o impetrante ser duplamente penalizado por essa medida, em violação à jornada de trabalho de 40 horas semanais, e, principalmente, criando obstáculo ao convívio familiar entre pais e filhos adotivos, ainda no início da relação,

À luz destas considerações, absolutamente peculiares, entendo inarredável a aplicação da teoria do fato consumado, feito o devido *dintinguishing* a aplicação do Tema 476, devendo ser aplicado o princípio do fato consumado para dirimir a controvérsia.

Posto isto, conheço e nego provimento à remessa necessária.

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, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0808433-33.2018.8.12.0029 – Naviraí

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – RECURSO ADESIVO – RESCISÃO DE CONTRATO – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE TERRENO – RETENÇÃO DE VALORES – ABUSIVIDADE – COBRANÇA CUMULADA DE MULTA COMPENSATÓRIA E CLÁUSULA PENAL – *BIS IN IDEM* – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE NÃO EDIFICADO – IMPOSSIBILIDADE – IPTU – RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA – AUSÊNCIA DE IMISSÃO DA PROMITENTE COMPRADORA NA POSSE DO IMÓVEL – JUROS DE MORA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO – INAPLICABILIDADE DA LEI FEDERAL Nº 13.786/18 – PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*.

É abusiva a cláusula de retenção de percentual sobre o valor do contrato, na hipótese de rescisão da promessa de compra venda por culpa exclusiva do promitente comprador, pois ofende o princípio da razoabilidade e coloca o consumidor em desvantagem exagerada. Considera-se abusiva, também, a cobrança cumulada de multa compensatória e cláusula penal, por caracterizar dupla penalidade ao promitente comprador pela rescisão do contrato.

Inadmissível a cobrança de taxa de fruição quando o objeto da promessa de compra e venda é lote de terreno não edificado.

A despesa referente ao IPTU é de responsabilidade da construtora até a entrega do imóvel ao adquirente.

Em se tratando de pretensão de rescisão de contrato de compra e venda, celebrado anteriormente à Lei n. 13.786/2018, por iniciativa do promitente comprador e de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito e julgado, momento em que haverá efetiva constituição em mora da promitente vendedora em relação à quantia a ser restituída.

Conforme o princípio do *tempus regit actum,* são inaplicáveis as regras previstas na Lei Federal nº 13.786/18, por ter entrado em vigor após a celebração do contrato.

Recursos conhecidos e não providos.

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, 22 de julho de 2020.

Des. Vilson Bertelli – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

São Bento Incorporadora LTDA. e Luciana de Oliveira Cabral Cruz interpõem, respectivamente, recurso de apelação e recurso adesivo contra sentença proferida nos autos do processo da demanda de rescisão

contratual cumulada com restituição de valores ajuizada pela segunda recorrente em desfavor da primeira. No caso, foi declarada a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda firmado entre as partes; declarada nula a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea 'a', do respectivo pacto; revisada a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea 'b', para reduzir a retenção do *quantum* referente à taxa de administração, comissões, cobranças bancárias e demais despesas para 10% sobre o valor das parcelas pagas; e a ré condenada a restituir, em parcela única, o valor de R$ 23.259,23 (vinte e três mil, duzentos e cinquenta e nove reais e vinte e três centavos), corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV, desde o respectivo desembolso, e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado, autorizada a retenção de 10% sobre essa quantia.

Como consequência, a autora e a ré foram condenadas ao pagamento de, respectivamente, 10% e 90% das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, de conformidade com o art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade em relação à autora, por ser beneficiária da gratuidade judiciária (f. 99-117).

São Bento Incorporadora LTDA. aponta que a retenção de valores visa a compensar as perdas e danos causados pelo inadimplemento contratual da parte compradora. Menciona o princípio do *pacta sunt servanda*. Por isso, assevera ser possível a retenção de percentual sobre o valor total do contrato. Pontua a necessidade de manutenção da cláusula penal. Destaca a aplicabilidade da Lei n. 13.786/2018 ao caso. Pretende, ainda, receber taxa de fruição, em razão do período em que ficou impossibilitada de exercer a posse direta do imóvel. No mais, acentua a responsabilidade da promitente compradora pelo pagamento do IPTU do imóvel (f. 121-140).

Luciana de Oliveira Cabral Cruz, por sua vez, sustenta que os juros de mora devem incidir a partir da citação (f. 153-157).

Contrarrazões da autora às f. 144-152 e da ré às f. 160-164.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Fundamentação.

Taxa de retenção de valores e cláusula penal.

De acordo com a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea 'b', do contrato (f. 17), a promitente vendedora está autorizada a reter 10% do valor atualizado do contrato na hipótese de rescisão por culpa da promitente compradora.

Na sentença, tal cláusula foi revista parcialmente, a fim de reduzir a retenção do *quantum* para 10% sobre o valor das parcelas pagas.

A empresa recorrente não concorda com a alteração da base de cálculo. Pretende manter o percentual de abatimento em 10% sobre o valor atualizado do contrato.

Embora seja válida a cláusula que prevê retenção dos valores pagos quando o contrato é rescindido por culpa da promitente compradora, a base de cálculo prevista no contrato é abusiva, por ofender o princípio da razoabilidade e o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

A retenção de 10% do valor atualizado do contrato a título de cláusula penal ou multa compensatória é excessivamente onerosa e coloca a promitente compradora em desvantagem exagerada, porque, além de não ter direito de receber o imóvel, em virtude da rescisão do contrato por sua culpa, perderá boa parte da quantia paga, situação jurídica desarrazoada, violadora da boa-fé e dos bons costumes.

Não bastasse isso, após a celebração do contrato em discussão, entrou em vigor a nova Lei de Incorporações Imobiliárias (n. 13.786/2018), a qual autoriza cobrança da pena convencional de até 25% da quantia paga pelo promitente comprador, nos termos do seu art. 67-A, II.

O Superior Tribunal de Justiça também se posicionou nesse sentido em diversas oportunidades relativamente aos contratos celebrados antes da Lei n. 13.786/2018 entrar em vigor, conforme se verifica da seguinte ementa:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES – 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO OCORRÊNCIA – 2. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – DISTRATO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS – RETENÇÃO FIXADA EM 10% – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7 DO STJ – 3. HONORÁRIOS RECURSAIS NO AGRAVO INTERNO – DESCABIMENTO – 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo se falar em negativa de prestação jurisdicional. 2.* ***A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior dispõe no sentido de que, em caso de resolução do compromisso de compra e venda por culpa do promitente comprador, é lícita a cláusula contratual prevendo a retenção de 10% a 25% dos valores pagos.*** *3. O tribunal a quo, com base na análise das peculiaridades da presente demanda, fixou a retenção em 10% dos valores adimplidos, de modo que o reexame é medida inadmissível nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula n. 7 do STJ. 4. Não cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios recursais no âmbito do agravo interno, conforme os critérios definidos pela Terceira Turma deste Tribunal Superior - nos EDcl no Ag Int no REsp 1.573.573/RJ, desta relatoria, julgado em 4/4/2017, DJe de 8/5/2017. 5. Agravo interno desprovido."* (AgInt no AREsp 1431243/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/04/2019, DJe 06/05/2019). (G.n.).

Diante dessas peculiaridades, justo e razoável fixar a quantia paga, e não o valor atualizado do contrato, como base de cálculo da taxa de retenção, exatamente conforme decidido na sentença.

Além disso, considerando a existência de cláusula referente à retenção dos valores pagos pela promitente compradora, ante a rescisão do contrato por sua culpa, é abusiva a cobrança cláusula penal correspondente a 2% do valor do contrato, também em razão da rescisão, sob pena de *bis in idem* na reparação pelos prejuízos suportados pela promitente vendedora com o descumprimento contratual.

Taxa de fruição.

A fruição é espécie de cláusula penal prevista para o caso de rescisão do contrato por culpa do promitente comprador e incide no período em que este permaneceu em mora no imóvel.

Não obstante, é vedada cobrança de taxa de fruição quando o objeto da promessa de compra e venda é lote de terreno não edificado, como no caso, pois, em tal situação, o consumidor não aufere qualquer proveito econômico sobre o imóvel. Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS – CUMULAÇÃO ENTRE CLÁUSULA PENAL E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM – PERCENTUAL DE RETENÇÃO EM 25% SOBRE AS PARCELAS PAGAS – MANTIDO – RAZOÁVEL – PRECEDENTES – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE NÃO EDIFICADO – INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 13.786/18 – CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DESTA LEI – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Tanto a multa penal quanto a taxa administrativa objetivam compensar os prejuízos decorrentes da rescisão contratual, caracterizando, pois, bis in idem a cobrança cumulativa destas. A porcentagem de 25% das parcelas pagas basta para a satisfação das perdas e danos suportados, bem como para ressarcir a promitente-vendedora*

pela rescisão havida em face da impossibilidade financeira da promitente-compradora. ***A taxa de fruição é devida a empresa/vendedora a título de indenização pelo tempo que o comprador inadimplente permaneceu no imóvel de modo gratuito, como forma de aluguel. No caso, não é devido o pagamento pela parte autora de taxa de fruição, pois em momento algum restou demonstrado que esta tomou posse e usufruiu do terreno, visto que nada edificou e nem explorou.*** *É vigente no ordenamento jurídico brasileiro o princípio tempus regit actum, segundo o qual, por via de regra, aplicam-se as normas legais vigentes à data do fato, ou seja, à data da celebração do contrato. Assim, considerando que o contrato foi celebrado em 2014, não se aplica ao caso a Lei nº 13.786/18."* (TJMS. Apelação Cível n. 0803679-42.2018.8.12.0031, Caarapó, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 05/05/2020, p: 11/05/2020). (G.n.).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 13.786/2018 – NÃO INCIDÊNCIA – RETENÇÃO DE 10% DO VALOR PAGO PELO COMPRADOR – PERCENTUAL MANTIDO POR SER PROPORCIONAL – TAXA DE FRUIÇÃO – TERRENO NÃO EDIFICADO – DESCABIMENTO – COMISSÃO DE CORRETAGEM – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO – RETENÇÃO DE IPTU, TAXAS E TRIBUTOS – INDEVIDA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – RESTITUIÇÃO PARCELADA DOS VALORES DEVIDOS AO COMPRADOR – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A Lei n. 13.786/2018 não incide à hipótese dos autos se o contrato de compra e venda objeto da demanda é anterior à sua vigência. A retenção do percentual de 10% sobre o valor pago pelo promitente-comprador, mostra-se suficiente para compensar os custos operacionais oriundos do desfazimento do negócio jurídico celebrado entre as partes. ***Cuidando-se de imóvel sem edificação, incabível o pagamento de percentual a título de fruição.*** *Conforme entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, 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. Com a rescisão contratual e retorno ao status quo ante, o imóvel volta ao patrimônio dos apelantes e por se tratar de tributo de natureza propter rem, não há falar em retenção de valores de IPTU, até porque sequer existe prova de que efetivamente havia qualquer débito em aberto. Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 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. Entretanto, considerando que a rescisão do contrato ocorreu anteriormente ao ajuizamento da demanda que pretende apenas a restituição de valores, mantém-se o termo inicial dos juros de mora fixado em sentença. 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, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento."* (TJMS. Apelação Cível n. 0821639-43.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 24/04/2020, p: 28/04/2020). (G.n.).

De todo modo, inexiste, no contrato questionado, cláusula a respeito da taxa de fruição, sendo incabível, pois, a respectiva cobrança.

IPTU.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a despesa referente ao IPTU é de responsabilidade da construtora até a entrega do imóvel ao adquirente (AgInt no REsp 1697414/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).

Conforme exposição dos fatos na inicial, a autora não foi imitida na posse do imóvel em discussão. A ré, por sua vez, não produziu qualquer prova em sentido contrário (art. 373, II, CPC).

Aliás, segundo consta do contrato, ainda faltava concluir as obras de infraestrutura do imóvel para que este fosse entregue à promitente compradora. Confira-se:

> *"Da infra-estrutura dos lotes: a vendedora se responsabiliza pelas obras de infraestrutura (rede de água, rede de energia, iluminação pública, rede de águas pluviais, asfalto guias e sarjeta), durante a fase de implantação e até a entrega definitiva aos órgãos competentes, comprometendo-se, ainda, a concluí-las no prazo estabelecido pelas diretrizes municipais devidamente registradas no Cartório de Registro de Imóveis competente."* (f. 15)

Desse modo, considerando que a autora nunca teve a posse do imóvel, o pagamento do IPTU era de responsabilidade da ré, razão pela qual é indevida a retenção, pela construtora, do valor correspondente. No mesmo sentido:

> *"AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – MULTA CONTRATUAL ABUSIVA – REDUÇÃO CABÍVEL – AFASTAMENTO DA CLÁUSULA PENAL, POIS CUMULADA COM TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – MANUTENÇÃO SOMENTE DA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO CONFORME PREVISTO NO CONTRATO. OBRIGAÇÃO QUANTO AO RECOLHIMENTO DO IPTU RELATIVO AO IMÓVEL DESDE A ASSINATURA DO CONTRATO – AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS QUANTO À DATA DA POSSE DO AUTOR –* ***LOTEAMENTO SEM INFRAESTRUTURA – IPTU DEVIDO PELA VENDEDORA*** *– RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I) Tendo sido prevista cláusula penal abusiva, estipulada pela perda de 2% do valor total do contrato, uma vez que cumulada com a taxa de administração de 10% também sobre o valor do contrato, mostra-se correto o juízo de ponderação para sua necessária redução para patamar mais justo, no caso, considerando o entendimento da jurisprudência, apenas para a afastar a cláusula penal e manter a taxa de administração conforme contratada. II) O abrandamento da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda.* ***III) Se não comprovado nos autos que o autor-comprador tomou posse do imóvel adquirido (lote), deve ser afastada a cláusula contratual que prevê a sua responsabilidade pelo pagamento do IPTU.*** *IV) Recurso conhecido e parcialmente provido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0806314-02.2018.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 31/03/2020, p: 06/04/2020). (G.n.).

Juros de mora.

Por se tratar de pretensão de rescisão de compromisso de compra e venda, celebrado anteriormente à Lei n. 13.786/2018, por iniciativa da promitente compradora e de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito e julgado, momento em que haverá efetiva constituição em mora da empresa ré em relação à quantia a ser restituída. Confira-se:

> *"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 n. 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."* (STJ - REsp 1740911/DF, Relator Ministro Moura Ribeiro, Relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Órgão julgador: S2 - Segunda Seção, j. 14/08/2019, DJe 22/08/2019)

Aplicação da Lei Federal nº 13.786/18.

Por fim, conforme o princípio do *tempus regit actum,* não é admitida a aplicação das regras previstas na Lei Federal nº 13.786/18, por ter entrado em vigor após a celebração do contrato (08/10/2013 - f. 17).

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por São Bento Incorporadora LTDA. Com fundamento no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, fixo honorários recursais em R$ 600,00 (seiscentos reais).

Outrossim, conheço e nego provimento ao recurso adesivo interposto por Luciana de Oliveira Cabral Cruz e, nos termos do mesmo dispositivo legal acima mencionado, fixo honorários recursais em R$ 400,00 (quatrocentos reais), cuja exigibilidade fica suspensa em razão do disposto no art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 22 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0802739-55.2014.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – QUESTÃO DE ORDEM POR NULIDADE DO PROCESSO ANTE A AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO REJEITADA – CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO – PAGAMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES POR SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESAS TERCEIRIZADAS – APRESENTAÇÃO PORMENORIZADA DOS GASTOS REFERENTES AO PERÍODO DE INTERNAÇÃO – HOSPITAL PARTICULAR – NÃO COMPROVAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA DOS SERVIÇOS PRESTADOS – ART. 373, II, DO CPC.

Não há nulidade decorrente da ausência de participação do Ministério Público no processo quando não ocorre a inclusão dos menores filhos do falecido, cujo espólio é réu nesta ação de cobrança, como parte ou como terceiros interessados. Questão de ordem por nulidade do processo ante ausência de participação do Ministério Público rejeitada.

A não realização da audiência de conciliação e instrução e julgamento não implica prejuízo à parte. Ademais, o magistrado entendeu desnecessária a produção de tal prova, pois os documentos juntados aos autos de processo seriam suficientes para o julgamento antecipado.

Uma vez que consta dos autos Ficha de Atendimento Hospitalar devidamente assinada por representante da parte ré, este é responsável pelo adimplemento das despesas realizadas para o tratamento, inclusive aquelas decorrentes de serviços prestados por terceiros vinculados ao hospital para a perfeita realização do atendimento médico necessário.

A clínica particular, em consonância com o princípio da boa-fé contratual apresentou os valores dos itens gastos e procedimentos realizados de forma individualizada e pormenorizada.

Os valores indicados nas notas fiscais revelam o preço praticado pelo hospital, o qual trata-se de entidade particular de atendimento de saúde, e, dentro de seu padrão de excelência, pode estabelecer preços acima dos comumente praticados pela média de mercado. Caberia às apelantes demonstrar de forma clara a onerosidade excessiva, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Recursos conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer oral, rejeitaram questão de ordem e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Andreia Aquino Flores, Joana Aquino Flores e Jussara Aquino Flores contra a sentença (f. 1132-1136) que julgou procedente o pedido formulado por Clínica São Camilo LTDA. em demanda ordinária de cobrança e condenou o espólio de Ocídio Pavão Flores ao pagamento de R$ 496.973,55 (quatrocentos e noventa e seis mil novecentos e setenta e três reais e cinquenta e cinco centavos).

A apelante Andreia Aquino Flores sustenta que o contrato entabulado entre as partes previa o pagamento de honorários médicos diretamente à equipe médica, de forma desvinculada das contas hospitalares. Afirma não ter contratado ou dado qualquer autorização para que fossem contratadas as clínicas terceirizadas ao hospital, razão pela qual não deve arcar com os valores descritos no demonstrativo de cobrança. Alega que, por respeito à boa-fé contratual, deveriam ter sido apresentados os valores dos itens gastos de forma individualizada e com os valores da tabela do hospital, para que a parte ré pudesse averiguar se condizem com o praticado pelo mercado. Questiona as notas fiscais apresentadas pela Clínica São Camilo, emitidas quase 10 (dez) meses após o falecimento de Ocídio.

Joana Aquino Flores e Jussara Aquino Flores alegam nulidade processual por cerceamento de defesa. Insurgem-se contra a suposta cessão de créditos sob o argumento de que não foram anuídos pelo devedor em nenhum momento no decorrer da prestação de serviços, bem como não houve qualquer contratação ou autorização para contratar serviços terceirizados. Sustenta a inobservância de boa-fé contratual pela parte autora ante a precária prestação de procedimentos, valores, índices e demais taxas cobradas.

Contrarrazões às f. 1179-1191.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Andreia Aquino Flores, Joana Aquino Flores e Jussara Aquino Flores contra a sentença (f. 1132-1136) que julgou procedente o pedido formulado por Clínica São Camilo LTDA. em demanda ordinária de cobrança e condenou o espólio de Ocídio Pavão Flores ao pagamento de R$ 496.973,55 (quatrocentos e noventa e seis mil novecentos e setenta e três reais e cinquenta e cinco centavos).

A apelante Andreia Aquino Flores sustenta que o contrato entabulado entre as partes previa o pagamento de honorários médicos diretamente à equipe médica, de forma desvinculada das contas hospitalares. Afirma não ter contratado ou dado qualquer autorização para que fossem contratadas as clínicas terceirizadas ao hospital, razão pela qual não deve arcar com os valores descritos no demonstrativo de cobrança. Alega que, por respeito à boa-fé contratual deveria ter sido apresentada os valores dos itens gastos de forma individualizada e com os valores da tabela do hospital, para que a parte ré pudesse averiguar se os valores condizem com o praticado pelo mercado. Questiona as notas fiscais apresentadas pela Clínica São Camilo, emitidas quase 10 (dez meses após o falecimento de Ocídio.

Joana Aquino Flores e Jussara Aquino Flores alegam nulidade processual por cerceamento de defesa. Insurgem-se contra a suposta cessão de créditos sob o argumento de que não foram anuídos pelo devedor em nenhum momento no decorrer da prestação de serviços, bem como não houve qualquer contratação ou

autorização para contratar serviços terceirizados. Sustenta a inobservância de boa-fé contratual pela parte autora ante a precária prestação de procedimentos, valores, índices e demais taxas cobradas.

Fundamentação.

Questão de ordem suscitada pelo Procurador de Justiça.

No parecer, f. 1245-1258, o Procurador de Justiça suscitou questão de ordem para a nulidade do processo, diante da ausência de participação do Ministério Público Estadual em primeiro grau e da superveniência de sentença que seria contrária aos interesses de menores.

Todavia, não há necessidade de anulação do processo. Clínica São Camilo LTDA ajuizou ação de cobrança contra o espólio de Ocídio Pavão Flores. Foi determinada sua citação por intermédio da inventariante Clarita Elisabeth Insaurralde (f. 1037-1039 - com comparecimento nos autos apenas posteriormente, f. 1105-1106).

De outro lado, Andréia Aquino Flores, Jussara Aquino Flores e Joana Aquino Flores compareceram espontaneamente nos autos, apresentando contestação, f. 1040-1050, sustentando suas legitimidades na demanda porque as duas primeiras são herdeiras e a terceira meeira, de forma que o resultado da demanda repercutiria em seus patrimônios. Peticionaram requerendo produção de prova pericial (f. 1067).

A decisão de f. 1070-1073, admitiu as três como assistentes litisconsorciais, bem como indeferiu a produção de prova pericial, porque não teria ocorrido a impugnação dos serviços médicos prestados ou sua qualidade, e como suas oposições se limitaram apenas quanto às notas fiscais apresentadas e serviços contratados, seria incabível a realização de prova pericial para aferição se os materiais utilizados são concordes às praxes médicas.

Então, fora juntado nos autos, pela parte autora, Clínica São Camilo, o esboço de partilha amigável que teria sido realizada entre a meeira e os herdeiros, f. 1076-1088, dispondo sobre o pagamento da dívida objeto deste processo. Apenas nesse momento é que ocorreu a notícia da existência de menores, porque eles participaram do acordo sobre a partilha, no inventário e não na presente demanda (***** e ***** - filhos do falecido, cujo espólio é réu na presente demanda, Ocídio Pavão Flores).

Ou seja, na presente demanda de cobrança, não ocorreu a habilitação dos menores como interessados. Outrossim, saliento, esse acordo da partilha apresentado nos autos de inventário não foi homologado. Isso significa que não houve a sucessão processual do espólio pelos herdeiros na presente demanda, uma vez que a partilha ainda não foi efetivada.

Dessa forma, ainda que os menores sejam herdeiros do espólio, como não ocorreu sucessão processual e tampouco inclusão deles na presente demanda como assistentes litisconsorciais, não há nulidade decorrente da ausência de participação do Ministério Público na presente demanda, justamente pelo fato de os menores não terem sido incluídos como parte ou como terceiros interessados nesta ação de cobrança.

Por isso, rejeito a questão de ordem suscitada pelo Procurador de Justiça, no parecer de f. 1245-1258.

Dos recursos.

Passo a análise conjunta dos recursos em razão de sua similaridade.

Do cerceamento de defesa.

As apelantes suscitam nulidade da sentença por cerceamento de defesa sob o fundamento de que não foi realizada a audiência de instrução e julgamento, bem como não teria sido oportunizada a produção e provas. Embora exista a previsão de realização da audiência, sua não realização não implica prejuízo à parte. Ademais, o magistrado entendeu desnecessária a produção de tal prova, pois os documentos juntados aos autos de processo seriam suficientes para o julgamento antecipado.

Assim, não há justificativas aptas a ensejar o reconhecimento das preliminares de nulidades, razão pela qual as rejeito.

Do mérito.

As partes apelantes sustentam que o contrato entabulado entre as partes previa o pagamento de honorários médicos diretamente à equipe médica, de forma desvinculada das contas hospitalares. De forma que não teria sido contratada ou dada qualquer autorização para que fossem contratadas as clínicas terceirizadas ao hospital, razão pela qual não deve arcar com os valores descritos no demonstrativo de cobrança.

Frisa-se que as apelantes não se insurgem contra a prestação do serviço, de forma que é incontroverso que o atendimento médico foi efetivamente prestado, conforme relatório de f. 93-229. Discute-se, nos autos, a regularidade da cobrança pelo hospital dos serviços prestados pelas empresas terceirizadas.

A ficha de atendimento hospitalar devidamente assinada às f. 19 possui cláusula que autoriza o hospital a dispensar a apresentação prévia de orçamentos e despesas em relação a serviços, terceiros e estipulação de prazo para término do atendimento hospitalar, em face da imprevisibilidade dos serviços prestados.

Neste sentido, ao assinar o documento, a parte ré tornou-se responsável pelo adimplemento das despesas realizadas para o tratamento de Orcídio Pavão Flores, inclusive aquelas decorrentes de serviços prestados por terceiros vinculados ao hospital para a perfeita realização do atendimento médico necessário.

Ainda, conforme documentos de f. 42-45, 50-52, 58-60, 66-68, 71-73, 78-82 e 86-88 estão presentes autorização de empresas terceirizadas ao hospital para que fosse efetuada a cobrança de seus honorários, de forma que não há ilegitimidade ou irregularidade na conduta do Hospital.

Alega que, por respeito à boa-fé contratual deveria ter sido apresentada os valores dos itens gastos de forma individualizada e com os valores da tabela do hospital, para que a parte ré pudesse averiguar se os valores condizem com o praticado pelo mercado.

O apelado trouxe aos autos toda a documentação necessária para comprovar o serviço médico-hospitalar prestado de forma minuciosa, com prontuários e relatórios médicos, guia de solicitação de internação, requisições e resultados de exames clínicos (f. 40-1021) do paciente que ficou internado por quase dois meses.

Os valores indicados nas notas fiscais revelam o preço praticado pelo hospital, entidade particular de atendimento de saúde, a qual, dentro de seu padrão de excelência, pode estabelecer preços acima dos comumente praticados pela média de mercado. Assim, caberia às apelantes demonstrar de forma clara a onerosidade excessiva, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil, porém, foram realizadas apenas alegações genéricas, desacompanhadas de elementos comprobatórios.

Por fim, quanto as notas fiscais, a emissão sempre ocorre em momento posterior à prestação do serviço e não há necessidade de sua aceitação pela parte, uma vez que anteriormente concedida autorização para internação hospitalar apta a justificar os valores cobrados.

Dispositivo.

Ante o exposto, contra o parecer e rejeitando a questão de ordem nele suscitada, conheço dos recursos interpostos e nego-lhes provimento. Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela ré ao autor para 15% sobre o valor atualizado da condenação.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer oral, rejeitaram questão de ordem e negaram provimento aos recursos, 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. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 28 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0800394-17.2012.8.12.0010 – Fátima do Sul

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO REJEITADA – CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA – PREVISÃO DE DIREITO DE RECEBER AÇÕES APÓS A DOAÇÃO DO SISTEMA TELEFÔNICO E INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO – SENTENÇA MANTIDA.

Diante da previsão expressa de retribuição em ações e da ausência de cláusula contratual que desobrigue a companhia em subscrever ações em nome do consumidor, a prescrição da pretensão indenizatória fundada em descumprimento contratual é de 10 anos, conforme dispõe o art. 205 e art. 2.028, ambos do atual Código Civil, ou vintenária, consoante a previsão do art. 177 do Código Civil de 1916, em atenção à regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

A previsão do direito de receber ações, após a doação do sistema telefônico e incorporação desse ao patrimônio da contratante, decorrente do contrato firmado entre as partes, evidencia o direito à percepção de ações, ou ao ressarcimento em pecúnia do valor contratado. Sentença mantida.

Recurso conhecido e 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, 24 de agosto de 2020.

Des. Vilson Bertelli – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Oi S/A interpõe recurso de apelação às f. 249-269 contra a sentença de procedência dos pedidos para determinar a restituição à parte autora da totalidade dos valores pagos em virtude do contrato de participação financeira em programa comunitário de telefonia, levando em consideração o valor efetivamente pago na integralização e a data do encerramento do primeiro balanço após a integralização da participação financeira, tudo acrescido de juros simples (1% ao mês) a partir da citação (CC, art. 405) e correção monetária (IGPM-FGV) a partir da data do pagamento de cada parcela. Condenou-a também ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais - fixados em 10% do valor da condenação.

Suscita prejudicial de prescrição. Quanto ao mérito, afirma a ausência do direito a retribuições de ações do autor, porque há cláusula contratual expressa nesse sentido.

Decurso de prazo sem contrarrazões à f. 274.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

O recorrente afirma a ocorrência da prejudicial de prescrição e, quanto ao mérito, a validade da cláusula contratual de vedação ao ressarcimento por ações.

Conforme se verifica da leitura da inicial, a pretensão do autor é a complementação das ações, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não se trata de hipótese de inexistência de previsão contratual ao direito das ações. Assim, ausente a juntada do contrato, constata-se que o autor pactuou contrato regido pelas Portaria 086/91 (que previa o direito de ações aos adquirentes de terminal telefônico) e Portaria nº 175/91 quanto suas obrigações decorrentes, demonstrando o direito do autor em perceber o valor investido.

Referido contrato foi firmado entre fevereiro de 1991 e 1997. Por isso, ao se considerar tanto o ano de 1991, quanto o de 1997, não decorreu o prazo prescricional. Isso porque, partindo-se de 1991, houve o decurso de prazo de mais de 10 anos, até a entrada em vigor do novo Código Civil (janeiro de 2003), de modo a ser aplicado ao caso o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, conforme regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil. De outro lado, caso pactuado em 1997, não decorreu mais da metade do prazo da lei anterior, de forma a ser aplicável o prazo da lei nova (10 anos, art. 205, CC).

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em Recurso Especial Repetitivo que o prazo prescricional é ou de 20 (vinte) anos, na vigência do art. 177 do Código Civil de 1916, ou de 10 (dez) anos, em atenção ao art. 205 do Código Civil de 2002, conforme a regra do art. 2.028 deste último diploma legal:

> *"COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL – TELECOM – CRT – CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES – DIFERENÇA – PRESCRIÇÃO – DIREITO PESSOAL – DIVIDENDOS – ARTS. 177 DO CC/1916, 205 E 2.028 DO CC/2002 – VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO – APURAÇÃO – CRITÉRIO – BALANCETE DO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – LEI N. 11.672/2008 – RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008 – APLICAÇÃO.*
>
> *I. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil.*
>
> *II. A complementação buscada pelos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira, deve tomar como referência o valor patrimonial da ação apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização (REsp n. 975.834/RS, Rel. Min.*
>
> *Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 26.11.2007).*
>
> *III. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).*
>
> *IV. Recurso especial conhecido em parte e provido."* (REsp 1033241/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 05/11/2008)

Dessa forma, como a demanda foi ajuizada em 22/05/2012 não transcorreu o referido prazo, motivo pelo qual a prejudicial de mérito de prescrição não deve ser acolhida.

Quanto ao mérito, o Superior Tribunal de Justiça definiu ao julgar o REsp 1.391.089/RS (ensejador do retorno dos autos para nova análise) definiu a validade da previsão contratual desobrigando a companhia à restituição de valores ou de subscrição de ações:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – CIVIL – PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA – PCT – CLÁUSULA DE DOAÇÃO – VALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: É válida, no sistema de planta comunitária de telefonia - PCT, a previsão contratual ou regulamentar que desobrigue a companhia de subscrever ações em nome do consumidor ou de lhe restituir o valor investido.

2. Caso concreto: Improcedência do pedido de restituição do valor investido.

3. Recurso especial provido." (REsp 1391089/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 10/03/2014)

Nesse contexto, conforme já mencionado, a hipótese dos autos não se trata da invalidade da cláusula contratual de desobrigação da companhia à restituição de valores ou de subscrição de ações, mas sim de complementação do valor recebido. Ou seja, não incide na presente hipótese o referido julgado, por se tratar de caso distinto.

Ademais, o autor é consumidor final de produto posto a sua disposição, sendo aplicável, portanto, as normas do Código de Defesa do Consumidor, por estar em perfeita consonância com o seu art. 3º, § 2º.

Cumpre esclarecer, o Programa Comunitário de Telefonia foi criado pela Telebrás para implantação ou expansão do sistema de telefonia - financiado por um determinado grupo de pessoas -, cujas obras eram realizadas por empresas contratadas do ramo, sem investimento de recursos públicos.

A obrigação é considerada desproporcional pelo fato de a concessionária receber por cessão ou doação o sistema de telefonia implantado ou expandido com verbas exclusivas dos consumidores.

Em outras palavras, enquanto os consumidores se responsabilizaram financeiramente pela implantação e expansão do sistema, em troca apenas do uso do terminal telefônico, a concessionária passou auferir lucros sem a devida contraprestação, demonstrando-se um verdadeiro desequilíbrio contratual.

Com fundamento no art. 6º, inciso V, e art. 51, inciso IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor, é possível a modificação da cláusula autorizadora da cessão ou da transferência do objeto do contrato, independentemente da notificação do autor e sem que tal fato lhe gere novos direitos, por trazer obrigação abusiva e desproporcional. A referida cláusula ofende, ainda, o art. 122 do Código Civil, por estabelecer cláusula que sujeita ao puro arbítrio de uma das partes.

Não bastassem as legislações vigentes, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa também fundamenta a manutenção da sentença.

No mesmo sentido, este Egrégio Tribunal de Justiça:

"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – DECLARATÓRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADAS – CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA – PARTICIPAÇÕES DO COMPRADOR, DO INTERMEDIÁRIO E DA PRESTADORA DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS NO NEGÓCIO JURÍDICO – CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA – NULIDADE – RESPONSABILIDADE DA INTERMEDIÁRIA E DA CONCESSIONÁRIA – PROVA DE QUITAÇÃO DAS PRESTAÇÕES DO CONTRATO – ÔNUS DA EMPRESA CONTRATADA – ISENÇÃO DA EMPRESA INTERMEDIÁRIA DE RESSARCIMENTO DE VALORES DAS AÇÕES SUPRIMIDAS DO AUTOR/USUÁRIO.

A Brasil Telecom S.A. é parte legítima para figurar no polo passivo de ação na qual discuta-se responsabilidade decorrente de contrato celebrado pela TELEMS, porque assumiu o seu controle acionário por meio do processo de privatização da Telebrás.

A intermediária possui legitimidade passiva ad causam, por que celebrou contrato com o autor, estando envolvida na relação jurídica. Todavia, verificando-se que não ficou ela

com a propriedade da linha telefônica, não pode ser obrigada a indenizar o consumidor pelo valor das ações que lhe foram suprimidas.

Em que pese ser admitida toda modalidade de contratação, inclusive a de adesão, os aspectos da teoria geral dos contratos, válidos mesmo nas relações de consumo - o que se tem repudiado, a mercê do protecionismo dos aderentes, normalmente os mais frágeis na relação - são as condições que traduzem situações de desigualdade às partes, e ofensa ao princípio da boa-fé, ex vi, do disposto no artigo 4º, caput, e inciso III, da Regra do Consumidor, elencadas no artigo 51.

Verificada a condição abusiva, a impingir ao particular custo que competia à empresa cessionária de telefonia, na implantação ou ampliação dos serviços, sem qualquer contrapartida ao consumidor, sem jamais poder este reaver, ou mesmo compensar valor despendido, tal proceder configura locupletamento indevido da concessionária em detrimento do patrimônio do consumidor.

Sentindo-se o consumidor prejudicado, com cláusula que estabelece prestação desproporcional, incumbe-lhe, como o fez, tomar as providências cabíveis para sanar ou nulificar referida cláusula, in casu, a Cláusula 8.12, cuja desproporcionalidade foi reconhecida, atendendo ao princípio da boa-fé, equidade e equilíbrio, sem implicar em renúncia a direitos do consumidor, em razão do sistema próprio dispensado pela lei especial, atendendo a peculiaridade existente no microssistema." (Apelação Cível - Ordinário n. 2008.021796-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, j. 21.10.2009)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE PASSIVA – DENUNCIAÇÃO À LIDE DA UNIÃO E DA TELEBRÁS S/A – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PRESCRIÇÃO – AFASTADAS – MÉRITO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA – PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE ADESÃO – TRANSFERÊNCIA DE PATRIMÔNIO À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO SEM QUALQUER DIREITO À COMPENSAÇÃO EM DINHEIRO OU AÇÕES AO CONSUMIDOR – CLÁUSULA ABUSIVA – NULIDADE RECONHECIDA – RESTITUIÇÃO DAS AÇÕES – DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A Brasil Telecom S/A, na condição de legítima sucessora da TELEMS S/A, deve responder pelos contratos decorrentes do plano de expansão do seu sistema de telefonia.

Não tendo a Telebrás S/A e a União participado da relação contratual que deu origem ao litígio, não são estas partes legítimas para figurar no polo passivo da ação, logo, não procede a pretensão de denunciação à lide.

A sentença que aborda a matéria trazida pela parte, ainda que de forma sucinta, não é nula.

Em se tratando de demanda que tem por objeto relação de natureza tipicamente obrigacional, o prazo prescricional a ser observado é aquele previsto nos arts. 177 do Código Civil de 1916 - vintenário - e 205 do Código Civil em vigor - decenal.

É nula a cláusula de contrato de participação financeira no programa comunitário de telefone, que veda ao contratante direito a qualquer compensação em dinheiro ou ações." (Apelação Cível Ordinário n. 2007.012022-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 20.10.2009)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA – CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA – PARTICIPAÇÕES DO COMPRADOR, INTERMEDIÁRIO E DA PRESTADORA DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS NO NEGÓCIO JURÍDICO – CLÁUSULA CONTRATUAL IMPEDITIVA – NULIDADE – RESPONSABILIDADE DA INTERMEDIÁRIA E DA CONCESSIONÁRIA –

RESSARCIMENTO DE VALORES DAS AÇÕES SUPRIMIDAS DA AUTORA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Há de ser reconhecida e declarada a nulidade de cláusula que, além de implicar em renúncia de direitos, veda ao consumidor qualquer compensação em dinheiro ou ações pela participação financeira despendida no financiamento da expansão de programa comunitário de telefonia.

A concessionária e a intermediária devem ressarcir a autora o valor das ações que lhe foram suprimidas quando da aquisição da linha telefônica, cujo valor deverá ser o da época da assinatura do contrato, acrescidos desde então de correção monetária pelo IGPM-FGV, com juros de mora de 1% ao mês, devidos a partir da citação." (Apelação Cível Ordinário n. 2009.024541-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, j. 6.10.2009)

Por isso, mantenho a sentença.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 24 de agosto de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Agravo de Instrumento nº 1414253-37.2019.8.12.0000 – Chapadão do Sul

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – EFEITOS – CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ANTES DA INSCRIÇÃO – EMPRESÁRIO RURAL – JULGADO DO STJ – CRÉDITO CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO SUBMISSÃO AO PLANO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado com acórdão ainda pendente de publicação (Resp nº 1.800.032/MT), decidiu que o registro do empresário rural na Junta Comercial tem feição meramente declaratória, razão porque os efeitos da recuperação judicial podem alcançar os créditos constituídos antes da mencionada inscrição.

Apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, créditos posteriores ao pleito recuperacional não se submetem aos seus efeitos.

Não estando o crédito sujeito ao plano de recuperação não há suspensão, das ações de execução. Mas, é do juízo universal o controle sobre os atos constritivos de patrimônio dos recuperandos.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 2 de junho de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento Celeiro Centro Oeste, interpõe agravo de instrumento contra a decisão prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, que, nos autos de Recuperação Judicial formulada por Maurício Barzotto, Mauro Barzotto e Regina Rossi, deferiu o pedido de processamento da recuperação judicial.

Suscita preliminares de: a) ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação e falta de interesse processual, devendo ser indeferida a petição inicial, ante a ausência de pressuposto legal para tanto, qual seja, o exercício regular da atividade empresarial pelo período mínimo de dois anos; b) ilegitimidade ativa dos agravado, eis que o pedido de recuperação judicial foi realizado por pessoa jurídica constituída um dia antes do ajuizamento da ação.

Alega que não foi apresentada qualquer comprovação pelos requerentes de sua inscrição na Junta Comercial há mais de 02 (dois) anos, nos termos do artigo 48, § 2º da Lei n. 11.101/05, requisito que defende como indispensável ao pedido de recuperação judicial, conforme art. 971 do Código Civil, Enunciado 202, da III Jornada de Direito Civil e entendimentos jurisprudenciais.

Argumenta, caso seja o entendimento pelo deferimento da recuperação, que sejam arrolados apenas os créditos firmados após inscrição empresarial, já que o deferimento da recuperação judicial para as pessoas que não preencham os requisitos, deixam em total insegurança os credores que não tem seus créditos inclusos, uma vez que os contratos foram firmados antes do registro da empresa, como é o caso; defendendo a necessidade de exclusão dos contratos firmados anteriormente ao registro da empresa, eis que a natureza constitutiva do registro não retroage para atingir os créditos que não se encontram sob o regime falimentar.

Sustenta que não há previsão legal para abstenção de quaisquer atos constritivos dos bens dos agravados, havendo previsão legal de prosseguimento de ações e execuções em face dos coobrigados, não atingidos pelos reflexos da recuperação judicial (art. 49, § 1º), alegando violação à Sumula 581/STJ e entendimento jurisprudencial.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela para:

> *"(i) liminarmente, reformada a r. decisão agravada, a fim de se indeferir a petição inicial, diante da ausência de apresentação de documentos essenciais e preenchimento dos requisitos necessários à propositura da ação no que se refere à Empresa Individual agravada, bem como a ausência de interesse processual, julgando-se, de plano, extinto o feito sem exame do mérito em relação a esses, nos termos dos artigos 330, III e 485, I, do Código de Processo Civil;*
>
> *(ii) alternativamente, concedido efeito ativo ao presente recurso, para se modular os efeitos do processamento da Recuperação Judicial, de modo que somente atinjam os créditos constituídos pela empresa Agravada e posteriormente ao seu registro na Junta Comercial, se realizado, de forma a ser o crédito do agravante, constituído com a pessoa física do Requerente e anteriormente ao registro, desconsiderado da relação de credores apresentada;*
>
> *(iii) subsidiariamente, concedido efeito suspensivo, a fim de que seja suspenso o curso da Recuperação Judicial da empresa agravada, até decisão definitiva sobre a presente irresignação."*

Ao final, postula seja dado provimento ao recurso, reformando-se o *decisum* impugnado, confirmando-se a tutela provisória recursal.

Efetuou o recolhimento do preparo em dobro, sendo o recurso recebido apenas em seu efeito devolutivo (f. 36-40 e f. 42-50).

Os agravados apresentaram contraminuta (f. 53-82), pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 18/02/2020)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento Celeiro Centro Oeste, contra a decisão prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, que, nos autos de Recuperação Judicial formulada por Maurício Barzotto, Mauro Barzotto e Regina Rossi, deferiu o pedido de processamento da recuperação judicial.

Os agravados ajuizaram pedido de recuperação judicial, alegando que trabalham no ramo há algumas décadas e que a figura do produtor rural e de suas empresas individuais, constituídas pouco antes do protocolo do pedido de recuperação judicial se confundem. Argumentaram que, tendo o registro na Junta Comercial natureza meramente declaratória, são legítimos para formular pedido de Recuperação Judicial independentemente do tempo de registro regular de suas atividades. Pediram o deferimento do processamento da recuperação.

O magistrado deferiu o pedido, nos seguintes termos:

"14 Posto isso, considerando-se os fundamentos e as provas existentes, defiro o processamento da presente Recuperação Judicial de Maurício Barzotto, Mauro Barzotto e Regina Rossi, nos termos do pedido inicial, determinando-se ainda:

a) Nomeio para o cargo de Administrador Judicial a empresa Rastro Legal Assessoria Contábil e Tributária LTDA, CNPJ 05.828.952/0001-11, com endereço à Rua Joaquim Balduíno de Souza, 676, Centro, Cassilândia-MS, fone (67) 3596-7210, sob responsabilidade de Silvone Gouveia Barbosa, brasileiro, casado, contador, CRC SP-161901/T-MS, RG 10136738 SSP/SP, CPF 835.604.328-04, fone (67) 99968-8584, para os fins do Art. 22, I e II, da LRF, sob compromisso, que deverá cumprir o encargo assumido, sob pena de responsabilidade civil e penal, na forma do Art. 52, I, da LRF e será remunerado na forma descrita anteriormente e deverá, em 48 horas, juntar nestes autos o termo de compromisso devidamente subscrito.

a.1. Deve o administrador judicial informar o juízo a situação dos recuperandos em 10 dias, para fins do Art. 22, II, 'a' e 'c', da LRF;

a.2. Caso necessária a contratação de auxiliares, deverá apresentar o contrato, no prazo de 10 dias;

a.3. Caberá ao administrador judicial fiscalizar a regularidade do processo e o cumprimento dos prazos pelos recuperandos;

a.4. Quanto aos relatórios mensais, que não se confundem com o relatório determinado no item a.1 supra, deverá o administrador judicial protocolar o primeiro relatório como incidente à recuperação judicial, evitando sua juntada nos autos principais, sendo que os relatórios mensais subsequentes deverão ser, sempre, direcionados ao incidente já instaurado.

b) Dispenso a apresentação de certidões negativas de débito fiscal nesta fase processual, atendendo ao disposto no art. 52, II, da LRF, exceto para contratação com o Poder Público e caso ainda não apresentadas com a inicial.

c) Fixo este juízo como o competente, de acordo com a jurisprudência do STJ, para a declaração de essencialidade de bens da(o,s) recuperanda(o,s), seja de sua esfera patrimonial, seja de bens de propriedade alheia, mas insertos na cadeia de produção da atividade. Assim, nos termos do parágrafo 1º, do Art. 77, do CPC, ficam todos os credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, advertidos da necessidade de abstenção da busca de atos de constrição de bens contra a(o,s) recuperanda(o,s) em juízos diversos, sob pena de aplicação da sanção contida no parágrafo 2º, do aludido artigo de lei, consistente em imposição de multa de até 20% do valor da causa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis na esfera processual, civil e criminal.

d) Igualmente, determino a suspensão de todas as ações e execuções contra a devedora por dívidas sujeitas aos efeitos da recuperação judicial, pelo prazo de 180 dias, contado da presente data, permanecendo os autos nos Juízos onde se processam, ressalvando o disposto nos Arts. 6º, § 1º, § 2º e § 7º, e 49, § 3º e § 4º do diploma legal supracitado.

e) A devedora deverá apresentar mensalmente as contas demonstrativas mensais (balancetes) enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores, conforme Art. 52, IV, da LRF, devendo o primeiro demonstrativo mensal ser protocolado como incidente à recuperação judicial, e os demonstrativos subsequentes deverão ser, sempre, direcionados ao incidente instaurado.

f) Comunique-se às Fazendas Públicas, observando os Municípios onde as devedoras tiverem estabelecimentos e filiais, quanto ao deferimento do processamento do presente pedido de recuperação judicial, após vista ao Ministério Público, consoante estabelece o Art. 52, V, do diploma legal precitado.

g) Expeça-se edital, com a observância do disposto no Art. 52, § 1º, da LRF (I - resumo do pedido da devedora e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II -

a relação nominal dos credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III - a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei (transcrever no edital o conteúdo do tópico das habilitações e divergências), e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei).

h) Os credores terão o prazo de quinze (15) dias para apresentarem as suas habilitações ao Administrador Judicial ou as suas divergências quanto aos créditos relacionados, na forma do Art. 7º, § 1º, do diploma legal supracitado.

i) Deverá o administrador judicial, quando da apresentação da relação prevista no Art. 7º, § 1º, da LRF, também providenciar à serventia judicial, minuta do respectivo edital, em mídia e em formato de texto, para sua regular publicação na imprensa oficial.

j) Publicada a relação de credores apresentada pelo administrador judicial (Art. 7, § 2º), eventuais impugnações (Art. 8º) e/ou habilitações retardatárias deverão ser interpostas pelo peticionamento eletrônico inicial por dependência ao processo principal, e não deverão ser juntadas nos autos principais. (Art. 8º, § único)

1) Ressalto, por fim, que os credores terão o prazo de trinta (30) dias para manifestarem a sua objeção ao plano de recuperação da devedora, a partir da publicação do edital a que alude o Art. 7º, § 2º, da LRF, ou de acordo com o disposto Art. 55, § único, do mesmo diploma legal.

m) Diante da inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005, deixo de aplicá-los na presente ação, posto que está em desacordo com as normas e princípios constitucionais, declarando que os créditos bancários estão sujeitos à recuperação judicial.

n) Determino seja oficiado ao Serasa, SPC, CADIN e CCF para que suspendam quaisquer lançamentos em seus nomes e deixem de proceder novas inscrições relativas aos créditos constantes na relação de credores apresentada.

o) Oficie-se à Junta Comercial de Mato Grosso do Sul para que seja anotado nos registros das empresas recuperandas o deferimento do processamento da presente recuperação judicial, nos termos do artigo 69, parágrafo único, Lei 11.101/05.

p) As comunicações e intimações devem recair sempre sobre a(s) pessoa(s) física(s) (CPF) e a(s) pessoa(s) jurídica(s) (CNPJ).

q) Em relação à forma de contagem de prazos, será observado o teor da decisão proferida pelo STJ no Resp 1699528, segundo o qual todos os prazos estabelecidos pela Lei 11.101/05 devem ser contados em dias corridos."

Inicialmente, insta observar que as questões trazidas como preliminares são atinentes ao mérito, porquanto dizem respeito ao indeferimento da petição inicial, ante a ausência de pressuposto legal para tanto, qual seja, o exercício regular da atividade empresarial pelo período mínimo de dois anos; e ilegitimidade ativa dos agravados, eis que o pedido de recuperação judicial foi realizado por pessoa jurídica constituída um dia antes do ajuizamento da ação, e com ele serão analisadas.

Sobre a temática levantada pelo agravante, acerca da inscrição na Junta Comercial há menos de dois anos, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado com acórdão ainda pendente de publicação (Resp nº 1.800.032/MT), decidiu que o registro do empresário rural na Junta Comercial tem feição meramente declaratória, razão porque os efeitos da recuperação judicial podem alcançar os créditos constituídos antes da mencionada inscrição, consoante ilustram as seguintes decisões monocráticas:

"(...) o fumus boni iuris encontra-se provado, pois este signatário, nos autos do Resp n.º 1.800.032/MT, no qual se discutia a questão atinente à possibilidade de deferimento de recuperação judicial a empresário rural e se as dívidas contraídas pelo produtor rural, pessoa física, poderiam ser abarcadas pela recuperação, restou vencido, tendo prevalecido

a tese divergente no sentido de que o registro do empresário rural na junta comercial tem feição meramente declaratória, motivo pelo qual viável que os efeitos da recuperação judicial alcançassem os créditos constituídos antes da mencionada inscrição.

Em que pese o posicionamento deste signatário contrário à tese defendida pelo requerente acerca da ausência de distinção entre pessoa física e jurídica, para os fins de direito, inclusive no que tange ao patrimônio de ambos, o entendimento assentado no julgamento do Resp nº 1.800.032/MT, ocorrido em 05/11/2019, embora não publicado constitui precedente a ser observado.

1.1. Assim, no tocante ao fumus boni iuris, necessário salientar que, ressalvado o entendimento pessoal deste relator, há inegável relevância nos argumentos tecidos pelo requerente, pois encontram guarida no entendimento sedimentado no Resp n.º 1.800.032/MT, bem ainda em outros precedentes importantes desta Corte Superior. (STJ, TutPrv no Recurso Especial nº 1846218 -MT, Rel. Min. Marco Buzzi, j. Em 06/11/2019).

(...).

Destaque-se que, no recente julgamento do Recurso Especial nº 1.800.032/MT, a eg. Quarta Turma desta Corte, elucidando a mesma questão do presente conflito, após intensos debates, por maioria, seguiu o voto vista deste ora Relator e adotou o entendimento de que o produtor rural está sempre em situação regular, esteja ou não inscrito no registro mercantil, podendo obter a recuperação judicial independentemente da data da inscrição, porque o efeito da sua inscrição opera ex tunc, diferentemente do empresário comum, que só pode obter a recuperação para atividades desenvolvidas a partir de sua inscrição, quando se regulariza (pois antes, se opera, o faz em situação irregular), tendo a inscrição para este, portanto, efeitos meramente ex nunc.

Desse modo, em juízo perfunctório típico dessa análise preliminar, é possível considerar, com base na documentação acostada aos autos, que a constrição de ativos do requerido, submetido à recuperação judicial, determinado pelo d. juízo suscitado, contraria o entendimento acima referido." (STJ, TutPrv no Conflito de Competência nº 166.897 - MT, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 08/11/2019).

Concernente ao pedido que sejam arrolados apenas os créditos firmados após inscrição empresarial, insta observar que o crédito do agravante somente estará sujeito à novação imposta no Plano de Recuperação Judicial se já estiver consolidado ao tempo da propositura do pedido recuperacional.

Veja-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, de acordo com o art. 49 da Lei 11.101/2005, somente os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Veja-se a jurisprudência:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CRÉDITO CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO SUBMISSÃO AO PLANO – RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO – INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. 1. De acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, créditos posteriores ao pleito recuperacional não se submetem aos seus efeitos. Precedentes. 2. A agravante não impugnou, de forma específica e detalhada, os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a repetir o teor do seu apelo nobre. Incide ao caso, pois, o Enunciado nº 182 da Súmula do STJ: 'é inviável o agravo de art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada'. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 468.895/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014).

"PROCESSUAL CIVIL – HABILITAÇÃO DE CREDORES – REQUISITOS FORMAIS – MEMORIAL DE CÁLCULO – APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NOVAÇÃO DAS DÍVIDAS ANTERIORES – CRÉDITOS TRABALHISTAS – DÍVIDAS

CONSOLIDADAS. 1.- A Lei de Falências exige que a habilitação de crédito se faça acompanhar da prova da dívida (an e quantum debeatur), bem como da origem e classificação dessa mesma dívida. Se as instâncias de origem, soberanas na apreciação da prova, concluíram pelo atendimento dessas exigências legais não há como barrar o processamento do pedido de recuperação judicial por ausência de memorial descritivo da dívida. 2.- O crédito trabalhista só estará sujeito à novação imposta pelo Plano de Recuperação Judicial se se tratar de crédito já consolidado ao tempo da propositura do pedido de Recuperação Judicial. 3.- Alegação de negativa de prestação jurisdicional preliminarmente rejeitada. Se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento." (Resp 1321288/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 18/12/2012)

Relativamente à sustentação de que os créditos pessoais não podem ser abarcados pelo feito recuperacional, insta observar, que, não estado o crédito sujeito ao plano de recuperação não há suspensão, das ações de execução. Mas, é do juízo universal o controle sobre os atos constritivos de patrimônio dos recuperandos.

Nessa senda, não se vislumbra a presença dos requisitos autorizadores à reforma da decisão.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Júlio), após o relator negar provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 02/06/2020)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para analisar melhor a questão referente à submissão ao processo de recuperação judicial do grupo dos créditos constituídos antes da inscrição do produtor rural pessoa física perante o Registro de Comércio.

Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul que deferiu o processamento da recuperação judicial de Maurício Barzotto, Mauro Barzotto e Regina Rossi.

Ao ajuizarem o pedido de recuperação judicial, os agravados alegaram que trabalham no ramo rural há décadas e que a figura do produtor rural e de suas empresas individuais, constituídas pouco antes do protocolo do pedido de recuperação judicial se confundem.

Argumentaram que, tendo o registro na Junta Comercial natureza meramente declaratória, são legítimos para formular pedido de Recuperação Judicial independentemente do tempo de registro regular de suas atividades.

Assim, pediram o deferimento do processamento da recuperação.

O juízo de origem acatou o pedido, motivo pelo qual foi interposto o presente recurso, pela parte contrária.

Pois bem.

Como exposto pelo Ilustre Relator, a 4ª Turma do STJ julgou o emblemático caso do Grupo JPupin, que trata da possibilidade de submissão ao processo de recuperação judicial do Grupo dos créditos constituídos antes da inscrição do produtor rural pessoa física perante o Registro de Comércio (Resp nº 1.800.032/MT).

No referido julgamento, O E.STJ acolheu o pleito dos produtores quanto ao corte temporal de submissão dos créditos ao processo recuperacional e adotou a tese de que o produtor rural pode pedir recuperação judicial sem o cumprimento do prazo mínimo de 2 anos de inscrição na Juta Comercial, desde que comprove, por quaisquer formas admitidas em direito, o exercício da atividade rural.

Importante consignar que o posicionamento exarado pela Corte da Cidadania vai ao encontro do Conselho da Justiça Federal, que aprovou recentemente o Enunciado 96, durante a III Jornada de Direito Comercial. Veja-se:

> *"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."*

Assim, filio-me ao posicionamento ora exposto, de que os efeitos da recuperação judicial podem alcançar os créditos constituídos antes do registro do empresário rural na Junta Comercial, nos termos do voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º Vogal)

Hei por bem divergir do voto do relator e do segundo 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."* (G.n.).

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 em 02/09/2019, e a recuperação foi requerida em 04/09/2019, 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). (G.n.).

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, ressalvando que 'o empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial', ressalvando, 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 interditada 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." (G.n.).

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. Condeno os agravados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 100.000,00 (cem 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 1º vogal.

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, 2 de junho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Agravo de Instrumento nº 1405100-43.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – DENÚNCIA DE ESTUPRO PRATICADO POR IRMÃO UNILATERAL – DESCUMPRIMENTO PELO GENITOR DA DECISÃO QUE DETERMINOU O DEVER DE PRESERVAÇÃO DA CRIANÇA – RECURSO PROVIDO.

Considerando as acusações de estupro de vulnerável que embasam o pedido inicial e os apontamentos contidos nos laudos anexados ao feito, principalmente aquele produzido pela psicóloga que acompanha a criança, além da denúncia de nova conduta infracional cometida pelo irmão paterno, em evento no qual o agravado encontrava-se, a despeito da decisão judicial determinando que preservasse a criança do contato com o seu suposto agressor, tem-se que medidas mais efetivas ao resguardo da vítima devem ser adotadas, notadamente em razão de sua tenra

Recurso provido.

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 e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de julho de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

F. A. T. interpõe recurso de agravo de instrumento, irresignada com a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de regulamentação de visitas ajuizada em face de J. A. de O.

Defende que mesmo havendo o temor do contato de seu filho com o irmão paterno durante a visita do agravado, dada a acusação de estupro de vulnerável cometida por ele e que está sendo apurado no respectivo feito criminal, o que inclusive foi sentido pelo órgão ministerial em seu parecer emitido perante o juízo singular, o magistrado deixou de consignar a referida advertência no comando judicial, sendo omisso com relação à presença do irmão paterno.

Afirma ser imprescindível a determinação da medida de afastamento do irmão paterno, a ser cumprida pelo genitor, ora agravado, em especial mediante a fixação da distância de 100 metros, devendo ser considerado que mesmo tendo sido determinado expressamente pelo magistrado anteriormente, que o genitor deveria evitar que estivessem presentes no mesmo local, a referida decisão foi descumprida por ele ao levar ambos para a mesma festa de formatura de outra irmã paterna, ocasião em que ocorreu o segundo ato libidinoso em face da vítima.

Por fim, pugna pela concessão da tutela recursal para que seja determinado como medida protetiva do menor a obrigatoriedade de manter a distância mínima de 100 metros da criança vítima, além de alterada as

visitas para finais de semana alternados, pois como está a agravante acaba tendo impedido o seu direito de ter convivência com o menor, sendo após confirmada a tutela pelo Colegiado.

Tutela antecipada concedida.

Sem contraminuta.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por F. A. T., irresignada com a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de regulamentação de visitas ajuizada em face de J. A. de O.

Discute-se no feito a regulamentação de visitas da criança (atualmente com 5 anos de idade), fruto do relacionamento ocorrido entre as partes, dada a denúncia inicial de que o irmão paterno (adolescente atualmente com 16 anos), teria realizado atos libidinosos em determinada oportunidade em que estavam juntos na residência do agravado, em 18/12/2018, durante o período da visita que tinha direito, sendo que contavam com 4 e 14 anos respectivamente à época dos fatos.

Em audiência ocorrida em 04/12/2019, proferiu-se a seguinte decisão:

> *"Considerando todos os elementos de prova coligidos dos autos até o presente momento, notadamente os laudos técnicos e depoimentos de profissionais da psicologia que atendem ou já atenderam a criança *****1, tenho que o afastamento deste de seu genitor lhe causa prejuízos de ordem emocional que não podem perdurar no tempo, sob pena de causar um afastamento definitivo entre pai e filho, o que não é saudável e recomendado para o bom desenvolvimento do infante.*
>
> *Veja-se que as acusações de abuso sexual recaem sobre o irmão mais velho *****2 e não sobre o genitor, de modo que há de se encontrar uma maneira de restabelecer o convívio entre pai e filho.*
>
> *Como bem asseverou o Dr. Promotor de Justiça, não estamos diante de um caso simples, sendo que toda cautela é pouca ao tratarmos a questão.*
>
> *Desse modo, passo a fixar a visitação do genitor à criança de modo provisório, sendo necessário o decurso de tempo razoável para que haja uma reaproximação e, um certo período de convívio para que se possa chegar a uma conclusão e, assim, ser possível decidir o caso trazido apreciação do poder judiciário.*
>
> *Pelo exposto, regulamento o direito de visitas do genitor, acolhendo na íntegra o parecer ministerial a ser exercido em sábados e domingos alternados, sendo no sábado das 09:00 às 13:00 horas, e no domingo das 10:00 às 14:00 horas. Nas festividades do final de ano o genitor exercerá as visitas ao menor no dia 25 entre das 10:00 às 14:00 horas e dia 30 de dezembro entre das 10:00 às 14:00 horas.*
>
> *Em qualquer situação de visita o genitor deverá preservar o infante *****1 de qualquer contato com o irmão*****2 até posterior decisão.*
>
> *Recomenda-se que o genitor agende consulta com a psicóloga que trata o menor para que acompanhe a evolução do tratamento. Desde já, designo audiência para o dia 11/03/2020 às 14:00 horas. As visitas iniciarão no próximo dia 08 de dezembro 2019."*

Posteriormente, em festa de formatura da irmã paterna, a agravante teria autorizado que o agravado levasse a criança ao evento, todavia, como não tomou a precaução de evitar a presença entre a criança e o irmão adolescente, outro ato libidinoso teria ocorrido entre ambos.

Na nova audiência, realizada em 11/03/2020, decidiu-se.

> *"Decisão:*
>
> *I) Quanto ao pedido de modificação de horários de visitas feita pelo requerido sob o argumento de que não está podendo conviver com os demais filhos no horário de almoço aos finais de semana, defiro o requerimento e regulamento o direito de visitas do genitor aos sábados e domingos alternados das 08:00 às 12:00 horas. O genitor fica autorizado a obter informações sobre o menor na escola, bem como visitar o mesmo na instituição dentro do regulamento desse estabelecimento de ensino;*
>
> *II) No tocante ao pedido deduzido pela autora no sentido de suspender as visitas do genitor ao menor até que ocorra o transito em julgado da decisão em processo criminal onde o irmão do infante Leandro é acusado contra o mesmo abuso sexual, tenho pelo indeferimento, primeiro, porque o processo criminal tem como infrator o irmão de *****1 e não seu genitor.*
>
> *O pedido para que a visita seja suspensa até que o menor seja ouvido em regime de escuta especial no processo criminal sob o argumento de que o menor pode ser induzido pelo pai a não dizer a verdade, por ocasião do depoimento especial não se mostra plausível até porque a indução pode vir também por parte da genitora que, inclusive, afirmou ter dado um celular ao menor e programado o mesmo aparelho para que durante as visitas do genitor este fosse gravado.*
>
> *Assim, nota-se que a conduta da genitora também não é das mais confiáveis, sendo que a indução ao menor pode vir de ambas as partes não justificando um afastamento entre pai e filho por suposições inconsistentes. Isso posto, mantenho as visitas do genitor ao menor nos termos regulamentados no item I;*
>
> *III) Realize-se estudo psicológico do caso com o menor e com os genitores, enfatizando a questão da alienação parental por qualquer dos genitores e, ainda, se a visita ao menor diante das circunstâncias lhe prejudicam."*

Oposto embargos declaratórios, estes foram rejeitados sob os seguintes argumentos:

> *"Vistos, etc.*
>
> *f. 236-242: Recebo como pedido de reconsideração.*
>
> *I - Considerando que à f. 187 restou estabelecido que 'o genitor deverá preservar o infante *****1 de qualquer contato com o irmão *****2 até posterior decisão', e que não houve, até o momento, referida 'decisão' que tivesse o condão de modificar tal impedimento, não vejo nenhum ponto pendente de apreciação, neste sentido.*
>
> *O infante *****1 continua preservado na restrição de não manter contato com o irmão enquanto ocorrerem as visitas paternas, nada tendo sido alterado sobre esta questão.*
>
> *II - No tocante às visitas paternas, mantenho a decisão de f. 232-233, pelos seus próprios fundamentos.*
>
> *III - Indefiro o pedido de medida protetiva porque já restou definido que o infante não terá nenhum tipo de contato com o irmão, conforme mencionado no item I supra. Demais, disso, a requerente não esclareceu contra quem pretendia ver deferida a medida; ora, se eventualmente contra o genitor, tal condição não prosperaria, eis que este não é o suposto abusador, mas sim, o irmão do infante, que já se encontra impedido de qualquer contato.*

IV - Defiro o pedido para que os áudios sejam juntados no processo, através de depósito em cartório, tão logo o Fórum retorne às atividades normais.

*V - Considerando que durante as visitas o infante se encontrará sob a supervisão do pai, que deverá protegê-lo de qualquer situação constrangedora, indefiro o pedido no sentido de impedir o contato do infante *****1 com a irmã *****3.*

VI - Cumpram-se as demais determinações de f. 232-233."

Considerando as acusações de estupro de vulnerável que embasam o pedido inicial, e os apontamentos contidos nos laudos anexados ao feito, principalmente aquele produzido pela psicóloga que acompanha a criança, além da denúncia de nova conduta infracional cometida pelo irmão paterno em evento no qual o agravado encontrava-se, a despeito da decisão anterior do magistrado determinando que preservasse a criança do contato com o seu suposto agressor, tenho que medidas mais efetivas ao resguardo da vítima devem ser adotadas, notadamente em razão de sua tenra idade e dos reflexos perniciosos para o resto da vida que a conduta odiosa supostamente sofrida pode gerar.

O segundo ato atentatório à dignidade sexual da criança teria sido cometido no fim do ano passado, quando se encontrava em plena vigência o comando judicial anterior que exigia providência do agravado no sentido de preservar a vítima de seu pretenso ofensor, o que aparentemente não ocorreu.

A despeito da necessidade de investigação mais aprofundada dos fatos, a questão é que de um lado há uma criança contando com apenas 5 anos de idade, sendo muito alto o risco de mantê-la sob o viés de seu opressor caso os eventos sejam efetivamente comprovados, considerando que o ofensor é seu irmão e que reside na mesma casa do agravado.

Assim, mesmo sendo certo o abalo que essa situação possa representar na relação entre pai e filho, mesmo temporária, tem-se que é muito inferior aos problemas que poderão surgir na criança, e que a acompanharão para o resto da vida, caso sejam confirmados os atos de cunho sexual praticados pelo irmão nesta etapa de seu desenvolvimento.

A referida orientação encontra-se em conformidade com os ditames maiores da absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente, encartados no art. 227/CF, além de resguardar o seu direito de desenvolver-se de forma plena e feliz, longe da exposição a qualquer tipo de abuso ou violência.

Ademais, a título de reforço, convém registrar o relato da psicóloga que acompanha o infante, ocorrida em 26 de fevereiro do corrente ano (f. 223-224 dos autos de origem):

Nessas últimas sessões que atendi o Examinando, percebi o mesmo star agressivo estressado e mal-educado, com ações típicas para chamar a atenção de terceiros semelhante de quando chegou no início do tratamento. Antes na recepção era educad e brincalhão mesmo com os adultos. Na última sessão no dia 25/02/2020 pedi par conversarmos. Disse-lhe que só poderia ajuda-lo se falasse comigo. Então lhe perguntc porque tinha medo do irmão. O diálogo foi o seguinte:

"Antes você me disse ter muito medo do seu irmão, e agora seu pai lhe falou que logo logo ajuíza vai autorizar você e seu irmão ficarem juntos. Ficou com medo?"

"sim"

"E porque tem medo dele?"

(silêncio)

"Só posso lhe ajudar se me contar a verdade. Ele lhe bateu?"

"Não"

"Judiou de você, lhe trancou dentro de um armário...?"

"Me trancou no banheiro"

"Da sua casa?"

"Não, na festa da minha irmã"
"E porque ele fez isso?"
"Fez coisas ruins comigo"

"Ruins como?"
"Apertou o meu pipi e colocou o pipi dele na minha bunda"

Depois da sessão, na recepção, enquanto aguardava eu passar o cartão da CASSEM e sua mãe me pagar e falar sobre seus exames. Ficou brincando, de forma agressiva gritando e jogando os brinquedos na porta, assentos e paredes. Pra mim ficou claro quanto a sessão mexeu com ele. Agora já tenho como afirmar perante quem quer que seja que ele foi estuprado, sendo que antes eu apenas acreditava. Na psicoterapia assim, nós não forçamos o Examinando a falar sobre seus traumas, na hora certa ele se abre. Agora devo trabalhar com ele diretamente sobre tudo que aconteceu, utilizando técnicas psicoterapêuticas para que esses traumas sejam elaborados.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2020.

VILMA ALVES DE ARAUJO

Psicóloga CRP-14 MS/01290-6

Portanto, se a profissional atesta veementemente a possibilidade da ocorrência de abuso sexual a partir da análise da conduta da criança, longe de tratar-se de verdade absoluta, a razoabilidade e o bom senso exigem medidas temporárias de maior rigor como forma de preserva-la, ao menos até a melhor elucidação dos fatos.

De outra parte, sendo inconteste que a medida anterior não foi respeitada pelo agravado - dever de preservar a criança do contato com o irmão-, tem-se pela necessária determinação para que a visita ocorra sempre de forma vigiada, a ser exercida pela agravante ou pessoa da família, medida a ser atenuada na ocorrência de visitação da criança na escola, onde deverá ser acompanhada por funcionária do estabelecimento.

Frise-se que a visitação vigiada decorre diretamente do descumprimento do dever imposto anteriormente na decisão judicial, e não como sanção pela autoria dos fatos ilícitos denunciados na demanda.

Por fim, como forma de melhor programarem-se os genitores quanto as visitas nas finais de semana, deve ser determinado que ocorram de forma alternada, mas considerando o final de semana como um todo (sábado e domingo).

Diante todo o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso para, confirmando a tutela recursal, determinar que o agravado efetivamente cumpra com o dever de preservação da criança, evitando-se que permaneça no mesmo ambiente que seu irmão paterno, sendo para tanto determinado que as visitas ocorram de forma vigiada pela agravante ou familiares, e mesmo durante os horários de aula, onde deverá ser acompanhada por funcionário do estabelecimento, além de fixar o direito à visitação em finais de semana alternados.

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. 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, 15 de julho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Agravo de Instrumento nº 1408286-74.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INDENIZAÇÃO – EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CRÉDITO CONSTITUÍDO POSTERIORMENTE AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE SUBMETE AO PLANO (ART. 49 DA Lei 11.101/2005) – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – ATOS DE CONSTRIÇÃO AO PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA – CONTROLE DO JUÍZO FALIMENTAR - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o crédito foi constituído posteriormente ao pedido de recuperação judicial, o cumprimento de sentença não se submete ao juízo da recuperação judicial, prosseguindo a execução até o momento anterior ao da constrição patrimonial, eis que é do juízo universal falimentar o controle sobre os atos constritivos de patrimônio da recuperanda.

Recurso parcialmente provido.

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, 18 de agosto de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Oi S/A, em recuperação judicial, interpõe agravo de instrumento, em face da decisão prolatada pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de cumprimento de sentença ajuizado por Sandra Aparecida Cardozo Vital.

Afirma que há competência exclusiva do juízo da recuperação judicial, uma vez que o crédito está sujeito ao procedimento.

Defende que os créditos pleiteados são de natureza concursal, posto que possuem fato gerador anterior a 20/06/2016, motivo pelo qual é equivocada a decisão que pontua tratar-se de créditos extraconcursais, uma vez que tais créditos decorrem da continuidade da atividade empresarial, nos termos do art. 84 da lei Falimentar, o que não é o caso dos autos.

Por fim, pugna pelo recebimento do recurso em seu efeito suspensivo, sendo após dado provimento para que seja reconhecida a competência exclusiva do juízo da recuperação para decidis sobre a sujeição do crédito e possível constrição a ser realizada.

Recurso tempestivo e devidamente recolhido o preparo recursal, sendo recebido em seu duplo efeito.

Contraminuta pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Oi S/A, em recuperação judicial, interpõe agravo de instrumento, em face da decisão prolatada pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de cumprimento de sentença ajuizado por Sandra Aparecida Cardozo Vital.

Segundo consta, a agravada iniciou a fase de cumprimento de sentença, proferida nos autos da ação de adimplemento contratual, após a certidão de transito em julgado.

A agravante apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, arguindo: - novação decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, o que alcançaria o crédito da agravada; - competência exclusiva do juízo falimentar para deliberar sobre atos constritivos; - cálculo pertinente do crédito.

Proferiu-se a seguinte decisão:

> *"Com efeito, a impugnação ao cumprimento de sentença não merece guarida.*
>
> *No caso, levando em conta que o crédito aqui pleiteado iniciou-se com o trânsito em julgado da sentença proferida às f. 28-36 e acórdão de f. 533-577 em 30.05.2019 (f. 533), ou seja, após a homologação do plano de recuperação judicial em 08.01.2018, não estará sujeito ao juízo universal e sim devem ser executados neste juízo, no qual foi constituído, nos termos do artigo 49 da Lei nº 11.101/20051.*
>
> *Nesse sentido, recentemente o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado decidiu:*
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO DE CRÉDITO JUDICIAL CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DE PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA DEVEDORA – ART. 49 DA LEI Nº 11.101/2005 – IMPERIOSO PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Dispõe expressamente o art. 49 da Lei nº 11.101/05 que não são todos os credores que se submetem às consequências do regime de recuperação judicial da empresa devedora, mas apenas aqueles cujos créditos existirem na data do pedido. Assim, tendo a sentença condenatória se tornado intangível em data posterior ao deferimento do pedido de recuperação judicial, o crédito através dela constituído não está sujeito ao respectivo plano."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1413689-58.2019.8.12.0000, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 23/01/2020, p: 27/01/2020)

Pois bem.

Como bem destacado pelo juízo *a quo*, o crédito que ora se executa foi definitivamente constituído pelo trânsito em julgado da sentença e acórdão proferidos no feito, em 30/05/2019, portanto, após o pedido de recuperação judicial da agravante, que ocorreu em 08/01/2016, de modo que a situação se subsume ao disposto no art. 49 da Lei de Falência (Lei nº 11.101/05).

Na hipótese, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é remansoso no sentido de que, de acordo com o art. 49 da Lei 11.101/2005, somente os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Veja-se a jurisprudência:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CRÉDITO CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO SUBMISSÃO AO PLANO – RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. 1. De acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, créditos posteriores ao pleito recuperacional não se submetem aos seus*

efeitos. Precedentes. 2. A agravante não impugnou, de forma específica e detalhada, os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a repetir o teor do seu apelo nobre. Incide ao caso, pois, o Enunciado nº 182 da Súmula do STJ: 'é inviável o agravo de art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada'. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 468.895/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014).

"PROCESSUAL CIVIL – HABILITAÇÃO DE CREDORES – REQUISITOS FORMAIS – MEMORIAL DE CÁLCULO – APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NOVAÇÃO DAS DÍVIDAS ANTERIORES – CRÉDITOS TRABALHISTAS – DÍVIDAS CONSOLIDADAS. 1.- A Lei de Falências exige que a habilitação de crédito se faça acompanhar da prova da dívida (an e quantum debeatur), bem como da origem e classificação dessa mesma dívida. Se as instâncias de origem, soberanas na apreciação da prova, concluíram pelo atendimento dessas exigências legais não há como barrar o processamento do pedido de recuperação judicial por ausência de memorial descritivo da dívida. 2.- O crédito trabalhista só estará sujeito à novação imposta pelo Plano de Recuperação Judicial se se tratar de crédito já consolidado ao tempo da propositura do pedido de Recuperação Judicial. 3.- Alegação de negativa de prestação jurisdicional preliminarmente rejeitada. Se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento." (Resp 1321288/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 18/12/2012)

Insta observar, no entanto, que não estando o crédito sujeito ao plano de recuperação, prossegue a execução no juízo de origem somente até o instante anterior a qualquer ato de constrição ao patrimônio da recuperanda, eis que é do juízo universal falimentar o controle sobre os atos constritivos de patrimônio da recuperanda.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe parcial provimento para definir como sendo de competência do juízo da recuperação os atos de constrição ou alienação patrimonial; prosseguindo-se o cumprimento de sentença, nos termos da decisão recorrida.

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. 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 agosto de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação/Remessa Necessária nº 0019483-57.2010.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO – INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE A MEAÇÃO DO CÔNJUGE – TRIBUTAÇÃO INDEVIDA – CABIMENTO DA RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO A MAIOR – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES – REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Não incide Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) sobre os bens pertencentes à viúva meeira, vez que não é herdeira, incidindo o imposto apenas sobre a meação partilhável.

No tocante aos juros e correção monetária incidentes na repetição do indébito tributário, deve ser observada a orientação trilhada pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 870.947 - Tema 810, sob o rito da repercussão geral, e pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.492.221/PR - Tema 905, sob o rito do recursos representativos da controvérsia, de modo que sobre a condenação deve incidir a correção pelo índice UAM-MS, por ser o índice utilizado para a cobrança do crédito tributário (art. 278, § 3º do Código Tributário Estadual), contar do pagamento indevido (Súmula 162/STJ), e juros de mora de 1% ao mês (art. 161, § 1º/CTN), à partir do trânsito em julgado (Súm. 188/STJ).

Reexame necessário parcialmente provido. Recurso voluntário 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, darem provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e darem parcial provimento ao reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de agosto de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de repetição de indébito tributário ajuizada por Rosana Saldivar Cristaldo e outros.

Apelante defende que nos termos da jurisprudência vinculativa da Corte Superior, na condenação da Fazenda Pública à repetição do indébito tributário deve ser aplicado o mesmo índice de correção utilizado para a cobrança do crédito tributário.

Afirma que no caso do Estado de Mato Grosso do Sul os tributos são corrigidos pela UAM, possuindo, assim, índice próprio de correção monetária, instituído pela Lei Estadual nº 1.810/1997 (Código Tributário Estadual), logo, esse é o índice a ser aplicado na repetição do indébito tributário.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja determinada a aplicação do índice de correção correto sobre a repetição do indébito tributário.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo provimento do recurso voluntário.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de repetição de indébito tributário ajuizada por Rosana Saldivar Cristaldo e outros.

Os apelados ajuizaram a presente demanda no intuito de que o apelante fosse condenado à restituição do montante pago indevidamente a título de ITCMD, que indevidamente incidiu sobre todo o valor equivalente a todo o patrimônio apresentado nos autos de inventário, não desconsiderado o montante atinente à meação de Rosana Saldivar Cristaldo.

Devidamente citado, o requerido ofertou contestação.

Após o devido transcurso do feito, o magistrado proferiu a seguinte sentença:

> *"Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem resolver o feito no mérito, julgando procedentes os pedidos contidos na inicial para os fins de condenar o requerido a ressarcir aos requerentes a quantia de R$ 122.722,03 (cento e vinte e dois mil, setecentos e vinte e dois reais e três centavos), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora na forma acima. Condeno-o, outrossim, ao ressarcimento das custas e despesas processuais adiantadas pelos requerentes, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, nos percentuais mínimos previstos no art. 183, § 3º do CPC.*
>
> *Decorrido o prazo para recurso voluntário, encaminhe-se para o reexame necessário."*

Opostos embargos declaratórios pelos autores, foram acolhidos nos seguintes termos:

> *"Desta feita, esclareço a parte final da sentença de f. 829-832, que passa a ter a seguinte redação: 'isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem resolver o feito no mérito, julgando procedentes os pedidos contidos na inicial para os fins de condenar o requerido a ressarcir aos requerentes a quantia de R$ 122.722,03 (cento e vinte e dois mil, setecentos e vinte e dois reais e três centavos), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora na forma acima. Condeno-o, outrossim, ao ressarcimento das custas e despesas processuais adiantadas pelos requerentes, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º do CPC'.*
>
> *Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem conhecer dos embargos apostos e, no mérito, dar-lhes provimento."*

De modo sucinto este é o fato posto sob análise.

Inicialmente, convém registrar que resta incontroverso nos autos o pagamento do ITCMD em conformidade com o propugnado pelos autores, no valor de R$ 122.722,03 (f. 800-802), incidente sobre o montante total apontado no inventário de R$ 907.747,68.

Pois bem.

Como bem esclareceu o juízo singular, não cabe a incidência do ITCMD sobre o valor relativo à meação do cônjuge, haja vista não ter havido a ocorrência do fato gerador do tributo sobre essa porção do patrimônio total do casal.

Assim, se a meação configura patrimônio prévio do cônjuge em decorrência do regime de bens adotado no casamento ou união estável, inexistiu a transmissão de bens *causa mortis* que autoriza a incidência do referido tributo estadual, motivo pelo qual no caso concreto a base de cálculo deveria ser apenas sobre o valor do patrimônio pertinente ao *de cujus*, qual seja de R$ 451.873,84.

Dessa forma, com acerto a sentença que julgou procedente o pedido de restituição do montante pago indevidamente a maior no valor de R$ 122.722,03.

A respeito dos juros e da correção monetária, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, fixou o tema 810, assim redigido:

> *"1)* ***O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput)****; quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a* ***atualização monetária*** *das condenações impostas à Fazenda Pública* ***segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional*** *ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017."* (Grifei).

A complementar a tese da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Resp 1.492.221/PR - Tema 905, também tratou de especificar o tema:

> *"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ – DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA – CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA – TESES JURÍDICAS FIXADAS.*
>
> *1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.*
>
> *1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.*
>
> *No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.*
>
> *1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.*
>
> *A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.*

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, ***excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.***

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

(...).

3.3 Condenações judiciais de ***natureza tributária****.*

A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na ***repetição de indébitos tributários*** *devem corresponder às* ***utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso****. Não havendo disposição legal específica, os* ***juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês*** *(art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices (...).”* (Grifei).

Como se observa, os juros de mora estabelecidos na sentença encontram-se em conformidade com o disposto no entendimento jurisprudencial, de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º/CTN).

Quanto a correção monetária, com acerto a razão despendido no apelo.

Como visto, na esteira do entendimento da Corte Superior, decorre a incidência do índice utilizado pela respectiva Fazenda Pública para fazer corrigir seu crédito tributário.

Neste passo, prescreve o art. 278 do Código Tributário Estadual (Lei Estadual nº 1.810/97):

“Art. 278. Os débitos de qualquer origem ou natureza para com a Fazenda Pública, quando não pagos até a data do seu vencimento, devem ser atualizados monetariamente em função da variação do poder aquisitivo da moeda.

§ 1º Para efeito deste artigo, fica instituída a Unidade de Atualização Monetária de Mato Grosso do Sul (UAM-MS) no valor de R$ 1,0641.

§ 2º A UAM-MS deve ser atualizada com base em índices de variação de preços divulgados por órgãos ou por entidades pertencentes à União, devendo o ato pelo qual se atualizar a UAM indicar o índice adotado e o órgão ou a entidade que o divulgou.

§ 3º A atualização monetária deve ser efetuada mediante a multiplicação do valor do débito em real, na data do seu vencimento, pelo coeficiente obtido pela divisão do valor da UAM-MS vigente no mês do efetivo pagamento pelo valor dessa unidade vigente no mês em que o débito deveria ter sido pago.*”* (Grifei).

Assim, tem-se que se no âmbito do crédito tributário a Fazenda Estadual faz incidir a título de correção monetária a UAM-MS, por questão de isonomia a repetição do indébito tributário também deve sofrer a correção pelo mesmo índice.

Diante todo o exposto, dou provimento integral ao recurso de apelo, e parcial ao reexame necessário, apenas para reformar a sentença no tocante ao índice de correção aplicável sob o indébito tributário, que deve corresponder à Unidade de Atualização Monetária de Mato Grosso do Sul - UAM-MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e deram parcial provimento ao reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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, 25 de agosto de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1402059-68.2020.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDISPONIBILIDADE DO BEM – AVERBAÇÃO À MARGEM DA MATRÍCULA – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PREFERÊNCIA A QUALQUER OUTRO SEJA QUAL FOR SUA NATUREZA OU TEMPO DE SUA CONSTITUIÇÃO – INDISPONIBILIDADE CONVALIDADA PELA PENHORA – MANUTENÇÃO DAS AVERBAÇÕES – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Muito embora a penhora realizada pelo agravado ocorreu em dezembro/2005 e a indisponibilidade do bem pelo Estado de Mato Grosso do Sul em julho/2006, é certo que o crédito tributário prefere a qualquer outro, pouco importando o tempo de sua constituição, conforme assim dispõe o art. 186 do CTN.

A indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN, funciona como um importante mecanismo de resguardo dos interesses da Fazenda Pública como credora. Trata-se de medida cautelar voltada para a eficácia de atos futuros de constrição patrimonial. Portanto, considerando que foi a indisponibilidade convalidada pela penhora e que a averbação da indisponibilidade se deu em momento anterior (julho/06) de que a arrematação/adjudicação do bem pelo agravado (janeiro/07), o Estado deveria ter sido intimado para manifestação, o que não ocorreu.

Considerando que a indisponibilidade também impõe a proibição de alienação do bem (transferência a outra pessoa), não deve esta ser simplesmente desconsiderada, sob afronta a coisa julgada formal e material.

Recurso conhecido e provido para o fim de manter as averbações de indisponibilidade e de penhora em favor do Estado de MS.

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, 13 de julho 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 pelo Estado de Mato Grosso do Sul objetivando a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que determinou a baixa de indisponibilidade inserida por força da decisão proferida nos Autos de Cautelar Fiscal n. 0004825-07.2006.8.12.0021, em relação aos imóveis arrematados por Orestes Prata Tibery Neto.

Sustenta o Estado que para a satisfação de crédito fiscal, foi realizada averbação da Matrícula Imobiliária n. 12.082, em 27/07/2006, no entanto, em 10/01/2007, referido imóvel foi arrematado pelo exequente Orestes Prata Tibery Neto.

Defende que a decisão agravada, ao determinar o levantamento da indisponibilidade, mostra-se equivocada, já que a Fazenda Pública tem direito de preferência, a teor do que dispõe o art. 186 do CTN.

Alega, ainda, que a arrematação do imóvel ocorreu após a averbação de indisponibilidade, sendo que sequer o Estado de Mato Grosso do Sul foi intimado.

Prequestiona a matéria.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso, a fim de determinar a manutenção da averbação de indisponibilidade do bem.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 56-66).

VOTO

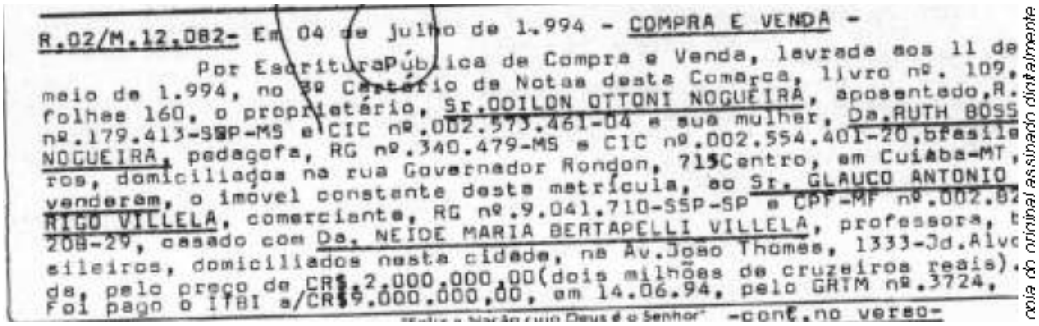
O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

A fim de se dirimir a controvérsia, necessário breve relato dos fatos que envolvem a lide.

Orestes Prata Tibery Neto, ora agravado, promoveu Ação de Execução n. 0006056-06.2005.8.12.0021 em face dos devedores Reinaldo Rigo Villela & Cia (pessoa jurídica), assim como das pessoas físicas Glauco Antonio Rigo Villela, André Luís Rigo Villella e Reinaldo Rigo Villela.

Na referida Ação de Execução, na data de 08/12/2005, foi efetivada a penhora do imóvel objeto da Matrícula Imobiliária n. 12.082, do CRI da Comarca de Três Lagoas.

Ao analisar referida matrícula, acostada na íntegra às f. 39-40 do Processo Executivo n. 0006056-06.2005.8.12.0021, constata-se que o imóvel tinha como proprietários Glauco Antonio Rigo Villela e sua esposa Neide Maria Bertapelli Villela. Confira:


R.02/M.12.082- Em 04 de julho de 1.994 - COMPRA E VENDA -
Por EscrituraPública de Compra e Venda, lavrada aos 11 de
meio de 1.994, no 3º Cartório de Notas desta Comarca, livro nº. 109,
folhas 160, o proprietário, Sr.ODILON OTTONI NOGUEIRA, aposentado,R.
nº.179.413-SSP-MS e CIC nº.002.573.461-04 e sua mulher, Da.RUTH BOSS
NOGUEIRA, pedagoga, RG nº.340.479-MS e CIC nº.002.554.401-20,brasile
ros, domiciliados na rua Governador Rondon, 715Centro, em Cuiaba-MT,
venderam, o imovel constante desta matrícula, ao Sr. GLAUCO ANTONIO
RIGO VILLELA, comerciante, RG nº.9.041.710-SSP-SP e CPF-MF nº.002.8
208-29, casado com Da. NEIDE MARIA BERTAPELLI VILLELA, professora, t
sileiros, domiciliados nesta cidade, na Av.João Thomes, 1333-Jd.Alv
da, pelo preço de CR$.2.000.000,00(dois milhões de cruzeiros reais).
Foi pago o ITBI s/CR$9.000.000,00, em 14.06.94, pelo GRTM nº.3724,
-cont.no verso-
cópia do original assinado digitalmente

Conforme ata que segue à f. 191 dos Autos de Execução (0006056-06.2005.8.12.0021), referido imóvel foi arrematado/adjudicado pelo credor Orestes Prata Tibery Neto na data de 10/01/2007.

No entanto, a carta de arrematação não foi expedida, uma vez que recaíam dívidas fiscais sobre o imóvel. O Superior Tribunal de Justiça, ao proferir julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 750.156/MS, afastou a responsabilidade do arrematante quanto ao adimplemento dos tributos.

A carta de arrematação foi então expedida aos 23/08/2019 (f. 1.503 do processo de execução) e o agravado imitido na posse do bem em 12/09/2019 (f. 1.530-1.532).

No entanto, paralelamente a isso, em razão de débito tributário de uma outra pessoa jurídica - Comercial União LTDA - mas que também tinha Glauco Antonio Rigo Villela como sócio, o Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou Ação Cautelar Fiscal n. 0004825-07.2006.8.12.0021, pretendendo a penhora de imóvel de sua propriedade.

Na referida ação cautelar, foi decretada a indisponibilidade do imóvel objeto da Matrícula Imobiliária n. 12.082, do CRI da Comarca de Três Lagoas, o mesmo imóvel penhorado na execução que tinha Orestes Prata Tibery Neto como credor.

A averbação da indisponibilidade foi devidamente registrada na matrícula do imóvel em 27/07/2006. Observe:

Av.07/M.12.082.-Protocolo:-123.519 de 27/07/2006.-Indisponibilidade.-Pelo Ofício datado de 21 de julho de 2006, extraído dos autos nº 021.06.004825-6, de Ação Cautelar Fiscal, em que o **Estado de Mato Grosso do Sul** move contra **Comercial União Ltda**, inscrita no CNPJ nº 04.296.538/0001-46, **Glauco Antônio Rigo Vilella**, inscrito no CPF nº 002.620.208-29 e **André Luis Rigo Vilella**, inscrito no CPF nº 032.226.738-29, Cartório da 3ª Vara Cível desta comarca de Três Lagoas-MS., devidamente assinado pelo Juiz de Direito da respectiva Vara, Dr. Olivar Augusto Roberti Coneglian, foi decretada a indisponibilidade do imóvel objeto desta matrícula. Emol. Nihil. Dou fé. Três Lagoas-MS.,09 de agosto de 2006. Aimée Aparecida de Souza Ferreira, Interventora.

Impõe-se observar que quando o Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou a ação cautelar de indisponibilidade de bens, já tramitava perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas a Execução Fiscal n. 0001185-93.2006.8.12.0012, já que a mesma havia sido distribuída em 08/02/2006.

Por decisão proferida na data de 03/11/2008, a execução fiscal foi redirecionada aos sócios Glauco Antonio Rigo Villela e André Luís Rigo Villela, oportunidade em que determinada a penhora de seus bens pessoais (decisão de f. 298-299 dos Autos n. 0001185-93.2006.8.12.0021).

Referida decisão, a despeito de proferida em 03/11/2008, somente foi cumprida em 04/12/2010 (f. 320 dos autos de Execução Fiscal n. 0001185-93.2006.8.12.0021), sem que haja nos autos qualquer justificativa pela demora, de mais de 2 anos, para o cumprimento de simples determinação.

Fato é que a indisponibilidade foi convalidada pela penhora do imóvel em favor do Estado de Mato Grosso do Sul. Vejamos:

Av.04/M.64.664. - De acordo com o registro sob n. 08 (nove) da matrícula n. 12.082, deste Registro Imobiliário, existe no imóvel objeto da presente matrícula PENHORA, conforme Mandado de Entrega n. 021.2010/006492-4, datado de 26 de abril de 2010, expedido pelo Cartório da Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos desta comarca de Três Lagoas/MS, devidamente assinado pelo Chefe de Cartório Ass. Por ordem judicial, Marcel Ruiti Meneses extraído dos autos de Ação de Execução Fiscal n. 021.06.001185-9, que o Estado de Mato Grosso do Sul move contra Comercial União Ltda e outros, tendo como valor do débito: R$ 91.834.16 (noventa e um mil, oitocentos e trinta e quatro reais e dezesseis centavos), e de acordo com Auto de Penhora, Avaliação e Depósito, datado de 04 de dezembro de 2008, devidamente assinado pelo Oficial de Justiça e Avaliador, Adervan A. A. de Lima. Eu, Giovani Gomes Roman, escrevente autorizado, conferi. Dou fé. Três Lagoas/MS, 21 de junho de 2013. Oficial/Substituto/Escrevente Autorizado. -

Portanto, sobre o imóvel objeto da Matrícula Imobiliária n. 12.082, recaiu penhora tendo como credor Orestes Prata Tibery Neto, assim como a indisponibilidade (e posterior penhora) do Estado de Mato Grosso do Sul.

Feitos tais esclarecimentos, após muito refletir sobre a questão, tenho que o recurso comporta provimento.

Isso porque, muito embora a penhora realizada pelo agravado ocorreu em dezembro/2005 e a indisponibilidade do bem pelo Estado de Mato Grosso do Sul em julho/2006, é certo que o crédito tributário prefere a qualquer outro, pouco importando o tempo de sua constituição.

Aliás, é neste sentido o que disciplina o art. 186 do CTN. Vejamos sua redação:

> *"Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho."*

Não é outro o entendimento de nossos Tribunais:

> *"RECURSO ESPECIAL – HABILITAÇÃO DE CRÉDITO NA FALÊNCIA – CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSIDERADO PRESCRITO* ***1. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho*** *e, no caso de devedor falido, os créditos extraconcursais, as importâncias passíveis de restituição e os créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado (artigo 186 do CTN). 2. Sob tal perspectiva, o artigo 187 do mesmo diploma - assim como a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80, artigo 29) - dispõe que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, liquidação, inventário ou arrolamento. 11. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido."* (STJ; REsp 1.466.200; Proc. 2013/0339779-7; SP; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 04/12/2018; DJE 12/02/2019). Destaquei.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PRETENSÃO DO ESTADO DE EXERCER O DIREITO DE PREFERÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO – AUSÊNCIA DE PEDIDO DE PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL – RECURSO DESPROVIDO.* ***De acordo com o Código Tributário Nacional o crédito tributário prefere a qualquer outro, não se sujeitando à participação em concurso de credores, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos trabalhistas ou do acidente de trabalho. Contudo, coexistindo execução civil e fiscal contra o mesmo devedor, impõe-se a efetivação de penhora sobre o mesmo bem para o exercício de preferência do crédito tributário previsto legalmente."*** (TJMS; AI 2000572-48.2019.8.12.0000; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Eduardo Machado Rocha; DJMS 31/10/2019; Pág. 137). Destaquei.

Em vista destas circunstâncias, havendo averbação na matrícula de indisponibilidade em favor do Estado de Mato Grosso do Sul, deveria ter sido ele - o Estado - intimado para se manifestar sobre o leilão do bem e a adjudicação pelo agravado, o que não ocorreu.

Digo pelo fato de que a averbação de indisponibilidade do bem em favor do Estado se deu em momento muito anterior (27/07/2006) ao da arrematação/adjudicação pelo agravado, ocorrida em 10/01/2007.

Contudo, o Estado de Mato Grosso do Sul somente foi instado a se manifestar após o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis se recusar a proceder a registro da Carta de Arrematação, conforme assim se verifica às f. 1.538-1.540 e 1.595 dos Autos n. 0006056-06.2005.8.12.0012, agora no ano de 2019, ou seja, mais de 12 anos após a arrematação/adjudicação.

Até então, a despeito de nítida a averbação de indisponibilidade em favor do Estado de Mato Grosso do Sul, ninguém se preocupou em ouvir o Estado antes da prática de atos constritivos ou de arrematação/adjudicação que recaíram sobre o bem.

O agravado assevera que, nesta situação, deve o Estado ter preferência sobre o crédito oriundo da arrematação e não sobre o bem, todavia, do que se extrai, houve a adjudicação do imóvel pelo credor (agravado), sem qualquer depósito de quantia remanescente em favor do Estado.

Aliás, da simples análise ao processo executivo, constata-se que o agravado adjudicou o imóvel pela quantia de R$ 274.571,03 (duzentos e setenta e quatro mil, quinhentos e setenta e um reais e três centavos), enquanto que o imóvel tem valor muito superior a um milhão de reais, isso conforme avaliação realizada em setembro/2018 (f. 1.354-1.356).

Alega o agravado, ainda, que a indisponibilidade não pode ser oposta a outro credor, sob pena de impedir o direito de ação.

Data vênia, razão não lhe assiste.

A indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do CTN, funciona como um importante mecanismo de resguardo dos interesses da Fazenda Pública como credora. Trata-se de medida cautelar voltada para a eficácia de atos futuros de constrição patrimonial.

In casu, ao desconsiderar a indisponibilidade, estar-se-ia fazendo letra morta às disposições do Código Tributário Nacional, além de evidente afronta a sentença judicial - transitada em julgado - que decretou a indisponibilidade do bem.

A situação se agrava quando os atos de leilão e arrematação/adjudicação ocorreram à revelia da Fazenda Pública Estadual já que, como dito, somente foi instada a se manifestar quando o Oficial do Registro de Imóveis se recusou a averbar a Carta de Adjudicação, isso já no ano de 2019.

Ademais, a indisponibilidade, que também impõe a proibição de alienação do bem (transferência a outra pessoa), foi, posteriormente, convalidada pela penhora.

Aqui cabe ressaltar que o credor e ora agravado, como detinha pleno conhecimento da situação de indisponibilidade do imóvel em favor do Estado de MS, também tinha conhecimento dos riscos da adjudicação diante de tal situação.

Não se desconhece o direito do agravado em receber pelo seu crédito. Contudo, não se pode, simplesmente, desconsiderar sentença judicial que decretou a indisponibilidade para o fim específico de beneficiar um único credor em total prejuízo à Fazenda Pública Estadual que, como dito, possui preferência no recebimento de seu crédito.

Em vista destas circunstâncias, tenho que o recurso comporta provimento para o fim de manter na matrícula do imóvel as averbações de indisponibilidade e de penhora em favor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Impõe-se ressaltar que trata-se o imóvel objeto da lide de prédio comercial (supermercado) com mais de 5.000m2, construído em vários terrenos de diferentes matrículas, sendo uma delas a que recaiu a indisponibilidade em favor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Também restou definido nos autos, inclusive em sede recursal, a impossibilidade de divisão do imóvel. Diante do imbróglio, que já se arrasta por 15 anos, recomendou o Magistrado na origem que a solução mais viável seria a venda em leilão, no entanto, o agravado insurgiu contra tal solução, insistindo na adjudicação.

Dessa maneira, mantida a indisponibilidade e a penhora em favor do Estado de Mato Grosso do Sul, as partes deverão somar esforços para chegar a uma solução viável e por fim a lide, consignando, desde já, que não se mostra a mais correta impor prejuízo total ao Estado de Mato Grosso do Sul.

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 agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e a ele dou provimento, para o fim de determinar a manutenção das averbações de indisponibilidade e de penhora em favor do Estado de Mato Grosso do Sul sobre o imóvel objeto da Matrícula n. 12.082 do CRI de Três Lagoas/MS.

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. 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, 13 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação Cível nº 0800569-25.2018.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE – ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO EM RAZÃO DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – TESE REFUTADA – VARIAÇÕES CLIMÁTICAS QUE SÃO INERENTES À ATIVIDADE AGRÍCOLA – RISCO NATURAL QUE NÃO JUSTIFICA O INADIMPLEMENTO DO CONTRATO – ASSISTÊNCIA TÉCNICA E SEGURO – PARCELAS PACTUADAS – EXIGIBILIDADE – JUROS REMUNERATÓRIOS – ENCARGOS DA MORA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor a contratos bancários que tem por objeto o fornecimento de capital de giro para fomentar a atividade econômica desenvolvida pela embargante.

A ocorrência de chuva, ainda que em demasia, não pode ser considerada como fato imprevisível, na medida em que, a agricultura é atividade sujeita às variações climáticas, que tanto podem favorecer como podem prejudicar as safras rurícolas, tratando-se, portanto, de risco natural inerente à atividade desenvolvida pela apelante.

Não há óbice legal em se contratar a cobrança de seguros ou de valores a título de assistência técnica, sendo possível exigir seu pagamento juntamente com o débito executado.

É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que *"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. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura)."*

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

Campo Grande, 15 de julho de 2020.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida – Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Ana Ferreira Cembranelli da Costa contra Banco do Brasil S/A em face da sentença de f. 296-306 que julgou improcedentes os embargos à execução opostos por ela.

Alega, em síntese, que o juízo de primeiro grau desconsiderou a aplicação do CDC ao presente caso, especialmente quanto à inversão do ônus da prova.

Sustentou ser inexigível à obrigação diante da ocorrência de caso fortuito ou força maior, especialmente porque o excesso de chuva na colheita da safra de soja atrasou e comprometeu o plantio da safra de milho (objeto do financiamento) que também foi castigado por falta de chuva e forte geada, impondo ao embargado-apelado o ônus processual da impugnação específica de cada fato alegado, o que não foi feito, razão pela qual houve confissão com relação a ocorrência de caso fortuito e força maior, o que lhe isenta do pagamento do débito, sendo que os valores pagos a título de amortização, seguro e assistência técnica devem ser ressarcidos em dobro (R$ 13.435,59).

Afirmou que deve ser reformada a sentença referente obrigatoriedade de contratação da assistência técnica como condição para liberação do financiamento e aos seguros, devendo ser abatidos e devolvidos em dobro, diante da prática considerada abusiva e proibida (venda casada).

Argumentou que o produtor rural possui a prerrogativa de prorrogar a dívida quando frustrado em sua safra, sendo que tentou junto ao apelado prorrogar a dívida da safra de soja 2015/2016 e do milho 2016 (objeto da presente demanda), entretanto, não obteve êxito.

Dessa forma, aduziu haver excesso de execução e descaracterização da mora tendo em vista a aplicação de taxa de juros superior à vigente para o crédito Rural, pois os juros aplicados foram de 8,75% quando na época se praticavam 6,75 ao ano e capitalização semestral dos juros conforme legislação aplicável ao credito rural e, se esse não fosse o entendimento, ainda assim haveria excesso de execução na capitalização mensal.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a sentença de primeiro grau, reconhecendo a presunção de veracidade dos fatos não impugnados pelo Banco-apelado, nos termos do art. 341 do CPC, quanto a ocorrência de caso fortuito e força maior, sendo, portanto, inexigível as cobranças relativas à Cédula Rural Pignoratícia 40/18164-2, e venda casada de assistência técnica.

Subsidiariamente, requer seja o recurso de apelação conhecido e provido, reformando-se a sentença de primeiro grau, para reconhecer o excesso de execução.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 348-355, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Ana Ferreira Cembranelli da Costa contra Banco do Brasil S/A contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou improcedente os embargos à execução opostos em face do Banco do Brasil S/A, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Afirma a apelante ser evidente que no caso em apreço, por se tratar de empréstimo referente à Cédula Rural Pignoratícia, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Sobre o assunto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento sobre a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor nos contratos decorrentes de operações bancárias, quando se tratar de empresa fornecedora de crédito, de um lado e, de outro, correntista, pois manifesta a relação de consumo.

Nesse sentido:

> *"Súmula nº 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."*

Entretanto, não se aplicam ao presente caso as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, conforme previsto no artigo 2º, do CDC:

> *"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."*

Considerando que o contrato objeto da ação de execução, cujas cláusulas se pretendem a revisão, é uma Cédula Rural Pignoratícia que tem por finalidade fomentar a atividade econômica desenvolvida pela apelante, conclui-se que não se trata de relação de consumo já que ela não se enquadra no conceito de consumidor final.

A propósito colho os seguintes julgados:

> *"PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO BANCÁRIO – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXCESSO DE EXECUÇÃO – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ – MÚTUO BANCÁRIO PARA OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO – INAPLICABILIDADE DO CDC – DECISÃO MANTIDA. (...).* ***3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente****. 4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 71.538/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013). Destacado.

> *"CONTRATO DE FACTORING – RECURSO ESPECIAL – CARACTERIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE FACTORING COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DESCABIMENTO – APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À AVENÇA MERCANTIL, AO FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO – INVIABILIDADE. (...). 2. 'A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações' (REsp 836.823/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJ de 23.8. 2010).* ***3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.*** *4. Recurso especial não provido."* (REsp 938.979/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012). Destacado.

Dessa forma, considerando que a apelante não é destinatária final, não há falar em aplicação das normas consumeristas ao caso em apreço.

Portanto, de igual maneira, não há falar em inversão do ônus da prova, conforme solicitado pela embargante em seu recurso.

Da ocorrência de caso fortuito/força maior.

Sustentou a embargante ser inexigível à obrigação diante da ocorrência de caso fortuito ou força maior, especialmente porque o excesso de chuva na colheita da safra de soja atrasou e comprometeu o plantio da safra de milho (objeto do financiamento) que também foi castigado por falta de chuva e forte geada, impondo ao embargado-apelado o ônus processual da impugnação específica de cada fato alegado, o que não foi feito, razão pela qual houve confissão com relação a ocorrência de caso fortuito e força maior, o que lhe isenta do pagamento do débito.

No caso em apreço, deve ser ressaltado que a Cédula Rural Pignoratícia é uma modalidade de Cédula de Crédito Rural em que se promete o pagamento em dinheiro, sem ou com garantia real cedularmente constituída (art. 9º, II, Decreto Lei n. 167/67).

Como cediço, a Cédula Rural Hipotecária é na prática um contrato de mútuo, por meio do qual uma parte transfere a outra a propriedade de uma coisa fungível para que seja restituída em coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Dispõe o Código Civil sobre o tema:

> *"Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*
>
> *Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição."*

Com isso, tem-se que o mutuário é responsável por todos os riscos desde o recebimento da coisa fungível, que no presente contrato, foi o dinheiro.

Para se esquivar do cumprimento da obrigação assumida na Cédula Rural Pignoratícia, a apelante alega como excludente de responsabilidade o art. 393, do Código Civil, que dispõe:

> *"Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."*

Contudo, a alegação da apelante não deve prosperar, isso por que o fracasso da safra decorrente de intempéries climáticas, e neste caso, o excesso de chuva, não pode ser configurada como caso fortuito ou força maior capaz de exonerar as obrigações contratadas, vez que as variações do tempo são inerentes à atividade agrícola e não podem ser consideradas como fatores imprevisíveis ou extraordinários.

Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – RESCISÃO DE CONTRATO – COMPRA E VENDA DE SAFRA DE SOJA – 1. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 2. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – RISCOS POR CONTA DO VENDEDOR – REVISÃO – INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ – 3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – PERÍODOS DE SECA OU ESTIAGEM NÃO SÃO CONSIDERADOS FATOS EXTRAORDINÁRIOS – PRECEDENTES – 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. No que diz respeito aos arts. 273 do Código de Processo Civil/1973 e 6º, V, e 51 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que seu conteúdo normativo não foi objeto de apreciação pelo tribunal a quo. Incidem, ao caso, os Enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicados por analogia. 2. Tendo o Tribunal de origem, após análise do conjunto fático-probatório dos autos e das cláusulas do contrato entabulado entre as partes, concluído pela responsabilidade do agravante pelos riscos decorrentes de sua atividade, não se mostra possível, na via do recurso especial, alterar o referido entendimento em razão dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 3.* ***Quanto à aplicação da teoria da imprevisão, o entendimento a que chegou o Tribunal local, encontra-se alinhado com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, nos contratos agrícolas, o risco é inerente ao negócio, de forma que eventos como seca, pragas, ou estiagem, dentre outros, não são considerados fatores imprevisíveis ou extraordinários que autorizem a adoção da teoria da imprevisão****. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido."* (AgRg no AREsp 834.637/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 17/5/2016). (Grifei).

Outrossim, não cabe aqui, a simples alegação de ausência de impugnação específica sobre o assunto para justificar a inexigibilidade da cobrança do título.

Portanto, não há qualquer razão para o inadimplemento da dívida, devendo prosseguir a execução, posto que, como já dito, as intempéries climáticas não são fatores imprevisíveis ou extraordinários capazes de ensejar caso fortuito e força maior que desobrigaria o apelante do pagamento da Cédula Rural Pignoratícia firmada.

Da existência de venda casada.

Em relação à suposta existência de venda casada de seguro de vida e assistência técnica para o contrato, ressalta-se que, ainda conforme entendimento exarado pelos Tribunais Pátrios, há total liberdade para a pactuação relativa a tais parcelas, devendo prevalecer o acordo entabulado pelas partes para sua cobrança.

No contrato firmado pelas partes, restou expressamente estabelecido na cláusula "Remuneração da Assistência Técnica" (f. 58 da execução em apenso), que:

> *"Declaro-me (amo-nos) ciente(s) de que a remuneração relativa à execução dos serviços de orientação técnica correrá por minha (nossa) conta e que esse valor está contemplado no presente financiamento. Esse custo será calculado da seguinte forma: 2% (dois por cento) do valor do orçamento, exigível(eis) no ato da abertura do crédito."*

Ainda conforme o contrato, restou estabelecido na cláusula "Seguro de Bens Vinulados" (f. 56, da execução em apenso), que:

> *"Autorizo(amos) o Banco do Brasil S.A. a realizar os seguros do(s) bem(s) descritos na pertinente Cédula, dentro da apólice do Seguro Automático de Penhor Rural que tem com Cia. de Seguros Aliança do Brasil, cujas condições são de meu (nosso) inteiro conhecimento. (...) os prêmios correrão por minha(nossa) conta, (...)."*

Sendo assim, uma vez celebrado o termo de compromisso e avençada a cobrança do seguro de vida e das despesas com assistência técnica é de se persistir a contratação, impondo-se o pagamento dos valores respectivos.

Portanto, deve ser mantida a sentença neste particular.

Da existência de excesso de execução.

Por fim, a apelante aduziu haver excesso de execução e descaracterização da mora tendo em vista a aplicação de taxa de juros superior à vigente para o crédito rural, pois os juros aplicados foram de 8,75% quando na época se praticavam 6,75 ao ano e capitalização semestral dos juros conforme legislação aplicável ao credito rural e, se esse não fosse o entendimento, ainda assim haveria excesso de execução na capitalização mensal.

Entretanto, razão não lhe assiste.

O juízo de primeiro grau fundamentou o não acolhimento do pedido sob os seguintes argumentos:

> *"Observe-se que embora tenha mencionado a redução dos juros remuneratórios anuais de 8,75% para 6,75% durante o período da normalidade contratual, e a alteração da periodicidade de sua capitalização (f. 24, item '49', f. 26, item '53' e f. 28, letra 'd'), a Embargante não apresenta um só fundamento capaz e/ou suficiente para justificar a revisão e a alteração dos termos contratados, tornando sua pretensão manifestamente inepta nesse sentido.*
>
> *Não se está exigindo da Embargante que faça menção expressa às cláusulas contratuais onde estão previstos o percentual dos juros remuneratórios e a forma de sua capitalização, mas sim, ao conteúdo abusivo e ilegal dessas cláusulas atreladas ao fundamento jurídico que justifique a revisão contratual (causa de pedir próxima e remota).*

> *Desse modo, tendo sido deduzido o pedido revisional de maneira genérica, sem a indicação daquilo que estaria em dissonância com os preceitos legais, deve ser repelido, atendo-se o juízo apenas à apreciação daqueles pedidos certos, determinados e individualizados pela Embargante."* (f. 304).

Nos casos de revisão de contrato, deve-se demonstrar nos autos que as taxas praticadas eram abusivas, o que não ocorreu neste caso.

Como cediço, a Cédula de Crédito Rural, dada a sua natureza e a sua função, possui regramento próprio em nosso ordenamento jurídico, estando regulamentada pelo Decreto-Lei nº 167 de 14 de fevereiro de 1.967, pela Lei nº 6.840/80 e pelo Decreto-Lei 413/69.

O tratamento diferenciado dado às notas de crédito rural justifica-se pelas peculiaridades que se reveste referida operação, bem como pelos objetivos que devem cumprir, estes especificados pelo Banco Central do Brasil.

Diante da função social que se reveste o contrato em questão, os recursos usados na concessão do empréstimo ao produtor rural procedem: de recursos obrigatórios (decorrentes da exigibilidade de depósito à vista); do Tesouro Nacional; subvencionados pela União sob a forma de equalização de encargos (diferença de encargos financeiros entre os custos de captação da instituição financeira e os praticados nas operações de financiamento rural, pagos pelo Tesouro Nacional); oriundos da poupança rural, quando aplicados segundo as condições definidas para os recursos obrigatórios (dados encontrados no mesmo sítio do Banco Central do Brasil).

Em razão disso, a Lei nº 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69 conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados quando da concessão do crédito rural, de modo que, diante da omissão desse órgão governamental, deve incidir a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura).

Neste sentido:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS REVISIONAL – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – JUROS REMUNERATÓRIOS – CAPITALIZAÇÃO IRP – ENCARGOS MORATÓRIOS – RECURSO DA PARTE – PARCIALMENTE PROVIDO E DO BANCO NÃO PROVIDO. Na cédula de crédito rural deve incidir a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano, com admissão da capitalização em período inferior ao semestral, se pactuada. A instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, a taxa de juros remuneratórios, limitada a 12% ao ano, elevada de 1%, a título de juros de mora, além de multa de 10% e correção monetária, sendo inexigível a cobrança de comissão de permanência. Havendo previsão contratual, o IRP pode ser utilizado como índice substitutivo para a atualização da dívida rural."* (TJMS - Apelação Cível nº 0825664-70.2012.8.12.0001 - Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade - Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível - Data do Julgamento: 28/08/2019).

Desse modo incide a limitação de 12% ao ano quanto aos juros remuneratórios, prevista no Decreto n.º 22.626/33.

Contudo, no caso dos autos não houve a adoção de índice superior ao legalmente permitido, vez que foi aplicada taxa de juros remuneratórios de 8,75% ao ano, motivo pelo qual não há falar em abusividade na fixação dos juros.

No que diz respeito à capitalização mensal dos juros remuneratórios, na cédula rural, por existir legislação específica, ela é permitida, desde que pactuada.

Anoto mais que neste caso, consta expressamente da cédula rural exequenda que a capitalização mensal de juros foi devidamente pactuada, conforme estabelecido na cláusula "Encargos Financeiros" (f. 51 da execução).

Neste sentido é o entendimento pacificado da jurisprudência e a respeito, inclusive, decidiu o STJ, em sede de recurso repetitivo, que:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATOS DE CRÉDITO RURAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMPLETA – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS – RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – CPC, ART. 543-C – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS – EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL – COBRANÇA – LEGITIMIDADE – ENUNCIADO 93 DA SÚMULA DO STJ – PRECEDENTES – MORA CARACTERIZADA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – ENCARGOS MORATÓRIOS – CUMULAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. 1. Se as matérias trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla e fundamentada, ainda que contrariamente à pretensão da parte, afasta-se a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Nos termos do Enunciado 93 da Súmula do STJ, nos contratos de crédito rural, admite-se a pactuação de cláusula que preveja a capitalização mensal dos juros. 3. O deferimento da cobrança da comissão de permanência, sem recurso da parte adversa, apesar de constituir encargo sem previsão legal para a espécie, impede a cumulação com os demais encargos da mora. 4. Tese para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 'A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral'. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."* (STJ REsp 1333977 / MT Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti Órgão Julgador: S2 - Segunda Seção Data do Julgamento: 26/02/2014).

Em relação a descaracterização da mora, é sabido para a sua descaracterização, necessário que haja abusividade nos encargos de normalidade (juros remuneratórios e capitalização desses juros.

No caso dos autos, conforme visto acima, não houve irregularidade ou abusividade em relação aos encargos, logo, não há falar em descaracterização da mora.

Portanto, não havendo quaisquer abusividades na composição do saldo devedor e nos juros remuneratórios, há de ser mantida a sentença de improcedência dos embargos de devedor.

Em face do exposto, conheço dor recurso interposto por Ana Ferreira Cembranelli da Costa contra Banco do Brasil S/A e, no mérito, nego-lhe provimento para manter a sentença objurgada.

Nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários recursais especificamente em favor do patrono do apelado, em 5% restando definitivamente fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa atualizado, sendo que ficará suspensa sua exigibilidade por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita (art. 98, § 3º do CPC).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 15 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1405766-44.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA – CDA – TRIBUTO CUJO LANÇAMENTO PODE SER FEITO DE OFÍCIO – DISPENSA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – IMPOSIÇÃO DE MULTA DO PROCON – EXIGÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO – NULIDADE RECONHECIDA – EXCESSO DE EXECUÇÃO – ANÁLISE PREJUDICADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Com fundamento no princípio da instrumentalidade das formas, é possível a análise da matéria por este e. Tribunal de Justiça, já que a decisão agravada julgou o incidente de exceção de pré-excutividade.

A teor do que disciplinam o art. 149 do CTN e art. 160 do Código Tributário do Município de Rio Brilhante, é possível o lançamento, de ofício, da taxa de alvará de funcionamento pelo Fisco Municipal, sem necessidade de processo administrativo.

Com relação as imposições de penalidades pelo Procon Municipal, estas exigem processo administrativo, pois afigura-se este como instrumento hábil para garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo plenamente nulos os lançamentos de ofício.

Sendo reconhecida a nulidade de uma das CDA que alegava o agravante estar sendo cobrada em duplicidade, resta prejudicada a análise da alegação de excesso de execução.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

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

Campo Grande, 14 de agosto 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 Taciano Osvaldo Candia Rodrigues em face do Município de Rio Brilhante, objetivando a reforma de decisão proferida pelo Juízo da Vara Cível da Comarca de Rio Brilhante que, nos Autos de Execução Fiscal n. 0801887-86.2018.8.12.0020, rejeitou a exceção de pré-executividade.

Preliminarmente, alega cerceamento de defesa decorrente da não apreciação, pelo juízo de origem, do alegado excesso de execução.

Defende a nulidade das certidões de dívida ativa por inobservância dos requisitos formais de validade, fato este que determina a extinção do processo sem satisfação do crédito.

Prequestiona a matéria.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso para o fim de: ***i.*** anular a decisão agravada por cerceamento de defesa; ii. reformar a decisão agravada, extinguindo-se o processo de execução fiscal ou, iii. reconhecer o excesso de execução.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Preliminar.

Arguiu o agravante preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ao argumento de que seu pedido de excesso de execução não foi objeto de decisão pelo Juízo de 1º Grau.

Ao analisar os autos principais, constata-se que a tese de defesa consistente no excesso de execução, de fato, não foi objeto de apreciação na decisão agravada.

No entanto, ainda que se trate de agravo de instrumento, não vislumbro motivos para o acolhimento da nulidade por cerceamento de defesa.

Isso porque, pelo princípio da instrumentalidade das formas, é possível a análise da matéria por este e. Tribunal de Justiça, já que a decisão agravada julgou o incidente de exceção de pré-excutividade.

Ademais, o Código de Processo Civil, em seu art. 188, disciplina que *"os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os autos que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial."*

No mesmo sentido é a redação do art. 277 do CPC: *"quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."*

Em outras palavras, em sendo possível atingir a finalidade (análise da matéria em sede recursal) sem causar qualquer prejuízo às partes, não há razões para se declarar a nulidade do ato.

Some-se a isso o fato de que a análise da matéria por este Tribunal, privilegia, ainda, os princípios da economia e da celeridade processual.

Importante consignar que o ora agravante opôs embargos de declaração apontando omissão quanto a não apreciação do alegado excesso de execução, porém, os aclaratórios foram rejeitados pelo juízo de origem (f. 59-60). Portanto, a parte não deve ficar sem uma resposta do Poder Judiciário.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade, com a ressalva de que, no mérito, a questão referente ao alegado excesso de execução será objeto de decisão.

Mérito.

Quanto ao mérito, busca o agravante a reforma da decisão que rejeitou a exceção de pré-excutividade mediante os seguintes argumentos: a) nulidade das certidões de dívida ativa por inobservância dos requisitos legais e, b) excesso de execução.

Da nulidade das CDA.

Cinge a controvérsia em saber se para o lançamento de tributo (taxa de alvará) e de multa do Procon (taxa de alvará sanitário), exigem a deflagração de um procedimento administrativo.

Inicialmente, impõe-se anotar que o art. 149 do CTN autoriza o lançamento de ofício de tributos e taxas por iniciativa da autoridade administrativa, independente de qualquer colaboração do sujeito passivo, quanto houver determinação em lei. Vejamos sua redação:

> *"Art. 149 do CTN. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*
>
> *I - quando a lei assim o determine."*

No caso da taxa de alvará de localização e funcionamento, a Lei Complementar n. 1.306/2003, que instituiu o Código Tributário do Município de Rio Brilhante, traz, em seu art. 160, a seguinte disposição:

> *"Art. 160.* ***A taxa de licença para localização é devida de acordo com anexo desta Lei TABELA II****, devendo ser lançada e arrecadada aplicando-se, quando cabíveis, as disposições das Seções I a VII, do Capítulo I, Título III."* (G.n.).

Referida Tabela é suficientemente clara em dispor que a taxa de licença para a atividade desempenhada pelo agravante - BAR - é anual e possui valor certo. Confira:

TABELA II

TAXA DE LICENCA PARA LOCALIZACAO E DE VERIFICACAO FISCAL DE FUNCIONAMENTO REGULAR		
Descrição dos Serviços	**Período de incidência**	**Taxa de Fiscalização para Localização, Instalação e Funcionamento: R$**
16. Bares e similares e estabelecimentos que explorem diversões públicas.	Anual	60,00

Desse modo, assim como o IPTU, o contribuinte que explora o ramo comercial de bares e similares, tem pleno conhecimento de que é devida, anualmente, a taxa de alvará funcionamento ao fisco Municipal, tratando-se, pois, de tributo lançado de ofício, já que independe da participação do contribuinte em sua feitura.

Em casos como o presente, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que os tributos que podem ser lançados de ofício, dispensam prévio procedimento administrativo. Nesse sentido:

> *"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS COMO VIOLADOS QUE NÃO CONTÊM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO FORMULADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO – DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO – SÚMULA 284/STF – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – SÚMULA 07/STJ –* ***LANÇAMENTO DE OFÍCIO – DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO E NOTIFICAÇÃO – PRECEDENTES DAS 1ª E 2ª TURMAS –*** *RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, DESPROVIDO."* (STJ. REsp n. 1.095.425/MG; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; julgado em 02/04/2009). (G.n.).
>
> *"CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. A certidão de dívida ativa, regularmente constituída, é título executivo hábil e suficiente para autorizar o início da execução fiscal e a agressão ao patrimônio do devedor (art. 585, VI, do CPC), gozando de presunção legal de liquidez e certeza (art. 204 do CTN e art. 3º, da LEF)."*
>
> *"EXECUÇÃO FISCAL – IPTU E* ***TAXA DE SERVIÇOS URBANOS – TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO DIRETO – DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. A cobrança do Imposto Predial e Territorial***

> ***Urbano (IPTU) e da Taxa de Serviços Urbanos (TSU) é feita anualmente, não havendo necessidade de instaurar processo administrativo para cada contribuinte, bastando se valha a municipalidade das informações constantes da inscrição que o próprio contribuinte faz perante o cadastro municipal. Isto porque, tratando-se de tributo sujeito a lançamento direto ou de ofício, o processo administrativo somente se instaura se houver impugnação do contribuinte dentro do prazo previsto na legislação tributária municipal*** *(...)."* (TJMG. Apelação Cível nº 1.0000.00.312645-5/000, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 01/04/2003). (G.n.).

> *"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – TIL – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – TSU – TAXA DE SERVIÇOS URBANOS (LIMPEZA PÚBLICA).* ***Não se pode exigir que a inscrição da dívida ativa da Fazenda Pública seja precedida do regular processo tributário administrativo nas hipóteses de lançamento direto, uma vez que a dívida só é questionada quando seu valor é impugnado pelo contribuinte, instaurando-se o contencioso administrativo, sem o qual inscreve-se a dívida regularmente*** *(...)."* (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.03.092418-7/001, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. 16/12/2004). (G.n.).

Ao analisar os autos principais, constata-se que, a despeito do agravante asseverar que não mais explora o ramo de bares desde o ano de 2004, é certo que seu cadastro perante a Secretaria Municipal de Gestão Fazendária encontrava-se ativo (vide doc. de f. 31 dos autos principais), sendo que, tão somente, em 25/07/2019 (f. 33 do principal) é que requereu a baixa do alvará de funcionamento. Observe:

Página 1/1

PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO BRILHANTE
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
BOLETIM DE CADASTRO ECONÔMICO

Data: 25/07/2019 - Hora: 10:20

Inscrição EC	1166	CPF/CNPJ	446.391.711-53	Situação	ATIVO	Categoria	
Razão Social	TACIANO OSVALDO CANDIA RODRIGUES					Dt. Inclusão	
Nome Fantasia						Dt. Abertura	
Junta Comercial		Inscrição Estadual	240.754 MS			Dt. Encerramento	

LOCALIZAÇÃO

Logradouro	MARIA DE JESUS CERVEIRA	Nº	263	Q.		L.	
Bairro	OLIMPICO	Loteamento					
Complemento		Cidade	RIO BRILHANTE/MS	CEP	79		0

ATIVIDADES ECONÔMICAS

Principal	183	Bar

EXMO. SR. PREFEITO MUNICIPAL DE RIO BRILHANTE/MS

TACIANO OSVALDO CANDIA RODRIGUES, portador do CPF nº. 446.391.711-53, vem mui respeitosamente ante a presença de V.Sª requerer "A BAIXA DO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E SANITARIO", dos anos 2018 e 2019, com localização na Rua MARIA DE JESUS CERVEIRA Nº 263, OLIMPICO.

ATIVIDADE: BAR

Prefeitura Munic
de Rio Brilhante -
Protocolo nº
Entrada
Data: 25 / 07 / 19
Dice R. da Silva

Rio Brilhante (MS) em 25 de julho de 2019

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

TACIANO OSVALDO CANDIA RODRIGUES
CPF nº.446.391.711-53

Portanto, com relação as taxas de alvará de funcionamento (tributo devido anualmente), não vislumbro qualquer irregularidade, até mesmo porque, o STJ pacificou entendimento no sentido de que a notificação do

lançamento da taxa municipal decorre com o envio de correspondência ao contribuinte para o recolhimento do tributo, cabendo ao mesmo o ônus de provar o não recebimento da cobrança. Vejamos:

> *"TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – REQUISITOS DA CDA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO E NOTIFICAÇÃO. 1. Cuida-se originalmente de embargos à execução manejados pelo ora recorrente que contesta a validade da CDA que instrui o pleito executivo ante a ausência de prévio processo administrativo. 2. É pacífica a jurisprudência deste tribunal no sentido de que a aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, medida inexequível na via da instância especial. Incidência da Súmula 7/STJ.* ***3. Ademais há nesta Corte jurisprudência consolidada no sentido de que a notificação do lançamento do IPTU e das taxas municipais ocorre com o envio da correspondente guia de recolhimento do tributo para o endereço do imóvel ou do contribuinte, com as informações que lhe permitam, caso não concorde com a cobrança, impugná-la administrativa ou judicialmente. 4. Nesse contexto, firmou-se também o entendimento de que milita em favor do fisco municipal a presunção de que a notificação foi entregue ao contribuinte, o que implica atribuir a este o ônus de provar que não recebeu o documento de cobrança. 5. Correto, portanto o entendimento fixado na origem, no sentido de que, nos tributos com lançamento de ofício, a ausência de prévio processo administrativo não enseja a nulidade das CDAs, porquanto cabe ao contribuinte o manejo de competente processo administrativo caso entenda incorreta a cobrança tributária e não ao fisco que, com observância da lei aplicável ao caso, lançou o tributo****. Agravo regimental improvido."* (STJ. AgRg no AREsp n. 370.295/SC; Rel. Min. Humberto Martins; julgado em 01/10/2013). (G.n.).

Por outro lado, com relação as Certidões de Dívida Ativa decorrentes de multa do Procon, estas exigem processo administrativo, pois afigura-se este como instrumento hábil para garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

As penalidades impostas pelo Procon somente se revestem de legalidade se aplicadas em respeito ao devido processo legal. Nesse sentido:

> *"EMBARGOS Á EXECUÇÃO FISCAL – PROCON DE DOURADOS/MS – DECISÃO ADMINISTRATIVA – INFRAÇÃO CONSUMERISTA – FIXAÇÃO DE MULTA – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. As penalidades aplicadas em processo administrativo no âmbito do Procon/MS devem obedecer a razoabilidade e proporcionalidade. In casu, tem-se, portanto, que não é o caso de aplicar a multa em valor acima do mínimo já que não restou verificada situação que justifique agravar a fixação da pena."* (TJMS; AC 0804245-78.2018.8.12.0002; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; DJMS 21/02/2020; Pág. 166)

> *"APELAÇÃO CÍVEL ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – MULTA DO PROCON – INFRAÇÃO DAS NORMAS DO CDC – DECISÃO ADMINISTRATIVA – OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – REDUÇÃO DO VALOR – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Reveste-se de legalidade a multa aplicada em processo administrativo no âmbito de Procon, onde foram observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Penalidades fixadas sem observar os princípios de razoabilidade e proporcionalidade devem ser reduzidas."* (TJMS; AC 0802392-50.2018.8.12.0029; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade; DJMS 10/02/2020; Pág. 133)

No caso, basta simples análise às referidas certidões para notar que as penalidades foram lançadas de ofício, ou seja, sem a prévia instauração do processo administrativo, sendo, portanto, nulas. Vejamos:

Fundamentação Legal
INFRINGÊNCIA:Multa Procon
PENALIDADE:Multa
FORMA:Lançamento de Ofício

Nesse contexto, o recurso comporta provimento para o fim de reconhecer a nulidade das Certidões de Dívida Ativa decorrentes de multa do Procon (CDAs de f. 3, 5 e 7 do processo principal na origem).

Do excesso de execução.

Assevera o agravante as certidões juntadas às f. 06 e 07 dos autos principais, se referem a tributos com vencimento nos anos de 2015, 2016 e 2017, e trazem, acumuladamente, as taxas de alvará e de alvará sanitário com idênticas informações sobre a origem da dívida, vencimento, valor, correção, multa, juros, o que demonstraria a cobrança em duplicidade.

Ocorre que, ao analisar as Certidões de Dívida Ativa mencionadas pelo agravante, nota-se que uma delas, a de f. 06, possui natureza tributária, e a outra, de f. 07, referente a multas impostas pelo Procon. Vejamos.

CDA de f. 06.

Origem da Dívida: Taxa de Alvará	**Processo:**
Natureza da Dívida: Tributária	
Data Emissão: 03/12/2018	**Data de Atualização:** 05/12/2018

Fundamentação Legal
INFRINGÊNCIA:Taxa de Alvará
PENALIDADE:Juros Alvará
FORMA:Lançamento de Ofício
FORMA JUROS:JUROS DE MORA - Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração, conforme Lei Complementar nº 1.306/2003
FORMA CORREÇÃO:Lei 1.306/2003, art. 368

CDA de f. 07:

Origem da Dívida: Multa Procon	**Processo:**
Natureza da Dívida: Não Tributária	
Data Emissão: 03/12/2018	**Data de Atualização:** 05/12/2018

Fundamentação Legal
INFRINGÊNCIA:Multa Procon
PENALIDADE:Multa
FORMA:Lançamento de Ofício
FORMA JUROS:JUROS DE MORA - Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração, conforme Lei Complementar nº 012, de 20-12-2001.
FORMA CORREÇÃO:Lei 1.306/2003, art. 368

Ocorre que, nesta oportunidade, está se reconhecendo a nulidade das Certidões de Dívida Ativa provenientes de multa do Procon, alcançando, inclusive, a CDA de f. 07.

Dessa forma, diante da declaração de nulidade da CDA de f. 07, tenho por prejudicada a análise da alegação de excesso de execução.

Prequestionamento.

De rigor ressaltar que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente sobre cada um dos dispositivos invocados pelas partes, necessitando, pois, apenas indicar aqueles no qual embasa seu juízo de valor.

Todavia, unicamente a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto por Taciano Osvaldo Candia Rodrigues e a ele dou parcial provimento, para o fim de declarar a nulidade das Certidões de Dívida Ativa provenientes de multa do Procon (f. 3, 5 e 7 dos autos principais na origem).

Em decorrência da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios estabelecidos na decisão agravada, à razão de 50% para cada parte. A exigibilidade, todavia, fica suspensa com relação ao agravante, por ser beneficiário da justiça gratuita.

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. 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, 14 de agosto de 2020.

***

Jurisprudência Criminal

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0356375-57.2008.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – RECURSO DE WELLIGTON APARECIDO FRANCO BARBOSA – PECULATO, POR SEIS VEZES, E FALSIDADE IDEOLÓGICA, POR QUATRO VEZES – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA QUE DECRETOU A PERDA DO CARGO PÚBLICO – AFASTADA – EFEITO DA CONDENAÇÃO – DESNECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – NULIDADE POR INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL ÚNICA EM DESFAVOR DE DOIS ACUSADOS – AUSÊNCIA DE MÁCULA – FATOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA MESMA DELEGACIA – CONEXÃO PROBATÓRIA – DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CPP – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES APROPRIADOS ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – IRRELEVÂNCIA – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – REFUTADO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELTIIVAS DEMONSTRADAS – DOLO EVIDENCIADO – MINORANTE RELATIVA AO ARREPENDIMENTO POSTERIOR – INAPLICÁVEL – AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE DO AGENTE – PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO – REQUISITOS ATENDIDOS – ARTIGO 92, I, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DESPROVIDO

A perda de cargo ou função pública constitui efeito da condenação que decorre de previsão legal, devendo ser declarada pelo juiz, fundamentadamente, quando presentes os requisitos elencados na norma, ainda que ausente pedido expresso da acusação nesse sentido.

Inexiste mácula decorrente do oferecimento de ação penal única em desfavor de dois acusados, haja vista que os crimes foram descritos na denúncia de forma individualizada e detalhada, inclusive sendo divididos em tópicos, facilitando a exata compreensão da acusação e permitindo o pleno exercício do direito de defesa. Ademais, é certo que o oferecimento de denúncia conjunta decorre da conexão entre os delitos praticados pelos apelantes, os quais, na condição de escrivães de Polícia Civil, no âmbito de uma mesma delegacia de polícia, apropriaram-se de valores pagos a título de fiança, sendo certo que os elementos de prova acerca dos fatos estão intimamente relacionados.

A alegada devolução dos valores apropriados indevidamente pelo recorrente (reparação do dano) não tem o condão de afastar a tipicidade do crime de peculato doloso, mas tão somente de extinguir a punibilidade do peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, ou de reduzir a pena imposta, se posterior, conforme dicção expressa do artigo 312, § 3º, do Código Penal. Assim, descabido falar em ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, pois as condutas noticiadas revestem-se de tipicidade.

Em sendo o conjunto probatório firme e harmônico, capaz de demonstrar a materialidade e a autoria delitiva além de qualquer dúvida razoável, impõe-se a manutenção da condenação pela prática dos crimes de peculato, dada a segura demonstração de que o réu Welligtton, no desempenho da função de escrivão de polícia civil, apropriou-se indevidamente dos valores que recebeu a título de fiança, atuando, assim, com inequívoco *animus rem sibi habendi*. Da mesma forma, os elementos de convicção, em especial as provas documentais, são robustos em demonstrar que o apelante, ao menos em quatro oportunidades, alterou a data dos depósitos referentes aos valores de fiança, fazendo constar no Livro de Fianças datas não condizentes com os efetivos depósitos realizados na conta Única do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Incabível o reconhecimento da minorante prevista no artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior), pois, no caso concreto, não houve restituição ou reparação voluntária dos danos, tendo em vista que os depósitos dos valores recolhidos a título de fiança somente eram realizados pelos denunciados após a expedição de alvará de levantamento pelo Juízo competente, mediante reclamação das partes interessadas e provocação da Direção dos Cartórios e dos próprios delegados de polícia.

Imperativa a manutenção da perda do cargo, ante a manifesta incompatibilidade do réu com a função exercida e o inequívoco atendimento aos requisitos definidos no art. 92, I, a, do Código Penal.

Com o parecer, recurso desprovido.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – RECURSO DE VASTI CORREA DE OLIVEIRA ORTOLAN – PECULATO, POR OITO VEZES – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – REFUTADO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELTIIVAS DEMONSTRADAS – DOLO EVIDENCIADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE CULPOSA OU DELITO DE PREVARICAÇÃO – INVIABILIDADE CONDUTA DO ART. 312, *CAPUT* DO CP CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO.

Em sendo o conjunto probatório firme e harmônico, capaz de demonstrar a materialidade e a autoria delitivas além de qualquer dúvida razoável, impõe-se a manutenção da condenação pela prática dos crimes de peculato, dada a segura demonstração de que a ré Vasti, no desempenho da função de escrivã de polícia civil, apropriou-se indevidamente dos valores que recebeu a título de fiança, atuando, assim, com inequívoco *animus rem sibi habendi*.

Inviável a desclassificação para o crime de peculato culposo ou para o delito de prevaricação, pois fartamente comprovado que a apelante apropriou-se de dinheiro, de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio, restando, pois, caracterizado o delito de peculato.

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, rejeitaram as preliminares e no mérito negaram provimento ao recurso. Sustentação oral realizada pelo Dr. Fábio Castro Leandro.

Campo Grande, 25 de junho de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por Wellingtton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa de Oliveira Ortolan, em face da sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS (f. 3159-3183), que julgou procedente a denúncia, para condenar o primeiro apelante como incurso no artigo 299, parágrafo único, por quatro vezes, em continuidade delitiva, e artigo 312, por seis vezes, em continuidade delitiva, na forma do artigo 69 do Código penal, à pena total de 07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, ao pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à perda do cargo público, e condenar a segunda apelante como incursa no artigo 312, por oito vezes, em continuidade delitiva, à pena total de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, ao pagamento de 20 (vinte)

dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à perda do cargo público.

Em suas razões (f. 3225-3231), a defesa de Welligtton Aparecido Franco Barbosa suscita, preliminarmente: a) a nulidade da sentença por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que a imposição da perda da função pública não foi expressamente requerida na denúncia; b) a nulidade processual decorrente da instauração de uma única ação penal para apuração de delitos atribuídos a réus distintos, em prejuízo ao exercício do direito de defesa; c) a nulidade por ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, uma vez que houve o depósito dos valores das fianças, com juros e correção monetária, na conta única do TJMS, inexistindo qualquer prejuízo. Quanto ao mérito, pugna pela absolvição do apelante, em virtude da fragilidade do conjunto probatório e da ausência de dolo em sua conduta. Subsidiariamente, requer o reconhecimento do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), para o fim de reduzir a pena no patamar de 2/3 (dois terços), e o afastamento da pena de perda da função pública. Ao final, prequestiona o artigo 5º, incisos X e LV, da Constituição Federal e os artigos 16 e 53, ambos do Código Penal.

A defesa de Vasti Correa de Oliveira Ortolan, nas razões do apelo (f. 3254-3283), pugna pela sua absolvição da apelante, sustentando a total ausência de provas acerca da prática criminosa e, em especial, a atipicidade da conduta descrita na denúncia, haja vista que o mero depósito tardio dos valores recebidos na conta judicial não revelam o dolo necessário para a caraterização do crime de peculato. De forma alternativa, pugna pela desclassificação da imputação para o crime de prevaricação ou para o delito de peculato culposo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 3310-3316), manifesta-se pelo desprovimento dos recursos interpostos por Wellingtton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa de Oliveira Ortolan, para que seja mantida incólume a sentença condenatória. Prequestiona, ao final, toda a matéria debatida nos autos.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em face de Wellingtton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa de Oliveira Ortolan, imputando-lhes as seguintes condutas criminosas (f. 07-13):

> *"(...) I - O presente Inquérito Policial foi instaurado, noticiando que no período de novembro de 2006 a junho de 2007, os denunciados, Welligtton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa De Oliveira Ortolan, escrivães da Polícia Judiciária, apossaram-se de valores referentes à fianças recebidas em seus plantões, na Delegacia de Pronto Atendimento Comunitário - DEPAC.*
>
> *II - É certo que diversas diligências foram promovidas visando apurar a autoria e a materialidade dos possíveis delitos, apurando, assim, fatos distintos ocorridos durante as prisões em flagrante em que atuavam os denunciados, sendo que, ambos apropriavam-se de valores em dinheiro (referentes às fianças das prisões em flagrante) e, injustificadamente, não depositavam os valores devidos na Conta Única do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no prazo de três dias úteis, conforme determina o Regulamento (Regulamento aprovado pela Deliberação CSPC/MS n. 12/2002 em seus artigos 128 e 129).*
>
> *III - Com relação ao denunciado Wellingtton, foi apurado que:*
>
> *a) No dia 22/01/2007, recebeu a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais) em nome do preso autuado em flagrante Francisco Chagas Fernandes Júnior (f. 73-75), referente à fiança criminal (f. 104-106), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida. E, ainda, efetuou o depósito na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS comente em 03/07/2007, sendo que, lançou declaração falsa no Livro referente ao plantão policial, destinado ao registro de termos de fianças, pois certificou que a data do depósito bancário foi de 24/01/2007 e não 03/07/2007, como realmente deveria constar.*

b) No dia 11/02/2007, recebeu a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais) em nome do preso autuado em flagrante Willian de Siqueira Komiyama (f. 68-69), referente à fiança criminal (f. 89-91), permanecendo na posse do valor, não lhe dando destinação devida. Sendo que, somente efetuou o depósito do valor na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 15/06/2007 e, também, lançou informação falsa no Livro referente ao plantão policial, destinado ao registro de termos de fianças, pois certificou que a data do depósito bancário foi 11/03/2007 e não 15/06/2007, como deveria constar.

c) No dia 23/03/2007, recebeu a quantia de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em nome do preso autuado em flagrante Itacir Alcides Zancanelli (f. 70-71), referente à fiança criminal (f. 149-151), permanecendo, também, na posse do valor, não lhe dando a destinação devida. E, somente efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 10/08/2007, lançando informação falsa no Livro referente ao plantão policial destinado ao registro de termos de fianças, uma vez que certificou que a data do depósito foi dia 23/03/2007 e não 10/08/2007 como deveria constar.

d) No dia 23/03/2007, recebeu a quantia de R$ 700,00 (setecentos reais), em nome do preso autuado em flagrante Anderson dos Anjos Teixeira (f. 199-200), referente à fiança criminal (f. 146-148), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida, sendo que efetuou o depósito na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS somente em 09/07/2007.

e) No dia 04/04/2007, recebeu a quantia de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em nome do preso autuado em flagrante Manoel Silvestre Alvarenga Gomes (f. 70), referente à fiança criminal (f. 117-119), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida e, somente, efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 26/7/2007. Ainda, lançou declaração falsa no Livro referente ao plantão policial destinado ao registro de termos de fianças, uma vez que certificou que a data de depósito bancário foi 20/04/2007 e não 26/07/2007 como deveria constar.

f) No dia 22/04/2007, recebeu a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais) em nome do preso autuado em flagrante Dennis Aranda Costa, referente à fiança criminal (f. 758-779), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida e, ainda, efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS somente em 27/06/2007.

IV - Com relação ao apurado a respeito da denunciada Vasti, veio à tona que:

a) No dia 05/11/2006, recebeu em dinheiro a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais), em nome do preso autuado em flagrante José Nildo Vieira Da Cunha (f. 270), referente à fiança criminal (f. 244, 466-468), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida, sendo que efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 16/02/2007.

b) No dia 16/11/2006, recebeu a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais) em nome do preso autuado em flagrante Milton Rauber Griebel (f. 369), referente à fiança criminal (f. 300-302), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida. E, somente efetuou o depósito do valor na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 29/06/2007. A denunciada, ainda, deixou de lançar, no dia em que recebeu a fiança, o registro do termo de fiança no Livro referente ao plantão policial.

c) No dia 04/12/2006, recebeu o valor de R$ 700,00 (setecentos reais), em nome do preso autuado em flagrante Anderson Trindade Dias (f. 548), referente à fiança criminal (f. 529-531, 492-493), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida e, ainda, não efetuando o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS, sendo que no dia em que recebeu a fiança. Deixou de lançar o registro do termo de fiança no Livre referente ao plantão policial.

d) No dia 09/12/2006, recebeu a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais) em nome do preso autuado em flagrante Luciano Gonçalves da Silva, referente à fiança criminal (f. 382-

384), permanecendo na posse do valor não lhe dando a destinação devida, somente efetuando o depósito do valor na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 04/10/2002007. A denunciada, ainda, deixou de lançar o termo de fiança, no dia em que recebeu a mesma, no Livro referente ao plantão policial.

e) No dia, 11/12/2006, recebeu em dinheiro o valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em nome do preso autuado em flagrante Erotildes Bezerra de Oliveira, referente à fiança criminal (f. 216-217, 456-458), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida, sendo que somente efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 01/10/2007. A denunciada, ainda, deixou de lançar o termo de fiança, no dia em que recebeu a mesma, no Livro referente ao plantão policial.

f) No dia 16/12/2006, recebeu a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais) em nome do preso autuado em flagrante Elias Benites Portilho (f. 271), referente à fiança criminal (f. 222-223), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida, sendo que somente efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 01/10/2007. A denunciada, ainda, deixou de lançar o termo de fiança, no dia em que recebeu a mesma, no Livro referente ao plantão policial.

g) No dia 21/02/2007, recebeu a quantia de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em nome do preso autuado em flagrante Edson Apolinário, referente à fiança criminal (f. 133-135), permanecendo na posse do valor, não lhe dando destinação devida, sendo que somente efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 27/07/2007. A denunciada, ainda, deixou de lançar o termo de fiança, no dia em que recebeu a mesma, no Livro referente ao plantão policial.

h) No dia 24/02/2007, recebeu a quantia de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em nome do preso autuado em flagrante Vinicius de Sena Barbosa (f. 448-450), referente à fiança criminal (f. 222-223), permanecendo na posse do valor, não lhe dando a destinação devida, sendo que somente efetuou o depósito bancário na Conta Única do Tribunal de Justiça de MS em 01/10/2007.

V - Cabe salientar que, nos casos relatados acima, foram expedidos os competentes alvarás de levantamento de fiança criminal, entretanto, nos respectivos autos, não constavam a guia de depósito de fiança. Dias depois eram enviadas ao Juízo competente as cópias dos boletos bancários, com os comprovantes dos respectivos depósitos, contudo, ao tentar efetuar o levantamento dos valores referentes às fianças, os interessados não conseguiam levantar suas quantias, pois não constavam na Conta Única do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul os respectivos depósitos.

VI - Ambos os denunciados negaram a prática dos delitos. O denunciado Welligtton confirmou suas declarações e admitiu, apenas, ter sido 'negligente'. Já a denunciada Vasti, afirmou que depositou as fianças, mas houve 'falhas' no registro de subcontas da Conta Única e, ainda, confirmou suas declarações prestadas.

VII - Diante do exposto, está incurso Welligtton Aparecido Franco Abrbosa nos arts. 312, caput, por 06 (seis) vezes e art. 299, parágrafo único, por 04 (quatro) vezes, ambos c/c. art. 69, todos do Código Penal Brasileiro; e Vasti Correa de Oliveira Ortolan está incursa no art. 312, caput, por 08 (oito) vezes, c/c art. 69, ambos do Código Penal Brasileiro (...)."

Ao final da instrução processual, o d. Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS prolatou sentença julgando procedente a denúncia (f. 3159-3183), para condenar o acusado Wellingtton Aparecido Franco Barbosa como incurso no artigo 299, parágrafo único, por quatro vezes, em continuidade delitiva, e artigo 312, por seis vezes, em continuidade delitiva, na forma do artigo 69 do Código penal, à pena total de 07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, ao pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à perda do cargo público, e condenar a acusada Vasti Correa de Oliveira Ortolan como incursa no artigo 312, por oito vezes, em continuidade delitiva, à pena total de 05 (cinco) anos de reclusão, em

regime inicial semiaberto, ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à perda do cargo público.

Inconformados, os sentenciados apelaram a esta Corte.

Em suas razões (f. 3225-3231), a defesa de Welligtton Aparecido Franco Barbosa suscita, preliminarmente: a) a nulidade da sentença por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que a imposição da perda da função pública não foi expressamente requerida na denúncia; b) a nulidade processual decorrente da instauração de uma única ação penal para apuração de delitos atribuídos a réus distintos, em prejuízo ao exercício do direito de defesa; c) a nulidade por ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, uma vez que houve o depósito dos valores das fianças, com juros e correção monetária, na conta única do TJMS, inexistindo qualquer prejuízo. Quanto ao mérito, pugna pela absolvição do apelante, em virtude da fragilidade do conjunto probatório e da ausência de dolo em sua conduta. Subsidiariamente, requer o reconhecimento do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), para o fim de reduzir a pena no patamar de 2/3 (dois terços), e o afastamento da pena de perda da função pública. Ao final, prequestiona o artigo 5º, incisos X e LV, da Constituição Federal e os artigos 16 e 53, ambos do Código Penal.

A defesa de Vasti Correa de Oliveira Ortolan, nas razões do apelo (f. 3254-3283), pugna pela sua absolvição da apelante, sustentando a total ausência de provas acerca da prática criminosa e, em especial, a atipicidade da conduta descrita na denúncia, haja vista que o mero depósito tardio dos valores recebidos na conta judicial não revela o dolo necessário para a caraterização do crime de peculato. De forma alternativa, pugna pela desclassificação da imputação para o crime de prevaricação ou para o delito de peculato culposo.

O representante do Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (f. 3233-3240 e f. 3287-3294), pugnando pelo desprovimento dos apelos defensivos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 3310-3316), manifesta-se pelo desprovimento dos recursos interpostos por Wellingtton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa de Oliveira Ortolan, para que seja mantida incólume a sentença condenatória. Prequestiona, ao final, toda a matéria debatida nos autos.

Passo ao exame dos recursos.

Das preliminares suscitadas pela defesa de Welligtton Aparecido Franco Barbosa.

Da nulidade da sentença por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Preliminarmente, a defesa do apelante Welligtton suscita a nulidade da sentença por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que a imposição da pena de perda da função pública não foi requerida na denúncia.

Razão não lhe assiste.

Como cediço, a perda do cargo público constitui efeito da condenação que decorre de lei, mais especificamente do artigo 92, inciso I, do Código Penal, que assim dispõe:

> *"Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)*
>
> *a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)*
>
> *b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos (...)."*

Desse modo, tendo em vista a existência de disposição legal expressa, entende-se que a perda do cargo deverá ser declarada pelo juiz, de modo fundamentado, quando presentes os requisitos elencados no texto normativo, independentemente de pedido da acusação na inicial acusatória.

Assim já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

> *"COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – A ATUAÇÃO DO SUPREMO PRESSUPÕE ATO DE TRIBUNAL SUPERIOR – COMPETÊNCIA – REVISÃO CRIMINAL – DEFINE-SE A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL PELO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL – PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA SOFRE A REPERCUSSÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – SUBSTITUIÇÃO PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – REINCIDÊNCIA – A REINCIDÊNCIA É ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA – AGRAVANTES E ATENUANTES – PREPONDERA, NO CONCURSO DE AGRAVANTES E ATENUANTES, A REINCIDÊNCIA – CONDENAÇÃO CRIMINAL – PERDA DO CARGO PÚBLICO – DENÚNCIA – SILÊNCIO E IRRELEVÂNCIA.* ***Sendo a perda do cargo público, conforme disposto no artigo 92 do Código Penal, consequência da condenação, mostra-se dispensável a veiculação, na denúncia, de pedido visando à implementação****. Revisão criminal. A revisão criminal pressupõe enquadramento do pleito em um dos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, a revelar preceitos exaustivos."* (*HC* 93515, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-121 Divulg 30-06-2009 Public 01-07-2009 Ement Vol-02367-03 PP-00472 RTJ Vol-00210-03 PP-01153 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 363-370). (G.n.)
>
> *"HABEAS CORPUS – PECULATO – PERDA DO CARGO PÚBLICO – ART. 92, I, 'A', DO CP – POSSIBILIDADE – EFEITO DA CONDENAÇÃO – MOTIVAÇÃO CONCRETA – PEDIDO EXPLÍCITO NA DENÚNCIA – DESNECESSIDADE – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IRRELEVÂNCIA – MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Inexistência de patente ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, tendo em vista que o Tribunal de origem, por ocasião do julgamento da apelação interposta pela defesa, bem explicitou os motivos para manter o decreto de perda do cargo público, como efeito da condenação.*
>
> *2.* ***Não é imprescindível que a possibilidade de perda do cargo público conste da denúncia, porquanto decorrente de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do CP.*** *Precedentes.*
>
> *3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a decretação da perda do cargo ou da função pública, desde que apresentada a devida fundamentação.*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido."* (*HC* 305.500/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016). (G.n.)
>
> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ARESP QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ – VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – NÃO CABIMENTO – AFRONTA AO ART. 92, § ÚNICO, DO CP – PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO DA SENTENÇA – MOTIVAÇÃO CONCRETA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. Incidência do enunciado 182 da Súmula desta Corte.*

2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

3. Este Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que a perda do cargo público não é efeito automático da condenação, requisitando motivação expressa nos termos do parágrafo único do artigo 92 do Código Penal, existente no presente caso.

4. A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 818.917/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016). (G.n.)

Também há precedentes desta Corte no mesmo sentido:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS DEFENSIVOS – EXTORSÃO QUALIFICADA – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – AUTORIA E MATERIALIDADE INDUVIDOSAS – PENAS ALICERÇADAS EM MOTIVOS IDÔNEOS – PERDA DO CARGO PÚBLICO – ART. 92, I, ALÍNEA 'A', DO CP – POSSIBILIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS. A palavra da vítima em harmonia com as demais provas carreadas ao bojo processual afasta qualquer dúvida para o reconhecimento da autoria e da materialidade delitiva. Mantém-se as penas aplicadas quando definidas com base em motivos idôneos nos termos da norma de vigência. ***Impõe-se a perda do cargo público quando preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos na Lei*** *(...)."* (TJMS. Apelação n. 0006544-48.2015.8.12.0008 – Corumbá; Relator Juiz Convocado José Eduardo Neder Meneghelli, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 16/10/2018). Destaquei.

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER – PRELIMINAR MINISTERIAL DE CONHECIMENTO PARCIAL DO PROCESSO – REJEITADA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO – NÃO ACOLHIMENTO – DECISÃO DOS JURADOS DE ACORDO COM AS PROVAS DOS AUTOS – REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE VALORADAS – AFASTAMENTO DA DECRETAÇÃO DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – IMPROCEDÊNCIA – EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA – RECURSO DESPROVIDO – DE OFÍCIO – RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS – UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DA OUTRA COMO AGRAVANTE – POSSIBILIDADE – DOSIMETRIA MANTIDA. - Não há falar em reconhecimento parcial do recurso quando, em se tratando de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a tese recursal se enquadra em uma das possibilidades previstas no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal. - Incabível o pedido de anulação do julgamento sob o fundamento de que a decisão proferida é contrária às provas dos autos se o Conselho de Sentença, dentre as teses enfrentadas, acolhe a versão que mais se coaduna com a realidade dos fatos, que, in casu, resultou no não acolhimento da legítima defesa. - Sendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal devidamente valoradas e fundamentadas, não há necessidade de afastamento das mesmas e redimensionamento da pena-base. - A perda da função pública ou cargo público é efeito secundário da condenação, com expressa previsão no art. 92, I, 'b', do Código Penal, sendo, portanto, permitida a sua implementação pelo juiz independentemente de veiculação expressa na denúncia. - De acordo com recente entendimento do STJ, mesmo ficando configurada a confissão na modalidade qualificada, é cabível o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. - Consoante orientação sedimentada no STJ, havendo duas qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e da outra como circunstância negativa - agravante, quando prevista legalmente, ou como circunstância judicial, residualmente." (TJMS. Apelação n. 0009872-88.2012.8.12.0008 – Corumbá; Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 25/05/2015)

O jurista Cléber Masson, de igual forma, adverte que *"a possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, pois decorre de prisão legal expressa, como efeito da condenação."* (*in* Código penal comentado. 3 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 432)

Assim, considerando ser dispensável a existência de pedido expresso na denúncia para a aplicação da pena de perda do cargo público, a preliminar aventada deve ser afastada.

Da nulidade decorrente da instauração de ação penal única em desfavor de réus distintos.

Continuamente, a defesa de Welligtton sustenta a nulidade decorrente da instauração de ação penal única para apuração de delitos atribuídos a réus distintos, em prejuízo ao exercício do direito de defesa dos acusados.

A objeção deduzida também não merece prosperar, haja vista que os crimes imputados aos apelantes foram descritos na denúncia de forma individualizada e detalhada, inclusive sendo divididos em tópicos, para facilitar a exata compreensão da acusação.

Ademais, é certo que o oferecimento de denúncia conjunta decorre da conexão entre os delitos praticados pelos réus, os quais, na condição de escrivães de Polícia Civil, no âmbito de uma mesma Delegacia de Polícia, apropriaram-se de valores pagos a título de fiança, sendo certo que os elementos de prova acerca dos fatos estão intimamente relacionados.

Assim, não se pode falar em prejuízo para a defesa dos apelantes, pois a denúncia oferecida pelo *Parquet* atende os requisitos legais previstos no artigo 41 do CPP, descrevendo os fatos criminosos, com todas as suas circunstâncias, de modo a permitir o pleno exercício do direito de defesa pelos réus, tal como, aliás, vislumbrado no curso da persecução penal.

Neste prospecto, imperioso destacar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 563, preconiza que *"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."*

A respeito do assunto, colaciono trecho do Informativo 580 do STJ, de seguinte teor:

> *"Em matéria de nulidade, orienta o princípio pas de nullité sans grief que não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual penal só poderá acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida, em prejuízo às partes da relação processual."*

No caso, como visto, não há falar em cerceamento de defesa, pois os réus, durante toda a instrução processual, apresentaram suas versões e formularam suas teses em contraposição à denúncia ofertada pelo *Parquet*, sendo-lhes assegurado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Logo, inexiste a aventada nulidade.

Da nulidade por ausência de justa causa para a deflagração da ação penal.

Por fim, sustenta a ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, eis que os valores recebidos a título de fiança, supostamente apropriados, foram devidamente depositados na conta Única do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, antes mesmo do recebimento da denúncia.

Sucede, entretanto, que a alegada devolução dos valores apropriados indevidamente pelo recorrente (reparação do dano) não tem o condão de afastar a tipicidade do crime de peculato doloso, mas tão somente de extinguir a punibilidade do peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, ou de reduzir a pena imposta, se posterior, conforme dicção expressa do artigo 312, § 3º, do Código Penal.

Logo, descabido falar em ausência de justa causa para a deflagração da ação penal, pois as condutas noticiadas revestem-se de tipicidade.

Mérito.

No que diz respeito ao mérito, a defesa do apelante Welligtton pugna por sua absolvição, sustentando a fragilidade do conjunto probatório e a ausência de dolo em sua conduta, notadamente porque os valores recebidos a título de fiança foram devidamente depositados na Conta Única do Tribunal de Justiça e, posteriormente, levantados pelas partes interessadas, encontrando-se eventual demora no depósito justificada por problemas técnicos e inconsistência do sistema de emissão de guias.

Com idêntico propósito, a defesa da recorrente Vasti argumenta que as provas carreadas aos autos são incapazes justificar o decreto condenatório, porquanto não evidenciam que os valores entregues a título de fiança foram efetivamente apropriados na forma narrada na denúncia, havendo mero depósito tardio na conta judicial, o que, todavia, não revela o dolo inerente ao peculato. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da imputação para o crime de prevaricação ou para o delito de peculato culposo.

As pretensões formuladas não resistem ao farto conjunto probatório carreado aos autos, conforme fundamentos que passo a expor.

Da comprovação da autoria e materialidade dos crimes imputados ao acusado Welligtton Aparecido Franco Barbosa (art. 299, par. único, por quatro vezes, e art. 312, *caput*, por seis vezes, todos do Código penal).

A materialidade dos delitos de peculato e falsidade ideológica restou comprovada por meio de cópias dos autos de prisão em flagrante onde as fianças foram arbitradas (f. 1421-1460, f. 1461-1484, f. 1536-1602, f. 1614-1700 e f. 1801-1932), dos Termos de Fiança (f. 198-199, f. 200-201, f. 202, f. 203, f. 205-206, f. 207-208, f. 271-274 e f. 786-787), dos Extratos de Subconta Judicial (f. 431-432, f. 433-434, f. 435-436, f. 437-438, f. 441, f. 442-443, f. 444-445 e f. 788) e Extratos da Conta Única do TJMS (f. 617-618, f. 619-620, f. 621-622, f. 623-624, f. 627-628, f. 629-630, f. 631-632 e f. 803-804), dos quais se extrai, sem sombra de dúvidas, que o réu Welligton Aparecido Franco Barbosa recebeu e apropriou-se dos valores pagos a título de fiança por Francisco Chagas Fernandes Júnior, Willian de Siqueira Komiyama, Itacir Alcides Zancanelli, Anderson dos Anjos Teixeira, Manoel Silvestre Alvarenga Gomes e Dennis Aranda Costa, recolhendo os numerários às respectivas contas judiciais apenas mediante provocação dos interessados e reclamação da direção do cartório, após a expedição dos respectivos alvarás de levantamento.

A autoria, do mesmo modo, é inequívoca.

O apelante Welligtton, em seu interrogatório, negou ter se apropriado dos valores pagos a título de fiança, alegando, em suma, que a demora no recolhimento das referidas quantias na conta judicial foi motivada por problemas particulares e pelas dificuldades decorrentes da própria dinâmica em que os trabalhos se desenvolviam, das inconsistências do sistema de emissão de guias e do próprio esgotamento físico após os plantões. Esclareceu que conversou com a escrivã Mariângela, pedindo a tal pessoa que lhe avisasse quando alguém ligasse cobrando os depósitos das fianças, oportunidade em que imediatamente realizava os respectivos depósitos com correção. Afirma que jamais teve a intenção de reter intencionalmente os valores que lhes foram confiados, sendo que os guardava em sua residência até, por fim, depositá-los (f. 3083-3085).

Essa versão, todavia, carece de credibilidade e coerência, revelando-se incapaz de suscitar dúvida razoável acerca da existência do dolo inerente ao crime de peculato.

Cumpre destacar, inicialmente, que o apelante é servidor aprovado em concurso público para exercer o cargo de escrivão de polícia judiciária, sendo parte de suas atribuições legais receber as fianças arbitradas pela autoridade policial e realizar o depósito judicial dos respectivos valores.

Ora, é de amplo e irrestrito conhecimento que os valores pagos a título de fiança somente poderão ser retidos pelo prazo máximo de 03 (três) dias, conforme expressamente dispõe o artigo 331 do Código de Processo Penal:

> *"Art. 331. O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos.*
>
> *Parágrafo único.* ***Nos lugares em que o depósito não se puder fazer de pronto, o valor será entregue ao escrivão ou pessoa abonada, a critério da autoridade, e dentro de três dias dar-se-á ao valor o destino que Ihe assina este artigo, o que tudo constará do termo de fiança****."* Destaquei.

Da mesma forma, o artigo 129 do Regulamento das Atividades da Polícia Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul dispõe que *"nas situações em que o depósito não possa ser feito de imediato o valor será entregue ao escrivão do feito que encarregar-se-á de dar-lhe o destino previsto no art. 128, dentro de três dias úteis."*

Outrossim, os delegados de polícia civil Maércio Alves Barboza (f. 370-371), Cláudio Graziani Zotto (f. 581-582) e Fábio Anderson Ribeiro Sampaio (f. 605-606) foram uníssonos em declarar que cabe aos escrivães de polícia receber os valores prestados a título de fiança, lavrar o respectivo recibo e providenciar o depósito das quantias na Conta Única do Tribunal de Justiça no prazo máximo de 03 (três) dias, informação ratificada pelos escrivães Marangela Maria Almeida Pereira e Cláudio Camilo Sanches (f. 589-590, f. 3038-3040 e f. 3097).

Destarte, além das normas tratando da matéria, os servidores lotados na mesma delegacia de polícia possuíam suficiente compreensão a respeito do rito a ser observado no tocante ao recolhimento das fianças, revelando-se inconcebível acreditar que o apelante ignorasse tão elementar procedimento.

E, de fato, as evidências que emergem dos autos demonstram que ele não apenas detinha esse conhecimento, como, também, visava burlá-lo, já que nos próprios termos de fiança (f. 202, f. 1061-1062, f. 1267-1268, f. 1305) certificou que o recolhimento de alguns valores deu-se em datas anteriores àquelas em que os depósitos judiciais efetivamente foram realizados, o que lhe permitiu usufruir do dinheiro por longo período sem que o ilícito fosse facilmente notado pelas autoridades competentes.

A propósito, a testemunha Willian de Siqueira Komiyama declarou, na fase policial e em juízo (f. 83-84 e f. 2958-2959), que foi preso em flagrante e pagou fiança no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) para ser liberado, a qual foi entregue ao escrivão Welligtton, tendo o depoente assinado um livro de fiança. Relatou que, após os trâmites processuais, foi determinada a devolução do valor recolhido a título de fiança, contudo, ao se dirigir à agência do Banco Bradesco, recebeu a informação de que não havia depósito em seu nome, sendo orientado a procurar o Juiz. Afirmou que compareceu duas vezes no Fórum para conseguir levantar o respectivo valor, sendo observado, todavia, que a fiança havia sido depositada no dia anterior ao saque.

A testemunha Manoel Silvestre relatou, em ambos os depoimentos (f. 85 e 2960), que pagou para o escrivão de polícia civil o valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) fixado a título de fiança e, ao final do processo, teve dificuldade para levantar o referido valor, pois, segundo informações recebidas em cartório, ainda não havia sido realizado o depósito do dinheiro na Conta única do TJMS.

Da mesma forma, a testemunha Itacir Alcides Zancanelli, nas duas oportunidades em que foi ouvida (f. 86-87 e f. 2961), confirmou que recolheu a fiança arbitrada pela autoridade policial no valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), a qual foi entregue ao escrivão de polícia. Ao término do processo, após ser determinado o levantamento do valor, recebeu a informação de que o depósito ainda não havia sido realizado, sendo necessário comparecer diversas vezes no Fórum até conseguir reaver a fiança recolhida.

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pelas testemunhas Anderson dos Anjos Teixeira e Francisco Chagas Fernandes Júnior (f. 88-90 e 214-215).

Como se vê, restou evidenciado nos autos que, ao menos em 6 (seis) oportunidades, o apelante Welligtton Aparecido Franco Barbosa, no exercício do cargo de escrivão de polícia judiciária, apropriou-se de valores recebidos a título de fiança, não lhes dando a destinação devida, vindo a realizar o recolhimento dos

mesmos na Conta Única do Tribunal de Justiça apenas quando determinado o seu levantamento pelo Juízo e reclamado o seu reembolso pela parte interessada.

À toda evidência, a alegação de que incorreu em mero equivoco não passa de pueril tentativa de se eximir de sua responsabilidade penal, mesmo porque as condutas retratadas não são isoladas, impossibilitando que pudessem ser justificadas pelo acumulo de trabalho ou eventual situação adversa que estivesse atravessando. A prática delitiva, como se pode notar, vinha sendo adotada há algum tempo, evidenciando espécie de *modus vivendi*.

Tanto é verdade que o próprio apelante, em seu depoimento judicial, entra em contradição ao tentar justificar o depósito tardio das fianças por questões de acúmulo de trabalho e de ineficiência do sistema, ao mesmo tempo em que afirma que tinha uma espécie de "acordo" com outra escrivã que o avisava sobre eventuais cobranças de fianças ainda não recolhidas, oportunidade em que "imediatamente depositava" os respectivos valores (f. 3084).

Ora, se o apelante tinha condições de realizar o depósito imediato das fianças após ser cobrado pela Direção do Cartório, é evidente que também poderia fazê-lo dentro do prazo legal de 03 (três) dias após receber os respectivos pagamentos, não havendo justificativa para que permanecesse com os mesmos até que eventualmente alguém reclamasse a devolução dos valores.

Ressalta-se que inúmeros escrivães não tiveram o mesmo problema de depósitos das fianças, a evidenciar que eventuais dificuldades enfrentadas na rotina de trabalho da delegacia ou inconsistências do sistema não impediam o exercício adequado de suas atividades.

Neste particular, cumpre anotar que o escrivão de polícia Cláudio Camilo Sanches, em depoimento judicial (f. 3097), declarou que às vezes realmente não era possível realizar os depósitos das fianças recebidas no mesmo dia, mas no dia seguinte sempre dava para depositar. Afirmou que sempre fazia o depósito das fianças no máximo em 03 (três) dias ou 72h (setenta e duas horas).

Diante desses elementos, resta demonstrado que o apelante Welligton, no desempenho do cargo de escrivão de polícia, recebeu a fiança prestada por Francisco Chagas Fernandes, Willian de Siqueira Komiyama, Itacir Alcides Zancanelli, Anderson dos Anjos Teixeira, Manoel Silvestre Alvarenga Gomes e Dannis Aranda Costa, bem como apropriou-se indevidamente dos referidos valores ao deixar de realizar o depósito na forma da lei.

Portanto, encontra-se caracterizado o elemento subjetivo do tipo penal consistente no *animus rem sibi habendi*, isto é, no propósito de se assenhorar do numerário de que tinha posse em razão do cargo ocupado, configurando, assim, os crimes de peculato, para os quais é irrelevante a posterior restituição.

Em abono, colho o seguinte trecho da doutrina de escol de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"(...) 6. Tipo subjetivo: adequação típica (...). O dolo é, na espécie, a vontade de assenhorar-se de bem móvel (animus rem sibi habendi), com consciência de que pertence ao Estado, invertendo o título da posse. Em outros termos, o agente deve ter vontade e consciência de apropriar-se de coisa móvel do Estado, isto é, de tomar para si coisa que não lhe pertence.*
>
> *(...).*
>
> *7. Consumação e tentativa (...). Consuma-se o crime com a efetiva apropriação, desvio ou subtração do objeto material, ou seja, quando o funcionário público torna seu o patrimônio do qual detém aposse, ou desvia em proveito próprio ou de terceiro, sendo irrelevante o prejuízo efetivo para a Administração Pública (...). Essa exteriorização da alteração do título da posse, consumadora do crime de peculato, revela-se com a retenção além do tempo necessário, uso pessoal ou consumo, alienação, que são atos caracterizadores de quem é dono ou age com o animus domini (...)."* (*in* Tratado de direito penal: dos crimes praticados contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. Saraiva, 2012. v. 6. Obra disponível em meio digital)

Destarte, não procede o pedido de absolvição em relação aos delitos de peculato.

Da mesma forma, restou suficientemente demonstrada a prática dos crimes de falsidade ideológica, haja vista que o apelante alterou a data de pelo menos 4 (quatro) depósitos referentes a valores de fiança, fazendo constar no Livro de Fianças datas não condizentes com os efetivos depósitos realizados na conta Única do TJMS.

A situação, conforme anteriormente destacado, fica evidenciada pelas cópias extraídas dos Termos de Fiança da polícia civil (f. 191, 195, 196 e 198), onde facilmente nota-se que o apelante inseriu informações falsas em documento público para alterar verdade sobre fato juridicamente relevante.

Logo, correta a condenação do apelante Welligton Aparecido também pela prática dos delitos capitulados no artigo 299, parágrafo único, do Código Penal.

Da comprovação da autoria e materialidade dos crimes imputados à acusada Vasti Correa de Oliveira Ortolan (art. 312, *caput*, do Código Penal, por oito vezes).

A materialidade dos delitos de peculato imputados à acusada Vasti Correa de Oliveira Ortolan restou comprovada por meio de cópias dos autos de prisão em flagrante onde as fianças foram arbitradas (f. 235-242, f. 304-348, f. 1704-1784, f. 2297-2363, f. 2366-2449, f. 2451-2507, f. 2509-5631 e f. 5633-5748), dos Termos de Fiança (f. 204, f. 259, f. 260, f. 317, f. 408, f. 420, f. 483 e f. 519), dos Extratos de Subconta Judicial (f. 439-440, f. 446-447, f. 448-449, f. 450-451, f. 452-453, f. 454-455, f. 456-457, f. 531 e 575) e Extratos da Conta Única do TJMS (f. 625-626, f. 633-634, f. 635-636, f. 637-638, f. 639-641, f. 642-645, f. 646-647 e f. 648-649), dos quais se extrai, sem sombra de dúvidas, que a apelante recebeu e apropriou-se dos valores pagos a título de fiança por José Nildo Vieira da Cunha, Milton Rauber Griebel, Anderson Trindade Dias, Luciano Gonçalves da Silva, Erotildes Bezerra de Oliveira, Elias Benites Portilho, Edson Apolinário e Vinicius de Sena Barbosa, recolhendo os numerários às respectivas contas judiciais apenas mediante provocação dos interessados e reclamação da direção do cartório, após a expedição dos respectivos alvarás de levantamento.

De igual sorte, os elementos de convicção são fartos em demonstrar a autoria da apelante nos delitos de peculato, bem como o elemento subjetivo inerente a tal prática criminosa.

A acusada Vasti Correa de Oliveira admitiu, em juízo, que recebeu as fianças mencionadas na denúncia e que realmente realizou o depósito tardio dos valores na conta judicial, negando, no entanto, que tenha se apropriado dos mesmos. Esclarece que a demora na realização dos depósitos foi motivada por "fragilidades" do próprio sistema e das várias dificuldades enfrentadas na própria rotina de trabalho na DEPAC. Declara, por fim, que nunca deixou o dinheiro recebido em sua bolsa ou levou os valores para sua casa, afirmando que sempre os deixava em um armário no interior da delegacia.

A despeito da versão apresentada, vislumbra-se seguramente que Vasti Correa se apropriou dolosamente de valores recebidos a título de fiança.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a recorrente, tal como Welligton, foi aprovada em concurso público para integrar os quadros da polícia civil do Estado de Mato Grosso do Sul e exercia há anos o cargo de escrivã, sendo evidente que possuía conhecimento acerca do procedimento adequado e do prazo legal para o recolhimento da fiança em conta judicial.

Nada obstante, os elementos de convicção claramente evidenciam que a apelante optou por apropriar-se dos referidos valores, depositando-os na Conta Única do TJMS apenas em caso de eventual expedição de alvará de levantamento pelo Juízo e subsequente reclamação das partes interessadas ou provocação do cartório.

A propósito, a testemunha Edson Apolinário Soares esclareceu, na fase policial e em juízo (f. 101-102 e f. 3041-3042), que entregou o valor de R$ 300,00 (trezentos reais) a título de fiança para a escrivã e, após, por determinação judicial, foi autorizado o levantamento do valor. Disse que teve dificuldade para reaver o

dinheiro, pois, de acordo com o servidor do cartório, o depósito da fiança ainda não havia sido realizado, razão pela qual foi necessário entrar em contato com a escrivã responsável.

Milton Rauber Griebel confirmou, em juízo (f. 2964), o depoimento prestado na fase policial (f. 393), esclarecendo que realizou o pagamento de R$ 300,00 (trezentos reais) a título de fiança para a escrivã, a qual foi identificada como sendo a apelante Vasti (f. 316-317), não recebendo o comprovante do respectivo depósito.

No mesmo sentido têm-se os depoimentos de Dirlene Maria Senna Barbosa, José Nildo Vieira da Cunha, Elias Benites Portilho e Anderson Trindade Dias (f. 283, f. 286, f. 287 e f. 576).

Ainda, a escrivã de polícia civil Marangela Maria Almeida Pereira, em depoimentos prestados tanto na fase policial como na judicial (f. 589-590 e f. 3038-3040), confirmou que realmente recebeu ligações de um servidor da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher cobrando alguns depósitos de fiança e observou que a acusada Vasti não havia realizado o recolhimento dos referidos valores na conta judicial. Recorda-se, em juízo, sobre ter constatado irregularidades nas fianças envolvendo os autuados Elias Benites Portilho, José Nildo Vieira da Cunha, Eurotildes Bezerra de Oliveira, Luciano Gonçalves da Silva e Anderson Trindade Dias. Por fim, esclarece que, após receber cobranças sobre o recolhimento das fianças, a apelante Vasti providenciava os respectivos depósitos.

O delegado de polícia Edilson dos Santos Silva relatou que assumiu a presidência do Inquérito Policial nº 172/2006 (relativo ao autuado Milton Rauber Griebel) e solicitou ao delegado da DEPAC o encaminhamento do comprovante da fiança recolhida, que até então não havia aportado em cartório. Esclarece que, durante o trâmite do inquérito, foi necessário entrar em contato diretamente com a escrivã Vasti, a qual se comprometeu em apresentar o comprovante bancário de recolhimento da fiança.

Fatos semelhantes praticados pela apelante Vasti foram noticiados pelos delegados de polícia Maércio Alves Barbosa (f. 578-579), Ivan Barreira (f. 591-592) e Pedro Espíndola de Camargo (f. 601-602), em inquéritos policiais que presidiram, e pelo investigador Ceni Azevedo Fontella (f. 587).

Conforme se observa, restou provado nos autos que, ao menos em 8 (oito) oportunidades, a apelante Vasti Correa de Oliveira Ortolan, no exercício do cargo de escrivã de polícia judiciária, apropriou-se de valores recebidos a título de fiança, não lhes dando a destinação devida, vindo a realizar o recolhimento dos mesmos na Conta Única do Tribunal de Justiça apenas quando determinado o seu levantamento pelo Juízo e reclamado o reembolso pela parte interessada.

À toda evidência, a alegação de que incorreu em mero equivoco não passa de pueril tentativa de se eximir de sua responsabilidade penal, mesmo porque as condutas retratadas não são isoladas, impossibilitando que pudessem ser justificadas pelo acumulo de trabalho ou eventual situação adversa que estivesse enfrentando. A prática delitiva, como se pode notar, vinha sendo adotada há algum tempo, denotando verdadeira espécie de *modus vivendi*.

Nesse pórtico, a própria apelante afirma, em interrogatório judicial (f. 3047-3049), que *"a partir do momento que a gente era cobrado, a gente corria atrás para efetuar o pagamento"*, deixando claro que não apenas deveria, como também poderia, sem qualquer dificuldade, realizar os depósitos das fianças no prazo legal.

Reforça tal conclusão o fato de inúmeros escrivães não terem problemas da mesma natureza, a evidenciar que eventuais dificuldades enfrentadas em sua rotina de trabalho ou inconsistências do sistema de emissão de guias não impediam o exercício adequado de suas atividades.

Neste particular, cumpre anotar que o escrivão de polícia Cláudio Camilo Sanches, em depoimento judicial (f. 3097), declarou que às vezes realmente não era possível realizar os depósitos das fianças recebidas no mesmo dia, mas no dia seguinte sempre dava para depositar. Afirmou que sempre fazia o depósito das fianças no máximo em 03 (três) dias ou 72h (setenta e duas horas). Outrossim, o escrivão de polícia Hermínio Ramos declarou que fazia o recolhimento imediato das fianças na conta judicial (f. 3045-3046).

Portanto, conclui-se seguramente que a apelante Vasti recebeu as fianças arbitradas pela autoridade policial e apropriou-se indevidamente dos valores ao deixar de realizar o respectivo depósito na forma da lei, vindo a fazê-lo, muito tempo depois, apenas porque foi provocada pela parte interessada ou pelo cartório judicial.

Encontra-se, assim, caracterizado o elemento subjetivo do tipo penal consistente no *animus rem sibi habendi*, isto é, no propósito de se assenhorar do numerário de que tinha posse em razão do cargo ocupado, configurando, assim, os crimes de peculato, para os quais é irrelevante a posterior restituição.

Logo, não procede o pedido de absolvição.

Da mesma forma, inviável falar em desclassificação da conduta para o crime de prevaricação, pois, como visto, a apelante não se limitou a *"retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"*, mas, em verdade, apropriou-se de dinheiro, de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio, restando, pois, caracterizado o delito de peculato.

Incabível, ainda, a sua pretensão à desclassificação para a conduta culposa, prevista no § 2º, do artigo 312 do Código Penal, que assim dispõe: *"Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem. Pena - detenção, de três meses a um ano."*

A figura culposa do delito somente se aplica ao agente que, por infringência ao dever de cuidado, possibilita que terceiro pratique o crime. Entretanto, no caso, foi a apelante quem efetivamente praticou o delito de peculato, se apropriando diretamente dos valores recebidos a título de fiança.

Sobre o tema, os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha (*in* Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361). 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 782):

> *"Previsto no § 2º, ocorre quando o funcionário, através de manifesta negligência, imprudência ou imperícia, infringe o dever de cuidado objetivo, criando condições favoráveis à prática do peculato doloso, em qualquer de suas modalidades (apropriação, desvio, subtração ou concurso para esta)."*

Assim, sendo certo que a autora praticou o núcleo do tipo penal previsto no *caput* do artigo 312 do Código Penal, não há que se falar em desclassificação para modalidade culposa.

A propósito, cite precedente desta Corte de Justiça em caso análogo:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PECULATO APROPRIAÇÃO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO IMPROVIDO – PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO – DOLO CONFIGURADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE CULPOSA OU DELITO DE PREVARICAÇÃO – INVIABILIDADE CONDUTA DO ART. 312, CAPUT DO CP CONFIGURADO – ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA – INEXISTÊNCIA DE EXAME DE SANIDADE MENTAL – NÃO ACOLHIMENTO – RECURSO IMPROVIDO. 1. Os documentos juntados aos autos, aliados aos depoimentos das testemunhas e interrogatório judicial da ré, demonstram o dolo da acusada na apropriação dos valores recebidos a título de fiança, em razão da função exercida. 2. Inviável a desclassificação para o crime de peculato culposo ou para o delito de prevaricação, uma vez que configurada a prática do tipo penal previsto no art. 312, caput do CP. 3. A ausência da capacidade de entendimento da autora deveria ter sido comprovado através de incidente de insanidade mental, mediante comprovação mínima de indícios da doença mental acometida, nos termos do art. 149 do CPP, o que não restou demonstrada nos autos. Assim, não há como aplicar absolvição imprópria pretendida."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000322-37.2015.8.12.0017 – Nova Andradina; Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 12/02/2019)

Do pedido de reconhecimento de arrependimento posterior.

Subsidiariamente, a defesa do apelante Wellingtton requer a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior, prevista no artigo 16 do Código Penal.

Razão não lhe assiste.

Sobre o instituto do arrependimento posterior, Nucci ensina que *"trata-se da reparação do dano causado ou da restituição da coisa subtraída nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, desde que por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa."* (*in* Código penal comentado. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 205).

Na hipótese dos autos, conforme restou cabalmente provado, não é possível falar em reparação voluntária dos danos, tendo em vista que os depósitos dos valores recolhidos a título de fiança somente eram realizados pelos denunciados após a expedição de alvará de levantamento pelo Juízo competente, mediante reclamação das partes interessadas e provocação da Direção dos Cartórios ou dos próprios delegados de polícia.

Tais circunstâncias, por certo, afastam o requisito da voluntariedade no ato de restituição da coisa, uma vez que, à toda evidência, o apelante foi compelido a devolver os valores indevidamente apropriados, o que não teria ocorrido na hipótese de inexistir determinação judicial de levantamento das fianças.

Nesse sentido, colho precedentes:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PECULATOS E INSERÇÕES DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES – PEDIDOS ABSOLUTÓRIOS – IMPROCEDÊNCIA – DELITOS DEVIDAMENTE COMPROVADOS E CARACTERIZADOS – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – MINORANTE ARREPENDIMENTO POSTERIOR – DESCABIMENTO – PENAS-BASE – ROBUSTECER INIDÔNEO – PRESCRIÇÃO RETROATIVA DAS REPRIMENDAS – OCORRÊNCIA – EXTINÇÃO PUNIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO E REFORMA DE OFÍCIO. Estando devidamente comprovados nos autos que o recorrente, valendo de sua função pública, subtraiu automóveis que estavam apreendidos para utilizá-los, em detrimento dos respectivos proprietários, bem como que os excluiu dos cadastros de informação do DETRAN/MS, impõe-se manter a condenação pelos delitos de peculato, por duas vezes, e de inserções de dados falsos em sistema de informações, por duas vezes. É inaplicável o princípio da consunção a delitos que se mostraram autônomos no desdobramento fático.* ***Incabível o reconhecimento da minorante do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal) se o resgate dos bens desviados não foi por ato voluntário do réu.*** *O aumento da pena-base exige fundamentação idônea, calcada em elementos concretos, que evidenciem no delito uma maior reprovação do que a inerente ao tipo penal, sem a qual, deve a primária ser fixada no mínimo legal. Escoado o prazo prescricional previsto para a pena concreta entre marcos interruptivos do processo, no caso, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, é de se reconhecer, de ofício, a ocorrência da prescrição na modalidade retroativa, com a consequente declaração de extinção da punibilidade do agente."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0047752-43.2009.8.12.0001 – Campo Grande; Relator. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 11/12/2017). Destaquei.
>
> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – FUNCIONÁRIO DOS CORREIOS – SUBTRAÇÃO DE TELEFONE CELULAR CONTIDO EM ENCOMENDA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – CRIME CONSUMADO – DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – NÃO INCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE DO AGENTE. 1. Materialidade e autoria demonstradas. 2. O crime de peculato tem por objeto jurídico a Administração Pública, em seu aspecto patrimonial e moral, o que torna incompatível, em regra, a aplicação do princípio da insignificância. Súmula 599 do STJ. 3. A consumação do delito de peculato se dá no momento em que o funcionário público apropria-se do bem ou o subtrai em proveito próprio ou alheio, sendo irrelevante para a sua caracterização a posterior recuperação do bem. No caso, o crime consumou-se no momento em que a apelante subtraiu o telefone celular*

contido no interior de um a encomenda que passaria pelo processo de triagem e distribuição dos Correios. 4. Dosimetria da pena mantida. ***5. Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior) porque, em bora o bem subtraído tenha sido recuperado, a restituição da coisa não se deu por ato voluntário da apelante, m as porque ela foi indagada por seu superior hierárquico sobre o aparelho celular encontrado em suas vestes, sendo que ela, inicialmente, afirmou que lhe pertencia****. 6. Mantidos o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua substituição por duas penas restritivas de direitos. 7. Apelação não provida."* (TRF 3ª R.; ACr 0007124-42.2014.4.03.6105; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; Julg. 04/06/2019; DEJF 11/06/2019). Destaquei.

Portanto, não há falar em arrependimento posterior.

Da perda do cargo público.

Por fim, a defesa de Welligton objetiva o afastamento da pena de perda do cargo público.

Ocorre que, nos crimes praticados com violação de dever para com a Administração Pública, é especificamente possível, mediante fundamentação própria, decretar-se a perda do cargo público, conforme expressamente determina o artigo 92, inciso I, "a", e parágrafo único, do Código Penal:

> *"Art. 92 - São também efeitos da condenação:*
>
> *I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:*
>
> *a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;*
>
> *b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.*
>
> *(...).*
>
> *Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença."*

Na hipótese vertente, o sentenciante justificou a adoção da medida nos seguintes termos (f. 3182):

> *"Nos termos do art. 92, I, alíneas 'a', do Código Penal,* ***decreto a perda do cargo público ocupado pelos acusados Welligton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa de Oliveira Ortolan, na Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul****, eis que foi aplicada uma pena privativa de liberdade por tempo superior a um ano e porque o crime foi praticado em violação de dever para com a Administração Pública (...)."* (G.n.)

Definitivamente, não se pode olvidar que, no caso, estão satisfeitos os requisitos legais que justificam a decretação da perda do cargo público.

Ora, o apelante Welligton Aparecido, tal como a corré Vasti Correa, é servidor das carreiras da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, instituição responsável justamente pelo desenvolvimento de investigações criminais e pela proteção de pessoas e seus respectivos bens, direitos e garantias.

Com efeito, é certo que o apelante praticou os crimes ao longo de meses, mediante afronta aos mais comezinhos princípios que regem a Administração Pública (moralidade e impessoalidade) e, sobretudo, com a falsificação ideológica de documentos públicos.

Diante da gravidade concreta, da incompatibilidade com a função pública e do manifesto risco de reiteração, tem-se por ser inconcebível ao Estado tolerar em seus quadros indivíduo que se vale da condição de agente público para cometer delitos contra a própria Administração Pública.

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – CORRUPÇÃO PASSIVA – DOSIMETRIA – PENA-BASE – ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO – PERDA DO CARGO PÚBLICO DE POLICIAL – ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA – NÃO OCORRÊNCIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...).*
>
> *VI - Conforme entendimento que se assentou nesta Corte Superior, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, prevista no art. 92, I, do Código Penal, não é efeito automático da condenação, de forma que a sua incidência demanda fundamentação expressa e específica, à exceção do crime de tortura.*
>
> *VII - '**O reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público.**' (AgRg no REsp n. 1.613.927/RS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/9/2016).*
>
> *VIII - O Tribunal de origem entendeu que as razões apresentadas pelo Juízo de piso eram suficientes para justificar a perda do cargo, tanto é assim que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis. Precedentes.*
>
> *Habeas corpus não conhecido."* (*HC* 448.667/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018). Destaquei.

Nestes termos, imperativa a decretação da perda do cargo público.

Dos pronunciamentos finais.

Ante o exposto, rejeito as preliminares aventadas e, no mérito, nego provimento aos recursos interpostos por Welligton Aparecido Franco Barbosa e Vasti Correa de Oliveira Ortolan, para manter incólume a sentença condenatória.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e no mérito negaram provimento ao recurso. Sustentação oral realizada pelo Dr. Fábio Castro Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 25 de junho de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0019107-32.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – FURTO QUALIFICADO, POR TRÊS VEZES, E FURTO QUALIFICADO TENTADO EM CONTINUIDADE DELITIVA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES – INCABÍVEL – QUALIFICADORAS EVIDENCIADAS – ALEGADO CRIME IMPOSSÍVEL QUANTO AO DELITO TENTADO – POSSE DE FATO DA *RES FURTIVA* – SÚMULA 567 STJ – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS – DESLOCAMENTO PARA A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA – POSSIBILIDADE – CRIME CONTINUADO – FRAÇÃO DE AUMENTO CONFORME QUANTITATIVO DE CRIMES – ENTENDIMENTO DO STJ – PENAS RETIFICADAS – REGIME SEMIABERTO MANTIDO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA CORPÓREA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INADMISSÍVEL – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP – PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA – NEGADA – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO VISLUMBRADA – RECURSOS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

Não há falar em absolvição, eis que os elementos de convicção produzidos durante a persecução penal, em especial a confissão do corréu Mário em ambas as fases (extrajudicial e judicial), corroborado pelas imagens do circuito interno de vigilância e pelo depoimento da testemunha ocular, prestado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, são conclusivos em demonstrar a autoria dos apelantes na prática dos crimes narrados na inicial acusatória.

In casu, restou indubitável que o apelante Marco praticou o delito de furto qualificado consumado, por três vezes, mediante concurso de pessoas, uma vez que contou com a coautoria dos réus Marcelo e Mário, e por uma vez, na forma tentada, em coautoria com o réu Mário, sendo que todos os delitos foram praticados mediante fraude, haja vista a simulação de conferência do cupom fiscal na saída das mercadorias, e em continuidade delitiva. Assim, não há que se falar em absolvição ou em desclassificação para o delito de furto simples.

A existência de sistema de vigilância por câmeras de monitoramento, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto (Súmula 567 do STJ), pois tal delito consuma-se com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (STJ. REsp n.º 1.524.450/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015).

Na hipótese de concorrência de qualificadoras em um mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas, ou para elevar a sanção básica ou para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, se previstas no art. 61 do Código Penal.

Segundo pacífico entendimento do STJ, o aumento de pena em decorrência das regras do crime continuado (art. 71 do CP) deverá considerar o quantitativo de delitos praticados, ou seja, *"1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações."* (STJ. *HC* 342.475/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016).

Tendo em vista que a vetorial das circunstâncias do delito foi considerada desfavorável ao recorrente, uma vez que os delitos foram praticados mediante abuso de confiança e em concurso de pessoas, assim, há fundamentação concreta e idônea para a fixação de regime mais gravoso do que o

permitido pelo *quantum* final da reprimenda (Súmula 719 do STF), pois a quantidade de pena não é o único critério a ser considerado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto Repressivo.

A existência de circunstância judicial desfavorável é causa impeditiva da concessão do benefício do artigo 44 do CP, uma vez que os requisitos lá apresentados são cumulativos (TJMS. Apelação Criminal n. 0043913-34.2014.8.12. 0001, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 13/07/2020, p: 15/07/2020).

Não há que se falar em concessão dos benefícios da justiça gratuita quando o apelante não apresentou nos autos evidências de que não possui recursos suficientes para o pagamento das custas processuais e demais encargos oriundos da sentença penal condenatória, além de ter sido assistido neste feito - inclusive na fase recursal - por advogado particular, inviabilizando a conclusão de que não possui capacidade financeira para arcar com o ônus do processo a que deu causa.

Recursos parcialmente procedentes, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos.

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por Marcelo Barbosa Borges, Marco Aurelio Pedra Merey e Mario Renato da Silva Camargo contra a sentença (f. 358-381) que condenou o primeiro a 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e no pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, e os demais a 03 (três) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, e no pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal (três vezes), c.c artigo 71, do mesmo diploma legal, com relação a todos, e também o crime do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, todos c.c. artigo 71, do mesmo diploma legal, com relação apenas a Marco Aurélio e Mário Renato.

Marco Aurélio sustenta inexistir provas suficientes para a manutenção do édito condenatório, motivo pelo qual pugna pela absolvição.

Subsidiariamente, milita pelo reconhecimento do crime impossível quanto ao furto tentado, bem como pela fixação da pena no mínimo legal e o abrandamento do regime inicial para o sistema aberto (f. 417-425).

Marcelo objetiva o afastamento do crime continuado, o abrandamento do regime inicial para o sistema aberto, a substituição da corpórea por penas restritivas de direitos e a concessão da gratuidade da justiça (f. 427-437).

Mário Renato pretende a redução da pena-base, o abrandamento do regime inicial para o sistema aberto e a substituição da corpórea por penas restritivas de direitos. Ao final, apresenta prequestionamento (f. 438-459).

Contrarrazões pelo não provimento dos apelos (f. 463-480).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer, opina pelo desprovimento dos recursos (f. 487-501).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Marcelo Barbosa Borges, Marco Aurelio Pedra Merey e Mario Renato da Silva Camargo contra a sentença (f. 358-381) que condenou o primeiro a 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e no pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, e os demais a 03 (três) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, e no pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal (três vezes), c.c artigo 71, do mesmo diploma legal, com relação a todos, e também o crime do artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, todos c.c. artigo 71, do mesmo diploma legal, com relação apenas a Marco Aurélio e Mário Renato, pois, segundo narra a denúncia:

> *"Do primeiro crime de furto qualificado*
>
> *No dia 17.11.2013, por volta das 18h30min, no Hipermercado Extra, situado na rua Maracaju, bairro Centro, nesta Capital, os denunciados Mario Renato da Silva Camargo, Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges subtraíram, mediante fraude e abuso de confiança 04 pneus Michelin pertencente a empresa/vítima Hipermercado Extra.*
>
> *Na ocasião dos fatos, o denunciado Mario Renato da Silva Camargo, facilitou a saída das res furtivas para os denunciados Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges, mediante pagamento do valor de R$ 250,00 reais. Ato contínuo, o denunciado Marco Aurélio Pedra Merey se dirigiu a seção de pneus da referida empresa, e subtraiu a res furtiva juntamente com o denunciado Marcelo Barbosa Borges, saindo do local sem efetuar o devido pagamento.*
>
> *O denunciado Mario Renato da Silva Camargo possuía cargo de confiança na empresa/vítima, pois trabalhava no local como fiscal de prevenção e perdas, sendo responsável pela fiscalização da saída de mercadorias.*
>
> *Do segundo crime de furto qualificado*
>
> *No dia 18.11.2013, por volta das 18h30min, no Hipermercado Extra, situado na rua Maracaju, bairro Centro, nesta Capital, os denunciados Mario Renato da Silva Camargo, Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges subtraíram, mediante fraude e abuso de confiança 04 pneus Michelin pertencente a empresa/vítima Hipermercado Extra.*
>
> *Na ocasião dos fatos o denunciado Mario Renato da Silva Camargo, facilitou a saída das res furtivas para os denunciados Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges, mediante pagamento do valor de R$ 250,00 reais. Ato contínuo, o denunciado Marco Aurélio Pedra Merey se dirigiu a seção de pneus da referida empresa, e subtraiu a res furtiva, saindo do local sem efetuar o devido pagamento, colocando as res furtivas no veículo FIAT/UNO, cor prata, juntamente com o denunciado Marcelo Barbosa Borges e evadiu-se do local tomando rumo ignorado.*
>
> *Do terceiro crime de furto qualificado*
>
> *No dia 19.11.2013, por volta das 18h30min, no Hipermercado Extra, situado na rua Maracaju, bairro Centro, nesta Capital, os denunciados Mario Renato da Silva Camargo, Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges subtraíram, mediante fraude e abuso de confiança 04 pneus Michelin pertencente a empresa/vítima Hipermercado Extra.*

Na ocasião dos fatos o denunciado Mario Renato da Silva Camargo, facilitou a saída das res furtivas para os denunciados Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges, mediante pagamento do valor de R$ 250,00 reais. Ato contínuo, o denunciado Marco Aurélio Pedra Merey se dirigiu a seção de pneus da referida empresa, e subtraiu a res furtiva, saindo do local sem efetuar o devido pagamento, colocando as res furtivas no veículo FIAT/UNO, cor prata, e evadiu-se do local tomando rumo ignorado.

Do crime de furto tentado.

No dia 19.11.2013, por volta das 18h30min, no Hipermercado Extra, situado na rua Maracaju, bairro Centro, nesta Capital, os denunciados Mario Renato da Silva Camargo, Marco Aurélio Pedra Merey, e Ary Rodrigues Dos Santos tentaram subtrair, mediante fraude e abuso de confiança 04 pneus Michelin pertencente a empresa/vítima Hipermercado Extra.

Na ocasião dos fatos o denunciado Mario Renato da Silva Camargo, facilitou a saída das res furtivas para os denunciados Marco Aurélio Pedra Merey, e Ary Rodrigues Dos Santos, mediante pagamento do valor de R$ 250,00 reais. Ato contínuo, o denunciado Marco Aurélio Pedra Merey se dirigiu a seção de pneus da referida empresa, e subtraiu a res furtiva, saindo do local sem efetuar o devido pagamento, logo após este foi abordado pelo funcionário da empresa José Francisco da Silva e questionados sobre o cupom fiscal da referida mercadoria, motivo pela qual os denunciados se exaltaram e jogaram as res furtivas no estacionamento da empresa/vítima e evadiram-se do local, não ocorrendo à consumação por motivos alheios a sua vontade.

As res furtivas subtraídas foram avaliadas no valor total de R$ 3.457,92 reais, conforme Termo de Avaliação Indireta de f. 44.

Da continuidade delitiva

Os crimes praticados pelos denunciados Mario Renato da Silva Camargo, Marco Aurélio Pedra Merey, Marcelo Barbosa Borges foram realizados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, configurando a continuidade delitiva prevista no art.155 § 4º, inciso II do Código Penal."

Marco Aurélio sustenta inexistir provas suficientes para a manutenção do édito condenatório, motivo pelo qual pugna pela absolvição.

Subsidiariamente, milita pelo reconhecimento do crime impossível quanto ao furto tentado, bem como pela fixação da pena no mínimo legal e o abrandamento do regime inicial para o sistema aberto.

Marcelo objetiva o afastamento do crime continuado, o abrandamento do regime inicial para o sistema aberto, a substituição da corpórea por penas restritivas de direitos e a concessão da gratuidade da justiça.

Mário Renato pretende reduzir a pena-base, abrandar o regime inicial para o sistema aberto e substituir a corpórea por penas restritivas de direitos.

Passo à análise dos recursos.

Inexistem preliminares ou matérias a serem apreciadas de ofício, razão pela qual adentro no exame do mérito.

Dos pedidos de absolvição.

Em que pese as argumentações dos recorrentes Marco Aurélio Pedra Merey e Marcelo Barbosa Borges, o desprovimento dos recursos é a medida que se impõe.

A materialidade dos delitos restou consubstanciada na portaria de instauração de inquérito policial (f. 07), Boletim de Ocorrência nº 529/2013 (f. 08-09), auto de exibição e apreensão (f. 39-40), auto de avaliação indireta (f. 52), laudo pericial (f. 114-138) e demais provas produzidas em juízo.

A autoria é certa e recai sobre os apelantes. Vejamos.

A testemunha José Francisco da Silva (mídia de f. 292-293), relatou que o chefe do seu setor, Sr. Joel Santiago Júnior, recebeu denúncia anônima acerca de um funcionário que estaria facilitando o furto de pneus e que tal pessoa seria o apelante Mário Renato da Silva Camargo, que exercia a função de fiscal de prevenção de perdas.

Aduziu que Mário passou a ser monitorado a fim de ser constatada a veracidade de sua participação nos furtos.

Noticiou ter sido observado que Mário, quando estava no seu posto de trabalho, ligava para os comparsas e eles compareciam ao mercado, escolhiam os pneus, não passavam pelo caixa e se dirigiam até o apelante, que simulava a conferência do cupom fiscal da compra, pois carimbava cupom de outra compra, e liberava a saída dos corréus com os objetos.

Afirmou ter constatado, através das gravações das câmeras de vigilância, os furtos ocorridos nos dias 17 e 18 de novembro de 2013, com a participação dos recorrentes Marco Aurélio, Marcelo e Mário Renato.

Quanto ao furto ocorrido no dia 19/11/2013, visualizou, em tempo real, também pelas câmeras, a participação, direta, de Mário Renato e apenas um outro réu.

Já a tentativa de furto do dia 20/11/2013, presenciou tal fato, ocasião em que se dirigiu até ao estacionamento e encontrou o apelante Marco Aurélio dentro do veículo, momento em que o questionou acerca do cupom fiscal da compra, ocasião em que o corréu Mário Renato compareceu no mesmo local e, após uma discussão, o recorrente Marco Aurélio retirou os pneus que estavam no porta-malas, entrou no carro juntamente com o corréu Ary, se evadiram do local pela contramão e trafegaram por cima de uma calçada, quase provocando um acidente.

Asseverou que, em todas as ocasiões, os pneus subtraídos eram colocados no porta-malas do veículo Fiat Uno, placa NRF 3977, de Campo Grande-MS, de propriedade do apelante Marco Aurélio.

Declarou que, após ser realizado levantamento do inventário de mercadorias, chegou-se à constatação de que foram subtraídos cerca de 40 (quarenta) pneus.

No mesmo sentido depôs, na fase investigativa, o chefe do setor de prevenção e perdas do estabelecimento comercial vítima dos delitos, Sr. Joel Santiago Júnior (f. 14-15).

O recorrente Mário Renato da Silva Camargo, tanto na fase investigativa quanto em juízo (mídia de f. 294), confessou a prática dos delitos.

Contou que era empregado do Hipermercado Extra e exercia a função de fiscal de prevenção de perdas, por isso, pode facilitar o furto de 12 (doze) pneus de veículo e a tentativa de subtração de outros 4 (quatro) pneus.

Relatou que os corréus Marcelo e Marco Aurélio entravam no mercado, se dirigiam até a seção dos pneus, colocavam 4 (quatro) unidades em um carrinho e se dirigiam diretamente para a saída, sem passar pelo caixa, indo de encontro consigo, oportunidade em que fazia uma conferência de cupom fiscal "de fachada", pois utilizava cupom de outro produto, e liberava a saída dos corréus com os objetos subtraídos.

Disse que não conhecia os corréus e que o conluio se deu por ocasião (*sic*), porque estava passando por dificuldades financeiras.

Revelou que ocorreram 3 (três) furtos consumados, nos dias 17, 18 e 19 de outubro de 2013, e uma tentativa, no dia 20 de outubro de 2013, quando o supervisor José Francisco da Silva interpelou os corréus Ary e Marco Aurélio acerca do cupom fiscal de pagamento dos produtos, tendo eles iniciado uma discussão, descarregado os pneus do porta-malas do carro e se evadido do estacionamento do mercado.

Afirmou que nos furtos consumados os coautores eram sempre os mesmos, Marco Aurélio e Marcelo, e que, na tentativa de furto, havia um diferente. Assim, por exclusão, conclui-se que essa pessoa diferente seria o corréu Ary.

Admitiu que somente uma vez o furto foi realizado com a participação, direta, de apenas um dos corréus. Desse modo, resta claro que o apelante se refere ao furto consumado ocorrido no dia 19/11/2013, perpetrado em coautoria com o apelante Marcelo, conforme depoimento da testemunha José Francisco da Silva e das imagens do circuito interno de câmeras (f. 120-128).

Declarou que recebeu a quantia de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), em espécie, por cada vez que participou da subtração das mercadorias.

O apelante Marcelo Barbosa Borges (mídia de f. 295) asseverou ter participado apenas do fato ocorrido no dia 19/11/2013, ocasião em que trabalhava como motorista do recorrente Marco Aurélio.

Disse que, mediante ordens de tal pessoa, foi até o hipermercado Extra, com o veículo de Marco Aurélio, entregou a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais) ao apelante Mário Renato e pegou 4 (quatro) pneus, sem passar pelo Caixa do estabelecimento comercial.

Alegou que não sabia que tal prática configurava o delito de furto e nem desconfiou.

Negou participação nos furtos ocorridos nos dias 17 e 18 de novembro de 2013.

O corréu Ary Rodrigues dos Santos (mídia de f. 296) declarou que foi até ao hipermercado Extra, em companhia do apelante Marco Aurélio, ocasião em que este lhe pediu para pegar 4 (quatro) pneus, tendo lhe entregado um "papel" e a quantia de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Relatou que entregou tal "papel" e a quantia mencionada ao apelante Mário Renato, adentrou no estabelecimento, pegou os pneus, passou pelo fiscal (recorrente Mário), que assinou o "papel", saiu com os produtos, sem passar pelo Caixa, e os colocou no porta-malas do carro de Marco Aurélio, que estava aguardando no estacionamento.

Contou que, após serem abordados por outro funcionário do hipermercado, Marco Aurélio retirou os pneus do porta-malas do carro, os jogou no chão e foram embora.

Afirmou ter questionado Marco Aurélio, que lhe disse ter um "combinado" com o funcionário do mercado para pegar os pneus.

Negou ter conhecimento dos furtos ocorridos nos dias anteriores àquele em que participou.

Conforme depoimento do apelante Mário Renato, da testemunha José Francisco da Silva e das imagens do circuito interno de câmeras (f. 129-137), Ary participou do fato ocorrido em 20/11/2013.

Dessa feita, diante do robusto conjunto probatório ora demonstrado, resta indubitável que o apelante Marco Aurélio Pedra Merey praticou o delito de furto qualificado consumado, por três vezes, mediante concurso de pessoas, uma vez que contou com a coautoria dos réus Marcelo Barbosa Borges e Mário Renato da Silva Camargo, e por uma vez, na forma tentada, em coautoria com o réu Mário Renato, sendo que todos os delitos foram praticados mediante fraude, haja vista a simulação de conferência do cupom fiscal na saída das mercadorias, e em continuidade delitiva.

O corréu Mário Renato e a testemunha José Francisco da Silva, conforme demonstrado, foram claros e uníssonos ao apontarem que Marco Aurélio Pedra Merey e Marcelo Barbosa Borges praticaram os furtos ocorridos nos dias 17 e 18 de novembro de 2013, em que pese não tenham sido disponibilizadas as imagens do circuito interno de câmeras, conforme ofício de f. 75-78.

Quanto ao delito praticado no dia 19/11/2013, a conduta de Marcelo foi captada pelo circuito interno de câmeras, tendo Marco Aurélio concorrido para o crime com o fornecimento tanto do veículo para o transporte da *res furtiva* quanto do dinheiro utilizado no pagamento do réu Mário Renato pela facilitação.

A alegação de Marcelo, de que apenas cumpria ordens de Marco Aurélio, seu empregador à época, diverge de seu interrogatório na fase inquisitiva, oportunidade em que estava devidamente assistido por advogado, quando admitiu que os 4 (quatro) pneus retirados do mercado, no dia 19/11/2013, foram colocados no carro da sua genitora (f. 41-42). Assim, tal argumento, consoante demonstrado, é contraditório, além de não ser crível que o apelante desconhecia o caráter ilícito de sua conduta ao retirar mercadoria de um hipermercado sem passar pelo Caixa e, ainda, efetuar pagamento diretamente à funcionário que não exercia função em tal setor.

Fica evidente que o recorrente Marcelo tenta, na verdade, descaracterizar o *modus operandi* empregado na prática dos crimes.

Já no que diz respeito à tentativa de furto do dia 20/11/2013, as imagens das câmeras de vigilância, o depoimento de José Francisco da Silva e o interrogatório dos corréus Mário Renato e Ary Rodrigues dos Santos não deixam qualquer dúvida acerca da participação do apelante Marco Aurélio.

Nessa senda, quanto ao furto tentado, não há que se falar em crime impossível, pois somente se configura tal hipótese quando, na dicção do artigo 17 do Código Penal, *"por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime."*

Nesse eito, convém citar a Súmula nº 567 do STJ:

> *"Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto."*

Destarte, em que pese a existência de sistema de vigilância por câmeras de monitoramento e o apelante Marco Aurélio tenha sido interceptado pelo funcionário da empresa vítima no estacionamento, resta consumado o delito de furto com a posse de fato da *res furtiva*, que já estava acondicionada no porta-malas do veículo do recorrente Marco Aurélio, ainda que por breve espaço de tempo, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada[1].

Logo, mantenho as condenações dos apelantes Marco Aurélio Pedra Merey e Marcelo Barbosa Borges.

Da dosimetria das penas e do regime inicial de cumprimento.

Mário Renato da Silva Camargo

O recorrente objetiva a redução da pena-base sob o argumento de que a fundamentação utilizada pelo sentenciante é inerente ao tipo penal e o patamar de elevação da pena foi desproporcional.

A dosagem da pena do apelante restou assentada da seguinte forma:

> *"1ª Fase - Circunstâncias Judiciais*
>
> *Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo-lhe as penas.*
>
> *O acusado não registra antecedentes penais (f. 202-203).*
>
> *Tendo sido reconhecidas 03 (três) qualificadoras em relação delito de furto qualificado pelo concurso de pessoas, abuso de confiança e fraude, duas delas serão consideradas como circunstâncias judiciais negativas, tais sejam, as qualificadoras do concurso de agentes e do abuso de confiança (art. 155, § 4.º, II e IV, do Código Penal), posto que não se pode apenar*

1 STJ. REsp n.º 1.524.450/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015.

igualmente um crime qualificado com outro triplamente qualificado. Logo, as circunstâncias extrapolam o tipo penal.

Os motivos e consequências dos crimes circunscrevem-se ao normal do tipo.

O comportamento da vítima não tem relevância na fixação das penas.

Dos autos não constam elementos para aferir a personalidade e a conduta social do agente.

A culpabilidade é normal ao tipo penal.

Em tal contexto, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado (3), fundamento pelo qual fixo as penas bases em 03 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, para cada crime de furto, totalizando 04 (quatro).

2ª Fase - Atenuantes e Agravantes

Na segunda fase da fixação da pena, incide a atenuante da confissão espontânea a que alude o art. 65, III, alínea 'd', do Código Penal, posto que o acusado confessou espontaneamente a autoria do delito, contribuindo para sua elucidação.

Logo, reduzo as penas em 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias-multa a pena de multa, as quais passam a totalizar 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, para cada crime de furto.

3ª Fase – Causas de Aumento ou Diminuição de Pena

Na terceira fase de fixação da pena, em relação a um dos crimes de furto ocorrido no dia 19/11/2013, presente a causa especial de diminuição relativa à tentativa (art. 14, II, do Código Penal), uma vez que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do acusado.

Assim, considerando a proximidade de consumação do delito, reduzo as penas em 1/3 (um terço), tornando-as definitivas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Em relação aos crimes praticados nos dias 17, 18 e 19/11/2013, as penas definitivas são no patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, para cada crime de furto.

Em decorrência das regras do crime continuado, aplico somente uma das penas, majorada em 1/3 (um terço), unificando-as em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa."

Nota-se que a basilar foi recrudescida em razão da vetorial das circunstâncias do crime ter sido considerada desfavorável pelo concurso de agentes e abuso de confiança na perpetração dos delitos.

SCHMITT[2], ao tratar das circunstâncias da infração penal relacionada no artigo 59 do Estatuto Repressivo, preleciona:

> *"São elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, entre outros."*

Assim, ao contrário do que alega a defesa, as circunstâncias utilizadas pelo magistrado para elevar a pena-base (concurso de agentes e abuso de confiança) não são inerentes ao tipo penal do artigo 155 do CP, mas, sim, qualificadoras do delito (incisos II e IV).

2 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 163.

Desse modo, tendo em vista que o sentenciante utilizou a fraude para qualificar o crime, as demais circunstâncias qualificadoras podem ser deslocadas e utilizadas na primeira fase da dosimetria para elevar a basilar, desde que não configurem agravantes genéricas do artigo 61 do CP.

A propósito:

> *"A presença de mais de uma qualificadora autoriza a utilização de uma delas à qualificação do delito de furto, e a remanescente no primeiro momento do processo dosimétrico, ao incremento da pena-base."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0047837-82.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 27/06/2019, p: 01/07/2019).

Assim, não há que se falar em inidoneidade de fundamentação.

No que concerne ao *quantum*, é imperioso registrar que o Código Penal não estabelece um percentual mínimo ou máximo para elevação da reprimenda em razão de cada circunstância judicial desfavorável, de modo que tal atividade insere-se no campo de discricionariedade do magistrado, o qual avaliará, em cada caso concreto, a quantidade de pena suficiente para a prevenção e reprovação do delito, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, em atenção ao princípio da individualização da pena.

Em que pese o e. Superior Tribunal de Justiça tenha traçado um critério objetivo que pode servir de parâmetro para o julgador na primeira fase da dosimetria penal, consistente em atribuir 1/8 (um oitavo) de aumento para cada circunstância judicial desfavorável, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal[3], tal parâmetro não se trata de uma fórmula absoluta.

In casu, o sentenciante entendeu como desfavorável a moduladora das circunstâncias do delito em razão de dois fatores: a) ter sido praticado mediante abuso de confiança e b) em concurso de pessoas.

Assim, há fundamentação concreta para exasperar a pena-base em patamar superior àquele do critério traçado pelo STJ.

Logo, mantenho a basilar nos moldes da sentença, 03 (três) anos de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa, para cada crime de furto.

Conservo a pena intermediária no mesmo patamar, vez que ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase da dosimetria, a causa de diminuição pela tentativa, referente ao furto praticado dia 20/11/2013, provocou acertadamente a redução da pena na fração de 1/3 (um terço), considerando o *iter criminis* percorrido.

No tocante ao aumento de pena em decorrência das regras do crime continuado (art. 71 do CP), considerando a prática de 4 (quatro) infrações, o patamar a ser aplicado é o de 1/4 (um quarto) sobre a pena mais grave, conforme pacífico entendimento do STJ[4].

Assim, fixo a pena, definitivamente, em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, e 18 (dezoito) dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, entendeu o sentenciante por fixar o sistema semiaberto, sob o seguinte fundamento:

---

3 cf.: *HC* 401.139/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 306.407/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 296.562/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; *HC* 378.982/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017.

4 É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. (STJ. *HC* 342.475/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016).

> *"Considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis e o montante da pena aplicada, fixo o regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal."*

Nota-se, conforme exposto alhures, que a vetorial das circunstâncias do delito foi considerada desfavorável ao recorrente, uma vez que os delitos foram praticados mediante abuso de confiança e em concurso de pessoas, assim, há fundamentação concreta e idônea para a fixação de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* final da reprimenda (Súmula 719 do STF), pois a quantidade de pena não é o único critério a ser considerado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto Repressivo.

Sobre o tema, impende destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE –* ***REGIME INICIAL SEMIABERTO – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL – POSSIBILIDADE –*** *SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – VIA INADEQUADA. 1.* ***Conforme a pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, devem ser observadas as regras dos arts. 33 e 59 do Código Penal, de forma que a existência de circunstância judicial negativa, verificada na primeira fase da dosimetria, permite a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum final da reprimenda****. 2. (...). 3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1496754/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016). (G.n.)

Dessa feita, mantenho o regime inicial semiaberto.

No que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em que pese estarem preenchidos os requisitos dos incisos I e II do artigo 44 do CP, o mesmo não ocorreu com o inciso III. Assim, a existência de circunstância judicial desfavorável é causa impeditiva da concessão do benefício, uma vez que os requisitos apresentados no artigo 44 são cumulativos[5].

Nesse diapasão, cito precedente do STJ e desta Corte:

> *"HABEAS CORPUS – PENAL – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL – NÃO PREENCHIMENTO – HABEAS CORPUS DENEGADO. 1.* ***Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal****. 2. (...)."* (*HC* 217.567/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012) - Destaquei.

> *"****Somente faz jus ao benefício previsto no art. 44 do Código Penal o agente que, de forma cumulada, preenche a todos os requisitos lá enumerado****."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0043913-34.2014.8.12.0001, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 13/07/2020, p: 15/07/2020) - Destaquei.

Marco Aurélio Pedra Merey

Na primeira fase da dosimetria, diante da presença de uma moduladora desfavorável, relativa às circunstâncias do delito, percebe-se que o sentenciante elevou a basilar em 6 (seis) meses e 5 (cinco) dias-multa, *quantum* este mais benéfico ao recorrente, se comparado ao parâmetro do STJ, pois se tivesse recrudescido a pena em 1/8, a basilar sofreria acréscimo de 9 (nove) meses e 43 (quarenta e três) dias-multa.

Portanto, mantenho a pena-base no mesmo patamar da sentença, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, para cada crime de furto.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 422.

Ressalte-se que não houve a comunicação da qualificadora do abuso de confiança, por consequência, não foi utilizada para recrudescer a basilar.

Não há motivos para retificação da pena intermediária, em razão da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase da dosimetria, a causa de diminuição pela tentativa, referente ao furto praticado dia 19/11/2013, provocou acertadamente a redução da pena na fração de 1/3 (um terço), considerando o *iter criminis* percorrido.

No tocante ao aumento de pena em decorrência das regras do crime continuado (art. 71 do CP), considerando a prática de 4 (quatro) infrações e conforme entendimento do STJ, o patamar a ser aplicado é o de 1/4 (um quarto) sobre a pena mais grave.

Assim, fixo a pena, definitivamente, em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, e 18 (dezoito) dias-multa.

Quanto ao regime inicial, para não ser repetitiva, utilizo dos mesmos fundamentos lançados, quando da análise do apelante Mário Renato, para manter o sistema semiaberto, como também para afastar a substituição da corpórea por restritivas de direitos.

Marcelo Barbosa Borges

Utilizo dos fundamentos empregados na análise da dosimetria do apelante Marco Aurélio para manter a pena-base no mesmo patamar da sentença, 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, para cada crime de furto.

Quanto à segunda e terceira fases da dosimetria, preservo igual *quantum* pelos mesmos fundamentos expostos quando da análise das reprimendas dos corréus.

No tocante ao aumento pela continuidade delitiva, tendo em vista que o apelante praticou 3 (três) infrações, somente uma das penas deve ser elevada em 1/5 (um quinto), conforme pacífico entendimento do STJ.

Assim, fixo a pena, definitivamente, em 3 (três) anos de reclusão, e 16 (dezesseis) dias-multa.

Relativamente ao regime inicial, para não ser repetitiva, utilizo dos mesmos fundamentos lançados, quando da análise dos corréus, para manter o sistema semiaberto, como também para afastar a substituição da corpórea por restritivas de direitos.

No que diz respeito ao pedido de concessão de gratuidade da justiça, tenho que o apelante não apresentou nos autos evidências de que não possui recursos suficientes para o pagamento das custas processuais, haja vista que foi assistido neste feito - inclusive na fase recursal - por advogado particular, inviabilizando a conclusão de que não possui capacidade financeira para arcar com o ônus do processo a que deu causa.

Nesse sentido:

> *"Não é o caso de atender ao pedido de isenção de custas se o apelante não foi assistido pela Defensoria Pública até o momento da sentença condenatória e há dúvida acerca de ser ele hipossuficiente."* (TJMS; Apelação Criminal n. 0023286-14.2011.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 25.04.2019).

> *"Incabível a concessão da assistência judiciária gratuita se o recorrente é assistido por advogado particular e não fez prova da situação de pobreza."* (TJMS. Apelação n. 0000611-81.2016.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, Rel.ª Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 28/03/2017, p: 31/03/2017).

Assim sendo, indefiro o pedido de gratuidade da justiça.

Por fim, no que tange aos prequestionamentos, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Nesse diapasão, cita-se:

> *"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."* (TJMS. Ap. nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 1ª Câmara Criminal, julgado em 07/03/2017).

Posto isso, contra o parecer, dou parcial provimento aos recursos interpostos para aplicar a fração de 1/4 pela continuidade delitiva e reduzir as penas dos recorrentes Mário Renato da Silva Camargo e Marco Aurélio Pedra Merey, sendo ambas fixadas, definitivamente, em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 18 (dezoito) dias-multa, e aplicar a fração de 1/5 pela continuidade delitiva e reduzir a pena do recorrente Marcelo Barbosa Borges, sendo fixada, definitivamente, em 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0013513-71.2013.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ESTELIONATO (ART. 171, *CAPUT,* DO CP) – PRATICADO 5 VEZES – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DE UM DOS DELITOS – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, VII, DO CPP) – POSSIBILIDADE – PROVAS NÃO CONFIRMADAS EM FASE PROCESSUAL (ART. 155 DO CPP) – DOSIMETRIA – AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AVALIADAS NEGATIVAMENTE – CABÍVEL – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CONSEQUÊNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL – *NON BIS IN IDEM* – REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE EXASPERAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP) – ADMISSÍVEL – ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – VIÁVEL – FIXADO O SISTEMA ABERTO – ART. 33, § 2º, "C", CP – PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP – SUBSTITUIÇÃO, *EX OFFICIO,* DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – RECURSO PROVIDO.

Observado o princípio *in dubio pro reo*, e com fincas no artigo 155 do CPP, a medida impositiva quando as provas colhidas na fase inquisitorial não são confirmadas em Juízo é a absolvição.

Em homenagem ao princípio da razoabilidade, deve adequar-se a exasperação em razão da continuidade delitiva prevista no art. 71 do CP, de acordo com a quantidade de condenações do acusado. Precedente do STJ.

Conforme entendimento sumular do STJ e o princípio da consunção, crimes subsidiários utilizados na fase de preparação de um crime mais amplo são absorvidos por este, de modo que deve ser afastada valoração negativa acerca das circunstâncias do crime fundamentadas em razão disso.

Em crimes patrimoniais, o prejuízo econômico é inerente ao tipo penal, de maneira que é inviável valorar negativamente as consequências do crime utilizando-se de tal fundamentação, salvo quando o prejuízo de elevada monta desbordar do esperado para o tipo penal, hipótese que não se configura *in casu*.

A motivação de cada moduladora penal concernente ao art. 59 do CP deve ser analisada individualmente em homenagem ao princípio *non bis in idem*.

Cabível o abrandamento de regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, quando preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do CP.

De igual sorte, quando completas as exigências do art. 44, deverá a pena privativa de liberdade ser substituída por restritivas de direitos.

Recurso provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de agosto de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Adriano da Costa Silva contra a sentença (f. 821-837) que o condenou a 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa pela prática do crime do artigo 171, *caput* (estelionato), por cinco vezes, c/c artigo 71, ambos do Código Penal.

Pleiteia em suas razões, a absolvição pelo crime de estelionato praticado contra a vítima Capital Truck Center, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, o redimensionamento da pena-base para o mínimo legal, a diminuição da exasperação da pena na terceira fase de dosimetria, em razão da continuidade delitiva, observado o critério da razoabilidade, e por conseguinte, abrandar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto. Por fim, apresenta prequestionamento (f. 903-910).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 916-932).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer, manifesta-se no mesmo sentido. Ao final, apresenta prequestionamento (f. 937-952).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia (f. 01-06) em desfavor de Adriano da Costa Silva, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 299, *caput*, por 04 (quatro) vezes, c/c art. 71 e art. 171, *caput*, por 05 (cinco) vezes c/c art. 69, todos do Código Penal, cabendo destacar:

> *"(...) conforme consta no incluso inquérito policial, no primeiro semestre do ano de 2009, nesta capital, o denunciado Adriano da Costa Silva obteve para si, vantagem ilícita, consistente no valor superior a R$ 8.170,00 (oito mil cento e setenta reais), em prejuízo às empresas Locatelli Pneus, Capital Truck Center, Piscina & Cia e Locatelli Recapagens, após manter seus proprietários e funcionários em erro, através de meio fraudulento. Segundo restou apurado, na época dos fatos, o denunciado Adriano da Costa Silva, através da inserção de declarações falsas perante as Instituições Bancárias Caixa Econômica Federal, Banco Itaú e Banco Real, em nome de Adriano Dias Gonsalves, abriu contas correntes, com a obtenção de talonários de cheques. Verifica-se dos documentos juntados nos autos, a abertura da conta 5039965-7, agência 0085, do Banco Real (f. 213-220); da conta 01005680-6, agência 2224, da Caixa Econômica Federal (f. 265-267 e 359-372), além da conta 12672-3, agência 1585, do Banco Itaú S/A (f. 373 e 383-398), todas com a utilização de documentos falsos. Assim, o denunciado passou a efetuar compras em estabelecimentos comerciais mediante a emissão de cheques pré-datados emitidos pelas mencionadas instituições sem a devida provisão de fundos, pois que foram abertas mediante fraude, e com a intenção de delas utilizar para fins de obtenção de vantagem ilícita. (...) outrossim, utilizando-se do mesmo modus operandi, o denunciado apresentou-se como Adriano Dias Gonsalves na empresa Capital Truck Center, com sede na Rua José dos Santos Bernardo, n. 171- Bairro Santa Felicidade, nesta capital, e efetuou a compra de dois pneus de caminhão, avaliados no valor de R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), através de cheques pré-datados. (...) dessa forma, os cheques pré-datados emitidos pelo denunciado das instituições financeiras Banco Real, Banco Itaú S/A e Caixa*

Econômica Federal em nome de Adriano Dias Gonçalves não foram compensados, pois as contas bancárias não possuíam a devida provisão de fundos, eis que abertas por aquele, mediante fraude, justamente para os fins de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio. (...) ante o exposto, Adriano da Costa Silva está incurso no artigo 299, caput, por 04 (quatro) vezes, c.c. artigo 71 e no artigo 171, caput, por 05 (cinco) vezes, c.c art. 69, todos do Código Penal (...).”

Após regular instrução processual, o d. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande prolatou sentença (f. 821-837) e o condenou pela prática do delito previsto no art. 171, *caput*, por cinco vezes, c/c art. 71 do Código Penal, à pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa, em regime inicial fechado.

Inconformado com a sentença, o réu apela a esta Corte.

Pugna a defesa em suas razões recursais, a reforma do decreto condenatório para o fim de absolver o réu, nos moldes do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, redimensionar a pena-base para o mínimo legal, diminuir a exasperação da reprimenda na terceira fase de dosimetria, em razão da continuidade delitiva observado o critério da razoabilidade, e por conseguinte, abrandar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto.

Passo à análise do recurso.

O apelo merece provimento.

Do pleito absolutório e a consequente redução da exasperação da reprimenda em virtude da continuidade delitiva

O apelante, em recurso defensivo, argui por sua absolvição do crime de estelionato contra a vítima Capital Truck Center, uma vez que alega a inexistência de provas suficientemente seguras para embasar o decreto condenatório, nos moldes do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

In casu, fundamentou o juiz singular seu decreto condenatório, lastreado no depoimento de Ivanilde Ferreira da Silva em fase inquisitiva, entretanto, a narrativa supracitada não foi confirmada em fase processual por nenhuma das testemunhas arroladas ao caderno criminal, e embora tenham sido intimados as vítimas do estelionato, nenhuma prontificou-se a prestar esclarecimentos sobre os fatos em análise recursal, pelo contrário, manifestaram expressamente seu desejo de manter-se distante das investigações.

Veja bem, na fase pré-processual, Ivanilde afirma que seu patrão, proprietário do estabelecimento em questão, não quer envolver-se na investigação criminal, bem como nega-se a fornecer qualquer documentação alusiva aos fatos (f. 26-27), destarte, ainda que haja afirmativa sobre materialidade e autoria durante o inquérito policial acerca dos fatos, não é possível manter o decreto condenatório caso estes não sejam ratificados em juízo, sob a luz da ampla defesa e do contraditório.

Nesse mesmo caminho, cabe salientar que nem ao menos um cheque ou qualquer documento que comprove a prática do estelionato contra a vítima Capital Truck Center foi juntado ao caderno processual, pelo contrário, a testemunha Ivanilde se negou em sede judicial a dispor de qualquer prova para confirmação de materialidade e autoria (f. 719), o que somado às argumentações supracitadas torna ainda mais frágil o conjunto probatório de que se compõe a condenação *a quo*.

Da análise dos autos, verifica-se que o pedido defensivo, de reforma do decreto para absolver o recorrente, comporta acolhimento porque os elementos de prova produzidos na fase policial não foram confirmados em Juízo, circunstância que desatende ao disposto pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“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."

Colhe-se precedente jurisprudencial desta Colenda Terceira Câmara Criminal, no mesmo sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO EM CONCURSO DE AGENTES E DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO – PLEITO CONDENATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA NÃO CONFIRMADA NA FASE JUDICIAL – CONJUNTO PROBATÓRIO DEFICIENTE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – DESPROVIMENTO. I –* ***Em homenagem ao princípio in dubio pro reo, e face aos termos do artigo 155 do CPP, mantém-se a sentença de absolvição quando as provas colhidas na fase inquisitorial não são confirmadas em Juízo.*** *II – Contra o parecer, nega-se provimento ao recurso."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0009229-62.2010.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 28/02/2019, p: 07/03/2019). (G.n.)

Uma vez que o decreto condenatório não pode basear-se em especulações ou meros indícios, exigindo-se provas calcadas em certezas, dados indiscutíveis sobre os fatos, o que não é apreciado no caso em estudo, a medida que se impõe é a reforma da sentença do juiz singular para absolver o acusado do crime de estelionato contra a vítima Capital Truck Center.

De maneira subsidiaria à absolvição, o apelante pleiteia a diminuição da pena em face do art. 71 do Código Penal, que trata da continuidade delitiva, nesse sentido, cabe destaque ao fato de que o Estatuto Repressivo pátrio não traçou o *quantum* de aumento em virtude da continuidade delitiva, entretanto, sobre o tema o STJ assim decidiu:

> *"Em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações."* (*HC* 289.310/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/04/17).

Portanto, reformada a sentença e absolvido o recorrente de um dos crimes a ele imputados, naturalmente, o *quantum* de exasperação supracitado deverá ser reduzido, observado o princípio da razoabilidade.

Do pedido de redimensionamento da pena-base para o mínimo legal e subsidiário pleito de abrandamento de regime.

Conforme se observa, o d. Juiz sentenciante valorou moduladoras das circunstâncias do crime, consequências do delito, bem como a conduta social e personalidade do agente, razão pela qual elevou as penas-bases e as fixou em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Pugna a defesa, em razões recursais, pelo redimensionamento da exasperação, para o fim de afastar a valoração negativa de cada circunstância judicial negativamente avaliada pelo juízo *a quo*.

A respeito das circunstâncias do crime, narra a sentença:

> *"As circunstâncias dos crimes de estelionato extrapolam a normalidade, haja vista que para a obtenção da vantagem indevida, o acusado cometeu sequencialmente vários crimes subsidiários, mais precisamente falsa identidade e falsidade ideológica (arts. 307 e 299 do Código Penal) (...)."*

Cleber Masson leciona que o estelionato nada mais é que um crime patrimonial praticado mediante fraude, conluio esse que consiste na lesão de patrimônio alheio por meio de engano, portanto, induzir ou manter alguém em erro mediante meio fraudulento, pressupõe o engodo de que o autor se utiliza para obter vantagem ilícita, de modo que não é possível concretizar-se o crime previsto pelo art. 171 do Código Penal sem a prova da existência, na conduta, de tal artifício (Código penal comentado. Método, 2019. p. 835).

Para além disso, nota-se que, de acordo com o princípio da consunção, os crimes subsidiários, necessários para a consumação do crime principal, em outras palavras, aqueles utilizados pelo réu na fase de preparação

ou execução de um crime mais gravoso, são absorvidos pelo crime mais amplo, de modo que no caso em tela, sem o emprego de engano, o autor não teria consumado o delito, portanto, os crimes subsidiários citados pelo sentenciante *a quo*, não podem ser utilizados para valorar negativamente a moduladora em questão, mas, de maneira diversa, são absorvidos pelo crime principal de estelionato.

Veja bem, sobre o assunto sedimentou entendimento sumular o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"Súmula 17 do STJ: Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido."*

Pois bem, no que tange à vetorial concernente às consequências do crime, se analisado o contexto fático em que vive a vítima, considerada sua realidade econômica, o prejuízo que transborda as consequências normais do tipo penal, poderia ser considerado para negativar a moduladora, hipótese que não se configura no caso em tela.

Portanto, é inadequada a valoração negativa de tal circunstância judicial, diante da concretude do caso em análise, haja vista que do que pode se depreender dos autos, os prejuízos sofridos pelas vítimas dos estelionatos não transbordam as consequências normais do tipo penal em questão.

Vejamos, a monta total dos prejuízos causados pelas práticas delitivas restou ao patamar de R$ 8.250,00 (oito mil, duzentos e cinquenta reais), valor esse que recaiu sobre três empresas diferentes, quais sejam: Locatelli Pneus; Piscina e Cia e Locatelli Recapagens. Cabe destaque ao fato de que tais empresas são consolidadas na cidade de Campo Grande/MS e possuem porte considerável, de modo que o prejuízo causado *in casu* não desborda da normalidade esperada para os crimes de natureza patrimonial, sobretudo, avaliados o valor da monta, a divisão entre as três empresas, além de suas realidades socioeconômicas no mercado.

Em caso análogo, julgou esta Colenda Terceira Câmara Criminal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE ESTELIONATO EM CONCURSO COM FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA – PRELIMINAR DE NULIDADE – PRÉVIA LEITURA DE DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL – INOCORRÊNCIA – PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A UM DOS CRIMES (ESTELIONATO) – PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA – DELITO PERPETRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.234/2010 – PENA DE 08 MESES – LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A 02 ANOS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PLEITO ABSOLUTÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PENA-BASE – MODULADORAS DA CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE DO AGENTE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL SOPESADAS – ABRANDAMENTO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA PELO ABUSO DE CONFIANÇA – IMPOSSIBILIDADE – VÍNCULO DE AMIZADE ENTRE VÍTIMA E AGENTE DEMONSTRADO – PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, do CP – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO – QUALIFICADORA DO ABUSO DE CONFIANÇA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 511 DO STJ – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – CRITÉRIO COMPATÍVEL COM A QUANTIDADE DA PENA FIXADA EM CONCRETO, NOS TERMOS DO ART. 33 DO CP – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS DO ART. 44 DO CP PREENCHIDOS – PROVIMENTO PARCIAL (...).* ***VII - No que tange às consequências do crime, não se apontando qualquer situação concreta de maior reprovabilidade, a moduladora é considerada normal à espécie. A não restituição de parte dos valores subtraídos constitui elemento próprio do tipo penal*** *(...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0054480-03.2009.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 14/07/2016, p: 15/07/2016). (G.n.)

Por outro lado, embora o prejuízo causado às vítimas não seja capaz de elevar a pena-base, conforme dito alhures, nos termos do art. 387, IV, do CPP, a reparação dos danos materiais causados à elas é uma das consequências da sentença penal condenatória, desde que haja requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, quando da denúncia, e tenha sido produzido prova nesse sentido, entretanto, diante da inexistência de tal requerimento, resta impossibilitada a imposição *ex officio*.

No que tange às circunstâncias judiciais de personalidade e conduta social do acusado, por sua vez, o sentenciante de primeiro grau, as valorou negativamente. Em apelo, o recorrente considera excessivo o aumento da reprimenda, uma vez que a fundamentação do juiz singular foi apenas uma para as duas circunstâncias, de modo que se caracteriza *bis in idem.*

A sentença, no excerto que ao presente interessa, restou assim exarada:

> *"(...) com relação à conduta social e personalidade do agente, vislumbra-se que o acusado faz do crime seu meio de vida, já que era através dos 'golpes' aplicados que obtinha créditos e lucros (...)."*

Nota-se que o sentenciante utilizou-se de uma única motivação para valorar duas moduladoras diversas, o que por si só, é inadequado em observância ao princípio *non bis in idem,* e para além de tal problemática, há que se falar ainda que a obtenção de créditos e lucros, não desborda do tipo penal de estelionato, uma vez que trata-se de crime patrimonial, de modo que é natural que haja aquisição de créditos por meio da fraude que envolve a vítima.

Recentemente, julgou de maneira análoga este Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DELINEADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – CULPABILIDADE – BIS IN IDEM – CARACTERIZAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE SE AMOLDAM À CONDUTA DESCRITA NO TIPO – NEUTRALIZAÇÃO – MAJORANTE – INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO – CIRCUNSTÂNCIA DIVERSA DA IMPRUDÊNCIA – BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – AUSÊNCIA DE ADMISSÃO SOBRE A CONDUTA CULPOSA – IMPOSSIBILIDADE – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO E CAPACIDADE ECONÔMICA QUE FUNDAMENTAM FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – PROPORCIONALIDADE – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – POSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. I – Provado que a morte do paciente originou-se por conduta culposa do médico, presente a materialidade e a autoria do homicídio na modalidade culposa.* ***II – Os elementos que compõem o tipo não podem ser empregados para elevar a pena-base, pena de incorrer-se no vedado bis in idem (...)****."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0008379-02.2009.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 26/04/2019, p: 29/04/2019). (G.n.).

Portanto, assiste razão ao apelante e, de acordo com o princípio da razoabilidade, deve ser reformado o decreto condenatório para neutralizar todas as circunstâncias judiciais valoradas negativamente pelo juiz singular.

Passo à retificação da dosimetria penal.

No tocante à primeira fase de dosimetria, diante da neutralização de todas as moduladoras, conforme fundamentação explicitada alhures, fixo a pena base no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para cada crime de estelionato.

Na segunda fase de dosagem da reprimenda, por sua vez, presente a atenuante de confissão espontânea, entretanto, consoante dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, portanto, resta a pena intermediária em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para cada crime de estelionato.

Por fim, no tocante à terceira fase, não há causas especiais de aumento ou diminuição da pena.

De acordo com o art. 71 do Código Penal, os crimes em questão se amoldam a conduta de continuidade delitiva, e de acordo com a absolvição concedida, e argumentação supracitada acerca do redimensionamento da pena para adequar-se a concessão de tal benesse, aplico a pena de um delito de estelionato, aumentada em

1/4 (um quarto) em decorrência da continuidade delitiva, de modo que fixo a pena definitiva no patamar de 01 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Destarte, tendo em vista o *quantum* da reprimenda imposta, a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, bem como sua primariedade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, fixo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo de execução penal, uma vez que o réu preenche os requisitos do art. 44 do CP.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos, a matéria foi totalmente apreciada, sendo, por conseguinte, prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão do princípio da vexata quaestio.

Ante exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso defensivo para o fim de absolver o apelante Adriano da Costa Silva do crime de estelionato contra a vítima Capital Truck Center, com fincas no art. 386, VII do CPP, e, no tocante às demais condenações, neutralizar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, de maneira a fixar as penas-bases no mínimo legal, e reduzir a exasperação pela continuidade delitiva (art. 71 do CP) para fixar a pena, definitivamente, em 01 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa. Por consequência, abrandar o regime inicial de cumprimento da pena para o sistema aberto e substituir a corpórea por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo de execução penal, por estarem presentes os requisitos do art. 44 do CP.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 27 de agosto de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Habeas Corpus Criminal nº 1407900-44.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – REEDUCANDA COM AUTORIZAÇÃO PARA FREQUENTAR CURSO DE PEDAGOGIA NO PERÍODO NOTURNO – PANDEMIA DO CORONAVÍRUS – SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS – AULA NA MODALIDADE EAD – UNIDADE PRISIONAL SEM EQUIPAMENTO ADEQUADO – IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO DOMICILIAR – AUTORIZAÇÃO PARA ASSISTIR ÀS AULAS NA RESIDÊNCIA COM RETORNO AO PRESÍDIO – REINTEGRAÇÃO SOCIAL – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

"Certo é que o Direito Penal se revela um sistema jurídico de dupla face, que visa proteger a sociedade contra a agressão do indivíduo, bem como assegurar as garantias fundamentais do transgressor e as condições de sua reinserção social. Levando-se em consideração as garantias fundamentais de qualquer cidadão, e tendo em conta as funções da pena, afigura-se razoável possibilitar ao indivíduo a saída para estudo." (TJ-MG - AGEPN: 10000191375435000 MG, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 13/04/2020, Data de Publicação: 23/04/2020)

Tendo em vista que a reeducanda estava autorizada a deixar o presídio para assistir aulas presenciais, suspensas até o final do ano em razão da pandemia do coronavírus, sendo substituída pela modalidade EAD, e não havendo possibilidade de assistir as aulas na Unidade Prisional, deve então ser autorizada a deixar o presídio nos mesmos moldes anteriormente estipulados, para assistir às aulas em sua residência e depois retornar ao estabelecimento 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, concederam parcialmente a ordem, com considerações do 2º Vogal.

Campo Grande, 6 de julho de 2020.

Desª Elizabete Anache – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Pedro Paulo Sperb Wanderley impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Gabriela Evangelista Vicentini apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS.

Versa o presente *writ* acerca do constrangimento ilegal sofrido pela paciente em decorrência de ser tolhida no seu direito de assistir aulas via EAD no período noturno.

Narra que:

"(...) a apenada cumpre pena por tráfico de drogas no regime semiaberto e, atualmente, encontra-se trabalhando, sem qualquer tipo de infração ou falta. Além disso, registra um

> *comportamento exemplar no estabelecimento prisional onde cumpre sua reprimenda (...). Ocorre que no início do corrente ano, conforme documentação em anexo, e após concluir o ensino médio, a apenada foi aprovada no SISU para o curso de Pedagogia/Licenciatura da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, período noturno, conforme vasta documentação em anexo. Conforme atestado de matrícula, as aulas estão previstas para o período noturno, com início às 18:30 e término as 22:30 e, em alguns sábados, conforme cronograma, também anexado. O pedido de saída temporária para estudo foi deferido. Ocorre que surgiu um fato novo, qual seja, a pandemia de Coronavírus fez com que as aulas presenciais passassem a ser ministradas via sistema de ensino à distância, inclusive, com autorização do Ministério da Educação para que este formato seja mantido pelas IES (Instituições de Ensino Superior) até o mês de Dezembro do corrente ano (2020).”*

Expõe que seu pedido de prisão domiciliar para que assistisse às aulas via modalidade EAD foi indeferido pela autoridade apontada como coatora, bem como, não há possibilidade de continuar os estudos no ambiente prisional, por falta de infraestrutura.

Entende que uma das finalidades da pena, a ressocialização da apenada, restou frustrada, pois está sendo impedida de estudar.

Discorre sobre os requisitos autorizadores da liminar.

Requer, ao final, que:

> *“1) Seja concedida a presente ordem, para que seja concedida à paciente a prisão domiciliar, ou ainda, a saída temporária para fins de estudo, para que, no horário de suas aulas (18:30 às 22:30), possa deslocar-se à sua residência (ou outro local indicado) para que possa exercer suas atividades universitárias. 2) O deferimento da medida liminar, pois presentes seus requisitos, e por ser medida urgente para que a paciente não seja prejudicada no cumprimento de suas atividades, bem como na finalidade ressocializadora da pena.”* Documentos de f. 07-154.

Por esta relatora, indeferida a liminar e dispensadas as informações da autoridade apontada, conforme decisão de f. 157-160.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 166-172, *“pela concessão parcial da ordem, tão somente, para que seja autorizada a saída da paciente, durante o horário de suas aulas, possa dirigir-se à sua residência ou local outro indicado pelo juízo, com a estrutura necessária, para que possa dar continuidade aos estudos.”*

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Pedro Paulo Sperb Wanderley, com pedido de liminar, em favor da paciente Gabriela Evangelista Vicentini apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS.

Como assinalado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, a ordem deve ser parcialmente concedida.

Extrai-se dos autos que Gabriela cumpre pena por tráfico de drogas, condenação oriunda da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS (5 anos de reclusão), tendo cumprido cerca de 1 ano e 2 meses de pena, estando no regime semiaberto.

Conforme cálculo de pena (Evento 15.1, do SEEU):

CÁLCULOS DA SITUAÇÃO EXECUTÓRIA

Regime Atual:	Semiaberto - ATIVO	Foragido:	Não
Pena Total Imposta:	5a0m0d		
Pena Priv. de Liberdade:	5a0m0d	Pena Restr. de Direitos:	0a0m0d
Pena Cumprida Até Dt Atual:	1a0m10d		
Pena Privativa Cumprida:	1a0m10d	Pena Restritiva Cumprida:	0a0m0d
Pena Remanescente:	3a11m20d		
Pena Priv. Remanescente:	3a11m20d	Pena Restr. Remanescente:	0a0m0d
Total Interrupções:	2a5m14d	Total Dias Remidos:	52
Harmonização:	Não		
Interrupção de Cumprimento:			

PROGRESSÃO DE REGIME: ABERTO

Dt Base Progressão Regime:	23/04/2019		
Gestante (1/8) LEP Art 112:	0a0m0d	Comum (1/6):	0a0m0d
Hediondo Primário (2/5):	1a11m12d	Hediondo Reincidente (3/5):	0a0m0d
Dt Progressão de Regime:	10/02/2021		

LIVRAMENTO CONDICIONAL

Dt Base Livr. Condicional:	28/09/2016		
Comum Primário (1/3):	0a0m0d	Comum Reincidente (1/2):	0a0m0d
Hediondo (2/3):	3a4m0d		
Hediondo Reincidente ou Revogação L.C. (1/1):	0a0m0d		
Dt Livr. Condicional:	18/05/2022		

Inicialmente, a autoridade apontada como coatora autorizou a paciente a deixar a Unidade Prisional para frequentar *"aulas do Curso de Pedagogia na UEMS, em dias letivos (segunda à sexta-feira) das 18:30 às 22:30 horas, durante o ano letivo de 2020, com a ressalva de que a sentenciado somente poderá se ausentar do estabelecimento penal os dias em que for as aulas, do contrário, ou seja, sair do estabelecimento penal e não dirigir-se às aulas, reputar-se-á configurada falta grave (Evento 38.1, do SEEU)."*

Ocorre que com a Pandemia causada pelo vírus SARS – CoV-2 e, como medida de prevenção de contágio, as aulas presenciais foram suspensas em Campo Grande-MS, passando, então, a ser transmitidas pela *internet*, na modalidade EAD, até dezembro/2020.

O pedido de prisão domiciliar para estudo foi indeferido pela autoridade apontada como coatora (EVENTO 47.0, do SEEU), uma vez que não há previsão legal para tal.

Posteriormente, informado à autoridade apontada como cotora que não há possibilidade da paciente assistir aulas na Unidade Prisional por ausência de espaço adequado e computador com *Internet* (Evento 60.1, do SEEU).

Não há como se conceder prisão domiciliar para estudo.

Embora o momento exija maior reflexão, inexiste previsão legal para tal e o benefício teria que ser concedido a todos os reeducandos em situação similar, causando descontrole no cumprimento da pena.

Contudo, verifica-se que a autoridade apontada como coatora, inicialmente, havia autorizado a paciente a assistir aulas, de forma presencial, na UEMS.

Assim, é razoável que a paciente deixe o estabelecimento penal para assistir aulas em sua residência, na modalidade EAD, pela *Internet*, e depois retornar à Unidade Prisional.

Como anotado no parecer de lavra do Procurador de Justiça Francisco Neves Júnior (f. 172):

> *"Deveras, as proposições acima lançadas, amoldam-se a situação da paciente, na medida em que suspender o benefício de acesso ao estudo, já concedido a Gabriela, pelo fato da unidade prisional não disponibilizar computar e acesso a rede de internet, caracteriza flagrante ilegalidade, por violar o princípio da individualização da pena, de forma que precisa ser corrigida.*
>
> *De efeito, infere-se ser possível compatibilizar a decisão judicial que autorizou os estudos de Gabriela com a nova realidade educacional imposta pela instituição de ensino, para tanto, mostra-se cabível o pedido do impetrante para que seja autorizada a 'saída temporária para que a apenada, durante o horário de suas aulas, possa dirigir-se à sua residência, ou outro local indicado por este Tribunal, com a estrutura necessária, para que possa dar continuidade aos seus estudos'."* (f. 06).

Devemos ainda considerar que o estudo é uma das forma da reeducanda se reintergrar à sociedade.

Atente-se que *"certo é que o Direito Penal se revela um sistema jurídico de dupla face, que visa proteger a sociedade contra a agressão do indivíduo, bem como assegurar as garantias fundamentais do transgressor e as condições de sua reinserção social. Levando-se em consideração as garantias fundamentais de qualquer cidadão, e tendo em conta as funções da pena, afigura-se razoável possibilitar ao indivíduo a saída para estudo."* (TJ-MG - AGEPN: 10000191375435000 MG, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 13/04/2020, Data de Publicação: 23/04/2020)

Ante o exposto, com o parecer, concedo parcialmente a ordem para autorizar Gabriela Evangelista Vicentini a deixar a Unidade Prisional para se dirigir à sua residência ou a outro local indicado pelo juízo da Execução Penal, com estrutura necessária, para frequentar as aulas do curso de Pedagogia da UEMS, na modalidade EAD, em dias letivos (segunda a sexta-feira) das 18h30 às 22h30, durante o ano letivo de 2020, com a ressalva de que somente poderá se ausentar do estabelecimento penal nos dias em que houver transmissão de aulas, sendo o benefício suspenso durante as férias.

Deve o impetrante apresentar na origem a previsão de aulas por EAD (data, horário e duração) e, ainda, informar o local de residência de Gabriela Evangelista Vicentini e a forma de deslocamento, no prazo de 05 (cinco) dias, bem como, apresentar a comprovação do início das aulas de Pedagogia na modalidade à distância em Campo Grande-MS da UEMS.

Fica a advertência que a mudança de local, sem prévio aviso, ou saída para outros fins pode caracterizar falta grave.

Cientifique-se de imediato o juízo da Execução Penal (Autos n. 0019225-32.2019.8.12.0001) para as devidas comunicações à Unidade Prisional, após a apresentação da documentação acima pelo impetrante.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (1º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (2º Vogal)

Acompanha-se a relatora, ressalvando-se apenas que é incabível a utilização da *habeas corpus* como sucedâneo recursal, quando houver recurso previsto em lei, como é o caso das decisões do Juízo de Execução Penal, passíveis de agravo em execução.

No entanto, como bem delineado pela nobre Relatora, está-se diante de uma questão que traz total periclitância à situação prisional do Paciente, tornando, *in casu*, possível o conhecimento da matéria em via tão estreita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam parcialmente a ordem, com considerações do 2º Vogal.

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, 6 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal

Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0000182-38.2018.8.12.0036 – Inocência

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSOS DEFENSIVOS – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – GRAVIDADE DOS FATOS – VALOR DA *RES FURTIVA* CORRESPONDENTE A 42% DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – ERRO DE TIPO – PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA – COMPROVAÇÃO DE CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DA *RES FURTIVA* – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – RECUPERAÇÃO DA *RES FURTIVA* POR AÇÃO POLICIAL – RESSARCIMENTO PARCIAL – AFASTAMENTO – FURTO PRIVILEGIADO – CONDENAÇÃO POR ATO INFRACIONAL – MANUTENÇÃO DA PRIMARIEDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 63 DO CÓDIGO PENAL – A QUALIFICADORA DO CONCURSO DE PESSOAS É COMPATÍVEL COM O PRIVILÉGIO – SÚMULA 511 DO STJ – O VALOR ÍNFIMO DO BEM NÃO SE CONFUNDE COM SEU PEQUENO VALOR – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE – DOSIMETRIA DA PENA – SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO – PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS – FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO – ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Conforme entendimento sedimentado, o furto qualificado por concurso de pessoas apresenta maior reprovabilidade da conduta, o qual não se compatibiliza com o crime de bagatela. Além disso, para que haja aplicação do princípio da insignificância, há necessidade de que o bem seja de valor ínfimo, o que não se verifica quando sua avaliação ultrapassa 40% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Havendo comprovação de que os apelantes agiram com unidade de propósitos e, nessa condição, permaneceram ao longo de toda a empreitada criminosa, inclusive em momento posterior, quando a *res furtiva* já estava escondida na residência da avó de um dos apelantes, a manutenção da condenação é de rigor.

O fato de o réu participar de toda a empreitada criminosa e, após a subtração, esconder a *res furtiva* na casa de sua avó, demonstram que tinha plena ciência da prática delitiva, e, por consequência, resta afastada a tese de erro de tipo.

Para reconhecimento do arrependimento posterior, há necessidade do preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 16 do Código Penal: crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa; reparação do dano e/ou restituição da coisa antes do recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente.

No caso presente, havendo comprovação de que a recuperação da *res furtiva* ocorreu por diligência policial e, além disso, que houve ressarcimento apenas de parte do dano, deve ser afastada a tese de arrependimento posterior.

Conforme remansoso entendimento, a despeito da existência de eventuais similitudes entre as medidas socioeducativas com as penas, ambas não possuem a mesma natureza jurídica, circunstância que obviamente inibe a aplicação analógica entre ambas.

Condenação pela prática de atos infracionais não possui o condão de macular a primariedade e/ou os bons antecedentes do réu, mormente porque não está contemplado pela definição legal de crime, a teor do art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal e, por consequência, não preenche os ditames do art. 63 do Código Penal.

A prática de crime de furto qualificado por concurso de pessoas não impede o reconhecimento do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), quando presentes os requisitos exigidos, a teor da Súmula 511 do STJ.

A jurisprudência diferencia o bem de valor insignificante *"aquele que conduz ao reconhecimento da atipicidade material da conduta"* do bem de pequeno valor que, no caso presente, possibilita o reconhecimento da causa de diminuição de pena do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP).

Conforme entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem de pequeno valor é aquele cuja avaliação seja inferior ao *quantum* do salário mínimo vigente à época dos fatos. Precedentes.

Nas hipóteses de a avaliação do bem perfazer quase a metade do valor correspondente ao salário mínimo vigente à época, deve ser aplicada a redução de 1/3 (um terço), montante esse adequado à reprovação da conduta.

Havendo a imposição de pena superior a um ano, resta justificada a substituição da pena de prisão por duas restritivas de direito.

Impondo-se duas penas restritivas de direito de prestações pecuniárias, ambas estabelecidas no montante individual de um salário mínimo, tem-se a fixação mínima para cada uma das sanções impostas, a teor do disposto no art. 45, § 1º, do Código Penal.

Recursos conhecidos e parcialmente providos.

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.

Campo Grande, 3 de agosto de 2020.

Desª Elizabete Anache – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelações criminais interpostas por Geraldo Juvencio Maia Júnior e Samuel Oliveira da Silva, contra a sentença proferida pelo d. Juízo da Vara Única da Comarca de Inocência, que os condenou à pena de 2 anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, posteriormente substituída por restritivas de direito, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal (f. 218-228).

O apelante Geraldo pugna, em síntese, pela absolvição por atipicidade material da conduta em razão da incidência do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a absolvição por insuficiência probatória. Caso não seja entendimento, busca o reconhecimento da causa de diminuição de pena do arrependimento posterior, nos termos do art. 16 do Código Penal. Requer, ainda, o reconhecimento do furto privilegiado, eis que preenchidos os requisitos do art. 155, § 2º, do Código Penal. (f. 247-257).

Por sua vez, o apelante Samuel busca, em síntese, a absolvição por atipicidade material da conduta em razão da incidência do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer o reconhecimento do erro de tipo como fundamento para decretação da absolvição. Não sendo o entendimento, requer o reconhecimento do furto privilegiado, eis que preenchidos os requisitos do art. 155, § 2º, do Código Penal. Por derradeiro, no que concerne às penas restritivas de direito, assevera que o magistrado não apresentou fundamentação para estabelecer o pagamento de dois salários mínimos, almejando, desta forma, a redução ao mínimo legal (f. 277-286).

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 290-300, pugnando pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer, às f. 310-319, opinando pelo conhecimento e desprovimento dos apelos.

É o relatório. À d. Revisão.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelações criminais interpostas por Geraldo Juvencio Maia Júnior e Samuel Oliveira da Silva, contra a sentença proferida pelo d. Juízo da Vara Única da Comarca de Inocência, que os condenou à pena de 2 anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, posteriormente substituída por restritivas de direito, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal (f. 218-228).

Consta da denúncia:

> *"Noticia o incluso auto de Inquérito Policial n. 21/2018, que no dia 17 de fevereiro de 2018, por volta das 23h30min., nesta cidade, na Av. Juracy Luiz de Castro, no estabelecimento 'Villa Country', os denunciados, mediante concurso de três pessoas, furtaram um narguilé completo, marca Amazon (avaliado em R$ 300,00) e 10 (dez) essências no valor de R$ 100,00, de propriedade de Jonathan Fernandes de Freitas, conforme Boletim de Ocorrência de f. 03; Termo de Declarações (f. 11, 14, 15, 17), Interrogatório (f. 05 e 08), Auto de Apreensão (f. 04) e Auto de Avaliação Indireta (f. 20). Consta que no dia, horário e local mencionados, os denunciados em unidade de desígnios, entraram inúmeras vezes na cozinha e logo após fora presenciado pela testemunha a subtração de bens móveis, porquanto notou que o menor infrator ***** sair da cozinha com uma mangueira do equipamento, assim como, notou os denunciados Geraldo e Samuel saírem do mesmo local com objetos debaixo da camiseta. Em tempo, a vítima afirmou que no momento em que questionava os denunciados, o menor infrator saiu correndo e deixou o caso cair na rua. No mais, durante diligência empreendida pela Polícia Civil foram encontradas 2 (duas) essências na residência da avó do denunciado Samuel (...)."* (f. 1-3)

Apreciarei os pedidos formulados pelos recorrentes de acordo com a sua amplitude.

Da atipicidade material da conduta.

Inicialmente, ambos os apelantes pretendem pelo reconhecimento da atipicidade material da conduta em razão da incidência do princípio da insignificância.

O magistrado singular, ao afastar este pedido, asseverou:

> *"Quanto à eventual aplicação do princípio da **insignificância** (bagatela) tenho que não merece prosperar. Consoante é cediço, o princípio decorre do entendimento de que o direito penal não deve se preocupar com condutas em que o resultado não é suficientemente grave a ponto de não haver necessidade de punir o agente nem de se recorrer aos meios*

> *judiciais. A aplicação de tal princípio exige peculiar análise do caso concreto e reclama a presença dos seguintes requisitos:* ***a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da ordem jurídica provocada.*** *Além de tudo isso, aplicação do princípio da insignificância exige análise das condições pessoais do agente no caso concreto. Na espécie, não se vislumbrou o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento dos agentes, visto que o crime* ***foi praticado em concurso de pessoas,*** *o que inviabiliza o reconhecimento desse princípio, nos termos da jurisprudência do STJ: AgRg no AREsp 1455789 / MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 30-5-2019, e DJ 7-6-2019.* ***Além disso, não é de pequeno valor a coisa furtada, o que também inviabiliza a aplicação do furto privilegiado.*** *Conforme laudo de avaliação indireta (f. 28), os bens subtraídos foram avaliados em R$ 400,00, à época dos fatos (salário em junho de 2018: R$ 954,00). Ora, firmou-se o entendimento de não ser de pequeno valor e não ser insignificante o valor que suplanta 10% (dez por cento) do salário mínimo, como se vê de precedente oriundo do e. Superior Tribunal de Justiça, in litteris: '* **PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – FURTO – REINCIDÊNCIA – VALOR NÃO IRRISÓRIO DA RES FURTIVA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO INCIDÊNCIA.** ***1. A jurisprudência desta Corte Superior está firmada no sentido da não incidência do princípio da insignificância nas hipóteses de reiteração de delitos e reincidência, como é o caso dos autos' (AgRg no AREsp 896.863/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/6/2016). 2. Ademais, no caso, a Res foi avaliada em R$ 80,00 (oitenta reais), valor que não pode ser considerado insignificante, pois representava mais de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato (janeiro de 2013. R$ 678,00), situação que corrobora a notória tipicidade material da conduta. 3. Agravo regimental desprovido.'*(STJ; AgRg-REsp 1.658.746; Proc. 2017/0051801-7; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; DJE 9-10-2017). Ademais, não há falar em nulidade do laudo de avaliação indireta de f. 28, pois assinado por, no mínimo, 2 (dois) policiais de nível superior, o que atende ao preceito do artigo 159, § 1º, do Código de Processo Penal."* (TJMS. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal n. 0001347-41.2012.8.12.0001. Campo Grande. Desembargador Relator José Ale Ahmad Netto. Julgamento ocorrido em 4-6-2018. Publicado em 7-6-2018). (Grifos originais)

A insurgência não prospera.

Com efeito, conforme registrado na sentença objurgada, o juiz *a quo* afastou a incidência deste princípio por dois motivos: a gravidade dos fatos (furto qualificado pelo concurso de agentes) e, ainda, pelo valor da *"res (R$ 400,00, quando, à época, o salário mínimo estava fixado em R$ 954,00."*

Pois bem. O primeiro fundamento, o de maior reprovabilidade da conduta *"furto qualificado pelo concurso de pessoas"* está em sintonia com o maciço entendimento jurisprudencial deste Sodalício que, por simetria, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, cito:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL –* ***FURTO QUALIFICADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS*** *– CONDENAÇÃO MANTIDA – EMBARGOS REJEITADOS. Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004).* ***A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a prática do delito de furto qualificado por escalada, arrombamento ou rompimento de obstáculo ou concurso de agentes, caso dos autos, indica a especial reprovabilidade do comportamento e afasta a aplicação do princípio da insignificância****. (HC 351.207/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000006-91.2019.8.12.0014, Maracaju, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 15/05/2020, p: 19/05/2020 - grifei).

Da mesma forma, conforme asseverado pelo magistrado singular, não houve comprovação de valor insignificante da *res furtiva*.

Com efeito, o auto de avaliação indireta acostado à f. 28, concluiu que a *res* foi quantificada em R$ 400,00, valor esse que, à época dos fatos, correspondia a cerca de 42% do valor do salário mínimo vigente (R$ 954,00).

Logo, tal apreciação, *data maxima venia*, não representa valor ínfimo a possibilitar o reconhecimento do crime de bagatela, conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal: *"Inviável o reconhecimento do caráter bagatelar do crime quando não vislumbrada a presença simultânea dos requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal**, porquanto a res furtiva não pode ser considerada de valor ínfimo, sendo incabível falar em inexpressividade da lesão jurídica no caso dos autos."*** (TJMS. Apelação Criminal n. 0002525-21.2019.8.12.0020, Rio Brilhante, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 29/05/2020, p: 05/06/2020). (G.n.)

Desta forma, pelos motivos anteriormente declinados, afasto o pedido de aplicação do princípio da insignificância.

Da falta de provas e erro de tipo.

Em sequência, o apelante Geraldo busca a absolvição por insuficiência probatória, enquanto o recorrente Samuel assevera que não tinha conhecimento da origem ilícita da *res furtiva*, o que o levou a um *"equívoco quanto à realidade fática (f. 281)"* e, por isso, deve ser absolvido da presente imputação.

As insurgências, de igual forma, não prosperam.

Apreciando detidamente os autos, noto que a materialidade delitiva restou devidamente demonstrada por meio auto de apreensão (f. 9) e auto de avaliação indireta (f. 28-29), restando provado, à saciedade a materialidade delitiva.

No que tange à autoria, de igual forma, entendo como efetivamente comprovada.

Com efeito, o apelante Geraldo, na polícia (f. 10-11), negou a prática do delito e esclareceu que, na data dos fatos, estava acompanhado de *****, Samuel e seu primo, também chamado Samuel, no Villas Country fumando narguilé quando, em determinado momento, ***** subtraiu algumas essências e um aparelho de narguilé de dentro e os escondeu no banheiro. Acrescentou que a jarra do aparelho de narguilé estava quebrada e que, após a subtração, ***** e Samuel esconderam os objetos na residência da avó do segundo.

Em juízo, Geraldo ratificou a negativa apresentada, asseverando, em síntese, que, no dia dos fatos, estavam no bar Villa Country e de lá Samuel e ***** subtraíram um narguilé. Reiterou que Samuel foi uma das pessoas que afirmou que subtrairia aquele aparelho, tendo ele mandado "largar mão" (sic. ou seja, não tendo participado daquela subtração). Narrou que, após o furto, ***** acabou derrubando e quebrando o vaso do narguilé e que parte da *res furtiva* foi localizada na residência da avó de Samuel (f. 182-183).

Por sua vez, Samuel, na polícia (f. 14), relatou:

> *"Estava com Júnior e ***** no bar Villas Country, sendo que estava fumando narguilé; que o interrogando saiu para fora do bar e ***** veio segurando duas essências e uma peça do narguilé e pediu para que o interrogando guardasse na casa de sua avó; que o interrogando escondeu os objetos na casa de sua avó."*

Em juízo, o apelante deixou de comparecer à audiência de instrução e julgamento, motivo pelo qual houve a decretação da revelia (f. 182-183).

In casu, embora os apelantes neguem a prática do delito, Samuel traz nuances que revelam, *in casu*, a ciência da sua origem ilícita: a um, aguardou fora do bar enquanto ***** trouxe a *res furtiva*; a dois, *****

pediu para que ele, Samuel, guardasse os objetos na casa de sua avó; e, a três, Samuel escondeu os objetos na casa de sua avó.

Nesse norte, do cotejo probatório, entendo que as testemunhas e informantes são firmes em revelar a prática delitiva.

Com efeito, a vítima Jonathan Fernandes de Freitas, ouvida na audiência de f. 182-183, asseverou, em resumo, que, no dia dos fatos, os apelantes estava em seu bar acompanhado de terceiras pessoas (Samuel - primo de Geraldo - e *****), tendo uma moça informado a Fabiano que todos eles estavam mexendo na cozinha daquele estabelecimento.

Ao chegar na cozinha do local, notou o desaparecimento de um narguilé, tendo pedido aos apelantes que o entregassem, pois, caso contrário, registraria ocorrência. Narrou que, após aquela abordagem, ***** saiu correndo do local, momento em que derrubou o vaso - uma das partes do narguile furtado - não tendo os apelantes falado nada a respeito daquela situação. Por derradeiro, acrescentou que parte da *res furtiva* foi localizada na casa da avó de Samuel.

As declarações da vítima foram corroboradas, sob o crivo do contraditório, pelo declarante Fabiano Marconato dos Santos (f. 182-183), que, em resumo, afirmou ter visualizado os apelantes, acompanhados de outras pessoas (***** e Samuel) ingressando indevidamente na cozinha daquele estabelecimento comercial, e, dali, saindo Geraldo com um *"volume embaixo da camiseta (sic.)"*. Frente àquela situação, informou a Jonathan que, ao depois, confirmou o furto de um narguilé.

Por fim, o policial Maurivan Marconato dos Santos, corroborou a versão apresentada de que os recorrentes e outras pessoas eram investigadas pela prática de furto de um narguilé no estabelecimento comercial Villas Country e que, após conversar com Geraldo e *****, eles o levaram a Samuel, que acabou entregando a *res furtiva* guardada na residência de sua avó.

Desta forma, pela prova anteriormente mencionada, entendo que todas elas comprovam que os apelantes são igualmente responsáveis pela prática do crime descrito na denúncia.

Com efeito, embora o apelante Geraldo negue a prática do delito, todas as testemunhas e informantes ouvidos, sob o crivo do contraditório, forma enfáticos em afirmar que ele estava acompanhado dos demais (*Samuel [apelante], Samuel [primo] e* *****) e, nessa condição, entraram, sem autorização, na cozinha da vítima e de lá subtraíram a *res furtiva* indicada nos autos.

Chama atenção, neste particular, que o informante Fabio chegou a visualizar Geraldo esconder "um volume" sob sua camiseta, enquanto ***** correu com parte da *res furtiva* que chegou a ser quebrada (vaso integrante da estrutura do narguilé).

Desta forma, sem delongas, toda a prova é unissona em confirmar que os apelantes agiram juntos e assim permaneceram ao longo de toda a empreitada criminosa, inclusive em momento posterior, quando a *res furtiva* já estava escondida na residência da avó de Samuel, motivos pelos quais afasto o pedido de absolvição por insuficiência probatória.

Do mesmo modo, com relação à tese apresentada por Samuel quanto ao erro de tipo, entendo que ela está completamente destoante do conjunto probatório.

Com efeito, além de o apelante ter sido avistado ingressando, indevidamente, na cozinha do estabelecimento comercial Villas Country na companhia do coapelante e de terceiras pessoas, foi abordado pela vítima, ainda no local, que lhes advertiu quanto ao desaparecimento de um dispositivo de narguilé e outras essências, o que, *data maxima venia*, demonstram que ele tinha plena ciência daquela dinâmica delitiva (havendo inclusive declarações de Geraldo nesse sentido).

Nesse sentido, consta da sentença vergastada:

> *"Ademais, a versão sustentada pela Defesa de Samuel Oliveira da Silva, de que não sabia que o objeto que guardara era objeto de furto (tese de 'erro de tipo'), restou isolada neste processo. Como motivado acima, a partir dos depoimentos colhidos na fase policial e judicial, este juízo está convicto que ambos os denunciados agiram em conjunto e no intento de subtrair a res furtiva, de modo que não há falar em desconhecimento pelo réu Samuel. Logo, afasto a tese de erro de tipo."* (f. 207-208)

Não bastasse, merece destaque o fato de, imediatamente após a subtração, ***** sair correndo do local e deixar cair o vaso - uma das peças que compõem a estrutura do narguilé -, tendo ele (*****), logo depois, pedido a Samuel que guardasse alguns objetos - similares aos subtraídos - na residência de sua avó, tendo ele (Samuel), então, anuído àquela conduta e escondido (sic.) a *res furtiva*.

Desta forma, a prova produzida em Juízo é firme em demonstrar que o apelante, aliado aos demais (Geraldo e *****), decidiu subtrair a res furtiva do estabelecimento comercial da vítima Jonathan e, em seguida, ocultou os objetos na residência de sua avó, circunstâncias que, por si, demonstram que ele tinha plena ciência das elementares do tipo (furto qualificado) e, por consequência, afastados os ditames do art. 201 do Código Penal.

Nesse sentido, trago aresto desta C. Câmara:

> *"EMENTA – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR **ERRO DE TIPO** E ATIPICIDADE – AUSÊNCIA DE DOLO – NÃO DEMONSTRADO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – **NEGATIVA DO RÉU QUE RESTOU ISOLADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA** (...). **A negativa do réu restou isolada no conjunto probatório. Ademais, tendo o réu sido flagrado na posse da res furtiva, sem justificativa plausível, somado aos demais elementos de prova colhidos durante a instrução, é possível concluir por sua responsabilidade na subtração, a qual não foi afastada por prova em contrário** (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001172-33.2017.8.12.0046, Chapadão do Sul, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 13/05/2020, p: 15/05/2020). (G.n.)

Por tais motivos, rejeito o pedido de absolvição por erro de tipo.

Do arrependimento posterior.

O apelante Geraldo afirma que houve a reparação integral, mediante pagamento das peças não recuperadas da *res furtiva* e que, por isso, estão preenchidos os requisitos do art. 16 do Código Penal.

Pois bem. O juiz *a quo* afastou esta pretensão nos seguintes termos:

> *"Ainda, incabível a aplicação do instituto do arrependimento posterior. Ora, a aplicação do referido instituto – previsto no artigo 16 do Código Penal – exige, **por ato voluntário do agente, a reparação integral do dano causado**. Na espécie, a reparação não foi integral e também não foi realizada por ato voluntário do agente. Conforme depoimento da vítima (f. 182-183), parte dos objetos subtraídos foi recuperada logo após a ação criminosa, quando um dos agentes empreendeu fuga e deixou um dos objetos cair (vaso da narguilé). Conforme depoimento do Policial Civil Maurivan Alves da Silva (f. 182-183), os demais objetos só foram recuperados quando da ação policial (objetos encontrados na residência da avó do denunciado Samuel). Logo, percebe-se que não houve ato voluntário de reparação pelos réus, porque notadamente não foram devolvidos por eles, mas sim capturados após diligência policial. De mais a mais, ainda que eventualmente se admitisse a reparação por outrem (pelo pai do réu), a reparação não foi total, como esclarecido acima (...)."* (Grifos originais)

Sem razão a insurgência.

1 Art. 20 O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Compulsando detidamente os autos, nota-se que, de fato, a *res furtiva* foi recuperada por ação policial, portanto, sem que houvesse demonstração de arrependimento por parte dos apelantes.

Ademais, segundo declarações do apelante Geraldo e da própria vítima Jonathan, ambos prestados em Juízo, nota-se que, além de ter havido o pagamento somente de parte da *res furtiva*, não houve a recuperação e/ou ressarcimento de todo o prejuízo, a exemplo das essências furtadas (houve a subtração de 10 e recuperação de 3), deixando de configurar, portanto, os requisitos deste instituto.

Nesse sentido, para ilustrar:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – (...) ARREPENDIMENTO POSTERIOR – RESTITUIÇÃO PARCIAL – (...)* ***I – Impossível a diminuição da pena com base no artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) por ausência de requisito, qual seja, a reparação integral do dano*** *(...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0022482-70.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 13/03/2020, p: 16/03/2020). (G.n.)

Por tais motivos, não havendo preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 16 do Código Penal, mantenho o afastamento desta causa de diminuição de pena.

Do furto privilegiado.

Os recorrentes afirmam preencher todos os requisitos do art. 155, § 2º[2], do Código Penal e, por isso, merecedores do reconhecimento da figura do "furto privilegiado", com a consequente redução de pena.

O juiz *a quo* afastou esta causa de diminuição de pena nos seguintes termos:

> *"****Além disso, não é de pequeno valor a coisa furtada, o que também inviabiliza a aplicação do furto privilegiado.*** *Conforme laudo de avaliação indireta (f. 28), os bens subtraídos foram avaliados em R$ 400,00, à época dos fatos (salário em junho de 2018: R$ 954,00). Ora, firmou-se o entendimento de não ser de pequeno valor e não ser insignificante o valor que suplanta 10% (dez por cento) do salário mínimo, como se vê de precedente oriundo do e. Superior Tribunal de Justiça (...)."* (Grifos originais)

Nesse norte, muito embora este Tribunal esteja adstrito a tal fundamento, por se tratar de recurso exclusivo da defesa (a fim de se evitar eventual *reformatio in pejus*), a i. Procuradoria-Geral de Justiça asseverou que o apelante possui antecedentes infracionais e, além disso, narra que a gravidade dos fatos impede a concessão deste benefício.

Neste ponto, contudo, o recurso comporta acolhida.

De início, impende frisar que, a despeito de eventual posição em sentido contrário, filio-me ao entendimento de que os antecedentes infracionais não se prestam a macular a primariedade e/ou os maus antecedentes.

Isso porque, por dicção do art. 63[3] do Código Penal, a reincidência é verificada somente na hipótese de o agente praticar novo crime depois de condenação anterior transitada em julgado.

Nesse raciocínio, a definição legal de crime é trazida pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914, de 9 de dezembro de 1.941), que prevê: *"Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (...)."*

---

2 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa
(...).
§ 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.

3 Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Desta forma, a despeito de eventuais similitudes, as medidas socioeducativas não possuem a mesma natureza jurídica das penas, assim como dos regime prisionais previstos no Código Penal, circunstâncias que inibem a sua aplicação por força do princípio da proibição da analogia em prejuízo ao réu.

Nesse sentido, trago aresto do STJ:

> *"2. É firme o entendimento nesta Corte Superior de Justiça que a prática de ato infracional, embora não possa ser utilizada para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não ser considerada crime, pode ser sopesada na análise da personalidade do recorrente, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa e cuja segregação é necessária."* (*HC* 529.471/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/10/2019)

Aliado a isso, o fato de o apelante ter sido condenado pela prática de crime de furto qualificado, por si, não impede a cumulação do privilégio, na forma do que preceitua a Súmula 511 do STJ:

> *"É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva."*

Assim, o único fundamento remanescente é o valor da *res furtiva* que, segundo o magistrado, inibe o reconhecimento desta causa de diminuição de pena.

Pois bem.

Muito embora a avaliação da *res furtiva* seja superior a 10% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos (alcançando o montante de 42% do valor do salário mínimo), tal fundamento é suficiente para afastar o reconhecimento do princípio da insignificância, porém não o é para reconhecimento da figura privilegiada para o delito de furto.

Com efeito, adiro ao entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à definição de bem de pequeno valor como sendo aquele inferior ao montante do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A esse respeito, colaciono:

> *"(...). I - Para o reconhecimento do crime de furto privilegiado - direito subjetivo do réu - a norma penal exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e* ***no pequeno valor da coisa furtada que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, não deve ultrapassar o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos****. II - É indiferente que o bem furtado tenha sido restituído à vítima, pois o critério legal para o reconhecimento do privilégio é somente o pequeno valor da coisa furtada. III - Na hipótese, em que houve tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de agentes, o valor da res furtiva era superior ao salário mínimo então vigente, circunstância que impede o reconhecimento do privilégio legal, tornando inviável aplicar o entendimento da Súmula nº 511 do STJ. (...)."* (STJ; AgRg-*HC* 471.157; Proc. 2018/0251556-0; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 27/11/2018; DJE 03/12/2018; Pág. 2463). (G.n)

Logo, preenchendo-se os ditames do art. 155, § 2º, do Código Penal, o apelante faz jus ao reconhecimento desta causa de diminuição de pena.

Nesse norte, considerando que a *res furtiva* atingiu a quase o valor de metade do salário mínimo à época, tenho por bem em aplicar a redução de 1/3 (um terço), montante esse que guarda sintonia com o entendimento deste d. Colegiado[4].

4 Cito, neste particular, excerto do voto proferido na Apelação Criminal nº 0000366-76.2018.8.12.0041: "Incidirá em 1/3 a minorante do art. 155, § 2º, do Código Penal, tendo em vista que o valor da res consiste em aproximadamente 50% do valor do salário mínimo então vigente (...)." (TJMS –1ª Câmara Criminal, Relatora

Da nova dosimetria das penas.

Mantenho as penas iniciais inalteradas, porquanto estabelecidas no seu mínimo legal (2 anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa), assim como a reprimenda intermediária, uma vez que não poderia ser estabelecida em patamar aquém do seu mínimo, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase da dosimetria da pena, com base nos fundamentos deste *decisum*, aplico a redução de 1/3 (um terço), restando a reprimenda, então, estabelecida em 1 ano e 4 meses de reclusão e ao pagamento de 7 dias-multa.

Adiro aos fundamentos da sentença para manter o regime aberto para início do cumprimento da pena, assim como a substituição da sanção corporal por restritivas de direito.

Neste ponto, diferentemente do que alega o apelante Samuel, o magistrado singular procedeu à substituição da pena corporal por duas penas de prestação pecuniária no importe total de 2 salários mínimo (1 salário mínimo cada pena).

In casu, por se tratar de condenação superior a um ano de reclusão, por imperativo legal, deve, a reprimenda, ser substituída por duas penas restritivas, a teor do disposto no art. 44, § 2º[5], do Código Penal.

A aplicação da prestação pecuniária é disciplinada pelo disposto no art. 45, § 1º, do Código Penal, que preconiza:

> *"Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários."*

Logo, como não houve insurgência quanto à espécie de pena restritiva, bem como que cada uma das prestações pecuniárias foram fixadas no mínimo legal (totalizando dois salários mínimos), entendo não haver modificações a serem aplicadas neste montante, a teor do disposto no art. 45, § 1º, do Código Penal.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos aventados, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão do amplo debate levado a efeito nos autos.

Dispositivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos interpostos por Geraldo Juvencio Maia Júnior e Samuel Oliveira da Silva, unicamente para reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal.

Por consequência, a reprimenda de ambos fica redimensionada para 1 ano e 4 meses de reclusão, bem como ao pagamento de 7 dias-multa, mantidos, no mais, todos os termos da sentença vergastada.

---

designada – Exmª. Srª. Desª Elizabete Anache, julgado em 25 de maio de 2020) (grifei)

5 § 2o Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial 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, 3 de agosto de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Habeas Corpus Criminal nº 1410382-62.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PACIENTE PRESO PELA SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 2º, §§ 2º E 3, DA LEI N. 12.850/2013 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – NÃO CONHECIMENTO DE TESES RELATIVAS AO MÉRITO E ÀS CONSEQUÊNCIAS DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO NÃO CONHECIDO – INCABÍVEL RECEBER *WRIT* COMO DEFESA PROCESSUAL – PRISÃO PREVENTIVA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – RISCO À ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO – PACIENTE QUE INTEGRA FACÇÃO CRIMINOSA E OCUPA FUNÇÃO DE COMANDO – PERICULOSIDADE – DESCABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

As teses relacionadas ao mérito e às consequências da instrução processual, bem como à análise da pretensão de produção probatória, são matérias que não podem ser apreciadas na via estreita do *habeas corpus*, em razão de demandarem exame aprofundado de provas a serem produzidas no curso da instrução criminal.

Ademais, não há como se conhecer do pedido de desmembramento do feito com relação ao paciente, já que tal providência deve ser requerida diretamente ao Magistrado que conduz o feito, sob pena de indevida supressão de instância, já que a separação ou desmembramento caberão quando *"o juiz reputar conveniente"*, conforme dicção do art. 80 do Código de Processo Penal. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, *"a análise da conveniência do desmembramento da persecução criminal encontra-se compreendida dentre os critérios de avaliação relativos à necessidade e oportunidade, cuja revisão mostra-se incabível na via estreita do writ, nos casos em que não demonstrada patente ilegalidade ou prejuízo ao acusado."* (STJ - RHC 59.677/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016).

É incabível a pretensão de que o presente remédio heroico seja *"acatado como defesa prévia",* eis que, conforme a sistemática do Código de Processo Penal, referida peça deve ser destinada ao Juízo de origem e tem processamento formal, desbordando totalmente do intuito e das características do *writ*.

Também não há como prosperar o pedido de expedição de guia de recolhimento provisório. Isso porque a Resolução n. 113/2010 do CNJ, que disciplina o tema, prevê que referido documento será expedido na hipótese em que já prolatada sentença condenatória recorrível:

> *"Art. 8° Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis."*

Mantém-se a decretação de prisão preventiva se presentes a prova da materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria, além da gravidade concreta do crime supostamente praticado pelo paciente, que, em tese, integra, de forma estável, a organização criminosa autodenominada Primeiro Comando da Capital - PCC -, notabilizada pela violência e pelo uso de armas de fogo, com autuação transnacional, e que se autofinancia pela prática de crimes diversos, especialmente, tráfico de drogas, roubos, furtos e outros. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) é firme em assinalar que 'se justifica a decretação da prisão de membros de organização criminosa, como forma de interromper as atividades do grupo' (RHC n. 70.101/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 5/10/2016). Ademais, em casos que envolvem facções voltadas à reiterada prática de delitos, este Tribunal Superior acentua a idoneidade da preservação do cárcere preventivo dos investigados, mesmo quando não há indicação detalhada da atividade por eles desempenhada em tal associação, mas apenas menção à existência de sinais de que integram o grupo criminoso." (STJ - HC 574.739/CE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020).*

As condições pessoais favoráveis do paciente não têm condão de afastar a prisão preventiva, quando esta se mostra necessária e respaldada nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, conheceram parcialmente do writ e, nessa extensão, denegaram a ordem.

Campo Grande, 10 de setembro de 2020.

Desª Elizabete Anache – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Os advogados Claudionor Chaves Ribeiro e Julio Vanth Morinigo Chaves Ribeiro impetraram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Júlio Cézar de Oliveira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direiro da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Os impetrantes narraram que:

> *"A única acusação que existe é de pertencer à organização criminosa Primeiro Comando da Capital, e a peça inicial pede sua condenação como incurso no Artigo 2º, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 12.850/13, atribuindo o ilícito a Júlio Cézar de Oliveira ao afirmar que consta do Procedimento Investigatório Criminal nº 06.2018.00000481-1 que, no período compreendido entre outubro de 2019 e junho de 2020, na área territorial do Estado de Mato Grosso do Sul, juntamente com os denunciados Marcos Vargas de Morais, Márcio Fernandes Feliciano, Iago Gustavo Ribeiro Bronzoni, Marcos Alves e Heverton Nascimento de Oliveira, de forma livre e consciente, cada qual a seu modo, integraram pessoalmente organização criminosa em cuja atuação há emprego de arma de fogo, denominada Primeiro Comando da Capital, organização esta estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta e indiretamente, vantagem de qualquer natureza, inclusive de natureza econômica, mediante a prática de infrações penais diversas, dentre as quais tráfico de drogas, roubos, homicídios, tráfego de mulheres, exploração sexual e associação para o tráfico de drogas."* (f. 8).

Relataram que, no caso, houve medida investigativa e, após o oferecimento de denúncia em desfavor do paciente, sobreveio posterior conflito de competência na origem - entre a 1ª e a 2ª Varas Criminais de Campo Grande.

Indicaram que *"quando a acusação imputa ser o denunciado membro da conhecida organização criminosa, o faz com base única e exclusivamente em fato pessoal, no fato de ter perdido a posse e guarda de*

seu filho (f. 9)"; ponderaram, também que *"se a organização criminosa é armada e comete crimes violentos, isso não pode ser imputado a Júlio Cézar de Oliveira isolada ou conjuntamente, de forma alguma (f. 5)."*

Apontaram que, em caso de eventual condenação, será considerada possível confissão do paciente *"para obter os benefícios da confissão, aliado ao fato de que é primário, possui endereço certo e ocupação lícita (f. 3)",* e que *"o regime a ser fixado é diverso do fechado (f. 5)."*

Ressaltam que a autoridade dita coatora mencionou que estão preenchidos os requisitos ensejadores da prisão preventiva, *"com o que não concorda a defesa (f. 4)."*

Sustentam ser cabível o desmembramento do processo em relação ao paciente,

> *"(...) pois convém à Defesa, à Direção do Presídio e ao MM. Juiz de Execução Penal. E é para assegurar seu direito ao devido processo legal, com prazo de duração razoável e tendo respeitados todos seus direitos de preso, mesmo que a prisão seja cautelar, mesmo que prisão seja provisória, aguardar nessa condição todo desenrolar de processo gigante por certo causará injustiça. O que também justifica o pedido de Expedição de Guia de Recolhimento Provisório, para a fiscalização da Execução Provisória da Pena, e que seja recomendado ao MM. Juiz da Execução Penal o adequado cumprimento da reprimenda, se é pra ficar em regime fechado, que lhe seja concedido o direito de trabalhar intramuros, de estudar, ou de entrar pro projeto da leitura, tudo para remição da pena, se a mantença da prisão provisória já é desnecessária e mesmo assim continua preso, que lhe seja concedido os direitos de preso então."* (f. 5).

Aduzem que, diante do conflito de negativo de competência, justifica-se a impetração deste remédio constitucional *"na instância superior, e se não houve e não haverá interrogatório na fase de inquérito, não tem inquérito policial, tem a medida que produziu a prova não repetível e antecipada e só (f. 7)."*

Ao final, formulam os seguintes requerimentos:

> *"Diante do exposto e com a juntada da presente Defesa aos autos protocolizada nesta MM. Instância Superior, e que seja deferido os pleitos: o primeiro, requer liminarmente, a concessão da Liberdade Provisória e caso seja superado, que após a colheita do Parecer do MD. representante do Ministério Público Estadual de Segunda Instância seja concedida a almejada Liberdade Provisória; segundo, alternativa e sucessivamente, que a Liberdade Provisória seja concedida mediante as condições previstas no Artigo 319 do CPP, desde já compromete-se seguir religiosamente aquelas e toda e qualquer condição imposta por Vossa Excelência; terceiro, se superados os pleitos pela revogação da prisão preventiva, que seja então concedido o desmembramento desta Ação Penal em relação ao Requerente; quarto, se superado os primeiros pleitos, que seja então determinada a expedição da Guia de Recolhimento para a Execução Provisória da Pena; e por último e mais importante é o quinto pleito, que seja a presente acatada como defesa prévia com pedido de revogação da prisão preventiva e no julgamento de mérito absolvido o Acusado por ausência de tipicidade de sua conduta, já que quem age da forma que agiu não está cometendo um crime e sim sofrendo um, além de outras diversas violações de seus direitos e em variados campos do direito."* (f. 10).

Juntaram os documentos de f. 12-25.

A liminar foi indeferida (f. 29-37).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações juntadas às f. 41-45.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 51-61, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Os advogados Claudionor Chaves Ribeiro e Julio Vanth Morinigo Chaves Ribeiro impetraram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Júlio Cézar de Oliveira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Na impetração, foram formulados os seguintes pedidos:

> *"Diante do exposto e com a juntada da presente Defesa aos autos protocolizada nesta MM. Instância Superior, e que seja deferido os pleitos: o primeiro, requer liminarmente, a concessão da Liberdade Provisória e caso seja superado, que após a colheita do Parecer do MD. representante do Ministério Público Estadual de Segunda Instância seja concedida a almejada Liberdade Provisória; segundo, alternativa e sucessivamente, que a Liberdade Provisória seja concedida mediante as condições previstas no Artigo 319 do CPP, desde já compromete-se seguir religiosamente aquelas e toda e qualquer condição imposta por Vossa Excelência; terceiro, se superados os pleitos pela revogação da prisão preventiva, que seja então concedido o desmembramento desta Ação Penal em relação ao Requerente; quarto, se superado os primeiros pleitos, que seja então determinada a expedição da Guia de Recolhimento para a Execução Provisória da Pena; e por último e mais importante é o quinto pleito, que seja a presente acatada como defesa prévia com pedido de revogação da prisão preventiva e no julgamento de mérito absolvido o Acusado por ausência de tipicidade de sua conduta, já que quem age da forma que agiu não está cometendo um crime e sim sofrendo um, além de outras diversas violações de seus direitos e em variados campos do direito."* (f. 10).

Pois bem.

Inicialmente, consoante já indicado na decisão de indeferimento da liminar, impõe-se destacar que não devem ser conhecidas as teses de que, em caso de condenação, será considerada possível confissão do paciente *"para obter os benefícios da confissão, aliado ao fato de que é primário, possui endereço certo e ocupação lícita (f. 3)"*, e que *"o regime a ser fixado é diverso do fechado (f. 5)"*, pois, consoante pacífico entendimento das Cortes Superiores, tais matérias não podem ser apreciadas na via estreita do *habeas corpus*, em razão de demandarem exame aprofundado de provas a serem produzidas no curso do processo.

Como se sabe, o *writ* é inadequado para discutir matéria de prova para fins de estabelecimento de pena definitiva, regime prisional e benefícios, cujo conhecimento é reservado à ação penal, não cabendo aqui estimar as consequências advindas da instrução do processo.

Também não devem ser conhecidas as teses relacionadas à análise da pretensão de produção probatória, nem à suficiência ou insuficiência de provas de que o paciente tenha envolvimento no delito tipificado no art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 12.850/13.

Veja-se que a matéria alegada pelos impetrantes demanda incursão na seara fático-probatória, extrapolando os limites da estreita via do *writ*, já que este instrumento não comporta dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, a qual exige o cotejo de provas e observância ao princípio do contraditório.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que *"é inadmissível o enfrentamento da alegação acerca negativa da autoria delitiva, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus. Tal análise deverá ser realizada pelo Juízo competente para a instrução e julgamento da causa."* (STJ - *HC* 541.818/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 23/03/2020).

Ademais, não há como se conhecer do pedido de desmembramento do feito com relação ao paciente, já que não demonstrada manifesta ilegalidade nesse ponto. É que tal providência deve ser requerida diretamente

ao Magistrado que conduz o feito, sob pena de indevida supressão de instância, já que a separação ou desmembramento caberão quando *"o juiz reputar conveniente"*, conforme dicção do art. 80 do Código de Processo Penal[1].

Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, *"a análise da conveniência do desmembramento da persecução criminal encontra-se compreendida dentre os critérios de avaliação relativos à necessidade e oportunidade, cuja revisão mostra-se incabível na via estreita do writ, nos casos em que não demonstrada patente ilegalidade ou prejuízo ao acusado."* (STJ - RHC 59.677/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 03/10/2016).

Igualmente, é incabível a pretensão de que o presente remédio heroico seja *"acatado como defesa prévia"*, eis que, conforme a sistemática do Código de Processo Penal, referida peça deve ser destinada ao Juízo de origem e tem processamento formal, desbordando totalmente do intuito e das características do *writ*.

Também não há como prosperar o pedido de expedição de guia de recolhimento provisório. Isso porque a Resolução n. 113/2010 do CNJ, que disciplina o tema, prevê que referido documento será expedido na hipótese em que já prolatada sentença condenatória recorrível:

> *"Art. 8° Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis."*

Não sendo esse o caso dos autos, incabível dar prosseguimento ao remédio constitucional nesse ponto.

Como se vê, tais argumentos defensivos, nesse momento, não vieram amparados por provas inequívocas, razão a reforçar que, nessa parte, o *habeas corpus* não merece conhecimento.

Já na parte conhecida, entendo que a ordem deve ser denegada.

Para a análise do mérito do presente *writ*, faz-se necessário rememorar o histórico do caso.

Conforme já mencionado na decisão de f. 29-37, verifico que o paciente (Júlio Cézar de Oliveira) foi preso por determinação judicial, em 7 de julho de 2020, pela suposta prática do crime tipificado no art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 12.850/13 (Autos n. 0823906-75.2020.8.12.0001).

Isso ocorreu a partir de pedido formulado pelo Ministério Público Estadual, por intermédio dos Promotores de Justiça do GAECO, requerendo, em síntese, a decretação da prisão preventiva de alvos integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC) e a realização de busca e apreensão domiciliar em endereços utilizados por membros da organização criminosa, para fins de coleta de provas relativas à prática pelos investigados dos crimes de participação em organização criminosa, tráfico de drogas, roubos, dentre outros.

A decisão de decretação da prisão preventiva constante dos Autos n. 0013900-42.2020.8.12.0001 tem a seguinte fundamentação:

> *"(20) Júlio Cézar de Oliveira:*
>
> *Foi possível a identificação do investigado como o membro do Primeiro Comando da Capital (PCC) que utiliza o codinome 'vigarista' a partir de atividades de inteligência e da análise do conteúdo de conferências telefônicas de que ele participou com outros integrantes da facção (cf. Relinfo nº 023/SOI/GAECO/2020).*
>
> *Segundo consta, em algumas destas conferências, as lideranças da facção trataram acerca da devolução de uma criança sequestrada pelo investigado que seria filha de uma*

1 Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

integrante do Primeiro Comando da Capital (PCC) do Paraná (cf. Relinfo nº 023/SOI/GAECO/2020 – áudios de índices 6827388, 6827461, 6827464, 6827491, 6827498, 6827664, 6827821, 6827952, 6827957, 6827962, 6827963, 6828556, 6829023, 6829254, 6829330 e 6830180).

Diante desta situação, o investigado foi submetido a 'Tribunal do Crime', onde expôs os motivos que levaram ao sequestro da criança e aduziu a seus pares da organização criminosa que, caso a mãe do infante fosse buscá-lo, possuía uma pistola de 'pente alongado', dando a entender que a mataria (cf. Relinfo nº 023/SOI/GAECO/2020 - índice 6827499).

Dentro da organização criminosa, o investigado comporia o quadro 'Disciplina da Capital Sul', sendo responsável por controlar os demais integrantes para que cumpram seus deveres de faccionados, outrossim atuando em ações criminosas em prol da facção.

Desta forma, há provas da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito tipificado no art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 12.850/13 quanto a (20) Júlio Cézar de Oliveira.

(...).

Além do fumus commissi delicti, resta evidenciado o periculum libertatis, eis que, conforme já exaustivamente fundamentado, há indícios suficientes de que os investigados fazem parte de uma organização criminosa de alta periculosidade com abrangência nacional e fortes ramificações neste estado.

Verifica-se pelo arcabouço probatório reunido no feito que a atuação do Primeiro Comando da Capital (PCC) neste estado é extremamente organizada, havendo uma clara estrutura hierárquica entre os seus membros, além do uso de codinomes e a disseminação de informações contraditórias a fim de ludibriar os agentes de segurança e dificultar a investigação da organização criminosa.

Além disso, evidenciou-se que os membros da referida facção criminosa constantemente praticam delitos de diversas naturezas, especialmente tráfico de drogas, homicídios, crimes contra o patrimônio e do Sistema Nacional de Armas, em prol do Primeiro Comando da Capital (PCC), o que obviamente estimula o crescimento da criminalidade neste estado e coloca em risco a segurança da sociedade como um todo.

Assim, considerando a participação de todos os ora investigados nos róis da citada organização criminosa, como já exposto, é certo que suas liberdades representam risco à aplicação da lei penal, à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal, sendo provável que continuem a delinquir a mando do Primeiro Comando da Capital (PCC) caso soltos.

Outrossim, as suas custódias cautelares se justificam ante a real possibilidade de que, como membros da referida organização criminosa, utilizem seus poderes econômicos e influências para atentarem contra as vidas de agentes de segurança pública e eventuais testemunhas, bem como dificultarem as investigações com o intuito de se eximirem de suas responsabilidades penais.

Pelo exposto, defiro o requerimento do Ministério Público e decreto a prisão preventiva de (...) (20) Júlio Cézar de Oliveira (...)." (f. 796-818 dos Autos n. 0013900-42.2020.8.12.0001)

Posteriormente, o paciente formulou pedido de revogação da prisão preventiva, o qual foi indeferido pela autoridade dita coatora (f. 57-61 dos Autos n. 0823906-75.2020.8.12.0001):

"Pois bem. Estipula o art. 313 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva será admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, destarte restando preenchido o requisito formal da segregação preventiva ante a prática, em tese, do crime de participação em organização criminosa.

Ademais, também se encontram presentes os pressupostos necessários à manutenção da prisão preventiva.

De fato, está presente o fumus commissi delicti porquanto há provas da materialidade e indícios suficientes da autoria da infração penal, consubstanciados nos Relatórios de Informação elaborados pelo setor de inteligência do GAECO e nos conteúdos das comunicações interceptadas.

De igual sorte, o periculum libertatis também está configurado, já que a manutenção da segregação cautelar é imprescindível à garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, pois o grau de periculosidade das condutas imputadas ao investigado denota uma maior lesividade ao bem jurídico tutelado.

Conforme já exaustivamente fundamentado na Medida Cautelar nº 0013900-42.2020.8.12.0001, há indícios suficientes de que o conduzido faz parte de uma organização criminosa de alta periculosidade com abrangência nacional e fortes ramificações neste estado, inclusive ocupando posição de liderança dentro da facção.

Verifica-se pelo arcabouço probatório reunido no feito que a atuação do Primeiro Comando da Capital (PCC) neste estado é extremamente organizada, havendo uma clara estrutura hierárquica entre os seus membros, além do uso de codinomes e a disseminação de informações contraditórias a fim de ludibriar os agentes de segurança e dificultar a investigação da organização criminosa.

Além disso, evidenciou-se que os membros da referida facção criminosa constantemente praticam delitos de diversas naturezas, especialmente tráfico de drogas, homicídios, crimes contra o patrimônio e do Sistema Nacional de Armas, em prol do Primeiro Comando da Capital (PCC), o que obviamente estimula o crescimento da criminalidade neste estado e coloca em risco a segurança da sociedade como um todo.

Assim, considerando a participação do requerente na citada organização criminosa, é certo que sua liberdade representa risco à aplicação da lei penal, à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal, sendo provável que continue a delinquir a mando do Primeiro Comando da Capital (PCC) caso solto.

Ainda, o rigor da pena referente ao delito imputado ao requerente também faz crer que, caso posto em liberdade, poderá se furtar à aplicação da lei penal e obstar a instrução processual, não havendo garantias de que vá cumprir regime menos gravoso caso seja condenado (...).”

Consoante a denúncia que instrui os Autos n. 0949198-70.2020.8.12.0001:

“O denunciado Júlio Cézar de Oliveira integra a organização criminosa Primeiro Comando da Capital e nela se identifica pelo codinome ‘Vigarista’.

A identificação do denunciado Júlio Cézar de Oliveira na organização criminosa foi obtida a partir de atividades de inteligência e do conteúdo de conferências telefônicas de que ele participou com outros integrantes da facção, dentre eles Leonardo Cardoso Ortelhado, um dos líderes do núcleo ‘Geral da Rua’, conhecido pela alcunha ‘Hiroshi’.

Nessas conferências, as lideranças do PCC trataram sobre a devolução de uma criança, filho de uma integrante do Primeiro Comando da Capital do Estado de Paraná, sequestrado pelo denunciado Júlio Cézar de Oliveira.

Impende destacar que o denunciado Júlio Cézar de Oliveira aduziu a seus pares da organização criminosa que, caso a mãe da criança fosse buscá-la, ele possuía uma pistola de 'pente alongado', dando a entender que mataria.

Eis o Relatório de Informação n.º 023/SOI/GAECO/2020:

*No dia 30 de janeiro do corrente ano, através das comunicações captadas dentre elas conferências telefônicas, integrantes do alto escalão da organização criminosa PCC/PR vulgos: 'Velho Fred' (Resumo Disciplinar, 'Red Nose' (Geral dos Estados PR), 'Castiel' e 'Sorriso' (Dos Integrados do Setor da Pura do Progresso), montaram o que denominam 'Sintonia', e interpelam os membros filiados ao PCC/MS, sobre as providências para a devolução da criança '***** (02 anos)' filho de Damiana de Jesus Lima, ocorrida dias anteriores na cidade de Curitiba-PR, o autor seria o integrante da facção criminosa filiado no PCC/MS conhecido pela alcunha de 'Vigarista', e ainda, que fosse montado um 'tribunal do crime', para este ser julgado e punido por tal fato.*

*Denota que pelo contexto das conversações, pressupõe que Damiana de Jesus mãe da criança (*****, 02 anos), seja uma integrante e/ou simpatizante da facção criminosa PCC filiada naquele estado vizinho (Paraná), face a forma ríspida feita dos membros daquele estado em relação ao autor.*

Diante da situação o investigado intermedia a negociação com os integrantes daquele estado, com integrantes do MS, bem como, com o próprio vulgo: 'Vigarista' que compõe o quadro 'Disciplina da Capital Sul', nas tratativas sobre a devolução da criança para sua genitora ou outra pessoa responsável.

Em suma, durante o resto da noite do dia 30 e a parte diurna do 31 de janeiro 2020, após as negociações teve como desfecho aparente a entrega da criança (...). 'Vigarista' fala que a polícia foi na casa da vó dele e o advogado está levando a mãe e a criança para a delegacia, sendo o pai biológico da criança, Bruno Brandioline encarregado de vir buscar a criança, contidos nos áudios 6827388, 6827461, 6827464, 6827491, 6827498, 6827664, 6827821, 6827952, 6827957, 6827962, 6827963, 6828556, 6829023, 6829254, 6829330 e 6830180.

Insta destacar a ligação 6827499, onde o vulgo: 'Vigarista' afirma (...) que tem uma PT (pistola) com 'pente alongada', evidenciando sua atuação em ações criminosas no quadro 'Disciplina' na facção criminosa.

(...).

Verificou-se que o faccionado de cognome: 'Vigarista' se trata da pessoa de Júlio Cezar de Oliveira, nascido em 29/11/1996, após consulta no Sistema SIGO/MS de informações, constatou diversos registros policiais como sendo autor dos delitos de tráfico de drogas, posse ilegal de arma de fogo.

Como se vê, nos diálogos acima, 'Hiroshi' chama o denunciado Júlio Cézar de Oliveira de 'irmão', termo pelo qual os integrantes do Primeiro Comando da Capital referem-se uns aos outros, e ambos utilizam outros termos comumente empregados pelos integrantes da facção para se comunicarem entre si, tais como 'cantoneira', 'meter marcha' etc.

Além disso, enquanto integrante do Primeiro Comando da Capital, o denunciado Júlio Cézar de Oliveira exerce função de liderança e atua como 'Disciplina' da facção, o qual é responsável por controlar seus integrantes para que cumpram seus deveres de faccionados.

> *Enfim, as provas coligidas demonstram que o denunciado Júlio Cézar de Oliveira integrou a organização criminosa Primeiro Comando da Capital e praticou o crime previsto no art. 2.º, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 12.850/13."* (f. 31-42 do mencionado feito)

Pois bem. A despeito do teor do presente *writ*, entendo que a necessidade da segregação cautelar se mantém, pois presentes seus requisitos, conforme passo a demonstrar.

Verifico que a pena máxima cominada ao delito supostamente praticado pelo paciente (art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 12.850/13) supera 4 anos de reclusão, de modo a preencher o pressuposto exigido pelo art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Ademais, os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva (*fumus comissi delicti*) se apresentam fartamente pelos documentos que instruem a Ação Penal n. 0949198-70.2020.8.12.0001, bem como pelo que consta dos autos da Medida Cautelar n. 0013900-42.2020.8.12.0001, notadamente os relatórios de informação elaborados pelo setor de inteligência do GAECO e nos conteúdos das comunicações interceptadas.

O *periculum libertatis*, por sua vez, apresenta-se pela necessidade de acautelar a ordem pública, em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, em tese, praticada pelo paciente.

Isso porque, conforme se infere dos autos, o paciente, em tese, integra, de forma estável, a organização criminosa autodenominada Primeiro Comando da Capital - PCC -, notabilizada pela violência e pelo uso de armas de fogo, com atuação transnacional, e que se autofinancia pela prática de crimes diversos, especialmente, tráfico de drogas, roubos, furtos e outros, regendo-se por normas próprias, condensadas em estatuto próprio, que disciplina sua estrutura e funcionamento, estabelecendo rigoroso controle de seus integrantes e da entrada e saída de valores, com aplicação de severas punições a atos considerados faltosos através do chamado "tribunal do crime".

É neste cenário que se deve analisar o pedido aqui formulado, e pelo que se extrai dos autos, a prisão do paciente - vulgo "Vigarista", que ocupa posição de liderança dentro da facção, compondo o quadro "Disciplina da Capital Sul" - atende convenientemente ao que a nova realidade legislativa lhe impõe, pois a prática de delito de associação criminosa armada (como é o PCC, de conhecimento público e notório) é de gravidade concreta e inegavelmente atenta contra a ordem pública.

Ademais, entendo que agiu com acerto a autoridade dita coatora ao consignar que *"considerando a participação do paciente na citada organização criminosa, é certo que sua liberdade representa risco à aplicação da lei penal, à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal, sendo provável que continue a delinquir a mando do Primeiro Comando da Capital (PCC) caso solto."* (informações de f. 44).

E não há como se descurar que a prisão se deu em decorrência de prévia investigação de diversos integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC), tendo havido a realização de busca e apreensão domiciliar em endereços utilizados por membros da organização criminosa, para fins de coleta de provas relativas à prática pelos investigados dos crimes de participação em organização criminosa, tráfico de drogas, roubos, dentre outros.

Nesse sentido, este Tribunal recentemente entendeu:

> *"Exsurgindo que aos pacientes imputa-se o cometimento dos delitos previstos no art. 2º §§ 2º, e 3º da Lei 12.850/13 (Organização Criminosa), como decorrência dos Procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº 06.2019.00000154-0, instaurado pelo Ministério Público Estadual, por meio do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado), apensado à representação por Medidas Cautelares (Autos nº 0033734-65.2019.8.12.001), além de tráfico e associação para o tráfico, vez que pertenceriam à organização criminosa armada denominada Primeiro Comando da*

> *Capital - PCC, exercendo funções de liderança e com atuação em diversos núcleos da facção, compostos por integrantes do alto escalão e visando discutir e deliberar sobre os fatos e atividades criminosas de maior relevância, enfim, crimes graves, inclusive com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, inafastável se afigura a gravidade concreta do caso, a justificar a custódia cautelar (...).”* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1403601-24.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 08/05/2020, p: 12/05/2020).

Diante desse panorama, apreciando os fundamentos esposados na decisão de primeiro grau, observo que a autoridade apontada como coatora elencou adequadamente os pressupostos necessários para a configuração da prisão preventiva (art. 313, I, do CPP), bem como fundamentos hábeis para a sua decretação (art. 312 do CPP).

Colhe-se da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *“(...) a jurisprudência desta Corte de Justiça é firme em assinalar que se justifica a decretação da prisão de membros de organização criminosa, como forma de interromper as atividades do grupo. (RHC n. 70.101/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 5/10/2016). Ademais, em casos que envolvem facções voltadas à reiterada prática de delitos, este Tribunal Superior acentua a idoneidade da preservação do cárcere preventivo dos investigados, mesmo quando não há indicação detalhada da atividade por eles desempenhada em tal associação, mas apenas menção à existência de sinais de que integram o grupo criminoso.”* (STJ - *HC* 574.739/CE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T, julgado em 02/06/2020, DJe 10/06/2020)
>
> *“(...) a periculosidade do paciente foi evidenciada, uma vez que seria ele um dos líderes (atividade de comando) da organização criminosa armada (PCC) na sua região, deixando evidente, portanto, a necessidade da segregação como forma de garantia da ordem pública.”* (STJ - *HC* 542.382/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020).

Certo é, portanto, que o decreto prisional merece persistir, eis que os elementos dos autos evidenciam não haver constrangimento ilegal a ser sanado por meio deste *writ*.

Por estes motivos, entendo como necessária a manutenção da decisão, considerando que a prisão preventiva se mostra pertinente em decorrência da gravidade concreta do delito e das circunstâncias que o envolveram.

Impende destacar que ao caso não cabe a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), eis que inidôneas e insuficientes, principalmente porque a suposta forma de execução do delito pelo paciente demonstra a indispensabilidade da segregação cautelar, para a garantia da ordem pública, dada a gravidade da conduta.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que *“é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.”* (*HC* 315.151/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 28/4/2015, DJe de 25/5/2015).

E mesmo que o paciente comprovasse todas as condições pessoais favoráveis (a exemplo de residência fixa e ocupação lícita), isso por si só não tem o condão de impedir a decretação da prisão preventiva se esta se fizer necessária, consoante pacífico entendimento das Cortes Superiores.

Como bem pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça:

> *“A prisão preventiva decretada, não ostenta qualquer excesso ou desproporcionalidade, de forma que não se faz justificável a sua substituição por quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, fazendo-se presentes os pressupostos,*

requisitos e fundamentos imprescindíveis à manutenção da prisão preventiva, quais sejam, o fumus commissi delicti, comprovado pela suficiência dos indícios de autoria e permanência delitivas, e o periculum libertatis, consubstanciado na necessidade de garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal e a conveniência/necessidade da instrução criminal." (f. 60).

Dispositivo:

Pelas razões expostas, conheço parcialmente do presente *writ* e, na parte conhecida, denego a ordem de *habeas corpus*, mantendo a custódia cautelar do paciente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto da Relatora, conheceram parcialmente do writ e, nessa extensão, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 10 de setembro de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Recurso em Sentido Estrito nº 0001899-05.2011.8.12.0045 – Sidrolândia

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ABORTO QUALIFICADO C/C OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 126, *CAPUT*, C/C ART. 127 C/C ART. 211 TODOS DO CP) – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRESENÇA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI PARA QUE EVENTUAIS DÚVIDAS SEJAM DIRIMIDAS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – NÃO ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Constatando-se que o conjunto probatório é constituído por prova da materialidade e de indícios de autoria, deve o caso deve ser submetido ao crivo do Tribunal do Júri a fim de que eventuais dúvidas sejam dirimidas, porquanto é o juiz natural da causa;

O decreto de custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentado, dada a presença do *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, contudo, conforme manifestação da defesa (f. 2.006), de fato existe considerável possibilidade de que em caso de eventual condenação na pena mínima estabelecida para cada crime que lhe foi imputado, esta esteja fadada à prescrição, mostrando-se desproporcional a manutenção de sua prisão preventiva com base no princípio da homogeneidade.

A denominada prescrição virtual ou antecipada não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, consoante entendimento pacificado pelo STF e pela Súmula 438 do STJ;

Em parte, contra o parecer, recurso parcialmente 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 parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de junho de 2020.

Des. Emerson Cafure – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Hugleice da Silva em face da sentença (f. 1.757-1.764) pela qual o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia/MS, nos autos da Ação Penal n. 0001899-05.2011.8.12.0045, pronunciou-lhe como incurso nas penas dos artigos 126, *caput*, c/c 127 e artigo 211, todos do Código Penal.

Em suas razões (f. 1819-1836), o réu requer: a) seja impronunciando pelos delitos previstos nos artigos 126 c/c 127 e 211 do Código Penal, absolvendo-o por insuficiência de provas; b) seja determinada a revogação da prisão preventiva, incluindo a possibilidade de utilização de aparatos tecnológicos (tornozeleira eletrônica).

O *Parquet*, em contrarrazões (f. 1.872-1.883), e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 1.909-1.919), manifestam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Hugleice da Silva em face da sentença (f. 1.757-1.764) pela qual o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia/MS, nos autos da Ação Penal n. 0001899-05.2011.8.12.0045, pronunciou-lhe como incurso nas penas dos artigos 126, *caput*, c/c 127 e artigo 211, todos do Código Penal.

Em suas razões (f. 1819-1836), o réu requer: a) seja impronunciando pelos delitos previstos nos artigos 126 c/c 127 e 211 do Código Penal, absolvendo-o por insuficiência de provas; b) seja determinada a revogação da prisão preventiva, incluindo a possibilidade de utilização de aparatos tecnológicos (tornozeleira eletrônica).

O *Parquet*, em contrarrazões (f. 1.872-1.883), e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 1.909-1.919), manifestam-se pelo improvimento do recurso.

É o necessário.

Passo à análise do recurso.

Do mérito

Consta da denúncia que (f. 01-05):

> *"(...) segundo restou apurado, Hugleice da Silva manteve relacionamento sexual com a vítima Marielly, sua cunhada, relacionamento este que originou uma gravidez. Em decisão conjunta Hugleice e Marielly resolveram interromper a gravidez através de um aborto. Assim, o segundo denunciado Hugleice contratou os serviços do primeiro denunciado Jodimar Ximenes Gomes, enfermeiro, para a prática do aborto, pagando-lhe o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais). Na data dos fatos Hugleice e Marielly se deslocaram até a residência do primeiro denunciado Jodimar e, estando lá, este último realizou o procedimento abortivo em Marielly. Logo após a manobra abortiva realizada por Jodimar, a vítima Marielly passou mal e veio a falecer em consequência do aborto (Laudo de Exame de Corpo de Delito- Exame Necroscópico- f. 130-140). Consta ainda do incluso caderno investigatório que, no dia 21 de maio de 2011, logo após a ocorrência do 1º fato (aborto com resultado morte), os denunciado Jodimar Ximenes Gomes e Hugleice da Silva ocultaram o cadáver de Marielly Barbosa Rodrigues, em um canavial localizado em estrada vicinal a 4,2 km da rodovia MS-162, na Comarca de Sidrolândia/MS. Assim, adrede mancomunados entre si, os denunciados Jodimar e Hugleice, após participarem do aborto e morte de Marielly, carregaram seu cadáver até a caminhonete conduzida por Hugleice e se deslocaram até a zona rural de Sidrolândia, oportunidade em que ocultaram o cadáver de Marielly em local ermo e de difícil acesso, no intuito de evitar a descoberta do crime anterior (aborto) (...)."*

Pois bem. Antes de adentrar à matéria, é pertinente destacar que o julgador, ao término da primeira fase do rito escalonado dos crimes dolosos contra a vida (denominada *judicium accusationis*), poderá pronunciar o acusado, remetendo o feito para julgamento perante o Tribunal do Júri.

Referida decisão representa mero juízo de admissibilidade da acusação (e não de um julgamento de mérito da demanda), cujo objetivo é assegurar que os acusados não sejam submetidos a um julgamento descabido, resguardando, outrossim, a competência reservada ao Conselho Popular.

Ao decretar a pronúncia, deve o magistrado apenas apontar a existência de materialidade e de indícios suficientes de autoria, bem como especificar as qualificadoras e causas de aumento de pena, conforme preconiza o art. 413 do CPP, *in verbis*:

> *"Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.*
>
> *§ 1° A fundamentação da pronuncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena."*

Demonstrada a materialidade e havendo indícios de autoria, compete ao juiz pronunciar o acusado, submetendo-o ao julgamento pelo juiz natural: o Tribunal do Júri.

No caso em tela, a materialidade do crime restou comprovada através dos Boletins de Ocorrência (f. 10 e 90), teste de gravidez de Marielly positivo (f. 39), Laudo de Perícia Necropapiloscópica de Identificação de Cadáver (f. 96-104), Laudo Necroscópico (f. 136-157), Requerimento de Mandado de Busca e Apreensão Domiciliar na casa de Jodimar (f. 182-186), Auto de Busca e Apreensão (f. 188-189 e 194), Laudo de Perícia Papiloscópica (f. 198-203), Laudo Pericial (f. 205-223), Pesquisa de sangue humano numa porção de material terroso do local onde o corpo foi encontrado (f. 224-225), Relatórios da Busca e Apreensão realizada na residência de Jodimar (f. 226-228), Auto de reconhecimento fotográfico de Luzimara, reconhecendo Hugleice e Marielly (f. 232-233), Laudo de Exame Físico Descritivo de Avaliação Farmacológica dos remédios e utensílios encontrados na casa de Jodimar (f. 338-370), Auto de apreensão das caminhonetes da empresa de Hugleice (f. 306 e 384), Autos n. 0001688-66.2011.8.12.0045 de Quebra de Sigilo Telefônico, Laudo de Pesquisa de Sangue Humano nas macas encontradas na residência de Jodimar (f. 627-636), Relatórios da Polícia sobre o Termo Circunstanciado de Quebra de Sigilo Telefônico (f. 1383-1393), depoimentos colhidos nos autos (f. 284-286, 318-322 e 1.482).

Em relação à autoria, na fase de pronúncia, não se exige prova contundente, bastando indícios suficientes de autoria ou participação no crime, como determina o art. 413 do CPP.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) é imperiosa a verificação acerca da autoria ou participação. Logicamente,* ***cuidando-se de um juízo de mera admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador."*** (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9. ed.. São Paulo: RT, 2009. p. 758). (Grifo nosso)

No caso em análise, como bem pontuado pelo magistrado de piso, há suficientes indícios da coautoria de Hugleice para que a questão seja levada ao Tribunal do Júri, pelas razões que passo a expor.

Segundo restou apurado, no quarto da vítima foi encontrado um teste de gravidez positivo (f. 39), com data de 28 de fevereiro de 2011, o que corrobora com as informações da mãe da vítima (f. 14) e de colegas de trabalho e amigos (Thais Hortega, f. 54, Marcelo Rodrigues, f. 68, e Guilhermo Ramão f. 82), os quais relataram mudanças no corpo de Marielly e diversas faltas no serviço, por motivo de dores de cabeça e no estômago.

Embora Marielly namorasse William, na data dos fatos, a investigação concluiu que o bebê não poderia ser do namorado, pois, segundo depoimento de William, f. 17, a vítima o conheceu em data posterior à gravidez, qual seja, 19 de março de 2011.

Cerca de 03 (três) meses antes do desaparecimento, Marielly teria perguntado a uma colega chamada Lidinez Blanco da Silva de Oliveira, se ela conhecia alguma clínica de aborto, afirmando que o procedimento era para uma amiga e que caso a criança nascesse, seria uma "bomba" para a família (Depoimento de Lidinez na polícia, f. 74, e em juízo, f. 993-994, e de Maria Campos, f. 234-236).

Conforme apurado na investigação, na data dos fatos, a vítima disse à genitora que "se desse certo um esquema ela iria sair"; por sua vez, disse ao namorado que iria sair com a amiga Heluana, e falou à Heluana

que iria sair com o namorado (depoimentos de Eliana às f. 255-256, de Heluana às f. 19 e 1.002-1.005, e de Willian às f. 17-18).

O corpo da vítima foi encontrado no dia 11 de junho de 2011 no município de Sidrolândia (f. 90), sendo então confeccionado o Laudo Pericial que identificou o cadáver como sendo de Marielly (f. 96-104).

A quebra do sigilo telefônico (Autos n. 0001688-66.2011.8.12.0045, em apenso) revelou que, no dia do desaparecimento, 21/05/2011, Marielly ligou para o cunhado Hugleice às 15h53min, e logo em seguida ele retornou a ligação, às 16h00min, sendo esta a última conversa telefônica da vítima naquele dia, posto que despareceu após este horário.

A investigação apurou, ainda, que após às 16h56min, depois da saída de Marielly de casa, seu celular operou pela "torre" (Herb) de Sidrolândia, sendo que o celular de seu cunhado, ora recorrente, Hugleice, também teria operado pela torre de Sidrolândia, às 18h02min, havendo indícios de que ambos estavam nesta cidade, nos mesmos horários, na data do desaparecimento, após as ligações realizadas entre eles enquanto ainda estavam em Campo Grande-MS.

Além disso, constatou-se, com a Quebra de Sigilo Telefônico, os locais onde a vítima e o acusado Hugleice estiveram naquele dia na cidade de Sidrolândia, uma vez que às 17h13min o celular de Marielly operou pela torre de celular 108.1, que fica localizada próxima ao Banco do Brasil, e às 18h02min, o celular de Hugleice operou pela torre 168.2, localizada no Bairro São Bento.

Também apurou-se que, no dia 19/05/2011, dois dias antes do desaparecimento, Hugleice esteve nesta cidade de Sidrolândia e permaneceu por horas, conforme Relatório de Ordem de Serviço de f. 1.391-1.393, no qual ficou demonstrado que nos horários de 08h20min, 08h21min, 10h38min e 10h39min o celular do acusado operou pelas torres de Sidrolândia.

A investigadora Maria Campos afirmou em juízo, f. 1.009-1.024, que a Quebra de Sigilo telefônico colocou Hugleice como principal suspeito, em razão da quantidade de ligações realizadas entre ele e Marielly, ressaltando que no dia 20/05/2011, um dia antes do desaparecimento, foram realizadas 18 ligações entre eles. Relatou que começou a perceber atitudes estranhas de Hugleice, posto que ele tentava impedir o contato da polícia com a família, sempre atendendo o celular da mãe da vítima, quando a investigadora ligava, e dizia que ela estava tomando banho, dormindo, ou fazendo qualquer outra coisa, para que ela não falasse com a depoente. Afirmou que o acusado disse que não queria mais a viatura da polícia no bloco do apartamento e queria saber das informações colhidas pela polícia antes da família. Contou que o acusado apresentava-se muito nervoso com a presença da equipe da polícia e que, no dia do reconhecimento do corpo de Marielly, a equipe médica e o policial que acompanharam perceberam que ele mal olhou o corpo e afirmou que não era da cunhada, e ainda disse que precisava ir embora logo porque a "Maria Campos estava no pé dele", fugindo da investigadora, contudo, posteriormente mentiu para ela dizendo que foi embora porque o sogro estava passando mal. Narrou que o acusado lhe fazia elogios excessivos na tentativa de sempre agradá-la e criar amizade com ela. Afirmou que, segundo informações da família, havia uma briga de casal entre Hugleice e sua esposa Mayara por ciúmes de Marielly, e Hugleice levava a cunhada para todos os lugares onde ia.

Consta ainda dos autos que, após o aparecimento do corpo de Marielly, o acusado Hugleice mudou-se com a família para o Mato Grosso, fugindo das investigações, fato que motivou até mesmo Pedido de Prisão Preventiva (f. 239-243).

A testemunha Luzimara (depoimentos de f. 192-193 e 229-230) narrou que, no dia 21/05/2011 (data do desaparecimento), no final da tarde, estava trabalhando na casa do corréu Jodimar quando presenciou a chegada de um casal em uma caminhonete (de cor prata, frente quadrada e farol traseiro redondo). Posteriormente a testemunha reconheceu Hugleice e Marielly (Auto de Reconhecimento Fotográfico de f. 232-233) como sendo o casal da caminhonete. Contou que Jodimar era enfermeiro e tinha um quarto na casa para atendimentos, sendo que ali havia uma maca, a qual havia sido retirada do local há cerca de um mês.

Às f. 287-289, Luzimara relatou ter visto quando Hugleice e Marielly chegaram à casa, viu os atos executórios do crime de aborto e a caminhonete de Hugleice entrar na garagem da casa do corréu Jodimar:

> *"Que a declarante entrou para dentro da casa, onde também entrou Jodimar e Marielly, permanecendo Jodimar e Marielly conversando no sofá, depois entraram no quarto, onde havia uma maca e uma maca de pronto socorro; Que, ressalta a declarante que Jodimar estava com uma luva cirúrgica em sua mão; (...) que, após vinte minutos Jodimar saiu do quarto 'apavorado' e disse para a declarante que Marielly estava passando mal, oportunidade que a declarante viu Marielly deitada nua sobre a maca; Que Marielly reclamava de dor e Jodimar retornou para o quarto e tentava remediá-la (...); Que, logo depois, Jodimar saiu do quarto com Marielly no colo em direção à garagem (...) e nesse momento Marielly estava reclamando de dor e Jodimar estava muito 'assustado'; Que, vendo a 'cena assustadora', a declarante ficou desesperada e foi para a cozinha tomar água com açúcar para acalmar; Que após presenciar a cena, a declarante percebeu que Jodimar saiu de casa carregando Marielly (...). Que a maca que estava na casa de Jodimar era a de cor marrom que foi apreendida pela polícia (...). Que, a declarante ainda acrescenta que na data dos fatos a referida caminhonete entrou na garagem da casa de Jodimar (...)."*

Merece destaque, ainda, o fato de que próximo ao corpo da vítima foi encontrada uma embalagem de papel de bala *Halls Power* na cor preta, e quatro pedaços de papel que envolvem a bala *Halls*, o que chamou a atenção dos investigadores, já que o local onde o corpo foi encontrado era de difícil acesso, longe de qualquer tipo de habitação ou fluxo de pessoas.

Segundo a investigação, a dentista do acusado Hugleice, Dra. Fabiana Casavechia Grando Fontana, foi ouvida e afirmou (f. 310) que o réu sempre se apresentava nas consultas fazendo uso de balas *Halls* de sabores fortes, de cor preta e azul.

Além disso, a investigadora Maria Campos afirmou em juízo (f. 1.009-1.024) que dias antes de encontrarem o corpo, o acusado Hugleice havia oferecido a ela uma dessas balas, na casa do Dr. José Luiz, sendo que esta lembrança veio à tona ao encontrar os papéis da mesma bala perto do corpo da vítima, havendo indícios de que acusado esteve naquele local e, acreditando no sucesso da empreitada, não se preocupou em descartar os papéis de sua bala longe dali.

Cumpre-se destacar, ainda, que o recorrente Hugleice mudou a versão dos fatos em todos os depoimentos prestados. Senão vejamos.

Na primeira vez em que foi ouvido como testemunha, f. 78, Hugleice, ora recorrente, afirmou que não sabia nada sobre o desaparecimento da vítima, relatando que naquele dia 21/05/2011, levou a vítima ao supermercado Comper na parte da tarde e, após, recebeu uma ligação dela na qual perguntava se a mãe e a irmã já haviam chegado.

Após ser indiciado, em seu primeiro interrogatório (f. 274-279), em 14 de julho de 2011, Hugleice contou que naquela manhã do dia 21/05/2011 não tinha feito contato com Marielly, e afirmou ter ficado em casa a tarde toda naquele dia

Em 15 de julho de 2011, em seu segundo interrogatório (f. 284-286), o acusado mudou novamente a versão apresentada e afirmou saber que Marielly estava grávida, dizendo que ela mesma lhe revelou tal segredo e contou-lhe que tinha a intenção de abortar. Afirmou que Marielly lhe pediu para levá-la a Sidrolândia, onde realizaria o aborto com a pessoa de Jodimar, sendo que ele concordou em leva-la. Contou que, após se encontrarem, na tarde do dia 21/05/2011, partiram para Sidrolândia de caminhonete e se encontraram com Jodimar próximo ao Banco do Brasil. Afirmou ter ido até a casa de Jodimar, onde viu uma mulher, a qual mais tarde identificou como sendo Luzimara (auto de reconhecimento, f. 299, e acareação, f. 297). Relatou ter ficado esperando do lado de fora da casa, e, após 40 minutos, por volta das 18 horas, Jodimar apareceu dizendo que havia ocorrido um problema no aborto, mas ele iria resolver, e afirmou que Hugleice deveria ir embora.

No seu terceiro depoimento, à f. 318-322, o réu Hugleice confessou ter contratado o acusado Jodimar, apresentado a ele como "Jodi Pedicure", que lhe foi indicado por um amigo de apelido "Gaúcho". Admitiu que no dia 19/05/2011 veio a esta cidade de Sidrolândia para contratar Jodimar pela quantia paga de R$ 500,00 (quinhentos reais). Contou que manteve relações sexuais com Marielly e, por isso, acreditava ser o pai do filho que ela esperava. Relatou que Marielly faleceu às 17h00min do dia 21/05/2011, e ele, juntamente com Jodimar, ocultaram o cadáver da vítima, sendo que os pertences de Marielly ficaram todos com Jodimar. Confirmou que a vítima estava em uma maca marrom e que, após a morte, os acusados colocaram o corpo em um baú de fibra de vidro. Contou ter colocado a caminhonete na garagem, e junto com o outro acusado carregaram o corpo para dentro do veículo e desovaram-no no local onde foi encontrado. Afirmou que Luzimara ficou na residência limpando toda a "sujeira", e que naquele dia chegou em casa (em Campo Grande) por volta das 20 horas, dizendo que estava em uma reunião de serviço em Nova Alvorada do Sul, além de confessar que, antes de ir para casa, passou no posto Aeroporto e lavou a carroceria da caminhonete.

Em juízo (f. 1.482), Hugleice mudou novamente a versão dada em seu último interrogatório, afirmando que sofreu violência psicológica dentro da delegacia, e, por isso, confessou coisas que não teria feito.

Todos os interrogatórios do réu contaram com a presença de seu advogado, Dr. José Roberto Rodrigues da Rosa, OAB/MS 10.163, o qual, inclusive, assinou os Termos.

Assim, sem adentrar no mérito, depreende-se do farto conjunto probatório constante dos autos, que existem indícios de coautoria do acusado Hugleice pelo cometimento dos fatos descritos na denúncia, de modo que somente resta concluir que a decisão de pronúncia deve ser mantida, porquanto inexiste prova indubitável de que o recorrente não tenha sido autor ou partícipe dos delitos.

Nesta senda, segue o entendimento deste r. Sodalício:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – NEGATIVAS DE AUTORIA – ALMEJADA IMPRONÚNCIA – INCABÍVEL – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IN DUBIO PRO SOCIETATE – ANÁLISE CABÍVEL AO JÚRI – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***A decisão de pronúncia trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, do que resulta dispensável o grau de certeza inerente às sentenças de mérito, dessa forma, in casu, em que pese as negativas de autoria apresentadas pelos acusados, na presença de indícios suficientes em sentido contrário, não há como afastar a competência do Tribunal do Júri para a apreciação e análise das provas, pois cabe ao Conselho de Sentença se pronunciar a respeito do mérito da acusação****. Com o parecer, recursos não providos."* (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0000267-87.2015.8.12.0049, Água Clara, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 22/03/2019, p: 25/03/2019) (G.n.)

Por essa razão, deve ser mantida a decisão de pronúncia de Hugleice da Silva, como incurso nas penas dos artigos 126, *caput*, c/c 127 e artigo 211, todos do Código Penal, para, posteriormente, ser julgado pelo Tribunal do Júri.

Do pedido de revogação da prisão preventiva.

Consoante se observa da sentença atacada, a prisão preventiva do recorrente se deu por ter, em tese, praticado novo crime doloso contra a vida - dessa vez contra sua esposa e irmã da vítima - estando a decisão fundamentada, essencialmente, na garantia da ordem pública (f. 1.763):

> *"(...) considerando que o acusado Hugleice da Silva foi indiciado pela prática de novo delito doloso contra a vida após os fatos apurados na presente ação penal, desta vez contra sua esposa e irmã da vítima, estando, inclusive, preso preventivamente no Estado de Mato Grosso por tais fatos, conforme extrato do SIGO à f. 1756, entendo que sua liberdade*

constituiu risco à ordem pública, de modo que necessário sua prisão. Assim, decreto a prisão preventiva de Hugleice da Silva, o que faço com amparo no artigo 413, § 3º c/c artigo 316, ambos do Código de Processo Penal. Expeça-se mandado de prisão pelo BNMP 2.0. (...).”

Cumpre ressaltar que foi correta a fundamentação utilizada pelo magistrado *a quo* em sua decisão, pois de fato encontram-se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, haja vista que o recorrente praticou novo crime doloso contra a vida no decorrer da presente ação, sendo necessária a prisão preventiva para garantia da ordem pública, em razão do risco de reiteração criminosa.

Esse, aliás, é o entendimento do c. STJ em casos semelhantes:

> *“PROCESSO PENAL – RECURSO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – FEMINICÍDIO – PRISÃO PREVENTIVA – INDÍCIOS DE AUTORIA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA – MODUS OPERANDI – CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA IN CASU – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – IMPOSSIBILIDADE – (...) 2. 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.* ***3. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs delineou o modus operandi empregado pelo recorrente, consistente na prática, em tese, de tentativa de feminicídio contra sua ex-companheira, mediante três disparos de arma de fogo, que acertaram o queixo da vítima. Não bastasse, o acusado teria procurado a vítima após o ocorrido. Tais circunstâncias denotam sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.*** *4. Condições subjetivas favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória (precedentes). 5. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se 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. 6. Recurso desprovido.”* (RHC 114.058/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019) – grifo nosso.

Por outro lado, conforme manifestação da defesa (f. 2.006), de fato existe considerável possibilidade de que em caso de eventual condenação na pena mínima estabelecida para cada crime que lhe foi imputado, esta esteja fadada à prescrição.

Diante desse contexto, muita embora, até o momento seja reconhecida a validade formal do decreto de prisão do recorrente, de modo a justificar a cautela máxima no momento de sua emissão, para a garantia da ordem pública, entendo que a prisão se tornou excessiva.

Como cediço, segundo o princípio da homogeneidade – corolário do princípio da proporcionalidade –, é ilegal a prisão cautelar quando essa medida se torna mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada em caso de eventual condenação. Vale dizer, o juiz não pode impor ao réu um encarceramento mais grave do que aquele a lhe ser infligido caso realmente considerado culpado, sob pena de se tornar a medida cautelar mais punitiva do que o esperado com o resultado final do processo.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do c. STJ

> *“(...) 6. Depreende-se injustificado o prazo para o andamento do feito, que não se revela compatível com as particularidades da causa, havendo de se tributar aos órgãos estatais a indevida letargia processual para o oferecimento da denúncia. 7. Ordem concedida para relaxar a prisão domiciliar do paciente e determinar a cessação da medida cautelar prevista no art. 319, IX, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que o Juízo de primeiro grau, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma (ou mais) das demais medidas cautelares implementadas pela Lei nº 12.403/2011.”* (*HC* n. 401.775/AC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 13/11/2017).

Assim, considerando que a manutenção da custódia cautelar fere o princípio da proporcionalidade, ei por bem substituir a prisão preventiva do recorrente pelas seguintes medidas cautelares:

Comparecimento mensal em Juízo para justificar suas atividades, apresentando no processo o endereço atualizado de onde pode ser encontrado;

Comparecimento a todos os atos do processo a que for intimado; e

Proibição de ausentar-se da comarca de seu domicílio, sem prévia autorização do Juízo competente.

Por fim, no tocante ao pedido de reconhecimento da prescrição virtual ou antecipada (f. 2.006), esta não comporta acolhimento.

Ab initio, insta salientar que a prescrição com base em pena hipotética não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, por caracterizar afronta ao princípio da presunção de inocência e da individualização da pena.

A inadmissibilidade de extinção da punibilidade pela prescrição virtual ou antecipada encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 438, que dispõe:

> *"É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."*

No mesmo sentido, é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral do tema no RE 602527/RS, que restou assim ementado:

> *"EMENTA – AÇÃO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU REAFIRMADA – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO – APLICAÇÃO DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo penal."*

Logo, incabível o reconhecimento da prescrição virtual ou antecipada.

Conclusão

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso em sentido estrito, apenas para substituir a prisão preventiva do recorrente Hugleice da Silva pelas medidas cautelares diversas consistentes em:

Comparecimento mensal em Juízo para justificar suas atividades, apresentando no processo o endereço atualizado de onde pode ser encontrado;

Comparecimento a todos os atos do processo a que for intimado; e

Proibição de ausentar-se da comarca de seu domicílio, sem prévia autorização do Juízo competente.

Caso prevaleça o presente voto, expeça-se o alvará de soltura em favor do recorrente se por *al* não estiver preso, com advertência de que o descumprimento das medidas cautelares poderá resultar em novo encarceramento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 29 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator designado Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0000990-12.2018.8.12.0014 – Maracaju

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DA DEFESA – PRETENSÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA INVERSÃO DO RITO DO ART. 400 DO CP – NÃO CONFIGURAÇÃO – EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA QUE NÃO SUSPENDE O TRAMITE PROCESSUAL – ART. 222, § 1º, CP, BEM COMO EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – DESCABIMENTO – PREFACIAL REJEITADA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA BASE INALTERADA – AVALIAÇÃO QUALITATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – RECONHECIMENTO DA BENESSE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS OU SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA, *SURSIS* – DESCABIDO – CONDENAÇÃO SUPERIOR A 04 ANOS EM CRIME DOLOSO – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO UTILIZADO NA TRAFICÂNCIA – PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA – INDEFERIDO – RECURSO IMPROVIDO.

Não se desconhece que no Julgamento do *HC* n. 124.900/AM, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o rito descrito no artigo 400 do CPP, aplica-se, inclusive, a procedimentos regidos por legislação especial, como é o caso da Lei 11.343/06, de modo que o interrogatório deixou de ser o primeiro ato da instrução e passou a ser o último, sob pena de nulidade. No entanto, para que eventual nulidade, decorrente de sua inobservância, seja declarada pelos Tribunais, é preciso que: a) o inconformismo da defesa tenha sido manifestado tempestivamente na ocasião; e, b) seja comprovado o prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, ressaltando-se que eventual condenação não é suficiente para tal fim. No caso dos autos o efetivo prejuízo não restou comprovado, afastando a possibilidade de reconhecimento da nulidade arguida.

Ainda que na ação penal para apurar a prática de tráfico de drogas seja recomendável que o interrogatório do acusado seja o último ato da instrução, é possível sua realização quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunha, conforme previsão expressa do art. 222, § 1º, do CPP, que dispõe que a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal.

Segundo entendimento consolidado do STJ *"o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, tampouco a se manifestar expressamente sobre os dispositivos legais ou constitucionais que reputam violados, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas."* (AgRg no *HC* 404.147/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019). Assim, quando a sentença pormenorizadamente aprecia todas as questões relevantes ao julgamento, sem qualquer lacuna capaz de representar ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, rejeita-se a preliminar de nulidade por ausência de fundamentação.

Sendo o conjunto probatório suficiente para comprovar a materialidade e autoria do delito, aliado à confissão judicial do apelante, não há que se falar em absolvição.

Em que pese a adesão maciça dos Tribunais ao critério jurisprudencial da pena média, é certo que julgador ainda dispõe de certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais e consequente quantificação da pena-base, de modo que, se a fundamentação exposta é idônea e a exasperação adequada ao alcance das finalidades da pena, sem que se observe eventual abuso ou

arbitrariedade, deve a reprimenda basilar ser mantida no patamar estabelecido na sentença. É o que se observa na hipótese vertente, tendo em vista que apesar da exasperação aplicada superar a fração de 1/10 do hiato entre o mínimo e o máximo abstratamente cominados ao crime, a análise qualitativa da circunstância judiciais atinente à quantidade da droga justifica o percentual aplicado pelo julgador monocrático, porquanto era transportada aproximadamente 01 tonelada de maconha.

Inviável o reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas se os elementos dos autos evidenciam que o réu se dedica à atividade criminosa e integrou ocasionalmente organização criminosa, pois, com peculiar destreza, colaborava para o transporte de vultosa quantidade de drogas mediante utilização de três veículos. Não se trata, portanto, de mero traficante eventual.

Inviável o abrandamento do regime prisional, haja vista a quantidade da pena e a circunstância judicial desabonadora.

Na hipótese de a condenação em crime doloso ser superior a 4 (anos), resta incabível a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, *ex vi* do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Impossível a suspensão condicional da pena, já que o art. 77, do Código Penal, que disciplina a matéria e estabelece os requisitos necessários, exige que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a 02 (dois) anos.

Não há qualquer impropriedade na decretação do perdimento do veículo utilizado na prática criminosa. Inteligência do art. art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, que preceitua no sentido de que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deve ter referida destinação.

O réu não faz jus à gratuidade processual, visto que não apresentou nenhuma documentação a comprovar sua hipossuficiência financeira, além do que teve sua defesa patrocinada por advogado particular durante todo o trâmite processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, nos termos do voto do revisor, rejeitaram as preliminares suscitadas e, no mérito, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator.

Campo Grande, 13 de julho de 2020.

Des. Emerson Cafure – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

José Luis Monteiro Maia Júnior interpõe apelação criminal, em face da sentença de f. 418-424, proferida pelo juízo da 1º Vara da Comarca de Maracaju, MS, que julgou parcialmente procedente a denúncia para absolvê-lo da prática do delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei Federal n. 11.343/06, e condená-lo pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (um mil) dias multa, em regime inicial fechado.

Em suas razões recursais, f. 426-444, o apelante objetiva a reforma da sentença para que: a) seja anulada a sentença por falta de fundamentação art. 93, IX da CF/88e por inversão do rito processual; subsidiariamente,

b) seja absolvido do crime de tráfico de drogas; c) seja reduzida a pena base para o mínimo legal; d) seja aplicado o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; e) seja modificação o regime inicial do cumprimento de pena; f) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; g) seja afastada a hediondez do delito; h) seja restituído o veículo apreendido; i) sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50, com redação introduzida pela Lei 7.510/86, pois o apelante está preso há mais de 07 meses, não tendo condições alguma de arcar com as custas processuais.

Prequestiona *"o ferimento do Princípio da Igualdade, Isonomia, Contraditório e Ampla Defesa e a Falta de fundamentação jurídica nas decisões judiciais Art. 93, IX da CF/88 e Art. 400 do CPP (f. 443)."*

Em sede de contrarrazões, f. 448-499, o Ministério Público Estadual pugnou pelo improvimento do recurso. Prequestiona os artigos 59 do CP e artigo 33 da Lei 11.343/06.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu judicioso parecer, f. 521-556, manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por José Luis Monteiro Maia Júnior, em face da sentença de f. 418-424, proferida pelo juízo da 1º Vara da Comarca de Maracaju/MS, que julgou parcialmente procedente a denúncia para absolve-lo da prática do delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei Federal n. 11.343/06, e condená-lo pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (um mil) dias multa, em regime inicial fechado.

Em suas razões recursais, f. 426-444, o apelante objetiva a reforma da sentença para que: a) seja anulada a sentença por falta de fundamentação art. 93, IX da CF/88e por inversão do rito processual; subsidiariamente, b) seja absolvido do crime de tráfico de drogas; c) seja reduzida a pena base para o mínimo legal; d) seja aplicado o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; e) seja modificação o regime inicial do cumprimento de pena; f) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; g) seja afastada a hediondez do delito; h) seja restituído o veículo apreendido; i) sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50, com redação introduzida pela Lei 7.510/86, pois o apelante está preso há mais de 07 meses, não tendo condições alguma de arcar com as custas processuais.

Prequestiona *"o ferimento do Princípio da Igualdade, Isonomia, Contraditório e Ampla Defesa e a Falta de fundamentação jurídica nas decisões judiciais Art. 93, IX da CF/88 e Art. 400 do CPP (f. 443)."*

Em sede de contrarrazões, f. 448-499, o Ministério Público Estadual pugnou pelo improvimento do recurso. Prequestiona os artigos 59 do CP e artigo 33 da Lei 11.343/06.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu judicioso parecer, f. 521-556, manifesta-se pelo improvimento do recurso.

Considerações iniciais.

Consta dos autos que, no dia 24 de abril de 2018, por volta das 13h00 min, na Rodovia BR 267, Distrito de Vista Alegre, em Maracaju/MS, o ora apelante, associado com terceiros para a prática delitiva, transportava drogas, "maconha", a qual, pesada, totalizou 1000,8 Kg (mil quilos e oitocentas gramas).

No que tange à dinâmica dos fatos, extrai-se da denúncia que:

> *"Segundo restou apurado, na data e local dos fatos, a guarnição da Polícia Rodoviária Estadual recebeu informações acerca de um comboio de veículos em atitude suspeita, integrado por um carro Toyota Corolla preto, uma picape Chevrolet S-10 branca e um Mercedes Classe*

A marrom, sendo ainda comunicado que parte do comboio havia adentrado em uma estrada vicinal como desvio à fiscalização da Base Operacional de Vista Alegre.

Diante disso, os policiais rodoviários intensificaram a fiscalização na Base Operacional de Vista Alegre, oportunidade em que foi dada ordem de parada ao veículo ao veículo Toyota Corolla, cor preta, placas EDR-1058, de Dourados/MS, conduzido pelo denunciado, no interior do qual foi encontrada a quantia de R$ 3.570,00 (três mil quinhentos e setenta reais) em dinheiro.

Na ocasião, após entrar em contradição acerca dos motivos da viagem, o denunciado acabou confessando que realizava a função de 'batedor' para garantir a passagem de outros veículos, os quais realizavam o transporte de ilícitos, informando ainda ter recebido a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) em dinheiro, de um indivíduo denominado 'índio', ainda não identificado nos autos, para realizar o serviço.

Ato contínuo, outra equipe policial se dirigiu às estradas vicinais na tentativa de localizar os demais veículos informados, momento em que avistaram e iniciaram o acompanhamento tático da picape Chevrolet S10 LTZ DD4A 4x4 Diesel, de placas ONL-9933, de cor branca.

Após várias tentativas de abordagem, o condutor do veículo Chevrolet S-10 abandonou o automóvel em uma plantação de milho e empreendeu fuga, embrenhando-se na vegetação, não sendo possível sua captura.

Infere-se que, no interior do veículo abandonado, foi encontrada uma grande quantidade de substância análoga a 'maconha', perfazendo aproximadamente 1000,8 Kg (mil quilos e oitocentas gramas) do material entorpecente.

Ademais, após consulta dos numerais identificadores do chassi nos sistemas policiais de praxe, restou constatado que a caminhonete Chevrolet S10 possuía registro de furto na cidade de Betim/MG, bem como ostentava placas falsas, eis que deveriam estar afixadas as placas originais FOC- 9899.

Nesse cenário, foi dada voz de prisão ao denunciado, o qual foi encaminhado à Delegacia de Polícia desta cidade, juntamente com a droga, veículos e celulares apreendidos.

A materialidade do crime está evidenciada pelos documentos e depoimentos constantes dos autos, mormente pelo auto de apreensão (f. 44-45) e laudo de exame de constatação preliminar (f. 16) constantes nos autos."

Em razão de tais fatos o apelante José Luiz foi denunciado pela prática dos crimes do artigo 33, *caput*, e artigo 35, ambos da Lei n. 11.343/06, incidindo-se as disposições da Lei n. 8.072/90.

Após devidamente processado o feito sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para absolvê-lo da prática do delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei Federal n. 11.343/06, e condená-lo pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, a uma pena de 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (um mil) dias multa, em regime inicial fechado, em face da qual foi interposto o presente recurso.

Preliminar de anulação da sentença.

O apelante requer a anulação da sentença aos argumentos de que: a) o juízo *a quo* inverteu o interrogatório do acusado, contrariando o entendimento do STF, onde por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP); b) porque o magistrado não fundamentou a sentença proferida contrariando a garantia de fundamentação das decisões judiciais (Art. 5º, LXI e 93, IX, CF/88), contrariando também o art. 489, incisos I, II, III e parágrafo 1º, incisos I a VI do novo CPC.

Inicialmente, no que tange à alegação de nulidade processual por inversão na ordem de interrogatório do acusado, é cediço que, no Julgamento do *HC* n. 124.900/AM, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o rito descrito no artigo 400 do CPP, que dispõe que o interrogatório do acusado deve ser o último ato da instrução criminal, aplica-se, inclusive, a procedimentos regidos por legislação especial, como é o caso da Lei 11.343/06, modulando a referida decisão, atribuindo-lhe, portanto, efeitos vinculantes, a qual passou a ter que ser aplicada a todas as instruções em andamento a partir de 11 de março de 2016.

Assim, em se tratando de tráfico de drogas, ainda que seu rito seja previsto em legislação especial, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato da instrução e passou a ser o último, sob pena de nulidade.

Contudo, inobstante tenha sido reconhecida esta premissa, e não se negue que sua aplicação é devida, as Cortes Superiores, nos casos concretos, vem se posicionando no sentido de que para que eventual nulidade, decorrente de sua inobservância, seja declarada pelos Tribunais, é preciso que: a) o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente na ocasião; e, b) seja comprovado o prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, ressaltando-se que eventual condenação não é suficiente para tal fim.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS – NULIDADE – INVERSÃO DO RITO DO ART. 400 DO CP – NÃO CONFIGURAÇÃO – EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA QUE NÃO SUSPENDE O TRAMITE PROCESSUAL – ART. 222, § 1º, CPP – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – CAUSA DE REDUÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LAD – NÃO APLICÁVEL – AGENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – AFASTAMENTO – NECESSIDADE DE AMPLO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA DA AÇÃO PENAL – INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT – ILEGALIDADES NÃO CONFIGURADAS – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.*
>
> ***II - Conquanto recomendável que o interrogatório seja o último ato da instrução, ainda que se trate de ação penal para apurar a prática de tráfico de drogas, é possível sua realização quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunha, conforme previsão expressa do art. 222, § 1º, do CPP, ao dispor que a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal.***
>
> *III - Consolidou-se no âmbito deste Tribunal Superior o entendimento de que é imprescindível a demonstração de prejuízo para o reconhecimento de nulidade, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e na Súmula n. 523 do STF, o que não ocorreu na espécie.*
>
> *IV - No que concerne à dosimetria, a via do writ somente se mostra adequada para sua análise caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária análise aprofundada do conjunto probatório.*
>
> *V - Os requisitos legais para que seja aplicada a causa de diminuição do delito de tráfico, a saber, ser o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, são de observância cumulativa.*
>
> *VI - In casu, o eg. Tribunal de origem assentou que o paciente se dedicava à atividade criminosa, 'pois ele não comprovou qualquer atividade lícita e, com apenas 20 anos de idade, já fazia de sua própria residência uma verdadeira boca-de-fumo, além de os policiais apontarem que existiam informações anteriores de que o denunciado traficava drogas em sua*

casa, o local era um ponto conhecido de tráfico, havendo, ainda, os milicianos, apreendido, anteriormente, usuários nas imediações da residência do acusado'.

VII - Afastar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, para afirmar que o paciente não se dedica à atividade criminosa, exigiria amplo revolvimento da matéria fático probatória da ação penal, providência sabidamente inviável na via estreita do writ. Habeas corpus não conhecido". (*HC* 454.481/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018) (G.n.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA – INEXISTÊNCIA – TRÁFICO DE DROGAS – NULIDADE – INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO – ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL – MATÉRIA JULGADA PELO STF – HC N. 127.900/AM – INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016 – IMPUGNAÇÃO EM AUDIÊNCIA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ESPECÍFICA DO PREJUÍZO SOFRIDO PELO PACIENTE – PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 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 - O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que 'o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado' (HC n. 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 24/11/2017). III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. ***IV - É firme o entendimento deste Tribunal Superior de que, para que se reconheça nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, é necessário que o inconformismo defensivo tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão, bem como que é necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão. Precedentes.*** *V - Dos autos, verifica-se que a Defesa, muito embora tenha se manifestado no ato da audiência quanto a ordem na oitiva e interrogatório, todavia, não apontou especificamente qualquer prejuízo e tampouco o fez em outro momento oportuno. Tais circunstâncias afastam a ocorrência de prejuízos à Defesa e impedem o reconhecimento da nulidade arguida. VI - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no Enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese. Agravo regimental desprovido."*(AgRg no *HC* 496.341/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019). (Grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – INTERROGATÓRIO REALIZADO COMO ATO INAUGURAL DA INSTRUÇÃO – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – NULIDADE AFASTADA – AGRAVO IMPROVIDO. 1. Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça (HC n. 117.952/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27/5/2010, DJe 28/6/2010). 2. A propósito, no julgamento do HC 127.900/AM, o Tribunal Pleno decidiu que 'a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações

penais cuja instrução não se tenha encerrado'. A ata do referido julgamento foi publicada em 11.03.2016. Todavia, o referido precedente do Plenário do STF deve ser compreendido à luz do art. 563 do CPP, que prescreve que 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'. Vale dizer, a inobservância do rito fixado pela Corte não acarreta automática invalidade do processo, incumbindo, sob a ótica da instrumentalidade das formas, a aferição do gravame suportado pelo interessado. Referida análise não se traduz, simplesmente, a partir da condenação. É imperioso que o interessado evidencie certo nexo causal entre a suposta irregularidade e o resultado da ação penal, bem como que indique, ao menos de forma indiciária, a possibilidade efetiva de reversão do julgamento se ausente a nulidade ventilada, o que não ocorreu no caso (...). (STF, HC n. 155.087/MG, Rel. Min.Edson Fachin, Dje 1º/8/2018). 3. No presente caso, em que pese a defesa ter arguido, a tempo e modo, a realização do interrogatório ao final da instrução, não explicitou, de maneira concreta, de que forma a referida inversão influenciou no resultado da condenação. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido." (AgRg no *HC* 488.397/CE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

Quanto a necessidade de demonstração do prejuízo para declaração de nulidade, o Supremo Tribunal Federal, nos termos consolidados no Enunciado n. 523 de sua Súmula, assentou: *"No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."*

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CORRUPÇÃO ATIVA – DESCAMINHO TENTADO – LAVAGEM DE CAPITAIS – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE FALSIDADE – DOCUMENTO JUNTADO NOS AUTOS HÁ MAIS DE DEZ ANOS – IMPUGNAÇÃO APÓS PROLAÇÃO DA SENTENÇA – PRECLUSÃO – PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA LEALDADE PROCESSUAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA – EXAME PERICIAL – DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MAGISTRADO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – RECURSO NÃO PROVIDO. (...) IV - A jurisprudência desta Corte de Justiça, há muito já se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do CPP, o que não ocorreu na hipótese concreta. Recurso conhecido e não provido." (STJ. RHC n. 79.834/RJ, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, DJe de 10/11/2017).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – SUSPEIÇÃO POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO – NULIDADE DOS ATOS ANTERIORES À DECISÃO – NÃO OCORRÊNCIA – PRECEDENTES – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. A orientação de que a decretação de nulidade processual, na esteira do art. 563 do Código de Processo Penal, absoluta ou relativa, depende da demonstração do efetivo prejuízo para a acusação ou para a defesa. Aplicação na esfera processual do princípio do pas de nullité sans grief. Desse ônus, não se desincumbiu a recorrente, que se limitou a afirmar que os atos seriam absolutamente nulos. Recurso desprovido." (STJ. RHC n. 38.084/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe de 6/11/2017).

No caso dos autos, ainda que a Defesa tenha se manifestado, na instância singular, desfavoravelmente à inversão da ordem na oitiva das testemunhas e interrogatório do réu, f. 194-195, não especificou nas presentes razões o prejuízo concreto que teria sido causado ao Acusado em decorrência da inversão, o que, nos termos da jurisprudência pátria, impede o reconhecimento por este Sodalício da nulidade arguida.

Some-se a isso, que no caso dos autos, a inversão da ordem estabelecida no artigo 400 do CPP decorreu da necessidade de oitiva das testemunhas e interrogatório do réu se dar por carta precatória, o que, conforme previsão do art. 222, § 1º, do CPP, não interrompe a instrução criminal, autorizando, portanto, a inversão.

Assim, não tendo sido demonstrado que a inversão da ordem do artigo 400 do CPP causou efetivo

prejuízo ao acusado, bem como, decorrendo a inversão da necessidade de expedição de cartas precatória para oitiva das testemunhas, afasta-se a nulidade da instrução processual arguida pela defesa.

De outro vértice, a defesa pretende que a sentença seja anulada ao argumento de que não foi devidamente fundamentada, posto que não mencionou os fundamentos do artigo 489 do CPC, contrariando a garantia de fundamentação das decisões judiciais (Art. 5º, LXI e 93, IX, CF/88), contrariando também o Art. 489, incisos I, II, III e parágrafo 1º, incisos I a VI do novo CPC.

É cediço que, por força do artigo 93. IX, da CF c.c artigo 381, inc. III, do Código de Processo Penal, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, especialmente aquelas que impõem restrição ao direito de liberdade do indivíduo, o que se justifica porque só se as razões que as motivaram forem devidamente apresentadas é que podem ser controladas ou impugnadas.

Quanto ao tema, leciona o ilustre doutrinador Júlio Fabrinni Mirabete:

> *"(...) em resumo, a sentença deve ser completa, ou seja, deve o juiz examinar toda a matéria articulada pela acusação e pela defesa. É nula a sentença que deixa de considerar todos os fatos articulados na denúncia contra o réu, pois, nesse caso não haverá, a rigor, sentença com relação ao fato ou fatos não apreciados no decisório, com a conseqüente supressão de um grau de jurisdição na hipótese de recurso (sentença citrapetita). A Superior Instância não pode apreciar originariamente a matéria não enfrentada pelo juiz de 1º grau. Da mesma forma, é eivada de nulidade a sentença que não responde às alegações expedidas pela defesa, seja de mérito, seja de preliminares argüidas oportunamente (...)."* (Processo penal. 6. ed. Atlas. p. 441-442).

Ainda, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes elucidam que:

> *"(...) a garantia da motivação, conforme acentuado, compreende, em síntese: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação à individualização das normas aplicáveis e às consequências jurídicas que delas decorrem; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos."* (As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 198-199)

O Supremo Tribunal de Justiça, já assentou que *"o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, tampouco a se manifestar expressamente sobre os dispositivos legais ou constitucionais que reputam violados, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas, exatamente como ocorreu na espécie. Precedentes."* (AgRg no *HC* 404.147/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019).

No caso dos autos, tem-se que a sentença condenatória indicou pormenorizadamente quais foram os motivos que levaram à condenação do apelante, senão vejamos:

> *"Decido.*
>
> *Conforme visto, recai sobre o réu José Luiz Monteiro Maia Junior (José Luiz) a acusação de ter praticado os delitos tipificados nos artigos 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei Federal n.º 11.343, de 2006.*
>
> *O fato é assim narrado pelo MP na peça acusatória:*
>
> *(...).*
>
> *Pois bem.*
>
> *A materialidade delitiva do crime de tráfico de entorpecentes está satisfatoriamente demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante, f. 7-8; do laudo de exame de constatação preliminar, f. 16; do Boletim de Ocorrência n° 720/2018, f. 22-24; do laudo de*

exame de identificação de veículo, f. 41-43; do laudo de exame toxicológico de f. 413-417; e dos depoimentos colhidos por ocasião do flagrante e ao longo da instrução processual.

A autoria é, de igual modo, certa e recai sobre a pessoa do réu, consoante se pode observar dos depoimentos na fase investigativa e judicial das testemunhas Edson Cardoso e Kaelson Augusto Brito Ujacow, policiais militares que realizaram a sua abordagem (f. 9-10, 10-11, 322-323 e 358-359).

No caso, embora o réu tenha negado a autoria do fato delituoso na fase judicial (f. 315-316), sua versão não mantém coerência com os outros elementos de prova existente nos autos, mesmo porque não se afigura crível que tenha sido ameaçado pelos policiais militares a confessar crime o qual, em tese, não teria cometido, sobretudo, ao se analisar o modo como transcorreu o fato delituoso.

A equipe policial que realizou a abordagem do réu no dia do fato recebeu denúncias de usuários da via BR 267 segundo as quais havia um comboio de veículos com atitude suspeita vindo de Ponta Porã (MS) com sentido para Maracaju (MS). Segundo o depoimento das testemunhas ouvidas tanto na fase investigativa quanto judicial, as denúncias eram bem específicas quanto à marca, modelo, cor e placa dos veículos, motivo pelo qual os policiais abordaram o veículo do réu, um Toyota Corola, de cor preta. Ao observarem um certo nervosismo da parte dele, aliado com as contradições em suas informações e a abordagem do outro veículo suspeito, uma S10, de cor branca, cheio da substância entorpecente conhecida popularmente como maconha, por volta de 1000,8 Kg (mil quilos e oitocentos gramas), desconfiaram se não estava atuando como batedor de referido veículo.

Em seu interrogatório extrajudicial, José Luiz afirmou que tinha sido contratado por uma pessoa chamada de 'Índio' para 'bater estrada' mediante uma contraprestação pecuniária no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais).

No entanto, diz que se tratava de uma carga de cigarros, e não de substância entorpecente.

Note-se que em Juízo o réu oferece versão diversa da que havia sido apresentada à autoridade policial, afirmando que se dirigia ao Estado de Goiás para adquirir produtos estéticos. No entanto, a defesa não se ocupou em produzir qualquer tipo de prova para endossar o álibi do réu. Com efeito, não trouxe o nome da empresa com a qual o réu (ou sua esposa) teria mantido contato, e nem mesmo os responsáveis por ela ou funcionários com quem chegaram a negociar a aquisição de tais produtos. Nem mesmo a exploração do comércio de tal ramo foi de algum modo demonstrada nos autos.

Diante do exposto, em especial do contexto do tráfico de drogas na região, da quantidade de entorpecente apreendido e da forma como o réu foi abordado e preso em flagrante, conclui-se que a autoria é evidente e recai sobre sua pessoa, e por isso deve ser ele condenado pela prática do tráfico de drogas.

Sendo assim, incorrendo o réu no tipo penal previsto no artigo 33, caput da Lei Federal n.º 11.343, de 2006, a condenação é medida que se impõe." (f. 419-421)

Verifica-se, assim, que o magistrado singular examinou todo o conjunto probatório e fundamentou a condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, o que afasta a suscitada nulidade.

Além disso, a questão de as provas sopesadas pelo magistrado serem ou não suficientes para sustentar o édito condenatório serão analisadas no mérito recursal, no tópico referente ao pedido de absolvição.

Assim, rejeitam-se as preliminares de nulidade por ausência de fundamentação e por inversão da ordem de interrogatório.

Pretensão de absolvição.

Alternativamente o apelante pugna para que seja absolvido do crime de tráfico de drogas, ao argumento de que não há provas suficientes da autoria e materialidade do crime por parte do acusado.

É cediço que a expedição de um decreto condenatório deve basear-se em elementos de provas que sejam capazes de demonstrar indubitavelmente a existência do crime e quem seria o seu autor, ou seja, provas contundentes e robustas da materialidade e autoria do fato criminoso.

Logo, o magistrado deverá formar o seu convencimento a partir das provas legalmente produzidas pelas partes, em especial atendimento ao contraditório judicial.

Neste sentido, inclusive, é a regra prevista no art. 155 do CPP:

> *"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."*

No presente caso, denota-se que agiu corretamente o Juiz sentenciante a condenar o Apelado, uma vez o conjunto probatório produzido no processo autoriza a expedição de um decreto condenatório quanto ao crime de tráfico de entorpecentes. Vejamos:

A materialidade do delito restou comprovada através do auto de prisão em flagrante, f. 7-8; do laudo de exame de constatação preliminar, f. 16; Boletim de Ocorrência n° 720/2018, f. 22-24; do laudo de exame de identificação de veículo, f. 41-43; laudo de exame toxicológico de f. 413-417; dos depoimentos colhidos por ocasião do flagrante e ao longo da instrução processual, e, em especial pela situação de flagrância.

No que tange à autoria, os indícios colhidos neste caderno processual impossibilitam o acolhimento da tese defensiva absolutória.

Em seu interrogatório extrajudicial, f. 13-14, o acusado afirmou ter sido contratado por uma pessoa de apelido "Índio", pela importância de R$ 3.000,00 (três) mil reais, para exercer a função de batedor, de Ponta Porã até Vista Alegre, mas declara que a carga a qual estaria protegendo era de cigarro e que não tinha conhecimento de que era o veículo S10 apreendido que ele estava auxiliando a passar pela polícia. E que ao ser questionado pelos policias disse que ia a Goiânia fazer compras de produtos de estética.

Ao ser ouvido judicialmente, f. 315-316, o apelante negou a prática delitiva, afirmou que ao ser abordado pelos policiais estava indo para Goiás, onde faz compra de produtos estéticos, pois tem uma loja com sua mulher, e que os policiais o mantiveram apreendido alegando haver uma busca e apreensão no veículo, sendo que depois outros policiais chegaram no local com a caminhonete apreendida, levaram-no para o fundo da base e perguntaram se a caminhonete e a droga eram suas, pelo que respondeu que só possuía o veículo Corolla. Disse que foi coagido a assinar o depoimento. Nega o seu interrogatório extrajudicial, porque o policial o obrigou a falar aquilo. Diz que o policial Kelson o ameaçou se não assinasse o papel. Deu o depoimento, porque os policiais disseram que o delegado iria liberá-lo na mesma noite. O Índio nunca existiu. Conta que possuía R$ 1.200,00 para despesa de ida e volta e o restante do dinheiro era para compra de produtos. O nome da empresa onde iria comprar os produtos é Cruzeiro, sua esposa que negociava, apenas ia buscar.

Como bem salientou o magistrado singular, a defesa não logrou êxito em comprovar a versão de que o acusado estaria indo a Goiânia fazer comprar, *in verbis*:

> *"Note-se que em juízo o réu oferece versão diversa da que havia sido apresentada à autoridade policial, afirmando que se dirigia ao Estado de Goiás para adquirir produtos estéticos. No entanto, a defesa não se ocupou em produzir qualquer tipo de prova para endossar o álibi do réu. Com efeito, não trouxe o nome da empresa com a qual o réu (ou sua esposa) teria mantido contato, e nem mesmo os responsáveis por ela ou funcionários*

com quem chegaram a negociar a aquisição de tais produtos. Nem mesmo a exploração do comércio de tal ramo foi de algum modo demonstrada nos autos."

De outro vértice, os policiais que efetuaram o flagrante foram uníssonos em afirmar que o apelante confessou estar atuando como batedor. No que tange ao depoimento judicial dos policiais Militares Edson Cardoso e Kelson Augusto Brito Jacob, para evitar tautologia, transcreve-se a síntese feita pelo *Parquet*, *in verbis*:

> *"O policial militar Edson Cardoso, inquirido em juízo, relatou que r recebeu a informação que vinha esse comboio de Ponta Porã/MS para Maracaju e, por isso, intensificaram a fiscalização. Logo, veio o Corolla preto, que fazia o serviço de batedor. A guarnição havia saído para interceptar os outros veículos que estariam em estrada vicinal, mas encontraram apenas a caminhonete S10, que empreendeu fuga, até o condutor abandoná-la e evadir-se pelo mato, sem chance de captura. A caminhonete foi levada para a base, onde verificou-se que havia uma tonelada de maconha. Contou que o réu estava conduzindo o veículo Corolla e no momento da entrevista apresentou certo nervosismo, tendo confessado que fazia o serviço de batedor. Foi contratado pela pessoa de 'Índio', pegou o veículo num posto de combustíveis em Ponta Porã/MS. A função do acusado era batedor e avisar sobre atividade policial na rodovia. O denunciado estava com um celular utilizado para comunicar com outros envolvidos. As que informações que receberam anteriormente a abordagem indicavam as características dos veículos: que o Corolla era placa de Dourados e que a S10 era branca. A s10 foi abandonada durante acompanhamento tático e os policiais a levaram para a base; já no abandono foi constatado que estava carregada com as drogas. Na base foi feita a pesagem e contagem. Em entrevista com o réu, este relatou que foi contratado para atuar como batedor, porém, dizia que era carga de cigarro que poderia estar em caminhão ou caminhonete. Indagado pela defesa, e policial informou que a abordagem se deu por volta das 13h00min; da abordagem até o retorno a base passaram-se entre 45 minutos ou uma hora. O réu estava passando em frente a base, todavia, a caminhonete desviou, justamente porque estava carregada. Não lembra se o réu disse do motivo da viagem. Aduz que o réu entrou em contradição durante a entrevista, confirmando apenas que foi contratado pela pessoa de 'Índio' em Ponta Porã, para fazer o serviço, a partir das 11h00min, quando saiu para olhar a rodovia e informar os demais. Quanto as características repassadas, disse que sabiam a placa da S10, de cor branca, e quanto ao Corolla, tinha placa de Dourados. No momento da abordagem o acusado não recebeu nem efetuou ligações.*
>
> *Kelson Augusto Brito Jacob, policial militar, ouvido em juízo, relatou que no dia dos fatos, por volta de 12h50min, receberam informações de usuários da via de que determinados veículos estavam em atitudes suspeitas. Intensificaram a fiscalização em frente a base, oportunidade em que abordaram o veículo Corolla, sendo que o condutor não deu motivo convincente da viagem. Conta que um policial ficou com o réu na base, enquanto a testemunha saiu com outro colega para fazer varredura nas estradas vicinais, onde encontraram o veículo S10, consoante características repassadas por populares. Foi dada ordem de parada e o condutor desobedeceu, empreendendo fuga, sentido Maracaju, motivo pelo qual foi feito acompanhamento tático. A caminhonete entrou numa plantação de milho e o condutor logrou êxito ao abandonar o veículo e fugir. Ao voltar para a base, com a caminhonete, o réu apresentou nervosismo excessivo, o que 'fechou' a ideia de que era o batedor da caminhonete. O acusado foi orientado que se ele confessasse, ele seria beneficiado com uma redução de pena futuramente. Aduz que os vidros da caminhonete eram insufilmados escuros, não dava para ver o motorista e, por isso, o réu ficou nervoso por acreditar que seria mesmo o motorista que estava batendo. Depois de guardarem a caminhonete no fundo da base, informaram ao réu que teriam capturado seu comparsa e que este teria confessado os delitos, razão pela qual o réu confessou que estava atuando como batedor. Não obrigado o acusado a confessar, não bateu, apenas 'jogou um verde'. Da abordagem do réu até voltarem para a base com a S10 deu-se por volta de uma hora. Quem ficou com o réu foi na base foi o cabo Edson. Até localizar a caminhonete passou-se por volta de meia hora. A caminhonete foi encontrada a uns 20 ou 25 km da base, e estava no mesmo sentido que o réu estava. O denunciado utilizava um celular e muito provavelmente não sabia que a localidade era ruim de sinal, pois esse é um dos motivos*

que os batedores se perdem no local. Aduz que o réu assumiu, na data dos fatos, que estava com o aparelho eletrônico para repassar informações." (f. 461-462).

Como se vê, as narrativas dos agentes responsáveis pela apreensão do entorpecente são uníssonas e seguras no sentido de revelar que o apelante é autor do delito.

Quanto a alegação de que o policial Kelson é réu em outro processo, tem-se que esse fato é irrelevante para a causa em comento, posto que não tem relação com os autos em questão, e que as demais provas apontam ser correta a condenação do ora apelante.

Destaca-se que a jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal, aliás, já assentou que *"é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita."* (RTJ 68/64, citada por Aluízio Bezera Filho *in* Lei de tóxicos anotada e interpretada pelos Tribunais. p. 61).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não discrepa, tendo sido reafirmado por aquela Corte que:

> *"Os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos."* (STJ, *HC* 98766/SP - *Habeas Corpus* - 2008/0009791-4, Sexta Turma, São Paulo, Ministro OG Fernandes, em 05/11/2009).

Além disso, como bem ressaltou o ilustre membro da PGJ em seu judicioso parecer, a conduta do apelante em atuar como "batedor" da carga de entorpecente, é suficiente para caracterizar o tráfico de drogas, por ser um delito de conteúdo alternativo. *In verbis*:

> *"Por outro lado, cumpre salientar que o delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, é de conteúdo misto alternativo.*
>
> *É neste sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: '(...) o crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito (...)'8.*
>
> *Assim, o simples fato do apelante atuar como batedor, facilitando o transporte de mais de 01 (uma) tonelada de maconha, conforme narrado na denúncia e consignado na sentença, já configura infração penal."*(f. 535).

Desta feita, o robusto conjunto probatório, as circunstâncias do caso concreto, bem como a quantidade e a forma de acondicionamento da droga apreendida, evidenciam claramente a prática do tráfico pelo apelante, sendo inconcebível o acolhimento da tese de insuficiência probatória.

Pretensão de reconhecimento do tráfico privilegiado

A defesa pleiteia que seja aplicado o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo.

Ao indeferir referida benesse, o magistrado singular consignou:

> *"Na terceira fase, inaplicável a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei Federal n.º 11.343, de 2006, vez que o réu transportava grande quantidade de droga, cerca de 1000,8 Kg (mil quilos e oitocentos gramas) de maconha, o que revela a sua ligação, ainda que pontual, com organização criminosa. Dito isso, declaro a pena base definitiva."* (f. 422)

Com efeito, reza o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.373/2006, *in verbis*:

> *"§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser*

reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

Como cediço, trata-se de minorante fundada em razões de política criminal e que visa a beneficiar o pequeno traficante, aquele que ainda não está profundamente envolvido com o mundo do crime e que pelas circunstâncias merece uma oportunidade mais rápida de ressocialização.

Da leitura do preceito sob exame, extrai-se que, para que reste configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a consequente diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos aqueles requisitos, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.

A propósito, nessa linha, é a jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – DESCABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO INTEGRAL – CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES – RESP N. 1.341.370/MT – RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – ART. 543-C DO CPP – SÚMULA N. 545/STJ – APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 – REQUISITOS OBJETIVOS – REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – REGIME INICIAL FECHADO – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO – APENADO REINCIDENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA 'B', DO CÓDIGO PENAL – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal - CP) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP), desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n. 545/STJ.

3. A incidência da causa especial de redução da pena prevista no § 4o do art. 33 da Lei de Drogas pressupõe a ocorrência, cumulativa, de 4 requisitos: (a) ser primário; (b) possuir bons antecedentes; (c) não dedicar-se a atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa. *Na hipótese dos autos, a reincidência do réu afasta, de plano, a concessão do benefício.*

4. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem. Precedentes.

5. Firmou-se nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

6. Conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea 'b', do CP, em hipóteses de condenação a pena de reclusão superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, a fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda condiciona-se à ausência de reincidência do apenado. Desse modo, cuidando-se de réu reincidente, reputa-se idônea a fixação de regime fechado para cumprimento inicial da pena de reclusão, ainda que imposta reprimenda inferior a 8 (oito) anos de segregação.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a

> *reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 5 anos de reclusão, mais o pagamento de 500 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório."* (STJ; *HC* nº 200380/SP; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; Quinta Turma; Julgado em 22/11/2016). (Destacamos)

Quanto à prova de tais requisitos, Renato Marcão leciona que: *"é preciso que o Ministério Público esteja atento no sentido de buscar provar, em cada caso concreto, a presença de ao menos uma das situações indesejadas que estão indicadas expressamente, de maneira a afastar a incidência do § 4º, pois, em caso de dúvida, esta se revolverá em benefício do réu."* (MARCÃO, Renato. Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas: anotada e interpretada. 11. ed. São Paulo: Salvador, 2017. p.147).

Nesse sentido é a jurisprudência do STF:

> *"A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do indubio pro reo."* (STF, *HC* 103.225/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j.11.10.2011, DJe de 22.11.2011).

Oportuna a transcrição do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 200.898, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/2/2012, *verbis*:

> *"Revela-se ilegal a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ao condenado primário e sem antecedentes criminais, surpreendido na posse de 24,7 g (vinte e quatro gramas e sete decigramas) de cocaína quando a Corte a quo, com base na conduta criminosa que lhe foi atribuída e pela qual findou condenado e com fundamento em indícios, concluiu que fizesse da traficância sua profissão, sob pena de considerar toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 uma situação incompatível com a aplicação da minorante em questão."*

In casu, verifica-se da sentença recorrida que o motivo pelo qual o magistrado singular negou o benefício do tráfico privilegiado aos acusados foi o fato destes possuir ligação com organização criminosa.

No entanto, em que pese ter restado comprovada a traficância na data dos fatos, certo é que este fato, por si só, não demonstra que ele faz do tráfico o seu meio de vida ou que integre organização criminosa, deveriam ter sido produzidas mais provas neste sentido, comprovando a habitualidade da conduta criminosa ou a participação habitual em organização criminosa.

Assim, do exame detido do conjunto probatório produzido, constata-se que o réu/recorrido é tecnicamente primário, não possui maus antecedentes (f. 313), e não há provas e nem mesmo indícios de que se dedique habitualmente a atividades criminosas ou que faça parte de organização criminosa.

Nesse quadro, é de rigor reconhecer e aplicar o redutor relacionado ao tráfico privilegiado, razão pela qual deve incidir tal minorante, com a diminuição das penas em 1/6 (um sexto), *quantum* que entendo proporcional e suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal praticada pelo acusado, considerando-se as peculiaridades do caso posto em exame, devendo ser reformada a sentença neste tocante.

Pretensão de redução da pena base

O apelante pretende que seja reduzida a pena base para o mínimo legal, ao argumento de que o magistrado realizou apenas uma análise superficial do artigo 59 do Código Penal, sem apresentar qualquer motivação idônea.

Na primeira fase da dosimetria penal, ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 42 da Lei 11.343/06 e artigo 59 do CP, o magistrado singular consignou:

> *"Nos termos do artigo 42, da Lei Federal n.º 11.343, de 2006, as circunstâncias do*

crime de tráfico de entorpecentes são graves, haja vista que traficava enorme quantidade de psicotrópico, isto é, 1000,8 Kg (mil quilos e oitocentos gramas) de maconha. Não há elementos suficientes para aferir sua personalidade e conduta social. A culpabilidade do réu se revela normal para esse tipo de delito. Não apresenta maus antecedentes. Com a prática do crime pretendia ganhar dinheiro fácil, sendo este o motivo que o levou à senda criminosa. Tal, porém, é incapaz de exasperar a pena porque faz parte da própria essência do tipo. As consequências do crime não lhe prejudicam, já que a droga foi apreendida pelos policiais. Diante da presença de circunstâncias judiciais relativamente desfavoráveis, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (um mil) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Sem atenuantes e agravantes." (f. 422).

Pois bem. Do trecho da decisão acima transcrito verifica-se que apenas a circunstância judicial referente à quantidade do entorpecente, foi valorada negativamente.

Ou seja, o julgador de instância singela adotou como razão de decidir para o incremento da pena-base a quantidade de narcótico localizado com o acusado, consoante estabelece o comando inserido no art. 42 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, o qual dispõe, que *"o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Nesse contexto, dado em conta que se cuida de crime tipificado na Lei de Tóxicos, evidentemente, a natureza e a quantia da substância são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não caracterizando, por conseguinte, ilegalidade o arbitramento da pena-base além do mínimo, porque é certo que quanto maior a quantidade do tóxico e mais nefastos forem os efeitos dele, superior será a possibilidade de lesão à saúde pública, que é o bem jurídico protegido nos delitos de tráfico de drogas.

No caso dos autos, deve ser mantida a valoração negativa relacionada à quantidade da droga, por se tratar de quantidade vultuosa de maconha, mais de mil quilos.

Contudo, certo é que em virtude de não haver parâmetros pré-definidos no Código Penal para fixação da pena-base, o STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do citado diploma possuem o mesmo grau de importância, utilizando, destarte, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo (ou seja, entre o mínimo e o máximo), pois, se o próprio legislador não estabeleceu uma maior ou menor preponderância de uma circunstância em relação às demais – como o fez, *verbi gratia*, no art. 67 do referido *codex*, que dispõe a respeito do concurso entre circunstâncias legais agravantes e atenuantes –, é porque, evidentemente, desejou que todas as 8 (oito) circunstâncias judiciais obtivessem idêntico tratamento, como maneira de possibilitar uma mais adequada aferição para a dosagem de uma pena-base justa, ideal, dentro dos limites determinados no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Além disso, no caso particular, por se tratar de crime capitulado na Lei de Entorpecentes, por força do art. 42 da mencionada norma, há mais 2 (duas) circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, totalizando, dessa forma, 10 (dez) circunstâncias judiciais, haja vista a existência de 8 (oito) no art. 59 do Estatuto Repressivo, resultando daí que deve ser empregado um patamar imaginário de 1/10 (um décimo) para cada circunstância desfavorável, a recair, como acima dito, sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo penal.

Nesse quadro, levando em consideração que o intervalo da pena preconizada em abstrato do delito de tráfico ilícito de entorpecentes é de 10 (dez) anos de reclusão e 1.000 (mil) dias-multa, pois a Lei nº 11.343/2006 prevê para tal crime pena privativa de liberdade entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, a consequência lógica é que para cada circunstância judicial negativa deve a pena-base ser elevada em 1 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa acima do mínimo legal, já que, repita-se, a fração imaginária a ser aplicada para a exasperação das penas é de 1/10 (um décimo).

Assim, dado em conta que tão somente 1 (uma) circunstância judicial foi valorada desfavoravelmente na sentença – a alusiva quantidade da droga apreendida, repita-se –, é forçoso concluir que na primeira etapa do processo de dosimetria a pena-base deveria ter sido majorada em 1 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa além do mínimo legal, e não em 1 (uma) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multa, como procedeu o magistrado de instância singela, advindo daí que, a pena base deve ser alterada, reduzindo-se a pena corporal para 6 (seis) anos de reclusão e a sanção pecuniária para 600 (seiscentos) dias-multa, alterando-se a sentença neste tocante.

Na segunda fase, como não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes, mantém-se a pena intermediária em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, conforme reconhecido neste voto deve ser aplicada a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.373/2006) na fração de 1/6, nos termos da fundamentação, de modo que a pena definitiva resta fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, fixados em 1/30 do salário mínimo nacional vigente ao tempo do fato.

Pretensão de abrandamento do regime inicial do cumprimento de pena.

O regime inicial de cumprimento de pena foi fixado pelo magistrado com fundamento apenas na quantidade da pena anteriormente aplicada, *"o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado porque assim determina a legislação especial aplicável à espécie, e porque o réu está sendo condenado a uma pena superior a 8 (oito) anos (f. 423)"*, e tendo sido a pena redimensionada neste voto, nos termos do artigo 33, § 2º, "b", do CP, não sendo o Apelado reincidente, e tendo sua pena sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, altera-se o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Pretensão de afastamento da hediondez do delito.

Com a aplicação do benefício da diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/2006, assiste razão ao apelante quanto ao reconhecimento da não hediondez do tráfico ilícito de entorpecente.

Nesse sentido, é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *"EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO – TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO – NATUREZA DE CRIME COMUM – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Acompanhando o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 118.533/MS, a Quinta e a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior, passaram a adotar orientação no sentido de que 'o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda'. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a hediondez do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e determinar o cálculo para fins de concessão de benefícios, com base nas frações temporais próprias de crimes comuns."* (*HC* nº 377599/SC; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Quinta Turma; Julgado em 9/3/2017).

Assim, neste ponto, acolhe-se a pretensão defensiva para afastar o caráter hediondo do crime perpetrado pelo apelante.

Pretensão de substituição da pena privativa de liberdade ou concessão de *sursis*.

No que se refere ao pleito de substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos, levando em consideração que se cuida de crime doloso, associado ao fato de a pena privativa de liberdade ter sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, ou seja, superior a 4 (quatro) anos, consequência lógica é que não merece ser acolhido, por força do art. 44, inciso I, do Estatuto Repressivo, que prescreve, *in verbis*:

> *"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo."*

No mesmo sentido é a impossibilidade de suspensão condicional da pena, já que o art. 77, do Código Penal, que disciplina a matéria e estabelece os requisitos necessários, exige que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a 02 (dois) anos.

Logo, não é caso de substituição da pena privativa de liberdade ou a sua suspensão condicional.

Pretensão de restituição do bem.

O apelante sustenta que, *"comprovada a propriedade do bem 'em nome do acusado', e não sendo a coisa cujo fabrico, alienação, uso ou detenção constitua fato ilícito, não há como considerá-lo, prima facie, instrumento de crime, até porque o referido bem não é utilizado exclusivamente na prática de ilícitos. Assim, a restituição do bem ao apelante veículo/Corolla/preto é medida que se impõe, para que o mesmo possa manter o sustento de sua família."*

O magistrado na sentença, consignou: *"Outrossim, com fulcro no artigo 63 da Lei Federal n.º 11.343, de 2006, decreto o perdimento dos bens/valores descritos no auto de apresentação e apreensão em favor da União, pois evidentemente utilizados para a prática delitiva (f. 423)."*

O artigo 118 do Código de Processo Penal determina que as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Por sua vez, o artigo 119 estabelece que não serão restituídos, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal, os bens ou valores auferidos pelo agente com a prática delituosa, salvo se ficar comprovado pertencerem ao lesado ou ao terceiro de boa-fé.

Assim, para a restituição, são necessários os seguintes requisitos cumulativos: a) prova cabal de propriedade; b) comprovação da licitude de sua origem; c) boa-fé do requerente e total desvinculação com os fatos apurados na ação penal.

Não bastasse, o parágrafo único, do art. 243, da Constituição Federal, dispõe que: *"todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei."*

A norma federal de regência (Lei n. 11.343/06), em seu artigo 60 e seguintes, regulamenta a forma de perdimento dos bens apreendidos em decorrência da traficância.

In casu, por ocasião do flagrante, o veículo Toyota Corolla, acima referido, foi apreendido sendo utilizado como "batedor" para outro veículo que transportava o entorpecente destinado à mercancia.

Deste modo, se mostra correto o apossamento cautelar do aludido bem, porquanto dedutível que foi utilizado para o comércio de drogas ilícitas. Nesse sentido, cita-se jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – LEI N 11.343/2006 – DOSIMETRIA – REDUÇÃO DA SANÇÃO NOS TERMOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – RÉU TRAZIA CONSIGO 700 G DE COCAÍNA, R$ 28.500,00 EM ESPÉCIE E DUAS BALANÇAS DE PRECISÃO – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – ACÓRDÃO FIRMADO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO – CABIMENTO – PENA DE PERDIMENTO DE BENS – PREVISÃO NA LEI N. 11.343/2006. 1. Na condenação por tráfico de entorpecentes (700 g de cocaína), a dedicação a atividades criminosas afasta a redução da sanção estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Não há falar em restituição*

dos bens, por ser fruto da venda de drogas e instrumento do crime, sendo o perdimento decorrência lógico da condenação (art. 63 da Lei n. 11.343/2006). 3. Inexistindo elementos capazes de alterar os fundamentos da decisão agravada, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente agravo. 4. Agravo regimental improvido." (STJ. AgInt no AREsp 1368211/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 14/03/2019).

Da mesma forma, cita-se julgado deste Sodalício:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DA DEFESA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO EVIDENCIADO A TRAFICÂNCIA NA FUNÇÃO DE 'BATEDOR' – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DE OFÍCIO – RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO – INVIABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO (...). Não há qualquer impropriedade na decretação do perdimento do veículo utilizado na prática criminosa, que apenas observa o disposto no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, que preceitua que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deve ter referida destinação (...)." (TJMS. Apelação Criminal n. 0004636-14.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 25/10/2018, p: 29/10/2018).

Mantém-se, destarte, a sentença que decretou a perda do veículo em favor da União.

Pretensão de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

O apelante, ainda, requer sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50, com redação introduzida pela Lei 7.510/86, pois o apelante está preso há mais de 07 meses, não tendo condições alguma de arcar com as custas processuais.

Tem-se que o recorrente não faz jus à gratuidade processual, visto que não apresentou nenhuma documentação a comprovar uma possível hipossuficiência financeira, além do que teve sua defesa patrocinada por advogado particular durante todo o trâmite do processo, de modo que, indeferem-se os benefícios da justiça gratuita.

Prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento aventado pelas partes, tenho que todas as matérias relevantes ao deslinde da controvérsia recursal foram amplamente debatidas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Conclusão.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, rejeitam-se as preliminares suscitadas, e, no mérito, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a pena base, aplicar a benesse do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) no patamar de 1/6, redimensionando-se a pena do apelante, abrandar o regime inicial para o semiaberto e afastar a hediondez do delito, mantendo-se o decisório recorrido em seus demais termos.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Revisor)

Conforme já relatado, trata-se de apelação interposta por José Luiz Monteiro Maia Junior na qual preliminarmente visa a anulação da sentença e, no mérito, sua absolvição. Ainda, em caráter subsidiário, almeja a redução da reprimenda basilar, o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado com o consequente afastamento da hediondez do delito, o abrandamento do regime prisional, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a restituição do veículo apreendido e a aplicação dos efeitos da justiça gratuita.

O d. Relator dá parcial provimento ao recurso para redimensionar a pena-base, reconhecer a minorante do tráfico eventual, afastar o caráter hediondo do crime e alterar para o semiaberto o regime inicial de cumprimento de pena.

Após analisar detidamente os autos, não tenho dúvidas em acompanhar o r voto inaugural para rejeitar as preliminares, manter a condenação, deixar de substituir a reprimenda corporal por restritivas de direitos, indeferir a restituição do veículo e obstar o reconhecimento da justiça gratuita.

Ouso dissentir, contudo, em relação às demais matérias.

Explico.

No tocante à pena-base, depreende-se que a quantidade de droga desponta desabonadora, tendo em vista que o volume transportado é superior à 01 tonelada de maconha.

Trata-se, evidentemente, de conduta que ocasiona maior afetação ao bem jurídico tutelado (a saúde pública, no aspecto abstrato), ensejando o recrudescimento da resposta penal em conformidade com os princípios da individualização e suficiência da pena.

Quanto aos percentuais a serem observados durante a quantificação da reprimenda basilar, é cediço que o julgador poderá valer-se de sua discricionariedade para atribuir maior ou menor importância às circunstâncias judiciais valoradas, atendo-se apenas ao mínimo e máximo cominados ao tipo penal.

A esse respeito:

> *"PENAL – PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – FURTO – DOSIMETRIA DA PENA-BASE – MAUS ANTECEDENTES – DISCRICIONARIEDADE REGRADA – RAZOABILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO. I - Por se tratar de matéria afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a revisão da dosimetria, na via do apelo extremo, tem caráter excepcional, sendo cabível apenas diante de manifesta ilegalidade, reconhecível de plano. Ademais, a fixação da pena não se submete a rígidos critérios matemáticos, mas sim a um juízo de discricionariedade vinculada. Precedentes. II - Na hipótese dos autos, não se evidencia que a reprimenda da pena-base fixada pelo Tribunal de origem guarde manifesta desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta. Agravo regimental desprovido."* (STJ; AgRg-AREsp 1.596.130; Quinta Turma; Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo; Julg. 11/02/2020)

Não discrepa o entendimento dos demais tribunais pátrios:

> *"(...) relativamente ao quantum da reprimenda aplicada, cumpre pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena-base (...)."* (TJCE; APL 0487736-63.2011.8.06.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Padua Silva; DJCE 29/08/2017; Pág. 105)

> *"REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ARTS. 217-A, CAPUT, E 121, § 2º, III, IV E V) – REVISÃO DA PENA BASE – ADMISSIBILIDADE – DOSIMETRIA – PRIMEIRA FASE – CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – AUMENTOS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADOS – AUSÊNCIA DE EVIDENTE CONTRARIEDADE À LEI, À PROVA DOS AUTOS OU TERATOLOGIA – REPRIMENDA MANTIDA. Culpabilidade do agente: Deve-se aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu (Celso Delmanto). A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. (STF, Mina. Rosa Weber). Pedido revisional conhecido e indeferido."* (TJSC; RVCR 4010454-35.2017.8.24.0000; Camboriú; Seção Criminal; Rel. Des. Getúlio Corrêa; DJSC 10/08/2017; Pag. 308)

Veja que a adoção irrestrita de frações para cada circunstância judicial, sem a ponderação judicial, culminaria em situações de verdadeira afronta ao princípio da isonomia, individualização da pena e razoabilidade.

Isto porque, *ad exemplum*, permitiria que o portador de inúmeros antecedentes criminais tivesse sua reprimenda estabelecida no mesmo patamar daquele que ostenta um único registro criminal anterior.

Como se observa facilmente, o instrumento adequado para coibir essa distorção é justamente a fixação da pena segundo a discricionariedade vinculada do julgador, pois a resposta penal deve primordialmente levar em consideração a análise qualitativa das circunstâncias judiciais.

Nesse sentido, inclusive, recentemente decidiu esta c. 1ª Câmara Criminal:

> *"(...) I – A avaliação do suficiente e necessário para a prevenção e reprovação da infração penal cabe ao julgador, cuja operação lhe é discricionária, não decorrendo de mera expressão aritmética, mas sim da orientação pelos parâmetros abstratos fixados pelo legislador e pelo princípio da proporcionalidade (art. 5°, inc. XLVI, da Constituição Federal) à luz do caso concreto (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001800-76.2018.8.12.0049, Agua Clara, 1ª Câmara Criminal, de minha relatoria, j: 06/02/2020, p: 10/02/2020)

Já o critério da "pena média", de construção jurisprudencial e adesão maciça dos Tribunais (inclusive deste Colegiado), encontra-se relegado a episódios corriqueiros, sob pena de equiparar criminosos de grande envergadura àqueles indivíduos que incorrerem em infrações penais que carecem de menor resposta penal.

Essa distinção, por razões mais que evidentes, dever ser rigorosamente observada na hipótese vertente, dada a necessidade reprovação muito superior ao ordinário, que ao meu particular juízo revela-se plenamente compatível com a quantificação realizada em sede de 1º grau de jurisdição.

Desse modo, inexistindo arbitrariedade ou excesso, mantenho a pena-base de 10 anos de reclusão e 1000 dias-multa.

No que tange à minorante do tráfico privilegiado, sua aplicação exige o preenchimento cumulativo dos requisitos estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06:

> *"Art. 33 - (...)*
>
> *§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."*

Há de se destacar que as circunstâncias concretas que decorrem do flagrante devem ser consideradas por ocasião da análise dos requisitos exigidos pela causa de diminuição em apreço, eis que poderão evidenciar o maior envolvimento do indivíduo com o tráfico, trazendo mais segurança ao julgador para estabelecer se o acusado, especialmente, dedica-se a atividades ilícitas e/ou que integra malta criminosa.

Nesse sentido, já se posicionou o e. Supremo Tribunal Federal:

> *"TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – NÃO APLICAÇÃO – REGIME INICIAL FECHADO – QUANTUM DA PENA. (...) 2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime ou outros elementos probatórios revelam a dedicação à atividade criminosa, não tem lugar o benefício do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de todo inexigíveis outras condenações criminais (...)."* (STF, 1ª T., *HC* 109172, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 25/09/2012)

Na hipótese vertente, infere-se que o apelante foi preso em flagrante no curso de operação demasiadamente complexa, que dele exigia peculiar destreza e preparo.

Veja que ele "batedor ou fiscal de estrada", de modo que colaborava decisivamente com terceiros (não identificados) para a circulação do volume aproximado de 1 tonelada de maconha.

Depreende-se, inclusive, para a consecução da atividade ilícita eram empregados 03 veículos de robusto valor de mercado, sendo um Toyota Corolla, uma camionete S10 LTZ 4x4 Diesel (cujos numerais de chassi foram adulterados para ocultar a procedência ilícita) e um Mercedes Classe A, este que conseguiu evitar a abordagem policial.

Não bastasse, o apelante admitiu na etapa inquisitorial (p. 13-14) que o sucesso da empreitada criminosa render-lhe-ia significativo pagamento em dinheiro (R$ 3.000,00). Não por coincidência, durante o flagrante houve a efetiva apreensão de R$ 3.570,00 em espécie (p. 44-45).

Considerando, assim, o vultoso volume de entorpecente, a remuneração que recebeu e sobretudo o *modus operandi* utilizado para a prática do tráfico de drogas, dúvida não resta de que dedica-se a atividade criminosa e integrou, ainda que ocasionalmente, organização criminosa.

Ora, referida logística não se compadece com a figura do "traficante de primeira viagem" ou do "aventureiro do tráfico", indivíduos que mediante módica remuneração se dispõem a praticar o tráfico de forma absolutamente precária e rudimentar, estes sim destinatários da causa especial de diminuição.

A esse respeito, vide o seguinte trecho da justificativa constante do Projeto de Lei nº 7.134/2002, que deu origem à Lei n. 11.343/2006:

> *"(...) outra questão tratado pelo projeto, e que em sendo objeto de profunda discussão, é a que se refere ao pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável, para quem sempre se exigiu o tratamento mais benigno.* ***Não olvidando a importância do tema, e a necessidade de tratar de modo diferenciado os traficantes profissionais e ocasionais****, prestigia estes o projeto com a possibilidade, submetida ao atendimento a requisitos rigorosos como convém, de redução de penas, ao mesmo tempo em que se determina sejam submetidos, nos estabelecimentos em que recolhidos, ao necessário tratamento (...)."* Destaquei

Em casos similares, assim manifesta-se esta e. Corte de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO EVENTUAL – ACOLHIMENTO – REVOGAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – ATENDIMENTO – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O FECHADO – ACOLHIMENTO PARCIAL – FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Na hipótese em apreço, o apelante foi preso em flagrante, pois transportava a quantidade de 30 kg (trinta quilos) de 'maconha', devidamente escondida em uma mala no bagageiro do ônibus. Como se vê a grande quantidade de drogas, o valor significativo em dinheiro que o apelante iria auferir com o sucesso da empreitada criminosa (R$ 4.500,00 reais), o transporte da droga que seria feito para outro Estado, e o modus operandi são elementos que, somados às demais provas, levam à conclusão de que o réu integrava organização criminosa. Ora, a referida logística não se compadece com a figura do traficante de primeira viagem ou do aventureiro do tráfico, porquanto são circunstâncias indicativas do refinamento e requinte para a prática do tráfico de drogas. 2- Não há falar em substituição da pena, haja vista que não estão preenchidas as condições do art. 44, incisos I, do CP. 3- O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o intermediário (semiaberto), pois o acusado não é reincidente e foi condenado à pena superior a 4 (quatro) anos, mas que não excede a 8 (oito) anos, nos moldes do art. 33, § 2º, alínea 'b' do CP. Ademais, a quantidade significativa de entorpecentes deve ser levada em consideração nesse momento para fixação de regime mais gravoso que o aberto. 4- Recurso parcialmente provido."* (TJMS. Apelação n. 0001609-19.2011.8.12.0003, Bela Vista, 3ª Câmara Criminal, de minha relatoria, j: 01/03/2018, p: 02/03/2018)

> *"(...) a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Restando comprovado que o réu, de forma habitual ou não, integrava esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, participando como transportador de grande quantidade da droga, não é possível a aplicação da referida minorante, cuja mens legis é alcançar aqueles pequenos transportadores ou guardadores de drogas, circunstâncias diversas da vivenciada nos autos (...)."* (TJMS. Apelação n. 0000655-24.2014.8.12.0049, Água Clara, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 31/08/2015, p: 10/09/2015)

Consigno, em arremate, que inexiste *bis in idem* decorrente da consideração da quantidade de droga (junto a outras circunstâncias fáticas) para elevar a pena-base e fundamentar a adesão do traficante à organização criminosa ou demonstrar sua dedicação a atividades penalmente ilícitas.

Ora, os maus antecedentes igualmente constituem-se de fator apto a legitimar a elevação da reprimenda na 1ª fase da dosimetria e impedir a aplicação daquela causa especial de diminuição, sem que isso configure *bis in idem*. Do mesmo modo, a reincidência possibilita a majoração da pena intermediária e também redunda no afastamento da minorante.

É evidente que a quantidade de droga jamais pode ser utilizada para quantificar simultaneamente a reprimenda na 1ª e 3ª etapas do procedimento de dosimetria, ou seja, não deve ser utilizada para justificar a quantificação da pena-base e também a graduação da fração de redução decorrente do tráfico privilegiado.

No entanto, nenhum embargo haverá no emprego desse fator (sobretudo quando agregados a outras circunstâncias fáticas) para afastar a minorante e elevar a pena-base, porquanto, nessa hipótese, a ponderação do mesmo elemento ocorrerá em momentos completamente distintos.

A propósito, recentemente decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – QUANTIDADE DO ENTORPECENTE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA – ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO – REEXAME DE FATOS – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA – HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. 2. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade do entorpecente apreendido - 10 tijolos de maconha (7.665g) -, para aumentar a pena-base em 5 anos de reclusão, o que não se mostra desproporcional. 3. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 4. No caso, a Corte de origem manteve afastado o tráfico privilegiado, por entender que a circulação de expressiva quantidade de entorpecente pelo agente evidencia sua habitualidade delitiva. Logo, assentado no acórdão impugnado que o agravante se dedica a atividade criminosa, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 5. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM. 6. Agravo regimental desprovido."* (STJ; AgRg-*HC* 549.034; Proc. 2019/0358656-9; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 09/06/2020; DJE 15/06/2020)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 – INAPLICABILIDADE – RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS – QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE – INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS PARA AFASTAR O REDUTOR – BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois em consonância com a jurisprudência desta Corte. 2. Não se vislumbra a ocorrência de bis in idem na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, pois foram declinados outros elementos para justificar o afastamento da causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, em razão do transporte de drogas de maneira oculta, demonstrando o planejamento da prática delitiva, de maneira minuciosa. 3. Agravo regimental improvido." (STJ; AgRg-*HC* 569.702; Proc. 2020/0077092-5; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 02/06/2020; DJE 08/06/2020)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO – MAUS ANTECEDENTES – VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – AGRAVO IMPROVIDO. 1. Concluindo o Tribunal de origem, soberano na análise probatória, pela autoria e materialidade delitivas, a pretendida alteração do julgado, para fins de desclassificação, demandaria revolvimento de provas, o que não se admite a teor da Súmula nº 7/STJ. 2. Não configura bis in idem a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base e, ao mesmo tempo, para afastar a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado (AgInt no AREsp 1350765/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018). 3. Agravo regimental improvido." (STJ; AgRg-REsp 1.845.195; Proc. 2019/0320740-8; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 05/05/2020; DJE 15/05/2020)

Em que pese, portanto, a primariedade e os bons antecedentes, não restaram atendidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, tornando impossível o reconhecimento da minorante e o afastamento da hediondez do delito.

O regime prisional também não comporta retificação, pois estabelecido no inicial fechado em conformidade com a quantidade da pena privativa de liberdade (10 anos de reclusão) e circunstâncias judiciais valoradas.

Destarte, ante o exposto, respeitosamente divirjo do i. Relator para negar provimento ao recurso.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Vogal)

Acompanho o voto do Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do revisor, rejeitaram as preliminares suscitadas e, no mérito, negaram provimento ao recurso, vencido o relator.

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 Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 13 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Recurso em Sentido Estrito/recurso *Ex Officio* nº 0900025-65.2020.8.12.0005 – Aquidauana

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E PECULATO – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL CABÍVEL E ADEQUADA – MÉRITO – PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA EM DOMICILIAR – MEDIDA INADEQUADA E INSUFICIENTE AOS FINS CAUTELARES QUE EMERGEM DO CASO CONCRETO – SUBTRAÇÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE DO INTERIOR DE UMA DELEGACIA DE POLÍCIA – POSSÍVEL RELAÇÃO COM TRAFICANTES LIGADOS AO PCC – AGENTE QUE RESPONDE A VÁRIAS AÇÕES PENAIS EM RAZÃO DE DELITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FUNCIONAL DE DELEGADO DE POLÍCIA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E REAL PERICULOSIDADE DO RÉU –GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL – IMPERATIVO AFASTAMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR COM O CONSEQUENTE RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do art. 581, inc. V, do CPP, é cabível o recurso em sentido estrito contra a decisão que concede prisão domiciliar ao réu preventivamente preso por suposta prática de tráfico de entorpecentes e peculato, pois aquela equipara-se à decisão que revoga a segregação cautelar. Ademais, como é cediço, *"as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, admitindo a interpretação extensiva."* (STJ; REsp 1.628.262; Proc. 2016/0253576-0; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 19/12/2016).

A prisão preventiva constitui medida extrema e excepcional, eis que demanda concreta demonstração de sua efetiva indispensabilidade, mediante reunião dos requisitos e pressupostos legais. No caso dos autos, é evidente que o mero lapso decorrido desde a decretação da prisão e a comprovação de moradia no distrito da culpa não afastam o risco à sociedade acarretado pelo afastamento do cárcere. Isto porque, além da existência de prova do crime e de indícios suficientes de autoria, o restabelecimento da prisão preventiva revela-se necessário para acautelar o atual risco à ordem pública e à conveniência da instrução criminal, haja vista a vultosa quantidade de droga movimentada pelo recorrido e demais acusados (101 kg de cocaína), os antecedentes e o *modus operandi* empregado (que decorre da articulação entre um agente público e traficantes ligados ao PCC), aspectos que concretamente conferem sustentação ao receio de que haja reprodução de delitos e comprometimento à fiel apuração dos fatos.

Recurso conhecimento e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de agosto de 2020.

Des. Emerson Cafure – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso em sentido estrito contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, que converteu a prisão preventiva de Eder Oliveira Moraes em prisão domiciliar.

Nas razões, aduz, em síntese, que se encontram atendidos o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, especialmente em face da necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar a regularidade da instrução criminal, de modo que pugna pela reforma do *decisum* a fim de restabelecer a prisão preventiva (f. 01-21).

As contrarrazões defensivas foram lançadas no sentido de improver o recurso ministerial (f. 25-28).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do presente recurso em sentido estrito (f. 781-785).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso em sentido estrito contra a r. decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, que converteu a prisão preventiva de Eder Oliveira Moraes em prisão domiciliar.

Nas razões, aduz, em síntese, que se encontram atendidos o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, especialmente em face da necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar a regularidade da instrução criminal, de modo que pugna pela reforma do *decisum* a fim de restabelecer a prisão preventiva (f. 01-21).

As contrarrazões defensivas foram lançadas no sentido de improver o recurso ministerial (f. 25-28).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do presente recurso em sentido estrito (f. 781-785).

Passo ao exame da irresignação.

Inicialmente há de se destacar que o recurso desponta cabível e adequado, pois amolda-se ao previsto no art. 581, inc. V, do Código de Processo Penal, já que a decisão que converte a prisão preventiva em domiciliar equipara-se àquela que revoga a segregação cautelar.

Veja, ainda, que a pretensão recursal formulada pelo recorrente alinha-se perfeitamente com a finalidade da referida norma processual, eis que visa o restabelecimento de custódia processual.

Ademais, como é cediço, as hipóteses recursais taxativas são passivas de interpretação extensiva, desde que conservada a essência da prestação almejada, exatamente como ocorre na hipótese vertente.

Em abono, manifesta-se o e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL PENAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ROL TAXATIVO – APLICAÇÃO EXTENSIVA – ADMISSÃO – ANALOGIA – INVIABILIDADE – REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO – CABIMENTO DE HIPÓTESE QUE GUARDA SIMILITUDE COM O INCISO V DO ART.*

581 DO CPP. 1. As hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, trazidas no art. 581 do Código de Processo Penal e em legislação especial, são exaustivas, admitindo a interpretação extensiva, mas não a analógica. 2. O ato de revogar prisão preventiva, previsto expressamente no inciso V, é similar ao ato de revogar medida cautelar diversa da prisão, o que permite a interpretação extensiva do artigo e, consequentemente, o manejo do recurso em sentido estrito. 3. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prossiga na análise do Recurso em Sentido Estrito n. 70067541250, nos termos do voto." (STJ; REsp 1.628.262; Proc. 2016/0253576-0; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 19/12/2016)

"(...) é cabível a interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão que concede prisão domiciliar, a ré presa em flagrante delito por prática de tráfico de entorpecentes, em razão de interpretação analógica do inc. V do art. 581 do CPP (...)." (REsp n. 532.259/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 9/12/2003)

Desse modo, em atenção ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, não vislumbro óbice ao conhecimento do recurso.

No tocante à questão de fundo, infere-se que a decisão recorrida converteu a prisão preventiva em domiciliar, mediante monitoramento eletrônico e recolhimento de fiança, nos seguintes termos (f. 406-410):

"(...) a defesa de Eder Oliveira Moraes reiterou o pedido de liberdade provisória, as f. 2.061-2.064, com a juntada dos documentos de f. 2.065-2.071, mediante os quais informa que irá fixar residência na cidade de Aquidauana/MS, no endereço da Rua Sete de Setembro, nº 655/2º andar, centro.

No mesmo peticionário a defesa informou que o postulante preserva a sua lotação funcional nesta cidade de Aquidauana, mas encontra-se afastado cumpulsoriamente das suas funções de Delegado de Polícia Civil, até o deslinde das acusações penais contra a sua pessoa.

O Ministério Público foi intimado e exarou o seu parecer sobre a questão (f. 2.077).

Passo a decidir.

Primeiramente, gize-se que o Código de Processo Penal admite ao juiz de direito reavaliar a prisão preventiva do acusado, diante de alterações fáticas ou jurídicas relevantes, constatadas no curso do processo e do julgamento da ação penal.

Essa a exegese do disposto no artigo 316, do CPP, aplicável genericamente, para decretar, manutenir ou revogar a prisão preventiva. Estabelece o dispositivo em comento (...).

O artigo 312, do CPP, também coaduna com essa sistemática:

(...).

Portanto, é cediço que a manutenção da prisão preventiva deve estar fundamentada em elementos fáticos concretos e atuais.

Além dos necessários indícios de autoria e prova da existência do crime, é premente diagnosticar o periculum in libertatis.

O acusado Eder está recolhido à cela desde o mês de junho de 2019, ou seja, próximo de um ano, o que para um personagem que até pouco tempo exercia atividade de poder estatal representa, ou deve representar, esmorecimento inconfessável.

Por outro lado, apesar de inúmeras ações penais em andamento em seu desfavor, a existência de uma condenação já proferida, em grau de recurso, além da gravidade dos fatos que lhe são dirigidos, entendo que não correspondem a elementos suficientes para manter a prisão preventiva em sua forma como a que ocorre até o momento.

Em suma, o réu preserva a sua primariedade penal e, como disse, restabeleceu a sua moradia residencial nesta localidade, sede das ações penais nas quais figura como acusado.

Portanto, o acusado comprovou nos autos a existência de vínculos que o estabelecem nesta Comarca de Aquidauana.

A título de explicação, tratamos de prisão processual que visa, nos dizeres da lei, resgatar o equilíbrio da ordem pública, social e econômica, proteger a instrução probatória processual observando-se a isenção e celeridade estimada por todos os personagens envolvidos, e, por fim, a seguridade da aplicação da lei penal se indícios veementes da sua frustração se anteciparem à apreciação do juízo.

O espaço de tempo de prisão preventiva até aqui decorrido foi suficiente para aplacar os rumores em torno das graves acusações contra o réu.

Já em relação a instrução processual, smj, como o réu volta à manutenção da residência nesta localidade, possível admitir que não haverá prejuízo para o seu bom andamento para cumprir o julgamento dos processos em tempo razoável.

A prisão penal será tratada em outro momento, se e quando ocorrer a condenação final pelas acusações postas à apreciação do Poder Judiciário.

Preservada a imparcialidade deste juiz, o momento concerne a exigir condução fiel à regularidade e à celeridade processual, sob as orientações do devido processo legal. Os resultados das ações penais serão espreitados no futuro.

Para o momento, compreendo que a prisão processual, no rótulo da temporária e da preventiva, não se mostra necessária, ao menos não com o rigor de outrora.

É certo que a prisão preventiva pode ser repristinada diante de eventual ocorrência que informe, na concepção deste juiz, a necessidade da cautela.

Com efeito, analisando a hipótese em questão, atento as questões peculiares ao acusado Eder compreendo que o requisito do periculum in libertatis se esmaece, por não constatar que o estado de liberdade do acusado desencadeie risco à ordem pública, prejuízo para a instrução criminal ou frustração ao cumprimento da lei penal.

Dessa forma, atendendo aos princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e devido processo legal, demonstrada a desnecessidade da prisão cautelar, cabível a substituição da prisão preventiva do denunciado pela prisão domiciliar, com o monitoramento eletrônico.

Nesse sentido:

(...).

Sob esse aspecto, o monitoramento eletrônico é suficiente para acautelar a ordem pública, razão pela qual, a prisão preventiva deve ceder lugar à prisão domiciliar.

O Código de Processo Penal estabelece o seguinte sobre as medidas cautelares que: (...).

Do exposto, verifico que a imposição de medida cautelar guarda proporcionalidade com a gravidade dos inúmeros delitos em tese cometidos pelo denunciado, sendo desnecessário descrevê-los, em procissão, mais uma vez por aqui.

Assim, há que ser feita uma ponderação entre o grau de restrição à liberdade e os crimes que a motivaram.

Face as circunstâncias dos delitos contra a salubridade pública, a incolumidade pública e a administração pública, entendo que as medidas cautelares de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico se apresentam necessárias e adequadas ao caso.

Diante do exposto, com fundamento nos artigos 312 caput e § 2º, 315 e 319, todos do Código de Processo Penal, concedo a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, em favor de Eder Oliveira Moraes, qualificado nos autos, pelo período mínimo de 180 dias.

Para o cumprimento da prisão domiciliar, o denunciado deverá permanecer no endereço residencial, indicado nos autos por sua defesa técnica, com restrição da área de locomoção, cuja área de inclusão deve ser apenas sua residência, com exclusão de todo o restante, e poderá se ausentar da sua residência exclusivamente para atender às intimações judiciais.

A efetivação da prisão domiciliar fica condicionada a comprovação pela defesa do réu do recolhimento do valor da fiança, arbitrada nos 0002326-44.2019.8.12.0005, eis que para o denunciado restam superadas todas discussões acerca da impossibilidade financeira de pagamento e por se tratar de medida diversa da prisão preventiva, proferida em autos e em referência a fatos alheios, a inadimplência do valor arbitrado como fiança implica insuperável óbice à consecução da alternância da prisão deferida neste momento.

Comprovado o recolhimento da fiança, expeça-se termo de transferência para a prisão domiciliar e mandado de monitoramento eletrônico.

O acusado deverá ser recambiado até a sede presídio do regime semiaberto desta comarca para implementação da tornozeleira eletrônica. Oficie-se conforme necessário.

Oficie-se à Central de Monitoramento Eletrônico para as providências necessárias.

Cumpra-se (...).”

Em que pese o respeitável posicionamento adotado pelo d. magistrado, o *decisum* comporta a almejada reforma.

Vejamos.

Com efeito, a prisão preventiva constitui medida de caráter excepcional, cuja decretação, notadamente após o advento da Lei n. 12.403/11, funciona como verdadeira *ultima ratio*, pois apenas é legitima quando se fizerem presentes os pressupostos e as condições previstas, respectivamente, nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Significa dizer, assim, que a constrição cautelar da liberdade somente estará autorizada se presente alguma das condições de admissibilidade (art. 313 do Código de Processo Penal); se comprovada a materialidade delitiva e houver indícios suficientes de autoria do agente no crime (*fumus comissi delicti*) e, ainda; quando a medida se mostrar necessária para a garantia da ordem pública ou econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*), diante do receio de perigo novo ou contemporâneo.

Nesse sentido:

“(...) 2. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado

o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime (...).” (STJ; *HC* 554.111; Proc. 2019/0383730-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 18/02/2020; DJE 28/02/2020)

Na hipótese vertente, depreende-se que o recorrido Eder responde à Ação Penal n. 0002426-96.2019.8.12.0005 em razão de supostamente ter coordenado um grupo de criminosos que, após prévia facilitação dele, invadiu a sede da 1ª Delegacia de Polícia Civil de Aquidauana (da qual era o Delegado Titular) e de lá subtraiu o impressionante volume de 101 kg de cocaína, que estava armazenado no depósito do dito distrito policial.

Ainda segundo a denúncia, também participaram da ação a advogada Mary Stella Martins de Oliveira, seu companheiro Ronaldo Alves de Oliveira, Kleyton de Souza Silva, Mário Márcio Duarte Navarro, Alex Sander dos Santos, Marcos Aurélio da Silva Carrelo e Gisele dos Santos Galdino, todos estes com histórico de tráfico de drogas e envolvimento em facções criminosas.

Pois bem.

Os delitos imputados ao recorrido (tráfico de drogas majorado e peculato) admitem a decretação da prisão preventiva, porquanto preveem penas máximas superiores a 04 anos de reclusão (art. 313, I, do Código de Processo Penal).

Há, inclusive, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o que se constata pelos diversos elementos que instruem a inicial acusatória, de forma a atender ao *fumus commissi delicti*.

Por sua vez, o *periculum libertatis* reside na necessidade de se resguardar a ordem pública e garantir a conveniência da instrução criminal.

Tais aspectos são evidenciados pelo peculiar contexto fático que emerge dos autos, o qual já é suficientemente conhecido por esta Corte de Justiça, especialmente por esta 1ª Câmara Criminal, tendo em vista o julgamento de nada menos que 03 *habeas corpus* que reconheceram a legalidade do ato judicial, a indispensabilidade da prisão preventiva e ausência de máculas ou abuso, cujas ementas são as seguintes:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, CORRUPÇÃO E FRAUDE PROCESSUAL – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – PRESENTES OS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – INADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – ORDEM DENEGADA. I – Cuida-se da subtração de 101 kg de cocaína das dependências de um depósito da Polícia Civil de Aquidauna/MS, avaliados em cerca de R$ 2.000.000,00, em que o paciente, um Delegado de Polícia, seria o organizador da empreitada criminosa e teria agido em conluio com membros da facção criminosa Primeiro Comando da Capital – PCC. II – Os crimes pelos quais o paciente é acusado têm penas que, somadas, suplantam 04 anos de reclusão. O fumus comissi delicti decorre da existência de materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, estes consubstanciados nas delações feitas por coinvestigados, não sendo esta a via adequada para apreciar a (in)veracidade das contribuições. Já o periculum libertatis advém da extrema gravidade das condutas, que afrontaram gravemente não apenas a ordem pública e a paz social, mas a própria credibilidade da instituição pública responsável pela manutenção delas, sendo evidente a necessidade da prisão cautelar. Não bastasse, o paciente responde a mais três ações penais por atos praticados no exercício das atividades funcionais, o que é capaz de revelar o risco de reiteração criminosa. III – Atendidos os requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, bem como presentes os pressupostos do art. 312 do CPP, deve a prisão preventiva ser mantida, não havendo que se falar em sua revogação ou mesmo em substituição por medidascautelares diversas da segregação. IV – Ordem denegada, com o parecer.” (TJMS -1ª Câmara Criminal - *Habeas Corpus* Criminal nº 1409081-17.2019.8.12.0000 - Aquidauana - Relator Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure - 12 de agosto de 2019)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO E PECULATO – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – MERA REPETIÇÃO DE PEDIDO – MATÉRIA DEVIDAMENTE APRECIADA EM ANTERIOR HABEAS CORPUS – WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO – MÉRITO – EXCESSO DE PRAZO – NÃO ACOLHIMENTO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – FEITO COMPLEXO COM RÉUS RECOLHIDOS EM COMARCA DISTINTA – NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – NO MÉRITO, DENEGADA A ORDEM. I – Constatando-se que os pedidos de revogação da prisão preventiva e de substituição por medidas cautelares já foram apreciados pelo órgão colegiado, sem que haja nova situação fática ou jurídica revelantes a ponto de autorizar a reanálise da pretensão, de rigor torna-se o não-conhecimento da impetração em relação a tais matérias. II – Em relação ao prazo para formação da culpa, certo é que a instrução criminal comporta dilação temporal quando se trata de processo complexo, de modo que, nesses casos, eventual demora não representará ofensa à razoável duração do processo, exceto se o retardamento da marcha processual decorrer de injustificada inércia do Poder Judiciário. Na hipótese em apreço, depreende-se que na ação penal figuram como acusados nada menos de 08 indivíduos representados por advogados distintos. Além disso, alguns deles encontram-se custodiados em comarca distinta, daí ensejando a expedição de cartas precatórias para a notificação e, por conseguinte, maior prazo para o cumprimento das regras procedimentais imprescindíveis ao desenvolvimento válido do processo. Nesse cenário, o período de custódia cautelar de aproximadamente 07 meses não configura o alegado excesso de prazo para formação da culpa, já que devidamente justificado pelas peculiaridades do caso concreto. III – Habeas corpus parcialmente conhecimento, restando, no mérito, denegada a ordem." (TJMS - 1ª Câmara Criminal - *Habeas Corpus* Criminal nº 1415143-73.2019.8.12.0000 – Aquidauana - Relator: Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure - 30 de janeiro de 2020)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO – QUATRO DENÚNCIAS POR FATOS DIVERSOS – TRÁFICO DE DROGAS – 101 QUILOS DE COCAÍNA – PECULATO-CORRUPÇÃO PASSIVA – CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA CONCUSSÃO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PGJ PRELIMINAR DE CONHECIMENTO PARCIAL DO WRIT – ACOLHIDA – MÉRITO – EXCESSO DE PRAZO – INEXISTENTE – DESOBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO – REVISÃO REALIZADA PELA AUTORIDADE COATORA – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA I – Considerando que já houve apreciação judicial acerca dos artigos 312, 313 e 319, todos do Código de Processo Penal, bem como inexiste qualquer alteração das circunstâncias fáticas, trata-se de mera reiteração do pedido, não devendo o presente remédio constitucional ser conhecido, nesta parte. II – Afasta-se a alegação de excesso de prazo, uma vez que o paciente, Delegado de Polícia, foi preso preventivamente no curso das investigações e denunciado em quatro processos, por crimes graves cuja pena mínima ultrapassa dez anos de reclusão, com multiplicidade de réus, estando os feitos em fases processuais distintas, de acordo com a complexidade. III- Não há prisão ilegal por violação ao novel parágrafo único do artigo 316, do CPP, pois a prisão preventiva do paciente foi revisada em dezembro de 2019 e, recentemente, após a impetração do presente habeas corpus." (TJMS - 1ª Câmara Criminal - *Habeas Corpus* Criminal nº 1401870-90.2020.8.12.0000 – Aquidauana - Relatora Exma. Sra. Desª Elizabete Anache - 19 de março de 2020)

Apesar de desnecessária nova descrição exaustiva dos fatos, é preciso ressaltar a extrema gravidade dos atos atribuídos ao recorrido e o risco contemporâneo representado por sua liberdade.

Ora, a vultosa quantidade de cocaína subtraída consiste em verdadeira fortuna no mercado do narcotráfico (eis que avaliada em mais de dois milhões de reais), assim como o *modus operandi* empregado sinaliza para a articulação entre vários indivíduos (a maioria com antecedentes por tráfico de drogas e informações que os correlacionam ao PCC) nos moldes de uma empresa, com hierarquia e subordinação.

Inclusive, responde a diversas ações penais por infrações comuns e outras supostamente praticadas no exercício de suas atividades funcionais nas diversas localidades onde atuou como Delegado de Polícia Civil. Aliás, conforme consta da própria decisão recorrida, ele recentemente foi condenado em uma delas.

Diante desse cenário, tem-se plenamente plausível que o recorrido, uma vez livre dos rigores próprios do cárcere, certamente encontrará estímulos para reincidir.

A respeito do tema, a jurisprudência é firme ao asseverar que, nas hipóteses em que a quantidade da droga apreendida e outras circunstâncias revelarem a maior reprovabilidade da conduta investigada, poderão amparar a conclusão acerca da gravidade concreta do delito e, por conseguinte, justificar a custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

Em abono, cito recente julgado do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ARMADA – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA – MODUS OPERANDI – QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – QUANTIDADE DE ARMAS APREENDIDAS – EXCESSO DE PRAZO – NÃO OCORRÊNCIA – ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – 30 CORRÉUS – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 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. No caso, a prisão preventiva está justificada no fato de o ora agravante ser, em tese, membro de organização criminosa fortemente armada especializada na prática de tráfico de drogas chamada terceiro comando puro e que, quando da deflagração da operação policial 'Verde Oliva', foram apreendidos quase 1kg (um quilograma) de maconha, diversas armas de fogo e munições. Dessarte, evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública. 3. O ora agravante está custodiado desde 14/11/2018, mas não há falar-se em excesso de prazo, pois o processo vem tendo regular andamento na origem, sinalizando, inclusive, para o julgamento do feito, que já teve encerrada a instrução. Ademais, o pequeno atraso para o seu término se deve à complexidade do feito, a que respondem 30 réus, a maioria deles presa, o que afasta, por ora, a ocorrência de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal. 4. Agravo regimental desprovido."* (STJ; AgRg-EDcl-*HC* 564.269; Proc. 2020/0051023-4; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 23/06/2020; DJE 01/07/2020)

> *"PROCESSO PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ARMA DE FOGO – PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA – QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA – ARMA DE FOGO APREENDIDA – REITERAÇÃO DELITIVA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – IMPOSSIBILIDADE. 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. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs fez referência à gravidade concreta da conduta imputada ao recorrente, que foi preso em flagrante em posse de 30g (trinta gramas) de cocaína, 620g (seiscentos e vinte gramas) de maconha e uma espingarda calibre 28. Dessarte, evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública. 3. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade. 4. A decisão que impôs a prisão preventiva também destacou que o recorrente responde a outras ações penais, sendo ao menos uma também por tráfico de drogas e outra por tentativa de homicídio, evidenciando sua reiterada atividade delitiva. 5. Os fundamentos adotados para a imposição da prisão preventiva indicam, no caso, que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes. 6. Recurso ordinário desprovido."* (STJ; RHC 109.643; Proc. 2019/0072881-1; AL; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 20/08/2019; DJE 03/09/2019)

Por outro lado, vale salientar que a instrução criminal ainda está em curso, sendo plausível imaginar que o recorrido possa aproveitar-se de sua forte ligação com organização criminosa para, também, prejudicar a fiel apuração dos fatos.

Tanto é que, com impressionante audácia e destemor:

> *"(...) tentou impedir que eventual perícia obtivesse acesso aos dados constante no telefone da advogada, que fora apreendido na busca, tendo inclusive sugerido que o automóvel do servidor do MPE, que levava os celulares ao Gaeco, fosse interceptado na estrada para Campo Grande, por Ronaldo ou alguém a mando dele, para que se roubasse os aparelhos, impedindo, assim, que sua participação fosse revelada, (trecho colhido da representação para decretação da prisão temporária, f. 29-39)."*

Aliás, nem mesmo a imposição de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico é capaz de garantir a regularidade da instrução ou evitar a reprodução de delitos, tendo em que, conforme muito bem ponderado pelo d. recorrente, *"o preso domiciliar pode receber pessoas em sua casa (inclusive possíveis comparsas) para tratar de questões escusas, pode manter conversações telefônicas (também para tratar de fatos ilícitos), pode romper o equipamento, pode fugir, etc. Infelizmente, é algo que pode efetivamente acontecer e de fato acontece no cotidiano. E não é demais pensar isso sobre alguém que, há anos, vem se utilizando de um importante cargo público para cometer crimes."*

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO PASSIVA E PREVARICAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A POSSIBILIDADE DE DESTRUIÇÃO DAS PROVAS – REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PERICULOSIDADE DO AGENTE – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO – MODUS OPERANDI – DIRETOR DE PRESÍDIO QUE RECEBIA VALORES PARA CONCEDER BENEFÍCIOS AOS PRESOS – AMEAÇA A TESTEMUNHA – OCULTAÇÃO DE PROVAS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – INSUFICIÊNCIA – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO REALIZADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Inicialmente, quanto a alegação de ausência de provas de que o paciente tentou destruir as provas, tal análise demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, sobre a existência de provas suficientes para ensejar uma possível condenação do paciente, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus e do recurso em habeas corpus, que não admitem dilação probatória. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. A custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP. In casu, a prisão preventiva foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente e a gravidade dos delitos, consubstanciadas pelo modus operandi, em que o paciente, diretor de presídio, exigia quantias em dinheiro para intervir na execução penal dos reeducandos, transferindo preso para regime prisional mais brando, concedendo benesses, como permitir que o preso permanecesse durante semanas no meio externo sem ter direito. Constatou-se, ainda, que o paciente possibilitava que presos entrassem com entorpecentes no presídio para que ele os revendesse. Ressalta-se, ainda, que o paciente estava ameaçando uma testemunha de morte através de um agente penitenciário. Outrossim, foi demonstrada que a prisão preventiva do paciente também se revela necessária por conveniência da instrução criminal, pois estava*

tentando omitir e/ou destruir provas, utilizando do seu cargo de diretor do Presídio de Guanhães/MG, e ainda exercia influência sobre os presos que estão sob sua custódia, tendo a Corte estadual ressaltado que 'há notícias de que, em razão da conduta do Paciente, os agentes penitenciários relataram estarem inseguros', 'prevendo um motim ou fuga em massa dos presos' e, ainda, o agente penitenciário Vander Lemos da Silva Souza relatou que 'estão tendo problema com disciplina e sente que estão perdendo o domínio dos presos, situação que não acontecia nos anos anteriores'. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, não havendo que se falar, portanto, em existência de flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. 3. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como a primariedade, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 4. São inaplicáveis quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas. 5. Constitui entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça - STJ que somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais. Na hipótese, verifica-se que a prisão preventiva foi decretada a cerca de 6 meses e já foi realizada a audiência de instrução e julgamento, seguindo o processo seu curso regular, não havendo que se falar em desídia do Magistrado condutor, que tem diligenciado no sentido de dar andamento ao processo. 6. Habeas corpus não conhecido." (STJ; *HC* 518.606; Proc. 2019/0187489-1; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; Julg. 05/11/2019; DJE 12/11/2019).

Salienta-se que tal medida não representa afronta ao princípio da presunção de inocência, pois a Constituição Federal não veda, com referido postulado, a decretação da prisão preventiva, desde que preenchidos os requisitos e pressupostos legais.

A esse respeito:

> *"(...) a presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal do processo penal em um estado democrático de direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a prisão preventiva quando as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco à ordem pública. Precedentes (...)."* (STF; *HC* 115.623; SP; Primeira Turma; Relª Minª Rosa Weber; Julg. 28/05/2013; DJE 01/07/2013; Pág. 30)

A despeito, portanto, do lapso decorrido desde a decretação da prisão e da comprovação de moradia no distrito da culpa, é evidente que o risco acarretado pelo afastamento do cárcere permanece concreto, não sendo apenas imaginário ou abstrato.

Persiste, assim, a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública e conveniência da instrução processual, porquanto figura como única medida suficiente e adequada às necessidades cautelares que exsurgem do caso retratado nestes autos.

Destarte, conheço do recurso e, com o parecer, dou-lhe provimento para restabelecer a prisão preventiva de Eder Oliveira Moraes.

Deixo de determinar a imediata expedição do mandado de prisão, porquanto tal medida já fora adotada na Ação Cautelar Inominada n. 2055252-56.2020.8.26.0000.

Prevalecendo este voto, comunique-se imediatamente ao juízo *a quo* para ciência e adoção das providências que se fizeram necessárias, especialmente para cumprimento do disposto no art. 316, par. único, do Código de Processo Penal.

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. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 10 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0805816-03.2013.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE RECEBE OS SALÁRIOS SEM QUE TENHA PRESTADO OS SERVIÇOS CORRESPONDENTES – ATIPICIDADE DA CONDUTA EM ÂMBITO PENAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E, CONTRA O PARECER, PROVIDOS.

Não há falar em crime de peculato em relação ao funcionário público que se apropriou dos próprios salários que lhe foram endereçados em razão do cargo que estava disponível, mas não cumpriu o dever de contraprestação dos serviços para os quais foi nomeado, porquanto trata-se de situação a ser resolvida na esfera administrativa e cível e que não se amolda ao tipo penal em comento. Conquanto se possa interpretar a situação contrária à moralidade pública, extremamente censurável, certo é que deve ser resolvida no âmbito cível ou administrativo, posto que na esfera criminal se afigura inafastável a atipicidade da conduta enfocada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recurso conhecidos e, contra o parecer, providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram provimento aos recursos.

Campo Grande, 30 de julho de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Vera Helena Arsioli Pinheiro e Edson Ferreira da Silva interpõem recurso de apelação, porquanto inconformados com a sentença (f. 552-578) que os condenou ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática delitiva tipificada no artigo 312, *caput*, c/c artigo 71, ambos do Código Penal.

Vera Helena Arioli Pino, em suas razões (f. 602-634), pleiteia absolvição, aduzindo, em suma, insuficiência de provas e atipicidade da conduta. Subsidiariamente, readequação da pena-base e, por fim, o direito de recorrer em liberdade.

Edson Ferreria da Silva, em suas razões (f. 635-667), de igual forma, pleiteia absolvição por insuficiência de provas, bem como o redimensionameto da pena-base e o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazões (f. 704-729) pelo desprovimento dos recursos.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 738-745) pelo parcial conhecimento, e na parte conhecida, pelo desprovimento dos recursos

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Vera Helena Arsioli Pinheiro e Edson Ferreira da Silva interpõem recurso de apelação, porquanto inconformados com a sentença (f. 552-578) que os condenou ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática delitiva tipificada no artigo 312, *caput*, c/c artigo 71, ambos do Código Penal.

Vera Helena Arioli Pino, em suas razões (f. 602-634), pleiteia absolvição, aduzindo, em suma, insuficiência de provas e atipicidade da conduta. Subsidiariamente, readequação da pena-base e, por fim, o direito de recorrer em liberdade.

Edson Ferreria da Silva, em suas razões (f. 635-667), de igual forma, pleiteia absolvição por insuficiência de provas, bem como o redimensionameto da pena-base e o direito de recorrer em liberdade.

Contrarrazões (f. 704-729) pelo desprovimento dos recursos.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 738-745) pelo parcial conhecimento, e na parte conhecida, pelo desprovimento dos recursos

Denúncia:

Consta que os recorrentes, entre os dias 09 de fevereiro de 2011 e 06 de agosto de 2012, na Cidade de Três Lagoas/MS, em conluio e com unidade de desígnios, na qualidade de funcionários públicos municipais, reiteradamente, inseriram, em documentos públicos, declaração falsa, com o fim de desviar dinheiro público, totalizando, aproximadamente, R$ 58.299,68 (cinquenta e oito mil, duzentos e noventa e nove reais e sessenta e oito centavos).

O recorrente Edson teria sido indicado e nomeado pela apelante Vera Helena, vereadora à época, para ocupar o cargo em comissão de Assessor Parlamentar, contudo, jamais desempenhou, de fato, tal função.

Consta, também, que Edson, com a ciência, conivência e orientação de Vera Helena, de forma a instrumentalizar a sua contratação fraudulenta, comparecia à Câmara Municipal, inclusive trajando seu uniforme de professor de educação física, por volta das 07h, e registrava falsamente em documento público, qual seja, folha de frequência funcional, sua assiduidade no desempenho das funções de Assessor Parlamentar. Ato contínuo, deixava as imediações do órgão público e se dirigia à empresa denominada "Academia Performance", seu efetivo local de trabalho, no qual atuava como *personal trainer.*

Posteriormente, retornava à Câmara Municipal, aproximadamente às 13h, para realizar o registro de sua saída.

Pedidos de absolvição:

Pois bem. O policial militar João Paulo Pestana, na fase inicial (f. 37-38), assim externou:

> *"(...) que realmente entre os dias 21 de novembro a 09 de dezembro de 2012 frequentou diariamente a Academia Performace no período da manhã, iniciando entre 07h15 a 07h30 min e lá ficando até aproximadamente 10h00 ou mais (...) questionado se se conhece Edson Ferreira da Silva, popular 'Mestre Sapela', respondeu afirmativamente: que o declarante confirma que Mestre Sapela é personal training naquela Academia, e todos os dias lá chega por*

volta das 07h25 às 07h30, onde diariamente o aluno Ricardo Godino Satriano já o aguardava fazendo alguma atividade física; que Mestre Sapela era treinador físico de Ricardo, aluno que ficava na academia até por volta das 08h30min, 08h45 min; que em seguida Mestre Sapela passava a treinar uma moça de nome Priscila, namorada de Danilo – filho do Dr. Evaristo; que Mestre Sapela a treinava até por volta das 10h:00; que tanto com Priscila quanto com Ricardo, Mestre Sapela praticava atividade física na parte de baixo da Academia, ou seja, no primeiro piso da Academia Performace; que, após, na maioria das vezes Mestre Sapela ficava na Academia sem aluno, porém fazendo alguma atividade física (...) que geralmente Mestre Sapela saia por volta das 10h30min com sua moto, mas, pelo o que observava em suas rondas policiais, além de sempre passar pela academia ao ir para o trabalho, por volta das 11h00, 11h30min, Mestre Sapela já estava na Academia novamente; que tem conhecimento ainda que Mestre Sapela, algumas vezes na semana, tinha alunos na Academia de 05h00 às 07h00, ma isso quem sabe são os Professores Imer de Oliveira Campos e Jonathan Lerie Garcia, popular Coxinha; que em conversas com as recepcionistas da Academia tomou conhecimento que às terças e quintas-feiras Mestre Sapela tinha compromisso na Academia a partir das 06h00, que por volta das 07h00 até 07h30min, Mestre Sapela não ficava na academia (...) que Mestre Sapela sempre estava no período da manhã na academia e, por vezes, observava ele também na Academia no período da tarde; que, portanto, ele não poderia exercer qualquer outra atividade no período da manhã."

A apelante Vera Helena Arsioli Pinho, na fase inquisitorial (f. 175), embora tentando justificar as razões pelas quais nomeou o corréu como seu assessor, culminou por realçar que o mesmo só comparecia à Câmara Municipal para registrar o ponto e, ato contínuo, deslocar-se a outro local de trabalho, de seu exclusivo interesse. Note-se:

"Que conheceu Edson Ferreira da Silva na Academia Performance e, com um de seus assessores havia saído para trabalhar em outro emprego, convidou-o para ser seu assessor; que o convidou por conhecer o seu trabalho como voluntário e ser uma forma de compensá-lo financeiramente por aquele trabalho que ele fazia há anos sem qualquer remuneração; que o ponto do servidor na Câmara era das 07h00m, às 13h00m; que neste horário Edson trabalhava na academia; que ele ia à Câmara, batia o ponto e voltava para a academia e da mesma forma fazia como ponto de saída; que nos contatos que tinha com Edson ele relativa aos trabalhos que desenvolvia; que esse controle é veral, sem nada documentado; que a remuneração de Edson era de mais ou menos dos mil e cem reais por mês; que acredita que Edson trabalha no máximo seis horas por semana na Escola General Nelson Custódio; que no Ginásio de Espores Edson também trabalha, aos sábados, das 16h às 19h, dando aulas como mestre de Capoeira; que acredita que Edson faça umas dez horas por semana de trabalho voluntário; que a carga horário de Edson como assessor da Câmara é de trinta horas semanais; que após ser ouvido nesta Promotoria Edson pediu para sair e não é mais assessor; que não é verdade que após a oitiva do seu ex-assessor Edson seu gabinete passou a ficar loado com a presença de todos os seus assessores; que entende que o trabalho voluntário realizado pelo Mestre Sapela é bem melhor e mais produtivo do que assessor ficar no gabinete sem fazer nada; que Edson não repassava parte do salário para a declarante; que todos os assessores da declarante têm funções a serem exercidas na Câmara e para a Câmara; que entende que Edson fazia um trabalho público para o bem da população, portanto poderia ser remunerado pela Câmara; que Edson havia se comprometido com a declarante em aumentar o número de escola em que fazia seu trabalho voluntário; que atualmente, com a saída de Sapela, a declarante possui sete assessores."

Em juízo (mídia à f. 466), argumentou:

"(...) desde quando foi concedido aos vereadores desta cidade o direito de indicarem assessores, havia a orientação aos vereadores de que os assessores então contratados não deveriam ficar apenas na sede da Câmara, mas, sim, trabalhar externamente, como nos bairros, por exemplo, bem como que era comum na Câmara de Vereadores os assessores, de fato, não cumprirem a carga horária e auxiliarem em funções diversas. Apelante Vera Helena alegou que, quando indicou o denunciado Edson para exercer a função de assessor, ainda não havia sido instalado o ponto eletrônico, motivo pelo qual não havia controle

dos assessores da referida Casa Legislativa local, sendo que, posteriormente, quando tal sistema foi instalado, continuou a orientação de que o assessor deveria ir aos bairros ao encontro da população e acatar suas necessidades. Vera Helena esclareceu que conheceu o apelante Edson como personal trainer na academia que frequentava, oportunidade na qual ele lhe relatava os trabalhos voluntários por ele realizados, bem como sua necessidade de incentivos financeiros. Vera sustentou ainda que, com o intuito de auxiliar o apelante Edson na prestação desse serviço voluntário, resolveu indicá-lo para nomeação de assessor, quando Edson iria exercer as funções de assessor através dos trabalhos anteriormente prestados de forma voluntária a fim de valorizar todos os anos em que ele atuou voluntariamente. Vera Helena declarou que a flexibilidade do horário de trabalho do apelante Edson era devido ao fato de que suas atividades como assessor (aulas de capoeira para crianças carentes) serem, em sua maioria, na parte da tarde, bem como havia a necessidade de viagens, esclarecendo, ainda, que Edson realizava também outras funções inerentes ao trabalho por ele desempenhado, como, por exemplo, indicações que eram trazidas por ele dos bairros que visitava, por escrito, e, depois, diretamente entregues na secretaria da Câmara Municipal de Vereadores, sem, todavia, possuir protocolo ou cópia. A apelante Vera acrescentou ainda que havia uma certa prestação de contas acerca dos trabalhos prestados pelo apelante Edson nos trabalhos realizados anteriormente, quais sejam, os trabalhos voluntários, contudo, não existiam documentos formais, uma vez que foram todos descritos de modo verbal ou com acompanhamento pessoal nos locais em que as atividades eram realizadas, asseverando que a jornada de trabalho por ele desenvolvida era até maior do que a exigida pelo cargo. Confirmou que todos os dias o apelante Edson dirigia-se até a Câmara de Vereadores, batia o ponto de entrada e saída, declarando inclusive que recebeu orientação da secretaria da Câmara Municipal de Vereadores para que fizessem dessa maneira, pois seria possível seu assessor desempenhar atividades de diversas formas, não sendo exclusivamente dentro do prédio. Vera ainda asseverou durante seu depoimento, que o apelante Edson exerceu de forma devida sua função e apenas depois de ter sido instaurado Inquérito Civil o então assessor pediu dispensa do cargo, por orientação da secretaria da Casa Legislativa. Por fim, Vera alegou que acreditava ser legal o modo com que o apelante Edson exercia suas funções, uma vez que foi orientada acerca da possibilidade de ser realizado trabalho externo pelo assessor."

Edson Ferreira da Silva, por sua vez, ouvido pela autoridade policial (f. 148-150), externou:

"(...) que o declarante trabalha na Academia Performance como personal training; que lá trabalha como autônomo sem vínculo empregatício; que nunca foi envolvido com política, que sempre fez trabalhos voluntários como Mestre de Capoeira que é; que faz esse trabalho em onze cidades do Estado, as quais fazem do mesmo grupo de capoeira (...); que nunca recebeu nada por isso, seja de particulares seja do Poder Público; que há cerca de dois anos a personal com o declarante; que então o declarante falou para ela dos seus projetos sociais que executava sem remuneração; que então ela disse que um assessor dela havia saído e que ela tinha uma vaga de assessor, que poderia o declarante ser contratado; que então ela explicou que ele continuaria a trabalhar nos projetos voluntários e a remuneração seria de assessor, que a vereadora Vera Helena explicou-lhe que o declarante deveria bater o ponto às 07h00 e às 13h00, mas que não precisava trabalhar já que seu trabalho seria nos projetos; que no ano passado, em data que não se recorda, passou a receber como Assessor; que então o declarante passou a bater ponto e ir para a Academia Performance dar aulas; (...) que na Academia Performance o declarante chega bem cedo, às vezes Às 05h00, e fica até 11h00 ou 12h00, depois volta às 14h00 ou 15h00 e fica até às 19h30 ou 21h00 conforme o dia; que, dependendo de aulas vagas na Academia, o declarante vai até a escola General Nelson Custódio há cerca de cinco ou sete anos; que 'Tubarão' é quem dá aula lá e o declarante supervisiona; que o declarante 'quando dá', vai uma vez por semana na mencionada Escola, onde fica cerca de uma hora; que fora isso o declarante faz trabalho voluntário, então como Mestre de Capoeira, no Ginásio Municipal de Esportes aos sábados, das 16h30min às 19h00; (...) que a vereadora Vera Helena sabe que o declarante faz tais trabalhos voluntários, inclusive os dias e horários que os executa; que não tem de prestar qualquer tipo de satisfação à vereadora acerca dos trabalhos que executa (...)."

Em juízo (f. 466), afirmou:

> *"(...) desenvolveu vários trabalhos de Capoeira nesta cidade, dentre eles, no Exército, Supermercado Thomé, São João e aos finais de semana, no Ginásio Municipal de Esportes; era personal trainer da corré Vera Helena, sendo que por diversas vezes relatou para a mesma todo seu trabalho voluntário como Mestre de Capoeira desenvolvido com crianças carentes; sempre teve o apoio de Vera e em determinada ocasião, surgiu o convite da então Vereadora para passar a exercer a função de assessor e receber remuneração pelos serviços; afirmou que Vera lhe esclareceu que não precisaria cumprir a carga horária estipulada, mas sim iria compensá-las com o serviço voluntário que já realizava; o cargo em que ocupava tudo foi feito de forma transparente, uma vez que ia até a Câmara vestindo uniforme da Academia Performance, batia o ponto e saía do prédio em direção à referida academia; Relatou que a flexibilidade era inerente ao cargo de assessor, pois, nos intervalos de seu trabalho como personal, até mesmo após o horário determinado, voltava à Câmara e realizava suas atividades consistentes em buscar requisições da população; ambos não tinham conhecimento da irregularidade de seu trabalho, pois assim lhes foi orientado desde o início, inclusive pelo RH; Afirma que no início assinava o ponto manualmente, ou seja, preenchia com os horários indicados e assinava como se estivesse trabalhando naqueles horários e posteriormente passou ser ponto biométrico, quando, então, todos os dias ia até a Câmara Municipal, batia o ponto e se deslocava para seu outro local de trabalho, tudo isso com o consentimento da corré Vera; Relata que todas as indicações por ele realizadas eram feitas verbalmente para a Vereadora, não havendo documentos que possam assim demonstra; entende totalmente merecido o salário recebido, eis que desenvolvia as atividades designadas; logo que foi ouvido em inquérito civil pediu exoneração, haja vista que achou muito injusto e desistiu de continuar."*

Esse cenário, todavia, inclusive mediante análise dos documentos que instruíram o inquérito civil que serviu de base à propositura da ação civil pública de ressarcimento por ato de improbidade administrativa (f. 07-351), bem como cópia da sentença prolatada nos Autos n. 0800465-49.2013.8.12.0021 (f. 468-486), conduz, no âmbito criminal, à atipicidade da conduta imputada.

Como cediço, emana do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o servidor público que se apropria dos salários em situações dessse jaez, sem a devida prestação dos serviços correspondentes, não comete o crime de peculato, e sim falta disciplinar ou, então, ato de improbidade administrativa.

O art. 312 do Código Penal preceitua:

> *"Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio."*

Discorrendo sobre a matéria, Guilherme de Souza Nucci giza: *"são duas as condutas típicas previstas no caput do artigo: a) apropriar-se, que significa tomar como propriedade sua ou apossar se. É o que se chama peculato apropriação; b) desviar, que significa alterar o destino ou desencaminhar. É o que se classifica como peculato-desvio*[1]*."*

Oportuno trazer à colação o entendimento firmado pelo Tribunal da Cidadania sobre a matéria:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PECULATO – JULGAMENTO MONOCRÁTICO – POSSIBILIDADE – JURISPRUDÊNCIA*

1 **Código penal comentado**. São Paulo: RT, 2013. p. 1166.

DOMINANTE ACERCA DO TEMA – DECISÃO DA CORTE ESPECIAL DO STJ – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR MEIO DE HABEAS CORPUS – INEQUÍVOCA COMPROVAÇÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA – POSSIBILIDADE – VIA ADEQUADA – PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. É válida a decisão monocrática proferida por relator quando houver entendimento dominante acerca do tema e, no caso, existe decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria discutida nos presentes autos. ***2. Encontra-se pacificado, no âmbito desta Corte Superior de Justiça, o entendimento de que não comete o crime de peculato o servidor público que recebe salários sem que tenha oferecido a contraprestação de seus serviços.*** *3. Portanto, idôneo o fundamento apresentado pela Corte estadual para justificar o trancamento da ação penal, pois inserto na hipótese de inequívoca comprovação da atipicidade da conduta. 4. Agravo regimental improvido."* (STJ; AgRg-AgRg-REsp 1.762.296; Proc. 2018/0219595-5; GO; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 28/03/2019; DJE 05/04/2019) (G.n.)

"(...) ***6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça considera que 'servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços, não comete peculato'*** *(APN 475/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 16/5/2007, DJ 6/8/2007, p. 444). No mesmo sentido: RHC 60.601/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016. 7. O Supremo Tribunal Federal, no INQ 3.006, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 24/6/2014, DJe 22/9/2014,* ***distinguiu, de um lado, os casos em que o objeto material da conduta reside na apropriação ou no desvio de valores pecuniários consistentes na remuneração de funcionário 'fantasma' (p.ex. INQ 1.926, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 9/10/2008, DJe 21/11/2008; e INQ 2.449, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 2/12/2010, DJe 18/2/2011) e, de outro lado, a situações análogas às destes autos, nas quais o fato imputado à servidora consiste em se apoderar de sua própria remuneração, embora sem prestar os serviços atinentes ao cargo que ocupava na Assembleia Legislativa, o que poderia, em tese, configurar infração disciplinar ou ato de improbidade administrativa, mas não configura fato típico.*** *8. A mesma distinção feita pela Suprema Corte é necessária entre o caso destes autos e a APN 702/AP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 3/6/2015, DJe 1º/7/2015, porquanto, na referida APN, Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Amapá e um Membro do Ministério Público atuante junto àquela Corte desviaram recursos públicos, entre os quais verbas de ajuda de custo, despesas médicas e outras, de funcionários 'fantasmas'. Na espécie em julgamento, em vez disso, trata-se de servidora pública que, segundo consta, embora apresentasse ausências sem justificativa, continuava a perceber seus vencimentos. 9. Sendo correto o fundamento utilizado pela Corte estadual para encerrar a persecução penal - isto é, a 'inequívoca comprovação da atipicidade da conduta', não há falar em trancamento prematuro da ação penal nem em ofensa ao princípio in dubio pro societate ou de violação dos arts. 41, 395 e 651 do Código de Processo Penal. 10. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ; AgRg-AREsp 1.244.170; Proc. 2018/0027582-0; RN; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; Julg. 02/08/2018; DJE 22/08/2018). (G.n.)

De igual sorte o Informativo 667/STJ- Sexta Turma:

"O pagamento de remuneração a funcionários fantasmas não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Nos termos do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, constitui crime de responsabilidade dos prefeitos apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio. Ocorre que pagar ao servidor público não constitui desvio ou apropriação da renda pública, tratando-se, pois, de obrigação legal. Ademais, a forma de provimento, direcionada ou não, em fraude ou não, é questão diversa, passível inclusive de sanções administrativas

> *ou civis, mas não de sanção penal. De outro lado, a não prestação de serviços por servidor tampouco configura o crime discutido, também sendo passível de responsabilização funcional e até demissão. Nesse contexto, verifica-se que a conduta em análise não se subsume à norma em questão. Dessa forma, o pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a remuneração é devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito."* (Processo: AgRg no AREsp 1.162.086-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade).

No mesmo diapasão o entendimento firmado nesta Corte de Justiça no julgamento da Apelação Criminal n. 0805992-79.2013.8.12.0021, de relatoria do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – CABÍVEL – FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE RECEBE OS SALÁRIOS SEM QUE TENHA PRESTADO O SERVIÇO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO PROVIDO. Não há falar em crime de peculato em relação ao funcionário público que se apropriou dos próprios salários que lhe foram endereçados em razão do cargo, mas não cumpriu o dever de contraprestar os serviços para os quais foi nomeado. Trata-se de incidente administrativo a ser resolvido naquela esfera. Precedentes do STJ. Com o parecer, recurso provido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0805992-79.2013.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 12/09/2019, p: 18/09/2019)

Conquanto se possa interpretar a situação contrária à moralidade pública, extremamente censurável, certo é que deve ser resolvida no âmbito cível ou administrativo, porquanto na esfera criminal se afigura inafastável a atipicidade da conduta imputada.

Exsurge nesse contexto, falta disciplinar e administrativa, a consubstanciar-se em ato de improbidade administrativa, sem que corresponda à tipicidade penal do delito de peculato. A conduta imputada não se amolda, portanto, ao tipo penal em comento, em qualquer de suas espécies, tratando-se de situação a ser resolvida na esfera administrativa e cível, tal como se vislumbrou no caso em pauta.

Insta salientar que os recorrentes foram condenados em ação própria, ação civil pública, solidariamente, a ressarcirem aos cofres da Câmara Municipal de Três Lagoas os valores auferidos por Edson Ferreira da Silva, a título de remuneração, correspondente ao período em que figurou como assessor parlamentar vinculado à apelante Vera Helena Arsioli Pinho (f. 468-486). Portanto, quanto à questão do ressarcimento dos valores recebidos sem a contraprestação dos serviços, a questão já revelou-se elucidada no âmbito administrativo e no âmbito cível.

Por corolário, se afiguram prejudicados os demais pedidos estampados nas peças recursais.

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 despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte Estadual de Justiça[2]:

2 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 dos recursos e, contra o parecer, dou-lhes provimento, para o fim de absolver Edson Ferreira da Silva e Vera Helena Arsioli Pinho da imputação que lhes foi endereçada, face à atipicidade da conduta, o que faço alicerçado no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento aos recursos.

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, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 30 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Recurso em Sentido Estrito nº 0003395-34.2017.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO MINISTERIAL – PROCESSO ELETRÔNICO – CONTAGEM DE PRAZO A PARTIR DA LEITURA DA INTIMAÇÃO – REJEITADA – CRIME DE LATROCÍNIO – PROVAS FIRMES E COESAS – VIOLÊNCIA VOLTADA À SUBTRAÇÃO – RESULTADO MORTE – *ANIMUS FURANDI* EVIDENCIADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO – INAPLICÁVEL – SENTENÇA REFORMADA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER.

Consoante a Lei nº 11.419/06, que dispõe sobre a intimação por meio eletrônico, o prazo para as intimações inicia-se da efetiva leitura ou do término do prazo de 10 dias contados da disponibilização dos autos, sem leitura. Por corolário, verificando-se a interposição dentro do quinquídeo, contados a partir da declaração de ciência da sentença, não há intempestividade a ser reconhecida.

Não há falar em desclassificação se os elementos probantes coligidos no encadernado, amparados na confissão e corroborados pelos depoimentos testemunhais, somados, enfim, à dinâmica dos fatos, demonstram que o réu, *ab initio*, estava imbuído de nítido propósito de subtrair quantia em dinheiro, de modo que, mesmo alegando motivação por desentendimento amoroso, não resta excluído o *animus furandi* voltado à consumação da conduta primária, tanto que, para tal finalidade, houve emprego de violência, consistente em golpe conhecido como "gravata", justamente para obter valores que, com antecedência, sabia estar em posse da vítima, culminando, então, no resultado posposto, ou seja, na morte, situação concreta que se subsome à tipificação do crime complexo de latrocínio.

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, recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram provimento ao recurso

Campo Grande, 13 de agosto 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 contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas, que desclassificou a conduta prevista no artigo 157, § 3º, do

Código Penal, pela qual o primeiro recorrido foi denunciado, para o delito de homicídio em concurso com o delito de furto e demais crimes, determinando a redistribuição do feito.

Em suas razões, pretende a reforma da sentença a fim de que os recorridos sejam julgados pelos crimes imputados na denúncia.

Contrarrazões às f. 589-596, 599-601, 617-619 e 643-651 pelo improvimento do recurso.

Às f. 622-628 a recorrida Ariane Rosa Rocha dos Santos arguiu matéria de ordem pública, asseverando ser o recurso intempestivo, pugnando, neste tanto, pelo seu não conhecimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu turno, posicionou-se pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial, com o prequestionamento da matéira debatida. (f. 672-685).

É o relatório. Inclua-se em pauta.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas, que desclassificou a conduta prevista no artigo 157, § 3º, do Código Penal, pela qual o primeiro recorrido foi denunciado, para o delito de homicídio em concurso com o delito de furto e demais crimes, determinando a redistribuição do feito.

Em suas razões, pretende a reforma da sentença a fim de que os recorridos sejam julgados pelos crimes imputados na denúncia.

Preliminarmente: da tempestividade.

Pondero de início que, não obstante a nomenclatura do recurso dado pela parte recorrente - recurso de apelação (f. 559) - a tempestividade será analisada como preliminar recursal do recurso em sentido estrito, que, aliás, de fato assim foi nominado quando da apresentação das razões recursais às f. 567-578.

Pois bem. Em manifestação de f. 622-628 a recorrida Ariane Rosa Rocha dos Santos arguiu matéria de ordem pública, asseverando ser o recurso intempestivo, pugnando, neste tanto, pelo seu não conhecimento.

Como cediço, o Ministério Público se utiliza de Sistema de Automação da Justiça próprio, com integração ao *software* do Poder Judiciário, de forma a possibilitar comunicação de atos processuais por meio eletrônico. Daí por que a contagem dos prazos em situações desse jaez tem como marco inicial o dia seguinte à consulta no ambiente eletrônico.

No caso versando, verifica-se que o Ministério Público não teria tomado conhecimento da intimação eletrônica na data da disponibilização dos autos àquele órgão (26.11.2018) como argumentado, e sim em 05.12.2018 (certidão de f. 558). Observe-se:

> *"Art. 5.º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2.º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.*
>
> ***§ 1.º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização (...).***
>
> *§ 3.º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo (...)."* (G.n.)

Em outras palavras, a Lei nº 11.419/06 consigna que o prazo para a interposição de recurso inicia-se com a efetiva leitura da certidão eletrônica de intimação ou após o transcurso do decênio.

Logo, não há intempestividade a ser reconhecida, porquanto observado o quinquídio legal, já que a interposição deste recurso se concretizou no mesmo dia da declaração de ciência da sentença, em 05.12.2018.

E, nesse eito, o entendimento firmado pela Câmara Criminal deste Sodalício no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 0802382-47.2015.8.12.0017:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – CRIMES AMBIENTAIS –* ***INTEMPESTIVIDADE – PROCESSO ELETRÔNICO – CONTAGEM DE PRAZO A PARTIR DA LEITURA DA INTIMAÇÃO – LAPSO TEMPORAL RESPEITADO*** *(...). A Lei n.º 11.419/06 estabelece a possibilidade de intimação por meio eletrônico, iniciando-se o prazo para a parte interessada da efetiva leitura ou do transcurso de 10 (dez) dias sem leitura. Se o recurso foi interposto dentro do prazo previsto em lei, não há como reconhecer a alegada intempestividade."* (G.n.)

Cumpre ressaltar, por fim, que prevalece o entendimento de que a apresentação das razões recursais fora do prazo do artigo 586, do CPP constitui mera irregularidade, desde que o termo recursal tenha sido apresentado tempestivamente.

Ou seja, somente as razões recursais foram apresentadas extemporaneamente, tendo sido o termo do recurso em sentido estrito apresentado dentro do prazo recursal previsto no artigo 586, do Código de Processo Penal, de maneira que, de igual modo, não há óbice ao conhecimento do presente recurso.

Eugêncio Pacelli e Douglas Fischer (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. Atlas, 2017. p. 1188), sobre a questão, discorrem que *"quando apresentadas em separado, a intempestividade das razões ou até mesmo a ausência delas não poderá impedir o regular processamento do recurso (já) interposto, até porque já deveria ter sido recebido previamente pelo juízo monocrático."*

Nesse sentido:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DEFENSIVO – RÉU PRESO INTIMADO PESSOALMENTE – APELO INTERPOSTO – NEGADO SEGUIMENTO PELO MAGISTRADO A QUO – RECURSO TEMPESTIVO – RECURSO PROVIDO. I -* ***Recorrente que manifestou o desejo de recorrer no momento de sua intimação da sentença, conforme mandado e certidão de f. 456-457, em 06/09/2018. Destarte, não se há falar em intempestividade do recurso, constituindo a apresentação das razões fora do prazo legal mera irregularidade.*** *II- Dessa forma, impõe-se a reforma parcial da decisão hostilizada, devendo o recurso de Apelação interposto pela Defesa de Mário ser recebido, pois tempestivo. EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DEFENSIVO – RÉ SOLTA INTIMADA PESSOALMENTE – APELO INTERPOSTO EXTEMPORANEAMENTE – NÃO RECEBIMENTO PELO MAGISTRADO A QUO – MANUTENÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. I- Apesar de responder ao processo em liberdade, hipótese que basta a intimação do defensor constituído, conforme dispõe o art. 392, II, do CPP, a recorrente foi pessoalmente intimada da sentença condenatória em 12/10/2018 (f. 462), não manifestando o desejo de recorrer. II- O advogado constituído foi intimado em 25/10/2018, por meio de publicação no Diário da Justiça, e o prazo para interposição de recurso de apelação com término no dia 30 de outubro do mesmo ano. Todavia, somente foi interposto em 31/10/2018, fora, portanto, do quinquídio legal. Assim, a apelação criminal da recorrente, de fato, não merece ser recebida."* (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0005972-11.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 03/02/2020, p: 06/02/2020). (G.n.)

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENORES – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE REJEITADA – PRONÚNCIA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO – TRIBUNAL*

> *DO JÚRI – RECURSO IMPROVIDO.* ***Segundo entendimento pacificado no c. STJ, a apresentação extemporânea das razões constitui mera irregularidade, o que não obsta o seguimento do recurso.*** *Demonstrada a materialidade e havendo indícios de autoria em crimes dolosos contra a vida, compete ao juiz pronunciar o réu, submetendo-o ao julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri."* (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0024591-52.2019.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 06/09/2019, p: 16/09/2019). (G.n.)

Sem mais delongas, rejeito a preliminar de intempestividade e passo à análise do mérito.

Mérito.

Exsurge dos autos que no dia no dia 02 de abril de 2017, domingo, por volta das 19h40min, no motel denominado "Caribe", na Cidade de Três Lagoas/MS, o recorrido Gabriel Itacil dos Santos Cavalcante subtraiu, para si, mediante violência contra a vítima Marcos Alexandre Ribeiro, asfixiando-a até a morte, joias, dinheiro, aparelhos celulares, roupas e relógio.

Segundo apurado, na data dos fatos, em horário não esclarecido nos autos, o recorrido Gabriel Itacil dos Santos Cavalcante marcou um encontro com a vítima Marcos Alexandre Ribeiro, com quem mantinha, esporadicamente, encontros íntimos nas oportunidades nas quais Marcos visitava a cidade, e, após, deslocaram-se até um motel.

Já no motel, Gabriel ouviu o momento em que a vítima conversava ao telefone com um familiar sobre negociações envolvendo altas quantias em dinheiro relacionadas ao lucro do parque de diversões nos finais de semana e, por ser um domingo, acreditando que a vítima estava na posse de grande quantidade de dinheiro, resolveu subtraí-la e, em seguida, aplicou-lhe um golpe do tipo "gravata", asfixiando-a até a morte.

Seguidamente, o recorrido apossou-se dos pertences da vítima e depois colocou o seu corpo no porta-malas do veículo Cherry S, cor preta, placas EYS-2384, de propriedade daquela, e dirigiu-se até as proximidades de sua residência, quando encontrou Alex Sandro Bezerra Santana e, após confidenciar-lhe o ocorrido, solicitou-lhe auxílio na ocultação do cadáver.

Tendo aderido a essa ação, Alex Sandro acompanhou Gabriel em direção à região da "Cascalheira", nas proximidades da Usina Termoelétrica, e lá ocultaram o cadáver da vítima em uma área de vegetação nativa, cobrindo o corpo com galhos e capim, sendo que, na oportunidade, Gabriel entregou um aparelho celular de propriedade da vítima a Alex Sandro.

Ato contínuo, Gabriel deixou Alex Sandro na casa de seu avô e seguiu até a residência de Ronaldo Adriano Weber, onde confidenciou sobre o crime e o presenteou com uma sacola de vestimentas pertencentes à vítima.

Nesse momento, enquanto Gabriel conversava com Ronaldo, chegaram ao Ariane Rosa Rocha dos Santos, a qual conduzia um veículo Celta de cor prata, e as menores *****1 e *****2, que a acompanhavam, oportunidade em que Gabriel também lhes relatou sobre os fatos ocorridos e as convidou para auxiliá-lo a ocultar o veículo da vítima, o que fora aceito pelas três.

Assim, o Gabriel e a menor *****2 deslocaram-se no veículo da vítima até um terreno localizado no bairro Parque das Araras, os quais foram acompanhados por Ariane, que tinha como passageira a menor *****1.

Ao chegarem ao citado local, Gabriel, Ariane e as menores de idade iniciaram buscas no veículo da vítima a fim de localizarem dinheiro ou bens de valor e, depois, atearam fogo no mesmo, utilizando para tal de folhas de papel e um isqueiro localizados no próprio veículo e, então, saíram do local no veículo de Ariane.

Instruído o feito, sobreveio sentença que desclassificou a conduta prevista no artigo 157, § 3º, do Código Penal, pela qual Gabriel Itacil dos Santos Cavalcante foi denunciado, para o delito de homicídio em

concurso com o delito de furto e demais crimes, determinando a redistribuição do feito.

Pois bem. Cinge-se a discussão na subsunção aos fatos ao crime de latrocínio considerando que, diante da tese acusatória, o recorrido teria agido com *animus furandi*.

Com efeito, a atual redação do art. 157, § 3º, do Estatuto Repressor prevê que:

> *"Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:*
>
> *§ 3º Se da violência resulta:*
>
> *(...).*
>
> *II – **morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.**"* (G.n.)

A propósito, *ex vi* da delineação externada pela jurisprudência pátria no que tange à conduta do dispositivo supramencionado:

> *"O latrocínio (CP, art. 157, § 3º, in fine) é crime complexo, formado pela união dos crimes de roubo e homicídio, realizados em conexão consequencial ou teleológica e com animus necandi. Esses crimes perdem a autonomia quando compõem o crime complexo de latrocínio, cuja consumação exige a execução da totalidade do tipo. Nesse diapasão, em tese, para haver a consumação do crime complexo, necessitar-se-ia da consumação da subtração e da morte. Contudo, os bens jurídicos patrimônio e vida não possuem igual valoração, havendo prevalência deste último, conquanto o latrocínio seja classificado como crime patrimonial. Em verdade, nos termos da Súmula 610/STF, há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima."* (*HC* 384.875/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018).

No caso, os elementos probantes coligidos no encadernado somados à dinâmica dos fatos, demonstram que o réu tinha nítido intento de subtrair dinheiro da vítima, de modo que, mesmo alegando ter sido o crime motivado por desentendimento entre eles, não resta excluído o *animus furandi* voltado à consumação da conduta primária (roubo), tanto que, para tal finalidade, houve emprego de violência, justamente para obter valores que, com antecedência, sabia que poderiam estar em posse da vítima, culminando, então, no resultado morte.

Aliás, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci[1], a despeito da versão escusatória apresentada por Gabriel em ambas as oportunidades em que foi ouvido, as incongruências verificadas evidenciam a inverossimilhança de suas alegações.

Com efeito, na fase inquisitiva, Gabriel discorreu que conhecia a vítima há cerca de 1 ano e que se encontraram por 4 vezes durante este tempo, ocasiões em que praticavam sexo oral.

Contou que recebia entre R$ 150,00 e R$ 200,00 pelas relações sexuais e que, na data dos fatos, foram até um motel na saída para Brasilândia, sendo que, depois da fazerem sexo oral um no outro, a vítima insistiu para que mantivessem relação anal, ao que não anuiu e que, então, acabaram entrando em luta corporal, momento em que aplicou uma "gravata" na vítima até que ficasse desacordada.

Afirmou que, depois de deixar o motel, com o corpo da vítima no banco de trás do veículo, dirigiu-se até a frente da sua casa e chamou seu amigo Alex Sandro, vulgo 'Belo', para ajudá-lo a dar fim no corpo da vítima, procedendo como detalhado na denúncia.

Salientou, ademais, ter deixado os dois celulares da vítima com Alex Sandro como forma de pagamento pela ajuda, que vendeu as joias que Marcos Alexandre usava e o seu *Iphone*, para a dona de um mercadinho próximo a sua casa e que ficou com apenas R$ 200,00 encontrados em poder da vítima.

1 **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 949.

Quanto às roupas da vítima, encontradas em posse de Ronaldo, asseverou que as deu de presente como forma de agradecimento. (f. 39-40)

Em juízo, apresentou versão coincidente quanto ao contexto da morte de Marcos Alexandre mas, por outro lado, alegou que não recebia qualquer valor como contraprestação pelas relações sexuais que mantinha com a vítima, apesar de que ela o enviava dinheiro quase toda semana através da conta de seu avô.

Ao ser questionado sobre os bens subtraídos, Gabriel aduziu que Alex Sandro foi quem pegou os celulares, e que a pulseira e relógio tinham lhe sido dados de presente pela vítima, sendo que ia jogá-los fora mas foi convencido pela dona do mercado a vende-los.

Asseverou, ademais, que *"as roupas de Marcos Alexandre que estavam em seu carro, foram todas recolhidas por Ariane, *****2 e *****1, que as entregaram para Ronaldo (áudio - f. 458)."*

Neste tanto, há de ser destacar que não tivesse o réu qualquer intenção de subtrair os bens da vítima, por certo não teria se ocupado em desfazer dos bens que estavam com Marcos Alexandre quando da sua morte.

Aliás, ao serem inquiridas em delegacia, as menores *****2 e *****1, narraram que depois de chegarem ao local onde o carro da vítima seria dispensado, Gabriel e Ariane passaram a revistar o veículo à procura de bens e valores e que, inclusive, *****2 ficou com um cheque assinado em branco encontrado à ocasião. (f. 30-31 e 33)

******2 asseverou, ainda, que *"Gabriel chegou na casa de Renato com um relógio idêntico ao que lhe é exibido agora, além de uma corrente de ouro com um pingente em forma de ferradura de cavalo. Gabriel também tinha uma pulseira de ouro no braço. Todos esses objetos e joias pertenciam ao sujeito que ele matou para roubar o carro (f. 30-31)."*

No mesmo sentido, *****1 detalhou que *"na volta, depois de incendiarem aquele carro, Gabriel disse que havia roubado o carro e que havia matado o dono do carro para roubar (f. 33)."*

Ariane Rosa Rocha dos Santos, por sua vez, contou que depois que o veículo da vítima começou a pegar fogo, entraram todos em seu carro e deixaram o local, sendo que, durante o percurso, Gabriel detalhou como matou a vítima enforcada, dizendo *"que o cara estaria metendo o louco e que fizeram a fita e quando foram ver o cara não tinha dinheiro nenhum, (f. 35)."*

Relatou, ademais, que *"Gabriel lhe disse que teria pego uma carona com Marcos Alexandre, ocasião em que este teria atendido a uma ligação, na qual conversava sobre valores altos, o que o fez deduzir que a vítima teria dinheiro em espécie (f. 35)."*

Assim, não deve prosperar a desclassificação da conduta praticada contra a vítima, uma vez que amplamente demonstrado o *animus furandi*. Ou seja, o recorrido tinha por intuito, *ab initio*, subtrair dinheiro da vítima, pelo que usou de violência a tanto, resultando na sua morte, situação concreta que se subsome à tipificação do crime complexo de latrocínio.

A respeito, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Hipótese em que a Corte estadual examinou as provas carreadas aos autos e concluiu, assim como o juiz a quo, que se trata de delito contra o patrimônio, pois ficou caracterizada a intenção do agente de subtrair os bens da vítima, sendo a morte consequência necessária à obtenção da vantagem."* (*HC* 98.732/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 28/02/2011).

Saliente-se, ademais, a narrativa apresentada pelo policial civil Thiago José Passos da Silva.

Em juízo, discorreu que, em que pese Gabriel ter inicialmente alegado que a morte de Marcos Alexandre foi decorrente de desentendimento amoroso entre eles, tal versão caiu por terra quando o réu contou que, no

caminho para o motel, a vítima falou ao telefone sobre certa quantia em dinheiro relativa ao rendimento de sua atividade comercial e que, por ser domingo, acreditou que tal montante estaria em posse da vítima.

Continuou que, já no motel, anunciou o assalto, deu uma "gravata" na vítima até que desfalecesse e terminou de asfixiá-la com o uso de uma toalha.

Acrescentou que Ariane revelou que ela e Gabriel reviraram o carro em busca do dinheiro sobre o qual o réu tinha ouvido falar e que, inclusive, uma das adolescentes presentes à ocasião ficou com um cheque em branco encontrado no veículo. (Áudio - f. 421)

O intento de subtrair o dinheiro da vítima é tão evidente que, acaso houvesse agido imbuído exclusivamente de *animus necandi*, não teria realizado buscas no carro antes de atear fogo ou tentado vender as joias e demais bens que a vítima usava no momento de sua morte.

Por isso é que a versão defensiva, calcada na desclassificação, não tem sustentáculo fático nos elementos angariados, porquanto, realmente tivesse agido motivado desde o início por mero desentendimento, o réu não teria empreendido tanto esforço em localizar o numerário no veículo da vítima ou, ainda, teria se apossado de suas joias.

Sobre o tema, o seguinte julgado desta Câmara Criminal:

> *"APELAÇÃOCRIMINAL–RECURSODADEFESA–LATROCÍNIO–INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PLEITO ABSOLUTÓRIO AFASTADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO – OBJETIVO DE SUBTRAÇÃO DE PATRIMÔNIO – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – PREVISIBILIDADE DO RESULTADO MAIS GRAVOSO – RELEVANTE CONTRIBUIÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER. 1. Despontando dos autos conjunto probatório robusto e consistente, em harmonia aos depoimentos das testemunhas, submetidos ao crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição por ausência de provas, pois indene a autoria e materialidade relativamente ao crime tipificado no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal. 2.* ***Configura-se o delito complexo de latrocínio se do acervo probatório desponta que os agentes, imbuídos de animus furandi, visando a subtração de bicicleta da vítima, realizam condutas que culminam na execução da totalidade do tipo penal, alcançando o resultado morte, o que implica na inviabilidade de desclassificação para o crime de homicídio simples****. 3. Descabida a aplicação da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) em favor do agente que, consciente da ilicitude e de forma voluntária, participa efetivamente da empreitada delituosa, prestando relevante contribuição à consecução de crime do qual era previsível o resultado mais gravoso, pois a mens legis do instituto é o abrandamento da pena em reservadas hipóteses em que se presta mínimo e periférico auxílio à perpetração da infração penal, mas não nos casos em que há organizada divisão de tarefas entre os coautores envolvidos. 4. 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."* (Apelação nº 0003071-09.2014.8.12.0002. Relator Des. Jairo Roberto de Quadros. 3ª Câmara Criminal. Julgamento: 05/10/2017). (G.n.).

Deste modo, incabível a desclassificação para o crime de homicídio, porquanto o acusado visava, em verdade, subtrair dinheiro da vítima, tanto é que desferiu golpe conhecido como "gravata" na vítima para tal finalidade, no que sobreveio o resultado morte, restando, por corolário, configurada a tipificação concernente ao delito de latrocínio.

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 despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro: *"O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito."*

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso em sentido estrito e dou-lhe provimento, para o fim de, reformando a decisão desclassificatória, determinar que o juízo monocrático prossiga no julgamento dos acusados pelos crimes que lhe foram imputados na inicial acusatória.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram 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, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 13 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0015898-79.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESCAMINHO PRATICADO POR MILITAR – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA AUDITORIA MILITAR – REJEITADA – ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO, COM INCIDÊNCIA DO ART. 20, § 1º, DO CÓDIGO PENAL – TESE NÃO ACOLHIDA– CONJUNTO PROBATÓRIO CONSISTENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – MODULADORAS NEGATIVADAS MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – REQUISITOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL TAMBÉM NÃO PREENCHIDOS – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, PRELIMINAR AFASTADA E, NO TOCANTE AO MÉRITO, RECURSO DESPROVIDO.

A expressão "em atividade", prevista no artigo 9º, II, alínea "a", do Código Penal Militar, refere-se ao militar que está na ativa, não necessariamente em serviço. Dessa forma, pouco importa o fato de o recorrente, no dia dos fatos, não se encontrar em seu local de serviço, pois a competência da Justiça Castrense é firmada pelo fato de *"estar em atividade e ter cometido crime militar de descaminho"*, afigurando-se irrelevante estar em serviço, fardado ou não.

A alegação de que se trata de aluno-soldado não tem o condão de alterar esse entendimento, consoante desponta da literalidade da lei, vez que, de toda forma, encontrava-se o recorrente em situação ativa da corporação. Tanto que, no momento da abordagem, inclusive identificou-se como integrante da Policial Militar de Mato Grosso do Sul e trajava até mesmo camiseta com o símbolo da Instituição, procurando, assim, valer-se dessa condição para dissipar suspeitas e ocultar a conduta delituosa enfocada.

De nenhuma plausibilidade, inverossímil, que sendo aluno da Polícia Militar, e já no exercício da função, não soubesse da ilegalidade de sua conduta, ou seja, não soubesse que seria crime transportar mercadorias do Paraguai em grande quantidade, 320 celulares, acima do permitido e sem qualquer documentação legal ou comprovante do pagamento dos tributos alfandegários. Além disso, na análise do erro enfocado na tese defensiva deve ser considerada, a fim de se evitar abusos, a possibilidade de o agente ostentar conhecimento da ilicitude no momento da ação ou omissão, enfim, se, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto. Por corolário, a escusa do erro deve amparar aquele que não tem, nem poderia ter, tal conhecimento, o que, a toda evidência, não se aplica ao caso em tela e, assim, não há falar em absolvição, tampouco em incidência do *in dubio pro reo,* muito menos em incidência do disposto no artigo 20, § 1º, do Código Penal.

Afigurando-se inegável que o acusado atuou dolosamente, ciente da infração penal que cometia, e revelando-se idônea e legítima a fundamentação utilizada pelo sentenciante, a dissipar qualquer necessidade de retificação, porquanto razoável e proporcional a exasperação levada a efeito, descabe redução da pena basilar a patamar mínimo.

O Código Penal Militar não prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em seu artigo 59 dispõe diversas formas de cumprimento da pena pelo militar e, além disso, expressamente espelha que a substituição é medida subsidiária à aplicação da suspensão condicional da pena prevista no art. 84, do CPM, ou seja, possível apenas quando não cabível o *sursis*. De toda forma, diante das moduladoras negativas, remanesceria a impossibilidade de substituição mesmo à luz do art. 44 do Código Penal, porquanto não atendida a exigência estampada no inciso III do referido dispositivo 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.

Com o parecer, preliminar de incompetência afastada e, no tocante ao mérito, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitaram a preliminar de incompetência e, no mérito, negaram provimento ao recurso. Sustentação oral realizada pelo Dr. Sebastião Francisco dos Santos Junior.

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Nelson Antunes Ferreira Júnior interpõe recurso de apelação criminal, porquanto inconformado com a sentença que o condenou, como incurso no artigo 334 (descaminho) do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, com *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante as condições estipuladas.

Em suas razões recursais (f. 236-248), arguiu preliminarmente incompetência do Juízo da Auditoria Militar para processar e julgar o caso, porquanto inevitável remessa à Justiça Federal. No tocante ao mérito, almeja absolvição, face à atipicidade da conduta, por ausência de dolo, conforme art. 20, § 1.º, do Código Penal. Subsidiariamente, pleiteia redução da pena-base para o mínimo legal, bem como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões (f. 254-265) pelo afastamento da preliminar e, no tocante ao mérito, não provimento do recurso.

De igual sorte posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Nelson Antunes Ferreira Júnior interpõe recurso de apelação criminal, porquanto inconformado com a sentença que o condenou, como incurso no artigo 334 (descaminho) do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, com *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante as condições estipuladas.

Em suas razões recursais (f. 236-248), arguiu preliminarmente incompetência do Juízo da Auditoria Militar para processar e julgar o caso, porquanto inevitável remessa à Justiça Federal. No tocante ao mérito, almeja absolvição, face à atipicidade da conduta, por ausência de dolo, conforme art. 20, § 1.º, do Código Penal. Subsidiariamente, pleiteia redução da pena-base para o mínimo legal, bem como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões (f. 254-265) pelo afastamento da preliminar e, no tocante ao mérito, não provimento do recurso.

De igual sorte posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça.

Denúncia:

> *"(...) no dia 29 de novembro de 2018, por volta de 15:30 horas, o acusado Nelson Antunes Ferreira Júnior foi abordado por Policiais Rodoviários Federais na Unidade Operacional de Capey, BR 163, KM 68, na Cidade e Comarca de Ponta Porã/MS, ocasião em que constataram que o Policial Militar estava transportando mercadorias de origem estrangeira, proveniente do Paraguai, sem o pagamento dos impostos devidos pela entrada no Brasil.*
>
> *Segundo apurado, o acusado agiu em conluio e unidade de desígnios com o civil Julio Ramon Delgado Morel.*
>
> *Consta dos autos, que na data dos fatos o réu conduzia seu veículo marca VOLKSWAGEN, modelo GOLF, placas AMV-4716, São Paulo/SP, de Ponta Porã/MS para Dourados/MS, quando foi abordado por Policiais Rodoviários Federais ao passar pela Unidade Operacional de Capey. Ressalte-se que, durante a abordagem, o acusado apresentou nervosismo e afirmou ser integrante da PMMS, pois trajava camiseta branca, identificada nominalmente e com inscrição e símbolo da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.*
>
> *Ato contínuo, os Policiais Rodoviários Federais solicitaram que o acusado Nelson Antunes Ferreira Júnior abrisse o compartimento de carga do veículo, ocasião em que encontraram uma caixa contendo trezentos e vinte aparelhos celulares da marca IPRO, sem o comprovante de pagamento dos tributos devidos, avaliados individualmente em R$ 89,00 (oitenta e nove reais) cada.*
>
> *Na ocasião, o réu afirmou que a mercadoria era de propriedade do civil Julio Ramon Delgado Morel e que receberia o valor de R$-200,00 (duzentos reais) pelo transporte até a Cidade de Dourados/MS."*

Competência:

Arguiu o recorrente a incompetência do Juízo da Auditoria Militar para processar e julgar o caso, pois, no seu entender, a tanto o feito deveria ser remetido à Justiça Federal, notadamente porque à época não estava exercendo função ou estivesse nas hipóteses elencados no artigo 9º do CPM, somando-se a isso que se tratava de aluno-soldado.

Nada obstante os argumentos expendidos, descabe acatamento à preliminar arguida.

Com efeito, o art. 9º do Código Penal Militar elenca as hipóteses dos denominados crimes militares, *in verbis*:

> *"(...).*
>
> *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 (...)."*

Ocorre que, nos termos do artigo 125, § 4º, da Constituição Federal, compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados (polícia militar e corpo de bombeiro militar), nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.

O § 5º do referido dispositivo constitucional, por sua vez, dispõe que compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Assim, compete a um colegiado da Justiça Militar Estadual, em observância ao disposto no artigo 125, §§ 4º e 5º da Lei Maior, sob a presidência do juiz de direito, processar e julgar os crimes praticados por militar, atuando em razão da função, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar ou mesmo estando em período de folga, cenário este vislumbrado nos autos.

Emerge, pois, que a expressão "em atividade", prevista no artigo 9º, II, alínea "a", do Código Penal Militar, refere-se ao militar que está na ativa, não necessariamente em serviço.

Dessa forma, pouco importa o fato de o apelante, no dia dos fatos, não se encontrar em seu local de serviço, pois a competência da Justiça Militar é firmada pelo fato de estar em atividade e ter cometido, em tese, crime militar de descaminho, afigurando-se irrelevante estar em serviço, ou seja, fardado, trabalhando.

A propósito:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – DESCAMINHO – PRÁTICA POR POLICIAL MILITAR DURANTE O PERÍODO DE FOLGA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.491/2017 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA. I - Após as alterações promovidas pela Lei nº. 13.491/2017 houve a ampliação do conceito de 'crime militar', sendo que qualquer infração penal prevista no ordenamento jurídico brasileiro poderá ser caracterizada dessa forma, sendo julgada perante o Juízo Militar, desde que adequadas a uma das hipóteses previstas no art. 9º, II, do Código Penal Militar. II – A expressão 'militar em situação de atividade', prevista no dispositivo do Código Penal Militar, significa militar 'da ativa', e não necessariamente em serviço, de maneira que o crime cometido por militar da ativa, mesmo durante a folga, configura crime de natureza militar. III - Ordem denegada. Com o parecer da PGJ."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1400873-44.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 21/02/2019)
>
> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – AMEAÇA E INJÚRIA – CRIMES PRATICADOS POR POLICIAL MILITAR DURANTE PERÍODO DE FOLGA – IRRELEVÂNCIA – CRIME DE NATUREZA MILITAR CARACTERIZADO – ARTIGO 9º, II, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. A expressão 'em situação de atividade', contida na redação do artigo 9º, II, 'a', do Código Penal Militar, refere-se ao militar 'na ativa', e não necessariamente àquele em serviço, de maneira que resta caracterizado crime de natureza militar e, portanto, a ser julgado pela Justiça Militar, o cometido por policial militar na ativa, ainda que durante o período de folga. Habeas corpus conhecido. Ordem denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1402707-82.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 21/03/2019, p: 25/03/2019)
>
> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – DESCAMINHO – PRÁTICA POR POLICIAL MILITAR DURANTE O PERÍODO DE FOLGA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – CABIMENTO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.491/2017 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA. I- Após as alterações promovidas pela Lei nº. 13.491/2017 houve a ampliação do conceito de 'crime militar', sendo que qualquer infração penal prevista no ordenamento jurídico brasileiro poderá ser caracterizada dessa forma, sendo julgada perante o Juízo Militar, desde que adequadas a uma das hipóteses previstas no art. 9º, II, do Código Penal Militar. II – A expressão 'militar em situação de atividade', prevista no dispositivo do Código Penal Militar, significa militar 'da ativa', e não necessariamente em serviço, de maneira que o crime cometido por militar da ativa, mesmo*

durante a folga, configura crime de natureza militar. III - Ordem denegada." (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1401455-44.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 22/02/2019, p: 26/02/2019).

Face outra, a alegação de que se trata de *aluno-soldado* não tem o condão de alterar o entendimento aqui esposado, consoante desponta da literalidade da lei, vez que, de toda forma, encontrava-se em situação ativa do corporação.

Como bem pontuou a Procuradoria de Justiça, o recorrente, à época, exercia o Cargo de Aluno Soldado da Polícia Militar e, portanto, se encontrava na ativa (Carteira de Identidade Funcional às f. 62), conforme dispõe o art. 4.º, § 1.º, alínea "a", inciso IV, da Lei Complementar n.º 53/1990. Veja-se:

> *"Art. 4.° Os integrantes da PMMS, em razão da destinação constitucional da Corporação e das Leis vigentes, são servidores públicos militares estaduais denominados policiais-militares.*
>
> *§ 1.° Os policiais-militares encontram-se em uma das seguintes situações:*
>
> *a) na ativa:*
>
> *I - os policiais-militares de carreira:*
>
> *II - os incluídos na Polícia Militar, voluntariamente, durante os prazos a que se obrigarem a servir:*
>
> *III - os convocados e os designados;*
>
> *IV - **Os alunos de órgãos de formação de policiais militares**."* (G.n.)

Tanto é que, no momento da abordagem, conforme elementos de convicção reunidos neste caderno processual, o acusado inclusive identificou-se como integrante da Policial Militar de Mato Grosso do Sul e trajava até mesmo camiseta com o símbolo da Instituição, procurando, assim, à evidência, valer-se dessa condição para dissipar suspeitas e, dessa forma, ocultar a conduta delituosa enfocada.

Rejeito, portanto, a preliminar arguida.

Mérito.

Discorre-se acerca da atipicidade da conduta, por ausência de dolo, uma vez que o recorrente não saberia da existência dos aparelhos celulares, tampouco conheceria o caráter ilícito da conduta, incorrendo na hipótese de erro prevista no art. 20, § 1º, do Código Penal.

Não é o que emerge dos elementos de convicção reunidos neste caderno processual.

Os policiais que efetuaram a abordagem, ouvidos no IPM, deixaram claro que o acusado/apelante sabia da ilicitude que praticava, tanto que demonstrou excessivo nervosismo e tentou induzi-los à conclusão de que não deveria ser preso por se tratar de pouca coisa.

O policial rodoviário Wagner Alves Pereira (f. 47-49) esclareceu:

> *"Que encontrava-se de serviço ordinário na base do Capey na data do fato; que aproximadamente às 15h30min o declarante, juntamente com seu companheiro de equipe Guilherme, abordaram o aluno Soldado da PMMS Nelson Antunes Ferreira Júnior em seu veículo WV Golf com placas AMV-4716, de São Paulo/SP; que na abordagem os policiais rodoviários perceberam o nervosismo do garoto e vieram que o mesmo usava camiseta da Polícia Militar de MS. Perguntando ao abordado sobre a camiseta, o mesmo respondeu que era policial militar. Que o indivíduo abordado não portava documento nenhum, nem carteira de motorista, nem funcional de policial, mas informou que era aluno da PM e explicou que*

havia entrado no concurso por decisão judicial e que era aluno porque estava aguardando curso de formação; que os Policiais Rodoviários observaram que no banco raseiro havia uma caixa e solicitaram que o abordado abrisse o compartimento de carga do veículo para vistoria; que no porta-malas do veículo foram encontradas outras caixas similares que ao abrir as caixas puderam constara que se tratavam de 320 (trezentos e vinte) aparelhos celulares, sendo todos do mesmo modelo; perguntado qual o Modelo, respondeu que se tratava de um modelo simples, não sendo smartfone; que nesse momento, o AL Sd Antunes, ficou bastante nervoso, andando de um lado para outro e pedindo para ligar para seu pai; que os policiais informaram ao abordado que seria informado ao comando da PM responsável daquela área para providencias e posteriormente ele falaria com seu pai; que o AL Sd Antunes dizia a todo momento para os policiais rodoviários ligaram para o pai dele, para que tudo se resolvesse ali mesmo e perguntava insistentemente se os policias iriam realmente conduzir aquela situação, por se tratar de 'pouca coisa', sendo que o abordado não se mostrava importado com a apreensão da mercadoria, mas sim, com o fato da questão do flagrante e consequências na sua carreira militar; que foram feitos os procedimentos pertinentes e comunicado o comando do 4º Batalhão PM, de Ponta Porã, responsável na circunscrição; que os policiais foram informados pelo plantonista da policial Federal que não seria procedido o flagrante do fato, orientado que fosse encaminhado para a Receita Federal para praxe. Que o aluno militar foi entregue à equipe da Polícia Militar que compareceu na base do Capey, comandada pela Tenente Luzia; que aproximadamente às 23h00min a equipe PRF foi informada de que não seria necessário mais serem ouvidos na base do 4º Batalhão, tendo em vista que seria procedido de outra maneira, contudo, o declarante e seu companheiro de equipe telefonaram para a Tenente Luzia para confirmar isso e a mesma disse que caso tivessem na região, poderiam passar por lá para informações; que a equipe PRF foi voluntariamente até o 4º Batalhão PM e informaram que, além da documentação entregue junto ao abordado para a equipe PM também seria confeccionado um Boletim de Ocorrência Policial do fato, o qual ainda não tinha sido confeccionado por falha do sistema, e nesse boletim seriam anexadas fotos do fato, inclusive foto do aluno PM fardado no ato de sua abordagem."

De semelhante teor o depoimento do Policial Federal Guilherme Luis Sanches (f. 51-53).

Em juízo, ambos (Wagner e Guilherme) ratificaram esses relatos.

Note-se que dos relatos policiais acima enfocados desponta que recorrente bem conhecia o conteúdo das mercadorias que transportava, ao confirmar que todos os celulares eram da mesma marca, realçando ciência do valor dos mesmos.

O apelante Nelson Antunes Ferreira Júnior (f. 60) alegou que:

"(...) não sabia sobre a gravidade de se estar levando essas caixas com celulares, acreditando que não fosse um crime; (...) que momento algum se identificou como policial no interesse de frustrar a abordagem; (....) que o investigado afirma que também não teve qualquer instrução na Polícia Militar sobre crimes ou condutas delitivas, sendo que não tinha o conhecimento para saber sobre a ilegalidade de estar levando esses aparelhos de celular; que a intenção do investigado era fazer um favor para o amigo."

Em juízo (f. 157) externou que:

"(...) foi levar sua namorada Dayanne em casa, ocasião em que o civil Júlio Ramon Delgado, que é vizinho de Dayanne, lhe pediu para levar umas mercadorias até o camelô de Dourados, posto que estava se recuperando de uma cirurgia no tornozelo e não podia dirigir, tendo o interrogando aceitado fazer este favor. Ato contínuo, Júlio carregou o carro do interrogando, enquanto este se despedia de sua namorada. Afirmou que não perguntou o que continha nas caixas transportadas e acreditou que se tratavam de 'bugigangas'. Relatou que durante o percurso foi abordado pela PRF, quando lhe solicitaram seus documentos, mas havia esquecido a carteira no batalhão. Indagado pelos policiais rodoviários se transportava alguma coisa, o interrogando informou que transportava 03 caixas com 'bugigangas' do Paraguai, as quais foram vistoriadas, ocasião em que localizaram os aparelhos celulares. Acrescentou que,

diferentemente do registrado no Boletim de Ocorrência da PRF, não disse para os policiais rodoviários que receberia a quantia de R$-200,00 (duzentos reais) para realizar o transporte da mercadoria, tendo informado, em verdade, que esse valor corresponderia à sua despesa com combustível para ir até Ponta Porã, bem como explicado aos mesmos que não receberia nada de Júlio pelo transporte da mercadoria. Ao final, justificou que 'não sabia que era crime' o que fez."

De nenhuma plausibilidade, inverossímil, que sendo aluno da Polícia Militar, e já no exercício da função, como admitiu, tanto que ostentava carteira de identidade funcional de aluno PM, não soubesse da ilegalidade de sua conduta, ou seja, não soubesse que seria crime transportar mercadorias do Paraguai em grande quantidade, 320 celulares, acima do permitido e sem qualquer documentação legal ou comprovante do pagamento dos tributos alfandegários.

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da livre convicção ensejava e sem reduzir os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, está o sistema da livre convicção ou do livre convencimento.

Não existe uma hierarquia de provas, pois todas, como cediço, são relativas. Deve o juiz, evidentemente, limitar-se às provas contidas no caderno processual, como ocorre *in casu*, mas não fica sujeito a nenhum critério apriorístico no apurar. Formará livremente a sua convicção, sem condicionar-se a qualquer critério apriorístico a elucidar, por meio das provas constantes dos autos, a verdade real.

Nessa esteira, Magalhães Noronha[1], já destacava:

"Já no outro sistema, o magistrado não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos da prova, mas é livre na sua escolha e aceitação. Não há regras predeterminadas a sua crítica.

(...).

Concomitantemente, vê-se que, não obstante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos. Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc (...), o conduzirão nesse exame e apreciação."

Ademais, a alegação de que estaria apenas prestando um favor a amigo, Júlio Ramon, não restou confirmada. Júlio ou Juliano Ramon Delgado Morel, em juízo, ressaltou nem saber direito quem seria o apelante, pois, conforme alegou, era apenas vizinho da Daiane, namorada dele, sabendo apenas que era estudante de medicina e que morava em Dourados.

Aliás, Júlio ou Juliano Ramon Delgado Morel afirmou ter se enganado com as mercadorias ao colocá-las no veículo do apelante, pois seria apenas uma caixa de brinquedos diversos, dentro da cota de 300 reais, mas equivocadamente foi colocada a caixa de celulares. Ocorre que no veículo foram encontradas várias caixas de celulares, sendo uma no banco de trás e as demais no porta-malas, tal como ressaltaram os policiais e como ilustra a fotografia acostada (f. 21).

Acresça-se que na fase inicial, no calor dos acontecimentos, o apelante deixou claro que sabia tratar-se especificamente de **aparelhos celulares** (grifei).

Destaque-se, ainda, o relato do policial Rodoviário Guilherme Luis Sanches em juízo (f. 127):

"Que durante fiscalização de rotina, abordou o veículo conduzido pelo acusado, que na ocasião estava sem documentação pessoal e do veículo, trajando apenas uma camiseta de aluno da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, o que despertou suspeitas. Ato contínuo, realizaram buscas no veículo, ocasião em que encontraram mais de 300 (trezentos) aparelhos celulares, oriundos do Paraguai, que entraram no país sem o pagamento da tributação devida.

1 **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Saraiva. p.91.

> *Ressaltou que o acusado sabia exatamente o que estava transportando, inclusive, antes mesmo da vistoria do veículo, o mesmo lhes informou que estava levando 'apenas celulares' e que receberia R$-200,00 (duzentos reais) pelo transporte da mercadoria até Dourados/MS, pedindo que fosse liberado. Ademais, frisou que era um dia quente e o acusado não trajava nenhum casaco, bem como destacou que o apelante tentou impedir a adoção dos procedimentos de praxe, alegando que era filho de um policial militar e que poderia ligar para o seu pai 'resolver' a situação."*

Não foi diferente a narrativa do policial rodoviário Wagner Alves Pereira (f. 127) sob o crivo do contraditório:

> *"Que no momento da abordagem, de pronto, o acusado se identificou como aluno da Polícia Militar, sendo que estava vestindo uma camiseta da Instituição, sem nenhum casaco por cima. Confirmou que o acusado não possuía nenhuma documentação, o que fez com que desconfiassem da situação. Diante disso, realizaram a vistoria e localizaram cerca de 300 celulares oriundos do Paraguai em seu veículo. Disse que o réu sabia que estava transportando os referidos aparelhos, inclusive informou, na ocasião, que apesar de não ser dono da mercadoria, receberia R$-200,00 (duzentos reais) pelo transporte dos celulares de Ponta Porã para Dourados/MS, recusando-se a apontar o real proprietário. Confirmou que o acusado tentou se livrar da ocorrência dizendo que ligaria para o seu pai e ele 'resolveria' a situação."*

Face outra, o erro apto a afastar a antijuridicidade é o erro de tipo, ou seja o *"erro que incide sobre as elementares, circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora."* (JESUS, Damásio E. de. Direito penal. Saraiva. p. 305, v. 1).

Ocorre que, como adverte Fernando Capez: *"*

> *(...) a fim de se evitarem abusos, o legislador erigiu como requisito da culpabilidade não o conhecimento do caráter injusto do fato,* ***mas a possibilidade de que o agente tenha esse conhecimento no momento da ação ou omissão.*** *Trata-se da potencial consciência da ilicitude". E, continua: "(...) dessa forma o que importa é investigar se o sujeito, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e crimes, sua formação cultural, seu nível intelectual, resistência emocional e psíquica e inúmeros outros fatores."* (Curso de direito penal. Saraiva. p. 324, v. 1). Grifo nosso).

Refulgente, pois, que, a escusa do erro ampara aquele que não tem, nem poderia ter, tal conhecimento, o que, a toda evidência, não se aplica ao caso em tela.

Não há falar, pois, em absolvição, tampouco em incidência do *in dubio pro reo*, muito menos em incidência do disposto no artigo 20, § 1º, do Código Penal.

Dosimetria:

Pleiteia-se, também, redução da basilar a patamar mínimo, porquanto indevidamente exasperada.

O sentenciante, ao desenvolver a dosimetria, assim consignou:

> *"Em atenção às diretrizes previstas no art. 69 do CPM, verifica-se que a conduta revelou-se grave, levando-se em consideração a intensidade do dolo e a maior extensão do dano, justificado pela grande quantidade de material apreendido em sua posse no momento*

do flagrante, fato este que se alia à circunstância de que utilizou-se do conhecimento técnico e prático adquirido na Instituição Militar para consecução do crime, além do que apresentou-se com vestimentas da Polícia Militar, denotando-se que tentou utilizar-se da prerrogativa de policial para livrar-se de abordagem rodoviária, razões por que fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, precisamente em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, sanção considerada definitiva, ante a inexistência de circunstâncias legais."

Consoante salientado alhures, inegável que o acusado atuou dolosamente, ciente da infração penal que cometia, afigurando-se desprovido de acatamento o alegado desconhecimento. Por corolário, idônea e legítima a fundamentação utilizada pelo sentenciante, a dissipar qualquer necessidade de retificação, porquanto razoável e proporcional a exasperação levada a efeito.

Sob outro prisma, o Código Penal Militar não prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em seu artigo 59 dispõe diversas formas de cumprimento da pena pelo militar e, além disso, expressamente espelha que a substituição é medida subsidiária à aplicação da suspensão condicional da pena prevista no art. 84, do CPM, ou seja, possível apenas quando não cabível o *sursis*. Note-se:

> *"Art. 59 - A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida,* ***quando não cabível a suspensão condicional:***
>
> *I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;*
>
> *II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos."* (G.n.)

Além disso, como pontuou a Procuradoria de Justiça, *"em razão do Princípio da Especialidade, é inviável a incidência do art. 44 do Código Penal comum ao caso em tela, mesmo diante da inovação da Lei n.º 13.491/2017."* (Nesse sentido: STM; APL 7000045-28.2019.7.00.0000; Tribunal Pleno; Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz; Julg. 18/06/2019; DJSTM 01/07/2019; Pág. 7).

De toda forma, diante das moduladoras negativas, conforme dantes frisado, remanesceria a impossibilidade de substituição mesmo à luz do art. 44 do Código Penal, porquanto não atendida a exigência estampada no inciso III do referido dispositivo legal.

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 despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte Estadual de Justiça[2]:

> *"(...) 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, rejeito a preliminar de incompetência e, no mérito, nego provimento ao recurso.

2 Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de incompetência e, no mérito, negaram provimento ao recurso. Sustentação oral realizada pelo Dr. Sebastião Francisco dos Santos Junior.

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, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0000428-12.2019.8.12.0032 – Deodápolis

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIMES DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS E AMEAÇA – CONTEXTO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO – VIABILIDADE APENAS QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA – LESÃO CORPORAL, DESACATO E RESISTÊNCIA (VÍTIMA: POLICIAIS) – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DESCRITO NO ART. 129, *CAPUT*, DO CP, UMA VEZ QUE ESTE TERIA SIDO ABSORVIDO PELO CRIME DESCRITO NO ART. 329 DO CP (RESISTÊNCIA) – § 2º DO ART. 329 DO CP QUE REPELE O PLEITO DEFENSIVO – ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DESCRITO NO ART. 329 (RESISTÊNCIA), POIS SERIA ABSORVIDO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 331 DO CP (DESACATO) – CONSUNÇÃO RECONHECIDA, MAS PELA ABSORÇÃO DO CRIME DO CRIME DE DESACATO (DELITO-MEIO) PELO CRIME DE RESISTÊNCIA (DELITO-FIM) – AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO MÍNIMA DE DANOS MORAIS FIXADA EM FAVOR DA VÍTIMA – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO ATENDIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Demonstrando o dolo da prática do crime previsto no art. 24-A da Lei Maria da penha, deve ser mantida a condenação do agente.

Absolve-se o agente com relação ao crime do artigo 147 do CP (vítima: G.M.L,) eis que não há provas suficientes a demonstrar a ocorrência da ameaça.

O artigo 329 do CP tipifica como crime de resistência a conduta consistente em opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, sancionando-a com detenção, de dois meses a dois anos, sem prejuízo das correspondentes à violência. Logo, ainda que os crimes tenham sido praticados no mesmo contexto fático, a legislação penal determina que seja o autor condenado nas penas da resistência, bem nas sanções previstas para a violência empregada para praticá-la, *in casu*, as lesões corporais.

O princípio da consunção repousa na chamada relação consuntiva, ou seja, se entre os atos praticados pelo agente verificar a prática de uma infração penal como meio necessário ou comum para a consumação de um crime fim, será o delito de menor gravidade absorvido pelo penalmente mais expressivo. No caso, restou configurado o princípio da absorção, pois o crime-meio (desacato) tem direta relação com o crime-fim (resistência), ambos insertos na mesma conjuntura fática, devendo, pois, o este último abarcar aquele primeiro.

É possível a fixação de indenização nos casos de violência doméstica mesmo sem instrução probatória específica, desde que haja pedido expresso do ministério público ou da vítima. No caso, verifica-se que houve pedido expresso do ministério público, em sede de denúncia, requerendo a fixação de valor para reparação dos danos morais sofridos pela vítima. Ademais, não há nenhuma dúvida quanto à ocorrência do dano moral, pois é certo que o sofrimento decorrente do descumprimento de medidas protetivas pelo apelante traz inevitáveis prejuízos de ordem psíquica e moral à vítima, sendo um dano presumido que não depende de prova.

Reduz-se o valor fixado a título de danos morais, de 5.000,00 para R$ 1.500,00, a fim de prestigiar a razoabilidade e proporcionalidade.

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 parcialmente por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Renato da Silva Oliveira interpôs apelação contra a sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Deodápolis que o condenou à pena de 1 ano, 9 meses e 26 dias de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 147 do CP e art 24-A da Lei nº 11.340/06 (vítima: Giselma Malheiros Lima), bem como nos arts. 129, *caput*, 329 e 331, todos do CP (vítima: policiais), e ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de valor mínimos pelos danos morais em favor da vítima Giselma Malheiros Lima. A pena privativa de liberdade foi suspensa mediante condições.

Requereu: a) absolvição da prática do crime descrito no art. 24-A da Lei nº 11.340/06, uma vez que sua conduta não teria sido dolosa; b) absolvição da prática do crime descrito no art. 147 do CP, pois não haveriam provas suficientes para a condenação; c) absolvição da prática do crime descrito no art. 129, *caput*, do CP, uma vez que este teria sido absorvido pelo crime descrito no art. 329 do CP; d**)** absolvição da prática do crime descrito no art. 329 (resistência), pois seria absorvido pelo crime tipificado no art. 331 do CP (desacato); e, por fim **e)** o afastamento do valor arbitrado de R$ 5.000,00 a título de danos morais, uma vez que não estaria demonstrado os prejuízos causados, e subsidiariamente, a redução daquele valor (f. 316-324).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 336-354).

A PGJ opinou pelo parcial provimento ao apelo tão somente para reduzir a o valor da indenização mínima a título de danos morais para R$ 2.000,00, bem como fez prequestionamento (f. 359-369).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O réu Renato da Silva Oliveira foi denunciado nos seguintes termos:

> *"Consta do inquérito policial que, no dia 11/04/2019, às 23h30min, na festa 'Expoad', realizada no Comercial Esporte Clube, em Deodápolis/MS, o denunciado, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher2, descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha em favor da vítima Giselma Malheiro Lima, bem como a ameaçou, por palavras, de causar mal injusto e grave.*
>
> *Ato contínuo, nas mesmas circunstâncias de tempo e local delineadas, o denunciado resistiu à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo e ofendeu a integridade corporal da vítima Ricardo Monteiro da Silva, causando-lhe lesões corporais de natureza leve3, bem como desacatou funcionário público no exercício da função e ameaçou, por palavras, as vítimas Ricardo Monteiro de Oliveira, Flávio Jará do Nascimento e Vagner do Nascimento Siqueira.*

Segundo apurado, o denunciado avistou a vítima Giselma na companhia de outro homem, momento em que se aproximou dela e desferiu um empurrão contra o seu acompanhante.

Nesse instante, a vítima Giselma acionou a Polícia Militar, que estava presente no local, a qual realizou diligências, todavia, não localizou o denunciado.

Em seguida, o denunciado, novamente, se aproximou da vítima Giselma e a ameaçou, dizendo que se fosse preso, no dia seguinte iria resolver isso com ela.

Desse modo, o denunciado descumpriu as medidas de proteção deferidas nos Autos nº 0002723-46.2019.8.12.0800, consistentes em proibição de aproximar-se e de manter contato, por qualquer meio, com a vítima, seus familiares e testemunhas, mantendo-se a distância mínima de 300 metros, as quais ele estava regularmente intimado, conforme se depreende da certidão de f. 19 daqueles autos.

Na sequência, a vítima Giselma relatou o ocorrido à guarnição policial, que, após diligências, localizou o denunciado, o qual resistiu a abordagem, desferindo socos nos policiais e, após ter sido derrubado ao solo, ainda, desferiu uma mordida no antebraço esquerdo do PM Ricardo Monteiro de Oliveira, causando-lhe lesão corporal de natureza leve.

Por fim, após ter sido imobilizado, o denunciado desacatou os policiais militares Ricardo Monteiro de Oliveira, Flávio Jará do Nascimento e Vagner do Nascimento Siqueira, para tanto, disse 'policiais filhos de uma puta, vão se fuder comigo' e os ameaçou, dizendo que ao da prisão iria se acertar com eles.

Consigna-se, ademais, que o denunciado foi detido, encaminhado ao Hospital Municipal e, após, para a Delegacia de Polícia Civil para a adoção das medidas cabíveis.

2. Do pedido.

Ante o exposto, o Ministério Público denuncia Renato da Silva Oliveira pela prática dos crimes tipificados no art. 24-A4, da Lei n° 11.340/06, art. 1475, do CP, c/c art. 5°6 da Lei n° 11.340/06, art. 1297, art. 3298, art. 3319, todos do CP, em concurso material de crimes10, e requer, após o devido processo legal, a sua condenação nas penas dos referidos crimes, bem como a fixação de R$ 5.000,00 como valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelas vítimas, nos termos do art. 387, IV, do CPP."

Realizada a instrução, sobreveio sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Deodápolis absolvendo Renato da Silva Oliveira pelo crime de ameaça em ralação aos policiais e condenando-o à pena de 1 ano, 9 meses e 26 dias de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 147 do CP e art 24-A da Lei nº 11.340/06 (vítima: Giselma Malheiros Lima), bem como nos arts. 129, *caput*, 329 e 331, todos do CP (vítima: policiais), e ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de valor mínimos pelos danos morais em favor da vítima Giselma Malheiros Lima. A pena privativa de liberdade foi suspensa mediante condições.

O réu, inconformado, interpôs apelação objetivando: a) absolvição da prática do crime descrito no art. 24-A da Lei nº 11.340/06, uma vez que sua conduta não teria sido dolosa; b) absolvição da prática do crime descrito no art. 147 do CP, pois não haveriam provas suficientes para a condenação; c) absolvição da prática do crime descrito no art. 129, *caput*, do CP, uma vez que este teria sido absorvido pelo crime descrito no art. 329 do CP; d) absolvição da prática do crime descrito no art. 329 (resistência), pois seria absorvido pelo crime tipificado no art. 331 do CP (desacato); e, por fim e) o afastamento do valor arbitrado de R$ 5.000,00 a título de danos morais, uma vez que não estaria demonstrado os prejuízos causados, e subsidiariamente, a redução daquele valor (f. 316-324).

Do crime de descumprimento de medidas protetivas.

A defesa do apelante pleiteou a absolvição da prática do crime descrito no art. 24-A da Lei nº 11.340/06, uma vez que sua conduta não teria sido dolosa.

Entretanto, razão não assiste.

O apelante Renato da Silva Oliveira, em interrogatório extrajudicial, negou ter se aproximado da vítima (f. 29). Em juízo, ao contrário do que aduziu em sede policial, alegou que esbarrou com a vítima na festa, afirmando que ela estava sentada atrás dele na arquibancada do evento, mas que logo se mudou de lugar para manter distância de Giselma e que sabia que tinha que manter distância da vítima em razão de medidas protetivas anteriormente deferidas (f. 186, 4ª captação audiovisual).

A vítima Giselma Malheiros Lima, em depoimento extrajudicial, confirmou que o apelante se aproximou dela. Vejamos:

> *"(...) e, quando estava no local, ao conversar com um outro homem, Renato passou próximo dos dois, empurrou e derrubou a pessoa que estava conversando com a declarante; Que, a declarante chamou os seguranças e os seguranças conversaram com Renato, no entanto Renato continuou observando a declarante em tom ameaçador, sendo que em todos os locais que a declarante ia, percebia que Renato estava lhe observando e perseguindo, não mantendo a distância necessária conforme decisão judicial (...)."* (f. 26).

Em juízo, Giselma acrescentou que, após o apelante a seguir durante toda a festa, se deslocou até a portaria do evento, e percebeu que ele a continuava cercando, momento em que acionou uma equipe da Polícia Militar, que abordou o apelante (f. 186, 1ª captação audiovisual).

Corroborando o depoimento da vítima Giselma, a testemunha Antônio Neves de Souza, em juízo, afirmou que estava trabalhando como segurança do evento e foi procurado pela vítima e ele a instruiu a procurar a Polícia Militar. Relatou que, logo depois, o apelante voltou a cercar a vítima, momento em que ela procurou o segurança novamente e se escondeu atrás dele, pois estava com medo do apelante. Em ato contínuo, a testemunha declarou que aconselhou o apelante a parar de importunar a vítima, no entanto, sem sucesso. Asseverou, ainda, que percebeu quando o apelante seguia a vítima no instante em que ela saiu para ir até o posto da Polícia Militar no evento (f. 186, 2ª captação audiovisual).

Por sua vez, os policiais militares Flávio Jará do Nascimento (f. 186, 3ª captação visual), Wagner do Nascimento Siqueira (f. 132, 2ª captação audiovisual) e Ricardo Monteiro de Oliveira (f. 131, 1ª captação audiovisual), foram uníssonos ao afirmarem em juízo que, logo após a vítima Giselma acionar a guarnição, presenciaram o apelante perseguindo-a.

Nesse contexto, percebe-se claramente que o encontro do apelante com a vítima Giselma no dia dos fatos na festa "Expoad", realizada no Comercial Esporte Clube, em Deodápolis, embora num primeiro momento pode ter acontecido ao acaso, a perseguição contra a vítima que logo se sucedeu naquele local foi de forma intencional.

Tal assertiva, encontra amparo não só nas palavras da vítima que foi firme e harmônica nas duas fases, mas também no depoimento judicial da testemunha Antônio Neves de Souza, bem como dos policiais militares Flávio Jará do Nascimento, Wagner do Nascimento Siqueira e Ricardo Monteiro de Oliveira colhidos em juízo.

Assim, restando, indene dúvida, o dolo na conduta, mantenho a condenação do apelante pela prática do crime de descumprimento de medidas protetivas tipificado no art. 24-A da Lei Maria da Penha.

Do crime de ameaça (vítima: Giselma Malheiros Lima).

O apelante requereu absolvição da prática do crime descrito no art. 147 do CP, pois não haveriam provas suficientes para a condenação.

Embora nos crimes cometidos no âmbito das relações domésticas, a palavra da vítima adquira especial relevância em razão da clandestinidade em que geralmente são cometidos, em se tratando de suposto crime de ameaça não se pode admitir um édito condenatório apenas com suporte na palavra da suposta ofendida, pois se assim não o fosse estaríamos em face de uma prova indefensável, levando qualquer convivente ou ex-convivente à uma condenação automática, o que é inadmissível no direito pátrio.

O que se tem no caso concreto no tocante ao suposto crime de ameaça em face da vítima Giselma Malheiros Lima é somente sua palavra, sem qualquer outra prova segura a sustentar a palavra da ofendida, posto que o apelante negou tal prática delitiva.

O depoimento dos policiais, quanto a tal crime, não pode ser considerado como prova hábil corroborar as palavras da vítima, pois não presenciaram o suposto crime de ameaça.

Meros indícios são insuficientes para amparar a condenação.

Assim, no caso concreto, diante de possibilidades igualmente fortes, tanto do apelante, quanto da suposta vítima de ameaça, e da ausência de outra prova suficientemente forte a corroborar os fatos narrados na denúncia, a absolvição torna-se impositiva, devendo prevalecer os princípios da razoabilidade e da presunção da inocência, sob pena de, agindo de forma diversa, incorrer em evidente desprezo às garantias constitucionais do acusado.

Não obstante, não está descartada a possibilidade do apelado ter praticado mencionado crime, porém, o conjunto probatório não possui a força necessária para sustentar o decreto condenatório.

É necessário ressaltar que a presunção de inocência é conquista histórica da civilização, sendo dever do estado-acusador (MP) demonstrá-la de forma indubitável, o que data vênia, não ocorreu no caso em tela.

E na falta de comprovação segura acerca da autoria nos termos narrados na peça acusatória, é dever do julgador aplicar a regra da dúvida em favor do réu *(in dubio pro reo)*.

Nesse ponto, o recurso defensivo deve ser provido para absolver o apelante na forma do art. 386, VII, do CPP.

Dos crimes de lesão corporal, desobediência e resistência (vítima: policiais).

Pleiteou ainda o apelante a absolvição da prática do crime descrito de lesão corporal tipificado no art. 129, *caput*, do CP, uma vez que este teria sido absorvido pelo crime resistência descrito no art. 329 do CP.

Em relação ao delito de lesão corporal, o § 2.º do art. 329 do Estatuto Repressor prevê, expressamente, que as penas do delito de resistência são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência, *in verbis*:

> *"Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:*
>
> *Pena - detenção, de dois meses a dois anos.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência."*

Ademais, a despeito dos crimes de resistência e lesão corporal terem ocorridos no mesmo contexto fático, certo é que foram praticados com desígnios autônomos, razão pela qual não há falar em relação de crime-meio e crime-fim.

Além disso, os bens jurídicos ofendidos se distinguem. Logo, a condenação pela prática dos delitos de resistência e lesão corporal devem ser mantidas.

Postulou também a absolvição da prática do crime descrito no art. 329 do CP (resistência), pois seria absorvido pelo crime descrito no art. 331 do CP (desacato).

É possível concluir que o caso concreto comporta a aplicação do princípio da consunção, mas não na forma requerida pela defesa.

Pela análise da narrativa trazida na denúncia, não persiste nenhuma dúvida de que as condutas do apelante, subsumidas aos crimes de resistência e desacato, foram praticadas num mesmo contexto fático, a partir da abordagem policial.

Pela dinâmica dos fatos, o apelante almejava, em verdade, resistir à ordem emanada pelos policiais, no momento em que estava sendo detido.

Está nítida, portanto, a relação entre as condutas, na medida em que o desacato foi utilizado como instrumento destinado à consecução de uma finalidade específica, qual seja, a resistência à ordem legal policialesca. Ora, se o apelante não desejasse resistir à ordem policial, não teriam motivo algum para desacatar os policiais. No entanto, visando opor-se ao que lhe havia sido determinado, resolveu intimidar a guarnição policial, o que fez utilizando-se dos artifícios desacato e, até mesmo, resistência física.

Nesse panorama, resta configurado o princípio da absorção, pois o crime-meio (desacato) tem direta relação com o crime-fim (resistência), ambos insertos na mesma conjuntura fática, devendo, pois, este último abarcar aquele primeiro.

Sobre tanto, colho precedentes deste Sodalício:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – AMEAÇA, VIAS DE FATO, DESACATO E RESISTÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE DESACATO E RESISTÊNCIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.* ***Havendo interdependência fática e temporal entre as condutas subsumidas aos crimes de desacato e resistência, especialmente por terem elas sido cometidas num mesmo contexto casuístico, é de rigor que seja aplicado o princípio da consunção, no sentido de que a primeira conduta (desacato) seja absorvida pela última (resistência), que, evidentemente, era a única finalidade almejada pelo agente."*** (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0013992-85.2018.8.12.0002/50000 - Dourados; Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques). Destaquei.

> *"EMENTA – APELAÇÕES DEFENSIVA E MINISTERIAL – RESISTÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – AFASTADA – DEPOIMENTO PRESTADO PELA AUTORIDADE POLICIAL CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – ATO FORMAL E SUBSTANCIALMENTE LEGAL – DESACATO – PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO – APLICÁVEL À HIPÓTESE – RECURSOS DESPROVIDOS. 1. Não há falar em absolvição do crime de resistência, pois a sentença condenatória encontra respaldo em conjunto probatório robusto, constituído pelo depoimento prestado por autoridade policial participante da diligência, corroborado por outros elementos de convicção, tudo a atestar a autoria do apelante na prática delituosa. Inviável a alegação de ilegalidade do ato de resistência quanto ele está revestido de todos os requisitos legais, encontrando respaldo na lei, emanado de autoridade competente para execução do ato resistido, observadas todas as formalidades previstas em lei para sua execução. 2.* ***O princípio da consunção repousa na chamada relação consuntiva, ou seja, se entre os atos praticados pelo agente verificar a prática de uma infração penal como meio necessário ou comum para a consumação de um crime fim, será o delito de menor gravidade absorvido pelo penalmente mais expressivo. In casu, restou configurado o princípio da absorção, pois o crime-meio (desacato) tem direta relação com o crime-fim (resistência), ambos insertos na mesma conjuntura fática, devendo, pois, o este último abarcar aquele primeiro.*** *3. Recursos desprovidos."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000589-98.2014.8.12.0031 – Caarapó; Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 11/04/2019). Destaquei.

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA – CRIMES DE DESACATO E DE RESISTÊNCIA – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – UNICIDADE DE CONTEXTO FÁTICO – POSSIBILIDADE – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PRINCÍPIO DA SIMETRIA COM A PENA CORPÓREA – REDUÇÃO DO VALOR – PREQUESTIONAMENTO – CONTRA O PARECER – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.* ***A realização de mais de um comportamento descrito nos tipos, desde que inseridos no mesmo contexto fático, havendo entre eles nexo de causalidade ou relação de meio executório e fim, caracteriza delito único e não concurso de crimes. Por corolário, exsurgindo dos elementos de convicção reunidos que, visando eximir-se da abordagem e da prisão, o apelante xingou os policiais e se opôs à execução do ato legal que então se desenvolvia, enfim, que os delitos se deram em um mesmo contexto fático, sem desígnios autônomos, máxime considerando que a resistência se concretizou tanto pela violência quanto pelos xingamentos, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, deve remanescer apenas a condenação pelo delito de resistência, consoante princípio da consunção, face à absorção do crime de desacato, diante das particularidades vislumbradas*** *(...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0004390-52.2014.8.12.0021; Terceira Câmara Criminal; Relator Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 05/02/2019; Pág. 88). Destaquei

Assim sendo, absolvo o apelante do crime de desacato em razão da aplicação do princípio da consunção.

Dos danos morais.

Almejou, por fim, o apelante o afastamento do valor arbitrado de R$ 5.000,00 a título de danos morais, uma vez que não estaria demonstrado os prejuízos causados, e subsidiariamente, a redução daquele valor.

Acerca da indenização por danos morais à vítima de violência doméstica, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, REsp 1.643.051/MS e REsp 1.675.874/MS, firmou a tese de que:

> *"Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória."*

Nos termos da referida decisão, verifica-se que é possível a fixação de indenização nos casos de violência doméstica mesmo sem instrução probatória específica, desde que haja pedido expresso do ministério público ou da vítima.

No caso, verifica-se que houve pedido expresso do ministério público, em sede de denúncia (f. 3-4), requerendo a fixação de valor para reparação dos danos morais sofridos pela vítima.

Ademais, não há nenhuma dúvida quanto à ocorrência do dano moral, pois é certo que o sofrimento decorrente do descumprimento das medidas protetivas pelo apelante traz inevitáveis prejuízos de ordem psíquica e moral à vítima, sendo um dano presumido que não depende de prova.

Quanto ao valor da indenização, o art. 387, IV, do CPP, dispõe que a sentença penal condenatória deverá fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração.

A legislação processual penal não tentou se sobrepor à cível, transmudando o magistrado numa competência universal, mas apenas buscando simplificar a busca da tutela jurisdicional quanto aos danos flagrantes e de fácil comprovação.

Neste contexto, ao estabelecer a indenização na esfera criminal, o magistrado deve sempre ter a cautela de cuidar de prejuízos materiais comprovados e danos morais de fácil percepção, nunca se esquecendo que sua competência é unicamente para a fixação de valor mínimo, tendo em vista o dano sofrido pela vítima.

Caso a ofendida entenda que a indenização estabelecida com fundamento no art. 387, IV, do CPP, seria insuficiente para reparação do dano sofrido, não há nenhum empecilho para o ajuizamento da ação cível respectiva.

Assim, comprovada a ocorrência do crime de descumprimento de medidas protetivas e, consequentemente, a ocorrência do dano moral *in re ipsa,* mostra-se devida a condenação do apelante ao pagamento de indenização por danos morais.

Entretanto, o valor fixado na sentença de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é exacerbado, devendo ser reduzido para R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais). Esse valor de R$ 1.500,00 é o que se revela mais razoável e proporcional ao caso considerando, mormente considerando a capacidade financeiro da apelante.

No tocante aos prequestionamentos, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao apelo para absolver Renato da Silva Oliveira da prática: a) do crime de ameaça (vítima: Giselma Malheiros Lima), com fundamento no art. 386, VII, do CPP; e, b) do crime de desacato (vítima: policiais) em razão da aplicação do princípio da consunção, bem como reduzir o valor dos danos morais para R$ 1.500,00, mantendo-se, no mais, a sentença.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (1º Vogal)

Renato da Silva Oliveira interpôs apelação visando a reforma da sentença que o condenou à pena de 1 ano, 9 meses e 26 dias de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 147 do CP e art 24-A da Lei nº 11.340/06 (vítima: Giselma Malheiros Lima), bem como nos arts. 129, *caput*, 329 e 331, todos do CP (vítima: policiais), e ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de valor mínimos pelos danos morais em favor da vítima Giselma Malheiros Lima. A pena privativa de liberdade foi suspensa mediante condições.

A pretensão recursal consiste na: a) absolvição da prática do crime descrito no art. 24-A da Lei nº 11.340/06, uma vez que sua conduta não teria sido dolosa; b) absolvição da prática do crime descrito no art. 147 do CP, pois não haveriam provas suficientes para a condenação; c) absolvição da prática do crime descrito no art. 129, *caput*, do CP, uma vez que este teria sido absorvido pelo crime descrito no art. 329 do CP; d) absolvição da prática do crime descrito no art. 329 (resistência), pois seria absorvido pelo crime tipificado no art. 331 do CP (desacato); e, por fim e) o afastamento do valor arbitrado de R$ 5.000,00 a título de danos morais, uma vez que não estaria demonstrado os prejuízos causados, e subsidiariamente, a redução desse valor.

O e. Relator deu parcial provimento ao recurso para absolver o apelante da prática: a) do crime de ameaça (vítima: Giselma Malheiros Lima), com fundamento no art. 386, VII, do CPP; e, b) do crime de desacato (vítima: policiais) em razão da aplicação do princípio da consunção, bem como reduzir o valor dos danos morais para R$ 1.500,00, mantendo-se, no mais, a sentença.

Peço vênia para divergir parcialmente do Relator, pelos seguintes fundamentos.

De plano, entendo pela manutenção do juízo condenatório contido na sentença recorrida, em relação ao delito de ameaça contra a vítima Giselma Malheiros Lima, cuja fundamentação ora transcrevo, tornando-a parte integrante das presentes razões de decidir:

> *"(...)*
>
> *A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de prisão em flagrante, f. 08-11, pelos boletins de ocorrência, f. 37-38 e 39-40, pelos depoimentos das testemunhas e das vítimas, f. 185.*
>
> *No que se refere à autoria, ela também restou comprovada, principalmente diante do teor do depoimento das testemunhas e da vítima, f. 185.*

Em juízo, a vítima Giselma Malheiros Lima narrou que foi casada com o denunciado por dois anos, mas no dia do ocorrido já estavam separados há um mês.

Disse que conseguiu uma medida protetiva para que Renato ficasse distante dela, eis que, durante a relação, ele era violento.

Afirmou que o denunciado ficou cercando-a na festa Expoad, razão pela qual ela procurou o segurança do evento para pedir ajuda, e o segurança aconselhou o denunciado a deixar a vítima em paz, mas o conselho foi ignorado.

Declarou que, posteriormente, ainda na festa, o acusado chegou a proferir xingamentos e a ameaçá-la com gestos de que iria enforcá-la.

Frisou que se sentiu verdadeiramente ameaçada diante do histórico de agressões do denunciado.

Relatou que, após sair do clube onde ocorria o evento, foi até a Polícia Militar e, no momento em que os policias foram conversar com o denunciado, ele ficou bastante agressivo. Disse que mesmo estando um pouco distante, conseguiu ver que Renato agrediu o braço do policial Ricardo, mas não assistiu a suposta mordida.

A testemunha Antonio Naves de Souza, segurança do evento no dia dos fatos, declarou em juízo que a vítima Giselma o procurou relatando que Renato estava lhe perturbando, sendo que a testemunha disse que orientou a vítima para que isso fosse comunicado à Polícia Militar que se encontrava do lado de fora do evento.

Descreveu que, em um segundo momento, Giselma foi atrás dele para se esconder do denunciado e, quando este se aproximou, ele aconselhou Renato a parar de importunar a vítima, mas foi rejeitado.

Contou que presenciou a ocasião em que os policiais militares abordaram o réu e ele negou acompanhá-los até a delegacia. Asseverou que o denunciado ficou alterado e começou a agredir os policiais, vindo a morder o braço de um deles e informou, por fim, que não testemunhou o acusado xingando os policiais.

Os policiais militares Flávio Jará do Nascimento, Ricardo Monteiro de Oliveira e Vagner do Nascimento Siqueira, foram uniformes e harmônicos ao informarem que foram acionados por Giselma porque, segundo ela, seu antigo companheiro a estaria incomodando.

Relaram que constataram que havia, de fato, uma medida protetiva contra o denunciado, então realizaram rondas no evento para localizar Renato, mas não obtiveram êxito.

Esclareceram que, em seguida, já fora do local, a vítima Giselma foi até a Guarnição alegando que saiu da festa porque o acusado teria, novamente, lhe ameaçado dizendo que se fosse preso, quando saísse 'ele acertaria as contas com ela'.

Narraram, ainda, que o réu saiu da festa imediatamente após a vítima, ficando nítido que ele a estava seguindo (...)." (f. 247-249)

Sigo acrescentando, na linha da conclusão do sentenciante, que a prova mostrou-se plenamente apta ao decreto condenatório, firmada que está na narrativa coerente e convincente da vítima em juízo (f. 186), detalhando as ameaças praticadas pelo apelante, no momento em que ela estava na festa.

Saliente-se que em se tratando de delitos cometidos no âmbito da violência doméstica, que normalmente são cometidos na clandestinidade e envolvem apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados, ou mesmo em locais públicos, porém, de forma velada, o que dificulta a obtenção de provas, tem prevalecido o entendimento de que a palavra da vítima é de extrema relevância probatória.

Assim, a coerência e a consistência quanto aos testemunhos já indicados, constituem-se em elementos suficientes e seguros para confirmar a autoria e ensejar um decreto condenatório, máxime porque em harmonia com todo o contexto probatório.

E, ainda, não se vislumbra dos autos nenhum indício ou motivo para que a vítima mentisse imputando os delitos ao acusado, o que afasta qualquer dúvida acerca de sua idoneidade.

Ademais, as declarações da vítima foram coerentes, desde a fase policial, ao afirmar ter sido ameaçada pelo acusado, afirmando, ainda, ter sentido medo das ameaças.

Por outro lado, ressalto que o réu não logrou demonstrar, como lhe competia, com base nas regras do ônus da prova (artigo 156 do Código de Processo Penal), nenhuma causa excludente da ilicitude ou dirimente da culpabilidade.

A condenação pelo delito de ameaça, em relação à vítima Giselma, era de rigor, não merecendo reparos.

Indenização.

Em relação ao *quantum* indenizatório, é cediço que a legislação não traz parâmetros fixos para sua delimitação, de forma que deve permanecer a cargo da discricionariedade do julgador, guiado por critérios objetivos traçados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando as condições pessoais das partes e as circunstâncias do caso concreto, a fim de que a indenização reparatória não perca seu caráter pedagógico, não se constitua em lucro desmedido para o lesado, nem se traduza em quantia irrisória.

Assim, considerando a gravidade das condutas praticadas (praticou ameaça contra sua ex-convivente, bem como descumpriu medidas protetivas), entendo que a indenização deve ser reduzida para R$ 3.000,00 (três mil reais), valor que atende aos objetivos legais, nos termos do art. 387, IV do CPP.

Ressalta-se que o valor indenizatório é mínimo, destinado exclusivamente à execução imediata, nos moldes do art. 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal, cabendo à interessada, caso entenda necessário, buscar na esfera cível sua complementação.

Ante o exposto, voto no sentido de parcial provimento apenas para absolver Renato da Silva Oliveira da prática do crime de desacato (vítima: policiais) em razão da aplicação do princípio da consunção, bem como reduzir o valor dos danos morais para R$ 3.000,00.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. 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, 8 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0008637-71.2017.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – INJÚRIA QUALIFICADA (ART. 140, § 3º, DO CP) – PRELIMINARES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL EM RAZÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DA JUNTADA DAS TELAS O APLICATIVO *WHATSAPP* – REJEITADAS – MÉRITO: PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DE CONDUTA – INVIABILIDADE – DOLO EVIDENCIADO – EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DO VALOR FIXADO EM R$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) A TÍTULO DE REPARAÇÃO MÍNIMA À VITIMA EM DECORRÊNCIA DOS DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE – VALOR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL CONSOANTE CIRCUNSTÂNCIA DOS AUTOS – VALOR DO DIA-MULTA ARBITRADO EM 1/3 (UM TERÇO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS – PRETENDIDA REDUÇÃO – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Se a informante disse expressamente, em juízo, que entregou seu aparelho de celular para a vítima, tendo dado a esta livre acesso a todas as conversas mantidas com o agente, há falar ilicitude da prova ou necessidade de autorização judicial para sua obtenção.

Rejeita-se também a preliminar de cerceamento de defesa, posto que o próprio réu, em fase de memoriais, juntou ao processo as conversas realizadas imediatamente anteriores às injúrias proferidas, exercendo, assim, devidamente todo o seu direito de defesa. Ademais, vale ressaltar, que o réu se defende dos fatos a ele imputados na peça acusatória, e não de fatos que não constem nela.

Na hipótese, não se pode falar em ausência de dolo, pois a natureza das palavras dirigidas digitadas pelo recorrente através do aplicativo de *WhatsApp*, de caráter manifestamente ofensivo, não deixa qualquer dúvida quanto à intenção de menosprezar a vítima.

Provada a autoria e materialidade da conduta delitiva, mormente aquela descrita no art. 140, § 3º, do CP, cabível a fixação da reparação mínima por danos morais em favor da vítima, consoante art. 387, IV, do CPP.

Se em atenção às circunstâncias constantes nos autos, o valor a título de reparação mínima em favor da vítima foi fixado em R$ 15.000,00 (quinze mil), atendendo os preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, não há falar na sua redução.

No que pertine ao valor do dia-multa fixado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, de igual forma, não como acolher o pedido de redução, posto que fixado dentre as diretrizes do art. 49, § 1º, do CP, notadamente considerando a condição socioeconômica do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negaram provimento por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Marco Antonio Castro Mancini de Sousa interpôs apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas que o condenou à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa à fração unitária de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como a pagar o valor o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) por dano moral mínimo à vítima, como incurso no crime de injúria qualificada tipificado no art. 140, § 3º, do CP. Houve, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade.

Requereu em sede de preliminar que seja declara a nulidade da ação penal em razão de cerceamento de defesa, bem como seja reconhecida a ilicitude da prova decorrente da juntada das telas o aplicativo *WhatsApp*. No mérito, pleiteou a absolvição sustentando a atipicidade de conduta; subsidiariamente, a diminuição do valor do dia-multa e o afastamento ou diminuição do valor fixado a título de reparação por dano moral (f. 146-158).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 166-185).

A PGJ opinou pelo desprovimento do apelo (f. 193-200).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O réu Marco Antonio Castro Mancini de Sousa foi denunciado nos seguintes termos:

> *"Consta dos autos que, em data não exatamente esclarecida, aproximadamente no mês de agosto de 2017, através do aplicativo de mensagens instantâneas 'WhatsApp', o denunciado Marco Antonio Castro Mancini de Sousa injuriou Francisco Gomes de Lima Filho, ofendendo-lhe o decoro, utilizando elementos referentes a cor da vítima, bem como em razão da profissão de policial militar do ofendido.*
>
> *Segundo o apurado, o denunciado foi casado com Cinthia Lorena Klaerme Coimbra Raniere, a qual atualmente está noiva de Francisco Gomes de Lima Filho, ora vítima.*
>
> *Apurou-se que, em conversa mantida com Mauriza Aparecida Martins, genitora de sua ex-esposa, através do aplicativo de mensagens instantâneas 'WhatsApp', o denunciado injuriou a vítima Francisco, mediante a utilização de elementos referente à cor, asseverando: 'Daí arruma um macaco como esse trem aí, pronto, ó eu dano casa pra gorila', bem como 'se fosse pelo menos polícia de verdade, ganhava bem, federal, civil, agora fardinha, rotai, coisa de preto mesmo'.*
>
> *Assim agindo, o denunciado praticou o delito de injúria qualificada, utilizando elemento referente à cor do ofendido.*
>
> *No dia 24 de outubro de 2017, por volta das 09h00, enquanto manuseava o aparelho celular de Mauriza Aparecida Martins, a vítima visualizou as mensagens acima referidas, tomando ciência da injúria e registrando ocorrência policial na mesma data e oferecendo representação (f. 04).*
>
> *A materialidade restou demonstrada por meio do Boletim de Ocorrência da Polícia Civil nº 2502/2017 (f. 03), Termo de Representação (f. 04), 'Prints' das conversas de WhatsApp (f. 05-06), bem como pelas declarações colhidas nos autos.*
>
> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Marco Antonio Castro Mancini de Sousa como incurso nas sanções previstas no artigo 140, § 3º, do Código Penal*

> *Brasileiro, requerendo que, r. e a. esta, siga-se o trâmite previsto nos arts. 531 e seguintes do Código de Processo Penal, com citação do denunciado para apresentar defesa escrita, designação de audiência de instrução e julgamento, com oitiva da vítima e das testemunhas abaixo arroladas e interrogatório do investigado, até final decisão condenatória."*

Realizada a instrução, sobreveio sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas condenando o réu à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como a pagar o valor o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) por dano moral mínimo à vítima, como incurso no crime de injúria qualificada tipificado no art. 140, § 3º, do CP. Houve, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade (f. 118-126).

O réu, inconformado, interpôs apelação objetivando em sede de preliminar que seja declara a nulidade da ação penal em razão de cerceamento de defesa, bem como seja reconhecida a ilicitude da prova decorrente da juntada das telas o aplicativo *WhatsApp*. No mérito, pleiteou a absolvição sustentando a atipicidade de conduta; subsidiariamente, a diminuição do valor do dia-multa e o afastamento ou diminuição do valor fixado a título de reparação por dano moral (f. 146-158).

Das preliminares.

Rejeito a preliminar de nulidade processual, pois em juízo, a informante Mauriza Aparecida Martins asseverou expressamente que entregou seu aparelho de celular para a vítima, tendo dado a esta livre acesso a todas as conversas mantidas com o recorrente, de modo que não há falar ilicitude da prova ou necessidade de autorização judicial para sua obtenção (f. 92).

Rejeito também a preliminar de cerceamento de defesa, posto que, como bem ponderado pela PGJ, *"conforme consta dos autos, o próprio apelante, em fase de memoriais (cf. f. 113-114), juntou ao processo as conversas realizadas imediatamente anteriores às injúrias proferidas. Assim, exerceu devidamente todo o seu direito de defesa. Ademais, vale ressaltar, que o réu se defende dos fatos a ele imputados na peça acusatória, e não de fatos que não constem nela. Portanto, não tendo ocorrido cerceamento de defesa, não há que se falar em nulidade do julgamento."*

Não evidencio, portanto, qualquer nulidade processual capaz de macular a ação penal.

Do Mérito.

Cumpre ressaltar que o crime de injúria qualificada descrito no art. 140, § 3º, do CP consiste em *"ofender a honra de alguém valendo-se de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, e está associado ao uso de palavras depreciativas referentes à raça ou cor com a intenção de ofender a honra da vítima."* (http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a-diferenca-entre-racismo-einjuria-racial).

Ademais, consoante leciona o ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) 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 uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo 'judeu é corrupto' ou que '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." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 756).*

Outrossim, para configurar o delito em foco, desnecessário ânimo calmo e refletido, não elidindo a infração penal eventual estado de ira, raiva ou algo do gênero, na esteira da jurisprudência dominante (RT 582/336, 607/313, 639/310, 677/370, 702/345 e 725/662; RJDTACRIM 20/183, 22/51, 25/45-46, 28/37-38, 33/37, 34/74, 40/51 e 41/77; JTACRIM 25/179, 41/232, 91/344 e 99/49; RF, 161/397).

Igualmente, não se pode falar em ausência de dolo, pois a natureza das palavras dirigidas digitadas pelo recorrente através do aplicativo de *WhatsApp*, de caráter manifestamente ofensivo, não deixa qualquer dúvida quanto à intenção de menosprezar a vítima seja pela profissão de policial militar seja pela cor da pele.

Assim, mantenho a condenação do apelante como incurso no art. 140, § 3º, do CP.

O recorrente buscou ainda a exclusão ou redução do valor fixado em decorrência da indenização por dano moral à vítima a título de reparação mínima.

No caso, é cabível a indenização a título de reparação mínima em razão do disposto ao inciso IV do art. 387 do CPP, 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 se vê, estes autos atendem a todas as exigências para a fixação do valor mínimo em favor da vítima, pois contém: a) pedido expresso na denúncia; b) observância dos princípios do contraditório e ampla defesa (réu validamente citado); c) configuração do dano moral (ofensa aos denominados bens imateriais, ou seja, aqueles inerentes à honra, à intimidade, à vida privada, insculpidos nos direitos da personalidade, cuja reparação é assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X).

No que toca ao valor do dano moral, como não há parâmetros legais diante do fato de que os direitos da personalidade não são tarifados, deve ficar a cargo do julgador, norteado por critérios objetivos ditados pelo princípio da razoabilidade, tendo em conta as condições pessoais dos envolvidos e as circunstâncias do fato, a fim de que o *quantum* reparatório não perca seu caráter pedagógico, não se constitua em lucro desmedido para o lesado, nem se traduza em quantia irrisória.

Seguindo essas diretrizes, no caso dos autos, a indenização mínima fixada em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) não se mostra desproporcional ou desarrazoado, mesmo porque foi levada em conta, como bem fundamentado pelo magistrado de primeiro grau, a condição socioeconômica das partes - a vítima, policial militar - o réu, administrador de fazenda.

Nesse sentido, transcrevo o parecer bem lançado da PGJ, que adoto como razões complementares de decidir, *in verbis*:

> *"Conforme prevê o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, o juiz deverá fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela ofendida.*
>
> *Uma vez que se trata de um valor mínimo, caso haja danos materiais e morais a reparar, bastará que o juiz fixe os danos materiais. Entretanto, se a infração penal não causou esse tipo de dano, mas apenas o dano moral, então o juiz poderá fixar esse como valor mínimo a ser reparado. Isso porque o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, objetiva facilitar a satisfação do direito da vítima e não dificultar. Ademais, como se sabe, a infração penal pode gerar tanto danos materiais como morais.*
>
> *A existência de um dano moral em casos de injúria qualificada é evidente, e o quantum mínimo a ser estabelecido pode ser aferido conforme critérios de compensação e punição.*
>
> *Assim, nada impede que o juiz criminal possa estabelecer um valor mínimo na sentença condenatória a título de indenização pelo dano moral, fundamentando-se evidentemente em critérios razoáveis e proporcionais.*
>
> *Na hipótese dos autos, em observância aos parâmetros anotados, mostra-se razoável o valor fixado a título de indenização de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), notadamente diante das particularidades do caso concreto.*
>
> *Quanto à ausência de parâmetros para fixação da indenização na sentença penal condenatória, é sabido que o Código de Processo Penal não se preocupou em fixar os parâmetros que o magistrado deve adotar para fixar esse valor mínimo.*

> *O artigo 387, IV, do referido diploma faz menção aos prejuízos sofridos pelo ofendido, mas não faz menção de como se deveria calcular o valor mínimo da reparação do dano a ser fixado.*
>
> *Tem-se, assim, que o juiz criminal não deve se preocupar em encontrar o verdadeiro valor correspondente ao prejuízo sofrido pela vítima, mas fixar um valor mínimo que eventualmente poderá se aproximar do dano efetivo.*
>
> *No caso, a situação independe da prova de que a vítima se sentiu ofendida moralmente, posto que o fato, por si só, evidencia a caracterização desse dano."*

Registro que não conheço dos documentos de f. 159-162, posto que extemporâneo, traz inovação e não foi submetido ao crivo do juízo de primeiro grau.

Mantenho, portanto, o valor fixado a título de reparação mínima em favor da vítima.

No que pertine ao valor do dia-multa fixado em 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, melhor sorte não assiste o apelante, posto que fixado dentre as diretrizes do art. 49, § 1º, do CP, mormente considerando a condição socioeconômica do apelante (administrador).

Por fim, no tocante ao prequestionamento, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Divirjo em parte do e. Relator para dar parcial provimento em ao recurso interposto por Magno Moraes de Souza.

Assiste razão à defesa quanto ao pleito de afastamento da condenação de reparação de danos morais em favor da vítima.

Muito embora o *Parquet* tenha formulado pedido de indenização na inicial acusatória, certo é que até o momento das alegações finais sequer havia sido comprovado qual a extensão dano a vítima teria sofrido.

Nessas condições, a condenação do réu ao pagamento de indenização, sem pedido delimitado e instrução processual específica, obviamente implica em cerceamento de sua defesa.

É, pois, o que se extrai das lições do ilustre Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de processo penal comentado. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.):

> *"Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado.* ***Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa****."* (Destaquei)

O referido doutrinador cita vasta jurisprudência sobre o assunto:

"Nessa ótica: TJSC: 'Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa'. (Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 691). (Ap. 2011.015857-0 – SC, 4.ª C.C., rel. Jorge Schaefer Martins, 21.05.2012, v.u.). TJMG: 'Para que indenização civil seja fixada na sentença condenatória criminal, deve haver um pedido formal de qualquer das partes (Ministério Público, vítima ou familiares dessa, por meio do Assistente de Acusação), de modo a possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo acusado'. (AP. Crim. 1.0582.08.010698-9/0001(1)-MG, 5.ª C.C., rel. Adilson Lamounier, 28.09.2010, v.u.). TJDF: 'apesar da nova redação do art. 387, IV do Código de Processo Penal, conferida pela lei 11.719/08, estabelecer que o juiz, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido'; '(art. 387, IV CPP), a verdade é que não houve nenhuma manifestação da vítima, que não pediu nenhum pedido de indenização pelos prejuízos causados pelo apelante. Diante do princípio da inércia da jurisdição, não cabe ao juiz proceder de ofício'. (Ap. Crim. 20070110090814–DF, 1.ª T.C., rel. João Egmont, 23.09.2010). TJPR: Ap. Crim. 0622813-3-PR, 5.ª C.C., rel. Rogério Etzel, 24.06.2010, v.u. Em sentido contrário, admitindo a fixação de indenização de ofício: TJGO: A nova redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conferida pela Lei 11.719/2008, é um comando ao magistrado e não ofende o princípio do devido processo legal, uma vez que o juízo criminal passou a ter competência para estabelecer o quantum mínimo da indenização civil, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais." (AP. Crim. 200993773338 – GO, 2.ª C.C., rel. Nelma Branco Ferreira Perilo, 11.11.2010, v.u.)

Em casos similares já decidiu esta e. Corte Estadual de Justiça. Senão, vejamos:

"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV DO CPP – AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PRÉVIA – PROVIMENTO. Exclui-se a fixação de indenização por danos prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, se não houve instrução a este respeito." (Sessão Criminal, EI 0013167-23.2013.8.12.0001; Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 12/07/2016; Data de registro: 26/07/2016; Outros números: 13167232013812000150001)

"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO PELO USO DE ARMA – PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO – PROCEDENTE – VALORES SUBTRAÍDOS QUE NÃO DESTOAM DO NORMAL EM CRIMES DE NATUREZA PATRIMONIAL – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO USO DE ARMA – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO DO EMBARGANTE CONFIRMADA PELAS VÍTIMAS AFIRMANDO O USO DE ARMAS – INDENIZAÇÃO ÀS VÍTIMAS POR PREJUÍZOS CAUSADOS – DECOTADA – AUSÊNCIA DE PEDIDO FORMAL DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO E DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. O roubo de valores não tão elevados é circunstância inerente ao delito que não destoa da normalidade, e por essa razão deve ser decotada como moduladora de consequências a agravar a pena do recorrente. Não se afasta a qualificadora do uso de arma em crime de roubo se a confissão do embargante sobre uso de arma é confirmada em juízo pelas vítimas. É devido o afastamento da indenização pelos prejuízos causados, uma vez que não houve pedido formal do Ministério Público Estadual nem foi oportunizado à defesa a possibilidade de se manifestar sobre o tema em instrução específica, deixando-se, portanto, de conferir ao recorrente todas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Em parte contra o parecer, embargos acolhidos em parte." (Sessão Criminal, EI n.

> 0016991-53.2014.8.12.0001; Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 26/07/2016; Data de registro: 19/08/2016; Outros números: 16991532014812000150000)

O Supremo Tribunal Federal igualmente entende que deve ser afastada *"(...) a estipulação de valor mínimo prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da persecução correspondente em procedimento autônomo, quando fora de dúvida a ausência de contraditório a respeito (...)."* (RvC 5437, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, Acórdão Eletrônico DJe-052 divulg 17-03-2015 public 18-03-2015).

No mesmo sentido:

> *"EMENTA – PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE– ÔNUS DO RECORRENTE – FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO DA REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DO DELITO (CPP, ART. 387, IV) – CONTRADITÓRIO – NECESSIDADE – PRECEDENTE – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."* (ARE 691136 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, Processo Eletrônico DJe-157 Divulg 10-08-2015 Public 12-08-2015).

Devo esclarecer ainda que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, REsp 1.643.051/MS e REsp 1.675.874/MS firmou a tese de que a fixação de valor indenizatório mínimo independentemente de instrução probatória se aplica apenas nas hipóteses de dano moral nos casos de violência doméstica praticada contra a mulher.

Assim, na presente hipótese, afasto o valor indenizatório fixado na sentença.

Diante do exposto, divirjo em parte do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso de Marcos Antonio de Castro Mancini a fim de afastar a condenação de indenização à vítima.

No mais adiro ao voto condutor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0016608-75.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – PRELIMINAR – PRETENDIDA APLICAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – FATO OCORRIDO NO ANO DE 2013 – DENÚNCIA RECEBIDA NO ANO DE 2015 – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 – IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL – REJEITADA – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA – NÃO VERIFICAÇÃO – PUNIÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA – RESPONSABILIDADES INDEPENDENTES – ALEGADA AUSÊNCIA DE DANO – CRIME FORMAL – CONSUMAÇÃO COM A MERA FALSIFICAÇÃO – PENA DE MULTA – ALMEJADA REDUÇÃO – DESPROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL – REDUÇÃO OPERADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Revela-se inaplicável o ANNP - Acordo de Não Persecução Penal, quando se trata de denúncia recebida no ano de 2015, uma vez que art. 28-A, do CPP, incluído recentemente com a edição da Lei nº 13.964/2019, com vigência superveniente a partir de 23/01/2020, por se tratar de lei processual penal, não deve retroagir. Preliminar rejeitada.

Rejeita-se a tese de atipicidade da conduta se houve a necessidade de verificar a autenticidade do documento e somente a partir da informação do médico é que se teve certeza de que se tratava de um documento falso.

O fato de a ré ter sofrido punição na esfera trabalhista, sendo demitida por justa causa, em nada influencia na esfera criminal, porquanto as responsabilidades são independentes, uma não excluindo a outra.

Não há falar em absolvição por ausência de dano, visto que o crime de falsificação de documento público é de caráter formal, consumando-se com a mera falsificação, não havendo necessidade de resultado naturalístico.

Constatada a desproporcionalidade da pena de multa em confrontação com a pena privativa de liberdade, esta fixada no mínimo legal, impõe-se a sua redução para o mesmo patamar.

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 parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

A ré Juliana Rosa de Jesus foi condenada à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, posteriormente substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 30 dias-multa, pela prática do crime de falsificação de documento público, previsto no art. 297 do Código Penal.

Inconformada, a ré apelou afirmando, preliminarmente, ser o caso de aplicação do acordo de não persecução penal, por entender que, em tese, o instituto deve ser usado em todos os processos em curso. No mérito, pleiteou sua absolvição, alegando atipicidade da conduta por ser grosseira a falsificação do documento médico, que já houve punição na esfera trabalhista e ausência de dano. Ainda, requereu a redução da quantidade de dias-multa ao mínimo legal, sob alegação de que o *quantum* é desproporcional com a pena privativa de liberdade. Prequestionou a matéria (f. 251-268).

O ministério público estadual apresentou contrarrazões manifestando-se pelo parcial provimento do recurso, tão somente para que a pena de multa seja reduzida para o mínimo legal (f. 275-284).

A procuradoria-geral de justiça opinou no mesmo sentido, elaborando prequestionamento (f. 294-305).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Inicialmente, em sede de preliminar, a apelante requereu a aplicação da ANNP – Acordo de Não Persecução Penal, afirmando que, além de preencher os requisitos, por se tratar de lei mais benéfica, deve retroagir, incidindo nos casos já em andamento.

Sem razão.

Depreende-se dos autos que, após requerimento defensivo do benefício, o ministério público estadual apresentou manifestação afirmando que, conforme legislação em vigor, sé é possível a aplicação da regra do art. 28-A, do Código de Processo Penal até o recebimento da denúncia (f. 219-221).

A defesa, já em sede de memoriais (f. 224-234), novamente pleiteou a aplicação da ANNP, a qual foi refutada pela juíza na sentença nos seguintes termos (f. 236).

> *"Ante a preliminar apresentada pela defesa no tocante ao acordo da não persecução penal, muito embora preencha a acusada os requisitos para tanto, fato é que a Lei não atribuiu ao Ministério Público o dever de oferecimento do benefício aos feitos com denúncia já recebida, tendo inclusive o Parquet já se manifestado nos autos nesse sentido, de forma fundamentada, razão pela qual este Juízo entende como superado o pleito."*

O art. 28-A, do CPP, em seu § 14, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019, dispôs que: *"No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código."*

Percebe-se, com isso, que ao prever a respectiva remessa à PGJ nos casos de recusa ao oferecimento do acordo de não persecução penal, o que se pretende é criar a função de um órgão revisor da decisão de membro do ministério público de primeira instância, evidentemente voltada para os casos em que o promotor de justiça analisou os requisitos elencados pela lei.

Ocorre que em momento algum o *Parquet* analisou se a ré preenchia os requisitos dispostos no art. 28-A, do Código de Processo Penal, mas sim consignou, desde o início, que a pretensão defensiva não poderia ser atendida em razão da impossibilidade de retroatividade da Lei nº 13.964/2019, responsável por acrescentar o art. 28-A do CPP, entendendo que sequer seria possível determinar a remessa dos autos à PGJ.

Salienta-se que o art. 28-A, do CPP, incluído recentemente com a edição da Lei nº 13.964/2019, com vigência superveniente a partir de 23/01/2020, faculta ao membro do ministério público o oferecimento de acordo de não persecução penal, desde que não seja o caso de arquivamento do inquérito policial e que estejam preenchidos os requisitos ali expressamente previstos.

Assim, em respeito à irretroatividade da lei processual penal, prevista no art. 2º do CPP, a toda evidência que as previsões do referido dispositivo só serão aplicáveis nos casos em que o representante ministerial entender cabíveis, desde que sua adequação tenha ocorrido posteriormente à data de 23/01/2020, não sendo esse o caso dos autos.

Noutro giro, como a matéria foi recentemente incluída no ordenamento jurídico, são escassos os julgados e orientações doutrinárias sobre o tema.

Entretanto, alguns apontamentos merecem registro.

O Grupo Nacional de Coordenadores dos Centros de Apoio Criminais, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais editou o Enunciado 20, estabelecendo que *"cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia."*

O STJ, embora não tenha acórdãos sobre o assunto, tende a inclinar-se no sentido de acatar a orientação emanada do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais.

Nesse sentido, menciono duas decisões monocráticas: PET no agravo em Recurso Especial 1668089/SP (2020/0041787-8), de relatoria do Ministro Felix Fischer; *HC* 584.344/SC, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

Diante das razões acima expostas, considerando que, no caso dos autos, a denúncia foi recebida em 14/09/2015, data anterior ao início da vigência da Lei nº 13.964/2019, e que o pedido de proposta de acordo e remessa à PGJ foram formulados após o encerramento da instrução, incabível sua retroatividade para alcançar o instituto do acordo de não persecução penal.

Portanto, ante a impossibilidade de oferecimento de ANNP, impõe-se a rejeição da preliminar suscitada pela apelante.

Superada a preliminar, no mérito, a defesa postulou a absolvição da ré, alegando atipicidade da conduta por ser grosseira a falsificação do documento médico.

Uma vez mais, a pretensão defensiva revelou-se impertinente.

Segundo narrou a denúncia (f. 1-2):

> *"No período de 23 a 26.09.2013, nesta cidade de Campo Grande, MS, a acusada Juliana Rosa de Jesus alterou documento público verdadeiro, qual seja, uma Declaração fornecida pelo médico Nathan Rostey, CRM/MS 7185 (f. 06), funcionário da Prefeitura de Campo Grande, MS.*
>
> *No dia 23/09/2013 a denunciada se consultou com o referido médico no Centro de Referência a Saúde do Bairro Tiradentes, nesta cidade, tendo este preenchido a Declaração de f. 06, onde constava a data (23/09/2013) e o horário (07:45 até 08:10 h) da consulta e o campo 'Consulta médica' assinalado com um 'X'.*
>
> *A denunciada, então, alterou a declaração acrescentando na frente da data da consulta a expressão 'A 26/09', bem como assinalou os campos 'Coleta de exames', 'Medicação' e 'Realização de raio-X'. A declaração alterada foi, então, apresentada pela acusada ao seu empregador, a fim de justificar os dias que ela havia faltado ao serviço.*
>
> *A denunciada confessou a prática do crime (f. 25) e o Exame Grafotécnico confirmou a alteração feita pela acusada."* (Laudo Pericial 114.894, f. 68-74).

A materialidade veio estampado pelo laudo de exame grafotécnico (f. 92-97), que concluiu que *"a grafia do preenchimento (exceto os dizeres A 26/09) e assinatura atribuída ao médico quando comparadas como padrão gráfico de Nathan Rostey, partiram do punho escritor de Nathan Rostey"*, mas que *"os lançamentos 'A 26/09' partiram do punho escritor de Juliana Rosa de Jesus, conforme padrão analisado."*

Já autoria restou consubstanciada pela confissão extrajudicial da ré e pelos depoimentos das testemunhas prestados sob o crivo do contraditório.

Mesmo tendo sido declarada revel, ao ser interrogada na repartição policial, Juliana Rosa de Jesus confessou a prática do crime, afirmando que estava com dor de cabeça, diarreia, febre e dor na barriga, razão pela qual foi até o posto de saúde do Bairro Tiradentes, onde o médico que a atendeu lhe deu um dia de atestado. Disse que os sintomas não diminuíram e que não estava em condições para trabalhar, razão pela qual resolveu alterar o atestado médico, acrescentando com sua letra 'A 26/09'. Informou que quando voltou ao trabalho foi chamada pelo senhor Domingos, proprietário da empresa, que lhe perguntou se ela havia alterado o atestado médico, momento em que confessou ter feito a adulteração e foi demitida.

A testemunha Laura Regina Nobili Menzio, funcionária da empresa, tanto na fase policial, quanto judicial, declarou que a ré Juliana não compareceu para trabalhar e quando retornou apresentou um atestado médico que levantou suspeita quanto sua autenticidade, motivo pelo qual mostrou o documento a sua chefia (depoimentos f. 40 e 197).

Já a gerente do estabelecimento comercial, Paula Iara, afirmou, em juízo, que a ré apresentava muitos atestados suspeitos, o que motivou a verificarem a autenticidade do atestado, deslocando-se até o posto de saúde, ocasião em que o médico disse não reconhecer o documento (f. 187).

O médico Nathan Rostey, na fase extrajudicial, declarou que atendeu a ré e forneceu uma declaração de comparecimento, que não corresponde a um atestado médico (f. 66). Informou, ainda, que uma senhora se identificando como chefe da agente, a testemunha Paula Iara, foi até seu trabalho e questionou se ele havia fornecido o documento. Por fim, confirmou que emitiu o atestado, porém consignou que haviam alterações, haja vista que no campo da data preencheu apenas 'Campo Grande, 23/09/2013'.

Portanto, restou comprovado nos autos que a apelante Juliana Rosa de Jesus, após ter se consultado com o médico Nathan Rostey no Centro de Referência a Saúde do Bairro Tiradentes, nesta capital, alterou uma declaração fornecida pelo profissional, acrescentando na frente da data da consulta a expressão 'A 26/09', bem como assinalou os campos 'Coleta de exames', 'Medicação' e 'Realização de raio-X', conduta que subsume ao tipo penal do art. 297 do Código Penal.

A alegada atipicidade da conduta, alegando ser grosseira a falsificação do documento médico, também não se sustenta.

Isso porque as testemunhas apenas desconfiaram do atestado médico, uma vez que a apelante sempre apresentava atestados no trabalho, o que motivou Paula Iara, filha do dono da empresa, a verificar a autenticidade do documento, tendo comparecido no posto de saúde para falar com o médico responsável pela emissão do mesmo, ocasião em que obteve a confirmação de que ele havia entregado o atestado para Juliana, mas que não se tratava de um atestado médico, mas sim de uma declaração de comparecimento.

Sendo assim, somente a partir da informação do médico é que a testemunha teve certeza de que se tratava de um documento falso. Se houvesse falsificação grosseira, como alegou a defesa, as testemunhas teriam, de pronto, identificado, não sendo necessária a verificação com o médico.

Sob outro enfoque, o fato de Juliana Rosa de Jesus ter sofrido punição na esfera trabalhista, sendo demitida por justa causa, em nada influencia na esfera criminal, porquanto as responsabilidades são independentes, uma não excluindo a outra.

Também não há cogitar de absolvição por ausência de dano, visto que o crime de falsificação de documento público é de caráter formal, de modo que se consuma com a mera falsificação, não havendo necessidade de resultado naturalístico.

Por fim, com relação ao pedido de redução da pena de multa, assiste razão à defesa.

Nos termos do artigo 49 do CP, o valor da multa deve ser balizado no mínimo, de 10 e, no máximo, de 360 dias-multa.

Na hipótese dos autos, restaram fixados 30 dias-multa, quantidade não compatível com a pena privativa de liberdade, que foi fixada no mínimo legal de 2 anos, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Com efeito, reduzo a pena de multa para o mínimo de 10 dias-multa.

Por fim, 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, dou parcial provimento ao recurso interposto por Juliana Rosa de Jesus, apenas para reduzir a pena de multa para o mínimo legal de 10 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0002005-08.2013.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – VENDA DE MERCADORIA COM EMBALAGEM EM DESACORDO COM AS PRESCRIÇÕES LEGAIS (ART. 7º, INCISO II, DA LEI 8.137/90) – PRELIMINAR DEFENSIVA – ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA – NÃO VERIFICADA – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – ACOLHIMENTO – RECURSO PROVIDO.

Não há como reconhecer a nulidade da inicial acusatória, pois elaborada com descrição clara e jurídica dos fatos, sem desnecessária tautologia, indicando as circunstâncias legais que permitiram qualificar o crime em debate, respeitando as exigências que aludem o art. 41, do CPP.

In casu, o fato do autor ter entregue ao município de Aparecida do Taboado 698 Kg de carne de origem animal, com embalagem que possuía somente o selo de inspeção da cidade de Campo Grande, e não o selo federal ou estadual, conforme exigido no procedimento licitatório, não configura o crime descrito no art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90.

Recurso a que, com o parecer, dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, proveram unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 14 de julho de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Bruno William Monteiro Miranda contra sentença proferida pelo juízo da Vara única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que o condenou à pena de 02 anos detenção, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos pela prática do crime previsto no art. 7º, inc. II, da Lei n.º 8.137/80.

Em suas razões recursais (f. 817-828), suscita preliminar de inépcia da denúncia, subsidiariamente, pugna pela absolvição.

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 837-849).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo (f. 854-857).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Bruno William Monteiro Miranda contra sentença proferida pelo juízo da Vara única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que o condenou à pena de 02 anos detenção, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos pela prática do crime previsto no art. 7º, inc. II, da Lei n.º 8.137/80.

Em suas razões recursais (f. 817-828), suscita preliminar de inépcia da denúncia, subsidiariamente, pugna pela absolvição.

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 837-849).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo (f. 854-857).

De acordo com a denúncia:

> *"(...) em 11 abril de 2013, às 08h00, no Centro do Idoso, nesta cidade, o denunciado Bruno Willian Monteiro Miranda, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, enquanto representante da empresa Embutidos Tradição EIRELI-ME, vendeu mercadoria (carne bovina), cuja embalagem estava em desacordo com as determinações legais.*
>
> *Ao que se apurou nos autos, a empresa Embutidos Tradição EIRELI-ME, que havia sagrado-se vencedora de procedimento licitatório para fornecimento de diversos produtos para o Município de Ribas do Rio Pardo, dentre os quais havia a previsão de carne bovina, forneceu 698 (seiscentos e noventa e oito) quilos de produto de origem animal ao ente municipal com a embalagem em desatendimento às especificações legais*
>
> *De acordo com as informações apuradas, para fornecimento de produtos de origem animal, exige-se que o item esteja registrado no Ministério da Agricultura e/ou da Saúde.*
>
> *A par disso, quando da apresentação da proposta no certame licitatório, a empresa vencedora (Embutidos Tradição) informou que a carne bovina, em seus diversos cortes, seria adquirida do Frigorífico Navi/Carnes.*
>
> *No entanto, conforme produtos apreendidos durante inspeção pela Vigilância Sanitária, as carnes eram fracionadas, moídas, embaladas e rotuladas pela própria empresa.*
>
> *Os produtos apresentados possuíam apenas a identificação do SIM (Serviço de Inspeção Municipal de Campo Grande), motivo pelo qual, por se tratar de produto de origem animal, só poderiam ser comercializados na capital, ante a ausência de registro ou identificação no SIE (Estadual) e ou SIF (Federal).*
>
> *A materialidade e autoria do delito encontram-se sobejamente demonstrada pelos documentos emitidos pela vigilância sanitária (f. 11-15), pelo termo de doação (f. 16), nota fiscal (f. 50), imagem (f. 108), cópias do procedimento licitatório (f. 118-571), bem como pelos depoimentos coligidos aos autos.*
>
> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual oferece denúncia em desfavor de Bruno William Monteiro Miranda como incurso nas penas do artigo 7, inciso II, da Lei 8.137/90, requerendo, após a autuação e recebimento desta, seja o denunciado citado, processado, julgado e, ao final, condenado, intimando-se as testemunhas do rol anexo para deporem em Juízo, em dia e hora a serem designados, sob as cominações legais (...)."*

Após a instrução processual o réu foi condenado nos termos acima relatados.

De início, o recorrente alega que a denúncia é inepta, uma vez que formulada de forma genérica, não observando o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal Brasileiro, cerceando o direito de defesa.

Verifique-se da exordial acusatória que a narrativa foi apresentada no necessário ao caso, não se descurando o Órgão Ministerial de delinear os apontamentos pertinentes e suficientes para auferir a responsabilidade penal no evento narrado.

E ainda, não há como reconhecer a nulidade da inicial acusatória, pois elaborada com descrição clara e jurídica dos fatos, sem desnecessária tautologia, indicando as circunstâncias legais que permitiram qualificar o crime em debate, respeitando as exigências que aludem o art. 41, do CPP, as quais, sob a ótica deste julgador, foram plenamente satisfeitos. Nesse sentido:

> *"Não se verifica inépcia da denúncia quando, embora tenha trazido uma exposição singela da narrativa, por outro lado tenha apresentado a descrição necessária, clara e jurídica dos fatos, com suas nuances e as circunstâncias legais que permitiram qualificar o crime da hipótese, com indicação da vítima e identificação do acusado, respeitando assim, as exigências previstas no art. 41, do CPP."* (TJMS, RESE n. 0020457-50.2017.8.12.0001 - Campo Grande, Rel. Des. José Ale Ahmad Netto, unânime, 2ª Câmara Criminal, j. 11/12/20108)

Dessa forma, rejeito a prefacial.

Passo ao exame do mérito.

Como mencionado, a sentença condenatória tem por fundamento o fato de que o recorrente, enquanto representante da empresa Embutidos Tradição EIRELI-ME, vendeu mercadoria (carne bovina), cuja embalagem estava em desacordo com as determinações legais.

O pedido de absolvição está calcado na tese de inexistência de crime por atipicidade da conduta.

Tenho que merece acolhida o pleito de reforma.

Preceitua o art. 7º, inc. II, da Lei n.º 8.137/80:

> *" Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *(...).*
>
> *II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial (...)."*

Da análise dos autos, constata-se que o apelante forneceu 698 (seiscentos e noventa e oito) quilos de produto de origem animal ao Município de Ribas do Rio Pardo, tão somente com o selo de inspeção SIM (Serviço de Inspeção Municipal de Campo Grande), desprovido de registro ou identificação no SIE (Estadual) e/ou SIF (Federal), o que o edital de licitação, a qual a empresa do apelante restou vencedora exigia.

Ao ser ouvido em juízo (f. 739), o recorrente afirmou que participou da licitação ofertando a marca NaviCarnes, por meio da empresa Embutido Tradições. Relatou que era requisito da licitação que a carne fornecida possuísse o selo SIF e SIE, sendo que a carne fornecida possuía apenas o selo municipal de Campo Grande/MS, sob a justificativa de que a carne objeto da licitação era patinho, e podia ser solicitada pela Secretaria de Educação tanto em peças como em pedaços ou moída. Que a entrega foi feita de acordo com o edital porque eles pediram peça. Quando havia o pedido fracionado, ou seja, manipulado, ela deveria ser cortada em pedaços ou moída, o frigorífico não fazia este tipo de procedimento para entregar. Então, como possuía o selo de inspeção do Município de Campo Grande/MS, comprou a carne da empresa NaviCarnes, que é a marca ofertada pela licitação, e quando o pedido era fracionado entregava com a etiqueta da empresa Embutidos Tradição, no produto solicitado, no peso solicitado, o único problema foi o selo de inspeção. Por fim, afirmou que a carne era 100% própria para consumo.

Nesta esteira, transcreve-se o depoimento de Divina Alves de Castro, onde assevera que na época dos fatos era Diretora da Vigilância Sanitária, e que no centro de idosos foi recebida carne com selo de inspeção em desconformidade com as exigências para ser entregue no Município de Ribas do Rio Pardo. Relatou que o fornecedor se tratava da empresa Embutidos Tradição. Esclareceu que a partir da identificação, foi iniciado um processo administrativo sanitário, apreendendo o produto. Foi solicitada à Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS à época informações acerca da situação da empresa. Em resposta, foi informado que a documentação estava em andamento e que estava só com o selo de inspeção municipal, para vender dentro do próprio município, não autorizando a entrega em outros municípios.

Neste mesmo sentido, a testemunha Rosimeire dos Santos, Secretária de Educação à época dos fatos, narrou em Juízo que a situação se deu quando da primeira entrega de merenda após a licitação, sendo recebida no centro em razão do volume, para que pudessem conferir, devido ao grande volume. A carne trazia o selo do SIM de Campo Grande. Tratava-se apenas de carne bovina. Como era a primeira entrega e se tratava do primeiro ano a frente da Secretaria, solicitou a presença de um agente da vigilância sanitária para auxílio. Então, quando do recebimento da carne, o agente percebeu que o selo era o SIM e não o SIF como constava da licitação.

E ainda consta o depoimento de Adriele Oliveira Querubim (f. 739), acrescentando que a qualidade do produto era boa, tanto que foram doadas as carnes. Que após o problema do selo, que só poderia ser comercializada em Campo Grande, a Vigilância apreendeu a carne e foi doada para as duas Escolas Estaduais e para a Pestalozzi. O embargo se deu apenas pela questão do selo.

No caso dos autos, a despeito da ausência de registro do SIE e SIF, no produto entregue pelo apelante constava o SIM referente ao município de Campo Grande/MS, e deste modo *"havia uma inspeção sanitária no produto"*, encontrando-se de acordo com as determinações legais, não caracterizando o delito descrito na denúncia.

Como bem asseverou o Procurador de Justiça em seu parecer:

> *"A embalagem da carne entregue ao município possuía selo de inspeção do município de Campo Grande (SIM), ou seja, estava de acordo com as determinações legais. Ocorre que o procedimento licitatório, cujo réu sagrou-se vencedor, exigia que tal selo fosse estadual (SIE) ou federal (SIF). Logo, o que houve, na verdade, foi a entrega de carne com selo diverso do exigido pelo procedimento licitatório (mercadoria cujo selo estava em desacordo com o edital), o que, por si só, não caracteriza o crime descrito no art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90."*

Como se pode observar, entendo que o conjunto probatório indica que os fatos narrados não se amoldam ao tipo penal descrito no art. 7º, inciso II, da Lei 8.137/90, uma vez que a conduta consistiu apenas na entrega de produto com selo de inspeção diverso do previsto no procedimento licitatório, ou seja, não houve fornecimento de produto alimentício em desacordo com as prescrições legais.

Assim, concluo que merece acolhida o pleito absolutório com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Posto isso, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso da defesa para absolver Bruno Willian Monteiro Miranda da acusação de haver praticado o crime previsto no art. 7º, inc. II, da Lei n.º 8.137/80.

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 14 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Habeas Corpus Criminal nº 1409876-86.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CITAÇÃO POR EDITAL – SUSPENSÃO DO PROCESSO, PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – SUPOSTAS AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E OFENSAS AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – NÃO OCORRÊNCIA – PRODUÇÃO DE PROVAS RESPALDADA PELO ORDENAMENTO – PRISÃO PREVENTIVA PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PRESSUPOSTO E FUNDAMENTOS PRESENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO – ORDEM DENEGADA.

In casu, verifica-se plenamente justificada a produção antecipada de provas, não contrariando o enunciado da Súmula n. 455 do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o lapso temporal decorrido não foi o fundamento exclusivo das medidas impostas, considerando o alinhamento ao art. 366, do CPP, diante da frustração da citação pessoal do paciente, e ainda não descurando o magistrado singular de que a realização antecipada das provas visa assegurar a busca da verdade real, ante a possibilidade do perecimento probatório, o que não trará prejuízos ao contraditório e ampla defesa, até porque será realizada na presença de Defensor nomeado em prol do acusado, que inclusive, caso compareça ou mesmo em outros atos do processo, nada lhe obstará requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.

No tocante ao decreto de prisão preventiva, também inexiste constrangimento ilegal, uma vez que o *fumus comissi delicti* encontra-se presente, porquanto os elementos angariados nos autos consubstanciam a prova da existência do delito e os indícios suficientes de autoria, bem como o *periculum libertatis* revela-se também existente, uma vez que o paciente, mesmo tendo ciência da existência da persecução penal, tomou rumo ignorado, sem dar conhecimento de seu endereço, havendo clara necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, bem como garantir a ordem pública.

Ordem denegada, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Dener Luiz de Oliveira Paulo, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

Relata que o paciente foi denunciado no dia 04/10/19 pela suposta prática do crime previsto no 121, § 2º, inciso II (motivo fútil) do Código Penal, sendo que, diante de sua não localização, foi determinada a sua citação por edital, tendo transcorrido o prazo sem que apresentasse defesa ou constituído advogado.

Aduz que a autoridade coatora além de suspender o processo na forma do art. 366 do Código de Processo Penal e decretar a prisão preventiva do paciente, ainda determinou a produção antecipada de provas.

Alega que há constrangimento ilegal uma vez que a decisão que decretou a prisão preventiva e deferiu o pedido de antecipação de provas carece de fundamentação idônea.

Assim, requer a concessão de liminar a fim de suspender o processo até apreciação definitiva do presente *habeas corpus*, inclusive com o recolhimento do mandado de prisão.

Juntou apenas as cópias de f. 09-26.

A liminar foi indeferida a f. 29-30, e as informações prestadas pela autoridade coatora a f. 35-42.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 48-57).

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Dener Luiz de Oliveira Paulo, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

Relata que o paciente foi denunciado no dia 04/10/19 pela suposta prática do crime previsto no 121, § 2º, inciso II (motivo fútil) do Código Penal, sendo que, diante de sua não localização, foi determinada a sua citação por edital, tendo transcorrido o prazo sem que apresentasse defesa ou constituído advogado.

Aduz que a autoridade coatora além de suspender o processo na forma do art. 366 do Código de Processo Penal e decretar a prisão preventiva do paciente, ainda determinou a produção antecipada de provas.

Alega que há constrangimento ilegal uma vez que a decisão que decretou a prisão preventiva e deferiu o pedido de antecipação de provas carece de fundamentação idônea.

Assim, requer a concessão de liminar a fim de suspender o processo até apreciação definitiva do presente *habeas corpus*, inclusive com o recolhimento do mandado de prisão.

Juntou apenas as cópias de f. 09-26.

A liminar foi indeferida a f. 29-30, e as informações prestadas pela autoridade coatora a f. 35-42.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 48-57).

É o que basta para análise da pretensão.

Consoante consta dos autos, o MPE denunciou o paciente Dener, pela prática do delito previsto no artigo 121, § 2º, incisos II (motivo fútil) do Código Penal, com as implicações da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), (Ação Penal n.º 0030733-43.2017.8.12.0001), narrando a exordial acusatória que:

> *"(...) no dia 23 de junho de 2017, por volta de 21h00min, na Rua Carlota Massa Farina, n° 50, Bairro Jardim Campo Alto, nesta capital, o denunciado Dener Luis de Oliveira Paulo matou a vítima Odenir Piazzon dos Santos.*

Ressalta-se que o denunciado praticou o crime de homicídio impelido por motivo fútil.

Segundo restou apurado, no dia dos fatos Evylin Priscila de Oliveira havia iniciado uma discussão com a vítima, na época seu convivente, em razão deste ter combinado de buscá-la no trabalho, contudo não compareceu no local combinado.

Assim, a avó de Evelyn, Maria Aparecida dos Santos, juntamente com seu convivente, Juares Catarino dos Reis, deslocaram-se até a residência deles, tendo em vista que moravam próximos dali, com o intuito de conter a discussão.

Ato contínuo, ao entrarem na casa Odenir pediu para que eles se retirassem, dizendo que ambos não tinham que se envolver na briga, tendo o denunciado se aborrecido com aquela situação e seguido Juares até a casa deste, ao que foi impedido de adentrá-la, porque Maria Aparecida e Ariadne Genesis de Oliveira dos Santos, irmã de Evylin, o contiveram.

Na sequência, Odenir retornou para sua residência e começou a discutir com seu vizinho Dener, ora denunciado, o qual estava próximo dos fatos sentado na varanda, tendo a discussão entre eles se iniciado pelo fato de que Odenir teria supostamente assediado a esposa de Dener em ocasiões anteriores.

Assim, ambos trocaram ofensas e logo após entraram em vias de fato, sendo esta apartada pelas testemunhas presentes. Contudo, o denunciado e a vítima tornaram a se agredir, tendo Dener, em momento oportuno, se dirigido à sua residência e pegado uma faca de cozinha.

Faz necessário frisar que a vítima, o denunciado, bem como as testemunhas residiam em um conjunto habitacional, contendo 8 quitinetes, propriedade esta pertencente à testemunha Maria Aparecida.

Deste modo, percebendo a vítima que Dener estava com uma faca começou a correr em direção à rua, tendo o denunciado o alcançado, de modo que, com o intuito de ceifar sua vida, desferiu três golpes de faca em Odenir.

Por fim, o denunciado deixou a arma do crime próximo ao do local dos fatos e evadiu-se dali, sem prestar qualquer socorro á vítima.

Após, a polícia militar e o SAMU foram acionados, contudo, o óbito de Odair foi constatado (...).”

Ato contínuo, a denúncia foi recebida (f. 14) e o paciente foi citado por edital, visto que não encontrado para ser pessoalmente citado. Em decorrência disso, o MPE requereu a suspensão do processo e do prazo prescricional, bem como produção antecipada de provas e prisão preventiva do paciente, o que foi deferido pelo juízo singular (f. 15-26).

Insurge-se a impetrante contra a decisão acima mencionada que, após citação por edital, determinou a suspensão do processo/prazo prescricional, decretou a prisão preventiva do acusado e deferiu a produção antecipada de provas.

Sustenta que não houve fundamentação concreta na determinação de produção antecipada de provas, consoante determinam o 366 do CPP, em evidente violação à Súmula 455 do STJ. Outrossim, alega que decretação da prisão preventiva carece de fundamentação, não estando presentes os requisitos da medida restritiva extrema, argumentando que a não localização do acusado não pode ser confundida com a conclusão de que ele está se ocultando da persecução penal.

Pois bem.

É cediço que o *habeas corpus* é ação constitucional de natureza penal destinado à proteção da liberdade de locomoção, ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da norma estampada no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e art. 647 do CPP.

Dito isso, em que pesem os argumentos trazidos pelo impetrante, não vislumbro ilegalidade ou abuso de poder na prisão preventiva decretada e na determinação da produção antecipada de provas, sendo a denegação do pedido medida que se impõe.

Com relação a produção antecipada de provas, verifica-se dos autos que restou plenamente justificada, não contrariando o enunciado da Súmula n. 455, do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o lapso temporal decorrido, não foi o fundamento exclusivo das medidas impostas, visto que, também alinhados ao art. 366, do CPP, diante da frustração da citação pessoal do paciente, e ainda não descurando o magistrado singular de que a realização antecipada das provas visa assegurar a busca da verdade real, ante a possibilidade do perecimento probatório, o que não trará prejuízos ao contraditório e ampla defesa, sendo certo que a audiência será realizada na presença de Defensor nomeado em prol do acusado, que inclusive, caso compareça ou mesmo em outros atos do processo, nada lhe obstará requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva. Nesse sentido:

> *"4. Conforme o disposto no art. 366 do CPP, 'se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal'. Ainda, a Súmula 455 do STJ estabelece que 'a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo'. 5. No caso dos autos, o paciente não foi encontrado, de modo que, citado por edital e suspenso o processo nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, o juiz da causa, demonstrando fundamentadamente a necessidade da produção antecipada de provas, apontou motivos concretos indicativos da medida de natureza cautelar, visando assegurar a descoberta da verdade real, ante a possibilidade de perecimento da prova testemunhal, tanto pelo decurso do tempo, quanto pela perda da qualidade da prova prestada pelas testemunhas, dada a falibilidade da memória humana."* (STJ. *HC* 435.948/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018)

Logo, colhe-se dos autos que o fundamento utilizado pelo magistrado de primeiro grau é idôneo, uma vez que se trata, em tese, de cometimento do crime de homicídio e que o decurso de tempo altera a percepção dos fatos de crime desse *jaez*, restando ainda obedecidos os princípios da economia processual, celeridade e instrumentalidade das formas, não merecendo qualquer reparo nesse ponto. Em situação similar à dos autos, já acompanhei mesmo entendimento acima delineado. Vejamos:

> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PACIENTE CITADO POR EDITAL – SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL – DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – RÉU EVADIDO DESDE A DATA DOS FATOS – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER. A necessidade da prisão preventiva está assentada na garantia de aplicação da lei penal, afetada pelo desaparecimento do acusado desde a data dos fatos. As circunstâncias efetivamente demonstram o descaso do paciente com a apuração dos fatos, evidenciando que ele está tentando furtar-se à Justiça, justificando-se, portanto, a decretação da custódia cautelar, para garantia da aplicação da lei penal, tratando-se não de mera não localização, mas verdadeira evasão. Na hipótese de suspensão do processo, em face da revelia do acusado/paciente, a produção de provas é medida sensata, uma vez que as informações das testemunhas devem ser colhidas mais próximo possível do fato, em razão da perda natural da memória das testemunhas, com a passagem do tempo, pois na hipótese em julgamento, o fato ocorreu há quase nove anos. Ademais, o deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado para o ato, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva. Com o parecer, ordem denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1408836-06.2019.8.12.0000, Foro Unificado, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 31/07/2019, p: 05/08/2019)

No tocante à prisão preventiva, a autoridade apontada como coatora justificou a necessidade da medida extrema nos seguintes termos:

> *"(...) acerca da necessidade da decretação da prisão cautelar, assinalo que, em análise aos presentes autos, observo estar devidamente demonstrada a existência do crime, conforme laudo de exame necroscópico de f. 43-7, bem como presentes indícios suficientes da autoria sobre a pessoa do acusado, já que o próprio confessou a autoria delitiva (f. 253-4).*
>
> *(...).*
>
> *Quanto aos fundamentos para decretação da prisão preventiva, prescreve a primeira parte do citado art. 312 do Código de Processo Penal que:*
>
> *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (...).*
>
> *No caso em tela, bem é de ver-se que a prisão preventiva do acusado Dener se faz mister para assegurar a aplicação da lei penal e para conveniência da instrução criminal, pois o acusado não foi encontrado nos endereços diligenciados pelo oficial de justiça quando da tentativa de sua citação pessoal, estando, pois, em lugar incerto e não sabido, o que demonstra sua intenção de se furtar à persecução criminal do Estado.*
>
> *Na hipótese versante, depreende-se que foi realizada tentativa de citação pessoal do acusado (f. 315), porém não foi encontrado para ser citado pessoalmente, o que justificou a citação editalícia.*
>
> *O Ministério Público Estadual, por meio de seus órgãos internos, fez buscas para tentar localizar endereço atualizado do acusado em referencia, porém não obteve êxito.*
>
> *Dessarte, evidencia-se a necessidade de prisão preventiva do acusado, a fim de impedir que este se ausente do distrito da culpa.*
>
> *(...).*
>
> *Segue-se que a prisão preventiva, de natureza cautelar, faz-se imprescindível no presente caso, notadamente porque o acusado, após a suposta prática do delito, não foi encontrado nos endereços diligenciados pelo oficial de justiça quando da tentativa de sua citação pessoal, estando, pois, em lugar incerto e não sabido.*
>
> *Por derradeiro, no que tange às condições de admissibilidade, verifica-se que o delito teoricamente cometido é punido com pena de reclusão, de modo que se acha satisfeita a prescrição contida no art. 313 do Código Penal.*
>
> *Posto isso, decreto a prisão preventiva de Dener Luis De Oliveira Paulo, qualificado nos autos, atualmente em lugar incerto e não sabido, o que faço com base no art. 312 do CPP (...)."*

Segundo a dicção do artigo 312, do Código de Processo Penal, o decreto de prisão preventiva, que é medida excepcional, conforme dispõe a Lei nº 12.403/2011, somente se justifica diante da presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios da autoria) e do *periculum libertatis,* (necessidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal), demonstrados claramente mediante indicação de dados concretos e não meramente genéricos, extraídos dos elementos dispostos nos autos.

No caso, conforme anteriormente relatado, a prisão decorreu da suposta prática do crime tipificado no 121, § 2º, incisos II (motivo fútil) do Código Penal, cuja pena máxima privativa de liberdade ultrapassa 4 (quatro) anos, de forma que presente encontra-se a hipótese de admissibilidade prevista no artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Presentes, também, a prova da materialidade e indícios de autoria, como se verifica pelo boletim de ocorrência e depoimentos colhidos em fase inquisitiva, o que se afigura suficiente nesta fase, atendendo-se, assim, ao requisito do *fumus comissi delicti*. O *periculum libertatis* revela-se também existente, uma vez que o paciente, mesmo tendo ciência da existência da persecução penal, tomou rumo ignorado, sem dar conhecimento de seu endereço, havendo clara necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e a ordem pública. Nesse sentido este E. Tribunal assim decidiu:

> *"(...) HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO – RÉU EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO – SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL – PLEITO DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL – DECISÃO FUNDAMENTADA – CONFORMIDADE COM A SÚMULA 455 DO STJ – PRISÃO PREVENTIVA PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PRESSUPOSTO E FUNDAMENTOS PRESENTES – ORDEM DENEGADA. Estando a decisão que determinou a produção antecipada de provas devidamente fundamentada e em conformidade com os ditames da Súmula 455 do STJ, inexistente o alegado constrangimento ilegal. No tocante ao decreto de prisão preventiva, também inexiste constrangimento ilegal, posto que o fundamento da necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal se revela presente, pois, de fato, consoante se infere dos autos originários, foram expedidos 3 mandados de citação, para endereços distintos, contudo, apurou-se que o paciente não reside em nenhum deles. As diligências do MP para localização de endereço atualizado restaram infrutíferas, sendo que realizada a citação por edital, o prazo transcorreu sem que o paciente comparecesse ou constituísse defensor para apresentar resposta a acusação. Portanto, há elementos que indicam que o paciente evadiu-se para se furtar da aplicação da lei penal."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1408259-91.2020.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 24/07/2020, p: 29/07/2020).

> *"(...) – EMENTA – HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL – PACIENTE CITADO POR EDITAL – SUSPENSÃO DO PROCESSO – DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – TENTATIVAS DE CITAÇÃO PESSOAL INFRUTÍFERAS – CIÊNCIA DA AÇÃO PENAL EM CURSO – ORDEM DENEGADA I – O fumus comissi delicti, encontra-se presente, porquanto os elementos angariados nos autos consubstanciam a prova da existência do delito e os indícios suficientes de autoria. O periculum libertatis revela-se também existente, uma vez que o paciente, mesmo tendo ciência da existência da persecução penal, tomou rumo ignorado, sem dar conhecimento de seu endereço, havendo clara necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, bem como garantir a ordem pública. II – A antecipação da prova testemunhal prevista no art. 366 do CPP pode ser justificada como medida necessária pela gravidade do crime praticado e possibilidade concreta de perecimento. In casu, trata-se de um crime doloso contra a vida, no qual o lapso temporal, entre a data do fato e a audiência, tem o poder de debilitar a capacidade da lembrança de testemunhas. III – Ordem denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1407481-58.2019.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Emerson Cafure, j: 29/07/2019, p: 31/07/2019)

Assim, tendo a autoridade coatora lançado fundamento concreto e idôneo para deferir a produção antecipada de provas e decretar a prisão preventiva do paciente, não há falar em constrangimento ilegal a ser reparado pela via do *habeas corpus*.

Em face de tais ponderações, ausente o alegado constrangimento ilegal, com o parecer, denego a presente ordem de *habeas corpus.*

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram unânime. 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, 18 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0019193-27.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME MILITAR – VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL – FORNECIMENTO A TERCEIRO DE SENHA PESSOAL DE ACESSO A SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO OPERACIONAL (SIGO) – PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR – CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Evidenciada a conduta do art. 326 do Código Penal Militar, na hipótese em que o agente ou servidor público tenha fornecido senha de caráter pessoal a pessoa diversa da Corporação, para acesso ao banco de dados do sistema SIGO, o qual dispõe de informações privadas sobre diversos cidadãos, de caráter exclusivo ao interesse público, merecendo proteção estatal e sigilo, residindo justamente em todos esses elementos o prejuízo à Administração Militar, a configurar o delito. Recurso improvido, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negaram provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 15 de setembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Henrique Quintas Júnior, contra sentença de f. 571-579 que, após condenação pelo Conselho Permanente de Justiça por infração ao artigo 326 do Código Penal Militar (violação de sigilo funcional), aplicou-lhe a pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, que foi suspensa, pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar.

Em síntese das razões de f. 598-607, o recorrente postulou pela improcedência da ação penal militar, com consequente absolvição, e prequestionamentos de dispositivos e questões elencadas.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 612-618 e 631-638, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso em sua integralidade. A PGJ prequestionou a matéria elencada.

É o Relatório. Peço dia.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Henrique Quintas Júnior, contra sentença de f. 571-579 que, após condenação pelo Conselho Permanente de Justiça por infração ao artigo 326 do Código

Penal Militar (violação de sigilo funcional), aplicou-lhe a pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, que foi suspensa, pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 84 do Código Penal Militar.

Em síntese das razões de f. 598-607, o recorrente postulou pela improcedência da ação penal militar, com consequente absolvição, e prequestionamentos de dispositivos e questões elencadas.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 612-618 e 631-638, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso em sua integralidade. A PGJ prequestionou a matéria elencada.

É o que basta para analisar a pretensão.

Conforme sustentado no recurso, o apelante almeja sua absolvição em razão de argumentos tais, como violação dos princípios acusatório, da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, além de aventar a atipicidade de sua conduta, pois não teria sido produzido prova concreta e efetiva da suposta lesão, nem de seu dolo.

Consoante exordial acusatória, dentre os meses de setembro e outubro de 2018, o denunciado Carlos Henriques Quintas Júnior revelou sua senha de acesso ao SIGO aos civis Hélio Ortiz e Tie Oliveira Hardorim, fato que tem ciência em razão de sua função de Policial Militar e que deveria permanecer em segredo, prejudicando assim a Administração Militar.

Na situação em análise, malgrado as alegações Defensivas acerca da imputação feita, a materialidade e autoria delitiva restaram sobejamente demonstradas nos autos, e bem pontuadas nos fundamentos da sentença, os quais, por entender mais que suficientes, invoco como razões de decidir, tal como permite-se a técnica *per relationem* nos seguintes destaques:

> *"Neste sentido, na fase inquisitorial, a Oficial encarregada pela investigação solicitou às operadoras de telefonia os endereços IP's dos computadores de onde foram feitos os acessos e checagens com a senha do acusado Sd PM Carlos, tendo, assim, chegado a diversos endereços de pessoas que tinham algum tipo de ligação com o civil Hélio Ortiz.*
>
> *Ademais, ao confrontar as escalas de serviço e as referidas checagens (f. 416-432), foi constatado que grande parte destas foram feitas em locais e momentos em que seria absolutamente improvável que tivessem sido realizadas pelo próprio acusado.*
>
> *Neste prisma, consta dos autos que diversas checagens foram feitas utilizando-se do wi-fi da residência do casal João Paulo Estival e Viviane Pereira Antônio Estival, sogros de Hélio Ortiz. Entretanto, os referidos civis foram incisivos ao afirmar que o acusado nunca este em sua residência, sendo que a pessoa de Hélio possuía a senha do wi-fi do local.*
>
> *De igual modo, o Guarda Municipal Giulliano Albuquerque Lopes afirmou que era amigo de Hélio Ortiz, motivo pelo qual este visitava sua residência e possuía a senha de seu wi-fi. No entanto, não obstante diversas checagens no sistema SIGO feitas pela senha do Sd PM Carlos terem sido realizadas a partir de seu endereço IP, Giulliano afirma que não mantinha amizade com o policial militar, e tampouco se recordava deste ter frequentado sua residência.*
>
> *Fazendo coro às declarações supramencionadas, o civil Leonardo Alves Nucci afirma desconhecer o Sd PM Carlos, mas que o civil Hélio Ortiz era seu cliente e possuía a senha do wi-fi de sua Tabacaria, local de onde também foram feitas diversas checagens pela senha do acusado.*
>
> *Embora o civil Hélio Ortiz não tenha sido encontrado a fim de prestar seu depoimento na fase judicial, em sua oitiva prestada na fase inquisitorial (f. 337-339), ao tentar justificar as centenas de checagens feitas no sistema SIGO a partir de seu endereço em dias em que o acusado encontrava-se escalado em locais muito distantes do local, declarou que era o próprio acusado, ou talvez sua esposa, quem realizava as checagens, destacando que o casal morou nos fundos de sua residência durante um período.*

Ao ser questionado sobre as checagens feitas a partir IP da Prefeitura Municipal de Campo Grande, seu local de trabalho, inclusive consultando seu próprio nome, Hélio não soube responder.

Sobre as checagens feitas na residência de seus sogros, Hélio afirmou que o acusado nunca adentrou no local, mas que às vezes permanecia em frente à residência aguardando o civil, e que este havia informado a senha do wi-fi ao acusado.

Por derradeiro, em relação às checagens feitas no endereço IP da Tabacaria Hookah Lounge, local que frequentava constantemente, Hélio afirmou que eram feitas pelo próprio acusado, e que o proprietário do local, a testemunha Leonardo Alves Nucci, talvez não se recordasse da pessoa do militar em razão do grande fluxo de pessoas no local.

Por sua vez, o acusado SD PM Carlos justifica tais fatos alegando que morou durante cerca de dois meses em uma casa nos fundos da residência do civil, e que durante este período utilizava o computador de propriedade de Hélio, mas que em momento algum forneceu sua senha a este, motivo pelo qual acredita que seu amigo tenha subtraído a referida senha utilizando-se de um programa espião, o qual possivelmente estaria instalado no computador de Hélio.

Considerando todas as provas expostas alhures, infere-se que restou cabalmente demonstrado nos autos que as centenas de acesso ao SIGO feitas na senha do denunciado foram realizadas pelo civil Hélio Ortiz, e que, embora este negue ter realizado as checagens, a prova documental e testemunhal colhida nos autos, inclusive com a oitiva de seus próprios sogros, tornou incontroverso que o civil possuía a senha do policial militar ora acusado, e que a utilizava para realizar checagens aos nomes de cidadãos e veículos a pedido, a princípio, de integrantes da Guarda Municipal de Campo Grande.

Muito embora Hélio Ortiz alegue que é apenas colega do acusado Sd PM Carlos, conforme denota-se dos autos, o civil deixou o acusado residir nos fundos de sua residência, inclusive permitindo que o militar utilizasse as dependências e os utensílios de sua residência, demonstrando o laço de amizade existente entre ambos.

Nesta senda, deveras plausível que o acusado Sd PM Carlos tenha fornecido sua senha ao civil, seu amigo pessoal, em virtude de tal amizade.

Em contrapartida, a alegação do denunciado, em autodefesa, no sentido de que o civil teria subtraído sua senha utilizando-se de algum programa espião, não encontra qualquer respaldo em nenhuma prova colhida dos extenso caderno processual em análise, principalmente pelo fato do acusado não ter sequer cogitado, nem mesmo na fase inquisitorial, que fosse realizada perícia técnica no computador do civil a fim de que suas alegações fossem comprovadas."

O delito em questão, é tratado no art. 326 do Código Penal Militar que define o crime de violação de sigilo profissional como: *"Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, em prejuízo da administração militar."*

Sob tais aspectos, depreende-se que a conduta configura-se pelo simples ato do agente revelar ou facilitar a revelação de fato ou informação, a que está obrigado o sigilo, de que tem ciência ou acesso em razão do cargo ou função ocupada, decorrendo em consequência, em prejuízo da administração.

E no caso versando, como visto, o réu forneceu senha de caráter pessoal a pessoa diversa da Corporação, para acesso ao banco de dados do Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO), o qual dispõe de informações privadas sobre diversos cidadãos, de caráter exclusivo ao interesse público, merecendo proteção estatal e sigilo, residindo justamente em todos esses elementos o prejuízo à Administração Militar.

Aliás, assim é o que prevê o art. 6º, § 1º, da Resolução n. 601/2012 da Secretaria de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, que normatiza o acesso das instituições e órgãos públicos às informações constantes do banco de dados do SIGO, dispondo que:

> *"Art. 6º Serão adotadas entre os signatários do TCT, medidas de segurança orgânicas obrigatórias e de proteção, visando preservar o sigilo das informações e a proteção do sistema contra devassamento indesejável, sem prejuízo de outras eventualmente constantes no TCT. § 1º Medidas de segurança orgânicas obrigatórias: a) sigilo do login e da senha individual."*

Desta forma, evidenciada a conduta delitiva pelo fornecimento da senha de acesso a terceiros, como meio de se possibilitar a consulta geral ao sistema de segurança, o qual não possui acesso público livre, sendo privativo aos órgãos de segurança, incorrendo com isso, em desvirtuamento do objetivo visado pela implementação do sistema, em detrimento da Administração.

Em caso análogo, este Tribunal no seguinte destaque:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME MILITAR – ART. 326 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL – FORNECIMENTO A TERCEIRO DE SENHA PESSOAL DE ACESSO A SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO OPERACIONAL (SIGO) – PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR – CONDENAÇÃO MANTIDA – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DISPOSTA NO ART. 70, II, 'L', DO CPM – FALTA DE COMPROVAÇÃO QUANTO A TAL CONDIÇÃO – REDUÇÃO DA PENA – NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE 72, II, DO CPM – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Não há que se falar em absolvição do apelante, uma vez que restou comprovado que ele, na condição de Policial Militar, forneceu a senha pessoal do Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO) a terceiro e, assim agindo, facilitou a revelação de documento ou fato que deva permanecer em sigilo, incorrendo, portanto, na figura prevista no art. 326 do Código Penal Militar. É evidente o prejuízo à Administração Pública, diante do fornecimento de informações sigilosas, privadas, em hipótese alheias ao serviço militar, no interesse particular de pessoa da sua confiança."* (TJMS, Apelação Criminal nº 0011208-41.2018.8.12.0001 - Campo Grande, Rel. Desª Elizabete Anache, 1ª Câmara Criminal, j. 01/06/2020)

Portanto, não acolho o pedido, mantendo-se irretocável a sentença.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

É como voto.

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. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 15 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0000712-05.2013.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, FALTA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL E NULIDADE DO LAUDO PERICIAL – RECHAÇADAS – MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE de APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JÁ AFASTADO EM SEDE DE RECUSO EM SENTIDO ESTRITO E DE EMBARGOS INFRINGENTES – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – DA ABSOLVIÇÃO PELO ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO E PELA INEXISTÊNCIA DE DOLO – AFASTADA – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – INCABÍVEL – DESCLASSIFICAÇÃO – REJEITADA – ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – INDEFERIDO – RECURSO IMPROVIDO.

O mero erro material quanto à data do crime, não acarreta dificuldade de compreensão dos fatos ou dificulta o exercício de defesa. *In casu*, o erro material foi facilmente constatado pela defesa, que defendeu apropriadamente o réu em todas as fases do processo, sendo incabível qualquer alegação de prejuízo ao acusado.

O apelante foi flagrado enquanto fazia o itinerário La Paz/São Paulo, transportando 93 DVDs e 14 CDs falsificados, conduta esta que se adéqua à tipificada no artigo 184, § 2°, do Código Penal. No caso em evidência a norma tem como objeto jurídico a proteção da propriedade imaterial (ou intelectual) e, existindo um suporte probatório mínimo a lastrear a acusação, não há que se falar em falta de justa causa para a propositura da ação penal.

Deve ser afastada alegação de nulidade do laudo pericial, pois nos termos da Súmula 574 do STJ *"para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem."*

Incabível a aplicação do princípio da insignificância nessa fase processual, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, pois o pedido de absolvição pela aplicação do princípio da insignificância, já foi analisada por este Sodalício por ocasião de julgamento do recurso em sentido estrito e de embargos infringentes.

A inaplicabilidade do princípio da adequação social nos casos como o presente é matéria pacificada no âmbito dos tribunais superiores, tendo o Superior Tribunal de Justiça até mesmo emitido a Súmula nº 502 que dispõe: *"Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de exporá venda CDs e DVDs piratas."*

Fica afastada a tese de erro sobre a ilicitude do fato, uma vez que o réu, boliviano, já vive no Brasil há mais de 15 anos e possui três filhos brasileiros (o mais velho com 18 anos de idade), o que, por óbvio, desnatura a alegação de não sabia da ilicitude da venda de DVD e CD piratas em solo brasileiro. De outro lado, não havendo dúvidas de que o apelante conhecia a ilicitude do fato e origem clandestina do material apreendido, as circunstâncias como se deram os fatos, em especial pela significativa quantidade de material apreendido, tem o condão de comprovar o elemento subjetivo necessário para configurar o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, isto é, o intuito de lucro direto e indireto.

Não há inconstitucionalidade dos preceitos secundários do artigo 184, §§ 1º e 2º, do Código Penal, por ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, uma vez que os mencionados dispositivos pretendem resguardar bens jurídicos diversos do delito previsto no *caput*, do artigo 12, da Lei 9.609/98, sendo, então cabível a distinção das penas.

Não prospera o pleito de desclassificação para o crime descrito no art. 184, *caput*, do CP, tendo em vista a inteligência do § 4ª do mesmo artigo, uma vez que o réu não foi flagrado com um só exemplar como diz o dispositivo, mas sim com 107.

Não comprovada a condição financeira do réu, indefiro o pedido de justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 22 de setembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Gregorio Luciano Mamani Huanco, interpôs recurso de apelação criminal, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que o condenou por infração do artigo 184, § 2°, do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa. A pena corpórea foi substituída por 02 restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser determinada pelo Juízo de Execução Penal, e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

Em suas razões (f. 404-433), suscitou preliminarmente: a) a inépcia da denúncia; b) a falta de justa causa para ação penal; c) a nulidade do laudo pericial. No mérito, pediu a sua absolvição: a) pela atipicidade da conduta em razão da incidência do princípio da adequação social; b) por erro sobre a ilicitude do fato; c) por inexistência de dolo; d) pela aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, pediu: a) a declaração incidental da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 184, § 2º, do Código Penal, ante a violação ao princípio da proporcionalidade; b) a desclassificação do delito para o descrito no art. 184, *caput*, do CP; e c) a isenção das custas processuais.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 437-448, pugnando que seja negado provimento ao apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 468-479, opinou pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do recurso defensivo.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Gregorio Luciano Mamani Huanco, interpôs recurso de apelação criminal, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que o condenou por infração do artigo 184, § 2°, do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa. A pena corpórea foi substituída por 02 restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser determinada pelo juízo de execução penal, e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo.

Em suas razões (f. 404-433), suscitou preliminarmente: a) a inépcia da denúncia; b) a falta de justa causa para ação penal; c) a nulidade do laudo pericial. No mérito, pediu a sua absolvição: a) pela atipicidade da conduta em razão da incidência do princípio da adequação social; b) por erro sobre a ilicitude do fato; c) por inexistência de dolo; d) pela aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, pediu: a) a declaração incidental da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 184, § 2º, do Código Penal, ante a violação ao princípio da proporcionalidade; b) a desclassificação do delito para o descrito no art. 184, *caput*, do CP; e c) a isenção das custas processuais.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 437-448, pugnando que seja negado provimento ao apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 468-479, opinou pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do recurso defensivo.

Passo a análise da pretensão.

O Ministério Público Estadual apresentou denúncia pela prática da seguinte conduta delituosa:

> *"No dia 24 de junho de 2012, em horário indeterminado, no Posto Fiscal Lampião Acesso, nesta cidade e comarca, o denunciado* ***Gregório Luciano Mamani Huanco*** *praticou* ***violação de direito autoral****.*
>
> *Prova o respectivo Procedimento Investigatório que Policiais Federais estavam em diligências rotineiras no local dos fatos quando surpreenderam o denunciado que fazia itinerário* ***La Paz/São Paulo*** *transportando noventa e três* ***DVDs*** *e quatorze* ***CDs falsificados*** *(Auto de Apreensão às f. 07-08 e Laudo de Exame Merceológico às f. 14-17). O denunciado ao ser inquirido* ***alegou que o material apreendido ralo era destinado ao comércio, e sim para o seu uso e de sua família****.*
>
> ***Agindo assim, o denunciado Gregório Luciano Mamam Huanco violou os direitos do autor e os que lhe são conexos, com o intuito de lucro direto ou indireto, adquiriu e introduziu no pais, cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma.****"* (G.n.)

Da preliminar de inépcia da denúncia.

Inicialmente, suscita o acusado preliminar de inépcia da denúncia, pois os fatos ocorreram em 2010, mas a peça acusatória indicou data posterior (2012).

Os requisitos da denúncia estão disposto do art. 41 do CPP:

> *"Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."*

Da simples leitura da exordial acusatória, entendo que ela preencheu todos os requisitos necessários.

O mero erro material quanto à data do crime, não acarreta dificuldade de compreensão dos fatos ou dificulta o exercício de defesa.

In casu, o erro material foi facilmente constatado pela defesa, que defendeu apropriadamente o réu em todas as fases do processo, sendo incabível qualquer alegação de prejuízo ao acusado.

Assim, afasto a preliminar de inépcia da inicial.

Da falta de justa causa para ação penal.

Levanta preliminar de ausência de justa causa para ação penal, sob o argumento de que o bem jurídico-penal não foi atingido de forma relevante. Alega que *"não há ataque ao interesse social relevante pelo acusado transportar apenas 01 (um) DVDs e 02 (dois) CDs, aferidos pela perícia, a serem utilizados para si, sem qualquer intenção de expor a venda, conforme declarado nos autos."*

Ao contrário da tese defensiva, o apelante foi flagrado enquanto fazia o itinerário La Paz/São Paulo, transportando 93 DVDs e 14 CDs falsificados, conduta que se adéqua, portanto, à tipificada no artigo 184, § 2°, do Código Penal.

> *"Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente."*

No caso em evidência a norma tem como objeto jurídico a proteção da propriedade imaterial (ou intelectual) e, existindo um suporte probatório mínimo a lastrear a acusação, não há que se falar em falta de justa causa para a propositura da ação penal.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Da preliminar de nulidade do laudo pericial.

Pretende preliminarmente a nulidade do laudo pericial por ter sido feito por amostragem (apenas 03 mídias) e por não indicar as vítimas.

Não merece prosperar a alegação nulidade do laudo pericial.

O não atendimento de todas as formalidades, como por exemplo a não identificação da integralidade das mídias apreendidas, configura-se mera irregularidade, não ensejando a nulidade do laudo, visto que não obsta o reconhecimento da materialidade do crime contra a propriedade imaterial.

Neste sentido é o teor da Súmula 574 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Súmula 574 do STJ: Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem."*

Por conseguinte, rechaço a preliminar.

Do mérito.

Da insignificância.

Em relação ao pedido de absolvição pela aplicação do princípio da insignificância, cabe ponderar que a matéria já foi analisada por este Sodalício por ocasião do julgamento do Recuso em Sentido Estrito de f. 147-155 e dos Embargos Infringentes de f. 196-204, onde, em ambas as oportunidades, por maioria, restou afastada a aplicação do aludido princípio.

Assim, como a questão já foi amplamente debatida por este Tribunal, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, incabível a aplicação do princípio da insignificância nessa fase processual.

Da Atipicidade da Conduta pela Incidência do Princípio da Adequação Social

Pede a sua absolvição, mediante a aplicação do princípio da adequação social, ao argumento de que a conduta de vender e consumir produtos piratas é aceita pela população.

A questão em análise já foi pacificada no âmbito dos tribunais superiores, tendo o Superior Tribunal de Justiça até mesmo emitido a Súmula nº 502:

> *"Súmula 502: Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de exporá venda CDs e DVDs piratas."*

O Supremo Tribunal Federal também firmou entendimento que: *"a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos."*

Vejamos:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF. ART. 102, I, 'D' E 'I' – ROL TAXATIVO – MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO – ORGANICIDADE DO DIREITO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CP) – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA COM RESPALDO NO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA – NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS – REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, C, DO CP) – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO – VIABILIDADE – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS – VEDAÇÃO – UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL – IMPOSSIBILIDADE – HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O princípio da da adequação social reclama aplicação criteriosa, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. A violação ao direito autoral e seu impacto econômico medem-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a 'pirataria', e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal.* ***3. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos.*** *4. In casu, a conduta da paciente amolda-se ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, porquanto comercializava mercadoria pirateada (CD's e DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação) (...)."* (*HC* 120994, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-093 Divulg 15-05-2014 Public 16-05-2014). (G.n.)

No mesmo sentido é o entendimento deste Tribunal:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA – NÃO CONHECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***De acordo com o entendimento pacífico perante os Tribunais Superiores, não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral, previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal****. Não se conhece do pedido de redução da pena-base, se não foi objeto de divergência no Acórdão."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001747-22.2014.8.12.0054, Nova Alvorada do Sul, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 10/12/2019, p: 12/12/2019). (G.n.)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE DELITIVA – INCABÍVEL – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – INVIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO. A perícia realizada por amostragem e mediante a análise das características externas dos CDs e DVDs apreendidos mostra-se suficiente para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2°, do Código Penal, sendo prescindível a identificação das supostas vítimas do crime de violação ao direito autoral, nos termos da Súmula 574 do STJ.* ***De acordo com o entendimento pacífico perante os Tribunais Superiores, evidenciada a materialidade e a autoria delitivas, afigura-se típica a conduta de expor à venda CDs e DVDs 'piratas', não se aplicando os princípios da adequação social e da insignificância.*** *Condenação mantida. Mantém-se a pena-base quando a circunstância judicial negativada encontra-se devidamente fundamentada, bem como a elevação é proporcional."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001747-22.2014.8.12.0054, Nova Alvorada do Sul, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 26/09/2019, p: 27/09/2019). (G.n.)

Dessarte, não há que se falar em atipicidade da conduta pela adequação social.

Do erro sobre a ilicitude do fato e da inexistência de dolo.

O apelante requer sua absolvição, afirmando que:

> *"(...) desconhecia que a prática de viajar (introduzir no país) com filmes e músicas em formato de mídias de DVD/CD, era taxado como crime no Brasil, até pelo fato de ver em nossas ruas muitos 'camelos' que vendem livremente tais itens a céu aberto". Defende que "é pessoa humilde, de profissão singela de costureiro, tendo pouco acesso à cultura, sendo estrangeiro de origem boliviana pouco consegue se expressar em português, apesar dos anos que já vive no brasil, ainda carrega consigo a língua nativa muito forte, bem como suas culturas bolivianas."*

Sobre a ausência de erro sobre a ilicitude do fato, muito bem tratou o magistrado singular, motivo pelo qual, com o fito de evitar desnecessária tautologia, adoto os apontamentos tecidos na sentença como razões de decidir:

> *"(...) não há que se falar na ocorrência do erro sobre a ilicitude do fato, sob a justificativa de que o réu é um humilde costureiro de origem boliviana e que portanto desconheceria a ilicitude de seu ato, mormente considerando ter afirmado em juízo (audiência ocorrida em 20.08.2018 f. 317), que já vivia no Brasil há aproximadamente 15 (quinze) anos, e possui três filhos brasileiros, sendo que a mais velha detém 18 anos de idade, o que por óbvio, desnatura a tese defensiva acerca do erro de proibição, razão pela qual não merece prosperar."*

Dessa forma, não há como crer que o réu ou qualquer homem médio, residente no Brasil há cerca de 15 anos, não saiba da ilicitude da venda de DVD e CD piratas em solo brasileiro, mesmo que tal prática ocorra regularmente.

De outro lado, não havendo dúvidas de que o denunciado conhecia a ilicitude do fato e origem clandestina do material apreendido, as circunstâncias como se deram os fatos, em especial pela significativa quantidade de material apreendido, tem o condão de comprovar o elemento subjetivo necessário para configurar o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, isto é, o intuito de lucro direto e indireto.

Da inconstitucionalidade do preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal.

O apelante requer a declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do dispositivo do § 2º do art. 184 do Código Penal, que foi alterado pela Lei nº 10.695/03, o qual aumentou a pena mínima do delito para dois anos de reclusão, enquanto o art. 12 da Lei nº 9.609/98, que protege os direitos autorais de programas de computação permaneceu com a pena mínima em um ano.

Aqui, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Em caso semelhante, na Apelação nº 0001162-64.2009.8.12.0047, de relatoria do saudoso Des. Manoel Mendes Carli, a questão foi amplamente dirimida:

> *"(...) o artigo 12 da Lei 9.609/98 diz respeito, especialmente, à violação de direitos de autor de programas de computadores, bem jurídico diverso daquele tutelado no art. 184, § 2º do Código Penal que é mais abrangente, possuindo natureza mista (cunho pessoal/moral e patrimonial), embora seja semelhante sob aspecto do gênero direito autoral, havendo razoabilidade e proporcionalidade na diferenciação das penas de respectivos crimes.*
>
> *Os ora apelantes infringiram o disposto no artigo 184, § 2º (acima transcrito), do Código Penal, com redação determinada pela Lei nº 10.695/2003, que visa proteger violação ao direito autoral.*
>
> *No que pertine às infrações e penalidades relativas à violação dos direitos de autor de programa de computador, com pena mínima menor que a prevista no artigo 184, §§ 1º e 2º, do CP, assim estabelece o artigo 12, da Lei nº 9.609/1998, in verbis:*
>
> *'Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:*
>
> *Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.*
>
> *§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:*
>
> *Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.*
>
> *§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral'.*
>
> *Analisando ambas as normas descritas, denota-se que o delito previsto no caput, do artigo 12, da Lei 9.609/98, é o de violar direitos do autor de programa de computador, ou seja, é específico em relação à proteção da propriedade intelectual de software.*
>
> *Já a violação de direito autoral prevista no Código Penal, como mencionado alhures, possui maior abrangência, atingindo, dentre outras condutas, a venda de 'original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma (...)'.*
>
> *Nesse ínterim, não prospera a alegação de inconstitucionalidade dos preceitos secundários do artigo 184, §§ 1º e 2º, do Código Penal, por ofensa aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, uma vez que os mencionados dispositivos pretendem resguardar bens jurídicos diversos, sendo, então plausível a distinção das penas e, ainda, a majoração para os casos considerados de maior gravidade pelo legislador.*

> *Além disso, não se admite a combinação de leis para que a conduta do apelante seja tipificada no art. 184, § 2.º do CPB e a pena aplicada seja aquela prevista no art. 12 da Lei 9.609/98."*

Com efeito, descabida a declaração de inconstitucionalidade do art. 184, § 2º, do Código Penal.

Da desclassificação

Pleiteia a desclassificação do delito para o crime descrito no art. 184, *caput*, do CP, tendo em vista a inteligência do § 4ª do mesmo artigo.

> *"Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:*
>
> *Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.*
>
> *(...).*
>
> *§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998,* ***nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto****."* (G.n.)

Da simples leitura do dispositivo, verifica-se que é impossível a desclassificação, haja vista que o réu não foi flagrado com um só exemplar, mas sim com 107 CDs e DVDs.

Mesmo que o laudo pericial tenha sido feito por amostragem, não há como aplicar a regra do art. 184, § 4º, do Código Penal.

Da gratuidade processual.

Considerando que o réu não fez nenhuma comprovação de sua condição financeira e que é representado por advogado particular, indefiro o pedido de justiça gratuita.

Do presquestionamento.

No que tocante aos prequestionamentos, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Conclusão.

Ante o exposto, com o parecer, afasto as preliminares e nego provimento ao recurso.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso. 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, 22 de setembro de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0002142-68.2017.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, § 4º, LEI Nº 11.343/06 – QUANTIDADE DE DROGA QUE, EMBORA RELEVANTE, NÃO É EXCESSIVA – AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAR DEDICAÇÃO E/OU INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONCESSÃO – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28-A DO CPP – PACOTE ANTICRIME – NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – RETROATIVIDADE – ANÁLISE DOS REQUISITOS OBJETIVOS PELO TRIBUNAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA *IN ABSTRATO* SUPERIOR A QUATRO ANOS – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – QUANTIDADE DA DROGA (11,7 KG) – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE DESCONSIDERADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE – DESATENÇÃO AO INCISO III DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL – REJEIÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL.

Presente a primariedade e bons antecedentes, na ausência de prova segura acerca de outros elementos que indiquem dedicação a atividades criminosas e/ou integração a organização criminosa, a quantidade da droga apreendida, quando não excessiva, por si só, é insuficiente para afastar o benefício previsto pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

O acordo de não persecução penal, instituído pela Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, é uma faculdade concedida ao Ministério Público, que poderá ser exercida em momento anterior à propositura da ação penal, quando a pena abstratamente cominada pelo preceito secundário da norma seja inferior a quatro anos, e o agente confessar a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça. Por tratar-se de lei nova mais benéfica ao acusado, seus efeitos devem retroagir, porém, cabe ao Tribunal de Justiça examinar a presença dos requisitos objetivos de tal instituto, a fim de evitar desnecessário retardo no andamento do feito, bem como um inadmissível tumulto processual.

Impossível a aplicação do artigo 28-A do CPP ao crime de tráfico de drogas, para o qual o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/06 estabelece pena *in abstrato* superior a quatro anos (requisito objetivo), mesmo que a pena concretamente aplicada, em razão do reconhecimento do benefício previsto pelo § 4º do artigo 33 da mesma Lei resulte inferior àquele limite.

O transporte de 11,7 (onze quilos e setecentos gramas) de maconha, esta que é uma das circunstâncias judiciais preponderantes nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, e foi ignorada pela sentença, impossibilita a substituição a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante da desatenção ao inciso III do artigo 44 do Código Penal, pois não se mostra adequada à prevenção e repressão do crime praticado.

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 unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de julho de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Leticia Fernandes da Cruz, contra a sentença de f. 170-175 que a condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformada com a decisão, pelas razões expostas a f. 186-200, postula: 1) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado; 2) com a diminuição da pena, a aplicação dos efeitos do art. 28-A do Código de Processo Penal; 3) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prequestionamento a f. 198-199.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 206-226 e 237-243, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso. Prequestionamento a f. 225 e 243.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Leticia Fernandes da Cruz contra a sentença de f. 170-175 que a condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformada com a decisão, pelas razões expostas a f. 186-200, postula: 1) pelo reconhecimento do tráfico privilegiado; 2) com a diminuição da pena, a aplicação dos efeitos do art. 28-A do Código de Processo Penal; 3) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prequestionamento a f. 198-199.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 206-226 e 237-243, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso. Prequestionamento a f. 225 e 243.

É o que basta para analisar a pretensão.

Tráfico privilegiado.

Sustenta a apelante que preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual faz jus ao benefício do tráfico privilegiado.

Para o reconhecimento do privilégio, necessário que o agente atenda, de forma cumulada, os requisitos lá mencionados, quais sejam: ser primário, ter bons antecedentes, não integrar e nem se dedicar a organização/atividades criminosas.

Ao negar referido benefício, a sentença o fez mediante os seguintes fundamentos (f. 172):

> *"Quanto à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando as circunstâncias do delito, em que a acusada transportava considerável quantidade de entorpecente - 11,7Kg (onze quilos e setecentos gramas) de maconha -, além de ter sido contratada por terceiro que não conhecia e pernoitar em Ponta Porã/MS, vem a revelar que a ré participava de uma organização criminosa, ainda que de maneira momentânea e esporádica, vindo a impedir a concessão de tamanha benesse, consoante entendimento consolidado em nossos tribunais (...). (sic)."*

Na hipótese destes autos, presente a primariedade, não há registro de antecedentes e nem informação de que a apelante se dedique a atividades criminosas, sendo que o benefício, conforme acima mencionado, foi negado diante da ausência do outro requisito, qual seja o de integrar organização criminosa, conclusão a que se chegou por conta da quantidade da substância entorpecente apreendida (11,7 kg de maconha) e do envolvimento com terceiros.

Entretanto, nas circunstâncias postas nos autos tenho que a prova da participação em organização criminosa não foi produzida, pelo menos na intensidade capaz de afastar a possibilidade de tratar-se de traficante de "primeira viagem", aquele cooptado para uma única empreitada delituosa de tal natureza.

Apurou-se que a substância proscrita era transportada no interior de um ônibus interestadual, sem prova da presença de qualquer aparato de apoio na retaguarda, o que permite concluir que se tratava de uma situação de transporte rudimentar, sem muito planejamento ou organização.

Ainda que tenha havido interferência de terceiros, tais como a pessoa que financiou a viagem e firmou a promessa de pagamento, não há prova segura da participação de grupo numeroso de pessoas, tampouco de elevado investimento financeiro, já que a promessa era do pagamento de R$ 1.000,00 (mil reais) pelo transporte.

A apreensão ocorreu em razão de passageiros terem informado acerca do forte odor que exalava no interior do ônibus, de forma que os policiais fizeram vistoria e encontraram a droga.

O que exige especial atenção é, efetivamente, a quantidade da substância entorpecente transportada, pois esta, conforme o volume, tanto pode quanto não, constituir prova de dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa.

Não é correto, a meu sentir, afirmar pura e simplesmente que a quantidade de droga, isoladamente, não basta para demonstrar dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa. Em certos casos, quando é efetivamente grande, exacerbada, demonstrando elevado investimento, é evidente que não seria entregue a nenhum neófito no tráfico, mas sim a membro efetivo do grupo criminoso, em especial diante da vultosa soma de valores envolvida, bem como dos riscos que tal atividade demanda. Trata-se, em tal hipótese, de fatos notórios, ou seja, os que fazem parte da nossa cultura, de conhecimento comum do homem médio de determinada sociedade, categoria de fatos que, conforme a lei, independe de prova (art. 374, I, do CPC).

O próprio STJ, ao reconhecer o tráfico privilegiado que havia sido negado com base apenas na quantidade, referiu que aquela, apreendida naqueles autos, isoladamente, não evidenciava a dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa. Confira-se:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – AGRAVO MINISTERIAL – PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE – PRESSUPOSTOS ATENDIDOS PELO AGRAVADO – PLEITO PELA MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO – REGIME SEMIABERTO ADEQUADO AO CASO – CONFORMIDADE COM O ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP. I. A quantidade e variedade de drogas apreendidas com o agravado, por si só, não se revela apta a evidenciar que ele se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa. Ademais, não foram declinadas as circunstâncias do caso concreto que corroborariam tal conclusão.* ***Assim, tendo em vista que o agravado é primário, não registra maus antecedentes e a quantidade de droga apreendida não evidencia, por si só, sua dedicação à atividade criminosa, nem que integra organização criminosa, é de rigor a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006*** *(...)."* (STJ; AgRg-AREsp 1.020.105; Proc. 2016/0309311-6; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 30/10/2017). (Destaquei).

Assim, mesmo quando isolada, sendo efetivamente muito elevada, a quantidade da substância apreendida pode evidenciar tanto a dedicação a atividades criminosas quanto que o agente integra organização criminosa.

Este, entretanto, não é o caso visto nestes autos, em que a quantidade, ainda que relevante (11,7 kg de maconha), não é tão elevada assim, a ponto de, por si só, evidenciar dedicação a atividades criminosas e/ou integração a organização criminosa, e afastar circunstâncias relevantes, como as acima enumeradas, especialmente a primariedade e a ausência de antecedentes.

Ainda que a prova da participação de organização criminosa envolva maior complexidade em razão de ser natural de tais grupos a dissimulação e a ocultação de seus atos e da identidade de seus membros, obrigando-se o exegeta a perscrutar as entrelinhas, a vasculhar os recantos mais escuros das circunstâncias em busca de indícios que, aliados a outros elementos materiais, possibilitem conclusão segura, estes autos não transmitem a necessária certeza, de forma que, diante de dúvida razoável, deve-se decidir pela concessão do benefício, o qual caracteriza-se como direito subjetivo do agente, e que somente sucumbe diante de prova cabal acerca da inexistência de qualquer dos requisitos previstos pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

Assim já decidiu esta Corte (reduzida e com destaque meu):

> *"RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – RECONHECIMENTO – PENA-BASE – REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL – EXPURGO DA QUANTIDADE DA DROGA – BIS IN IDEM – NÃO RECONHECIMENTO DE DELAÇÃO PREMIADA – CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO TRÁFICO INTERESTADUAL – AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE PÚBLICO – REGIME ALTERADO PARA O SEMIABERTO – PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Pena-base. Considerado que a quantidade da droga foi sopesada na terceira fase da dosimetria para aferir o patamar de diminuição previsto no § 4º da Lei Antidrogas, não há que ser considerada também para agravar a pena-base, por ofensa ao bis in idem, motivo pelo qual reduz-se a pena-base para o mínimo legal. 2.* ***Não há provas concretas nos autos acerca da dedicação dos sentenciados a atividades criminosas. Preenchidos os requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, faz-se imperiosa a aplicação do referido benefício, pois se trata de direito subjetivo do réu e não mera faculdade do juiz. Aplicação na fração de 1/4, tendo em vista a quantidade da droga. 28 quilos de maconha.*** *3. (...)."* (TJMS; APL 0000756-85.2013.8.12.0020; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 30/05/2016; Pág. 94). (G.n.)

Portanto, presentes os requisitos da primariedade e bons antecedentes, bem assim o da não dedicação a atividades criminosas, na ausência de prova segura acerca de outros elementos que indiquem integração a atividades criminosas, a quantidade da droga apreendida, quando não excessivamente elevada, por si só, é insuficiente para afastar o benefício previsto pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

Assim decide o STJ:

> *"RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA – MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – FUNÇÃO DE 'MULA' – CIRCUNSTÂNCIA QUE, DE PER SI, NÃO EVIDENCIA INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – REGIME INICIAL FECHADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O preparo prévio da conduta criminosa e a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, efetivamente evidenciam uma conduta mais censurável do agente, motivo pelo qual autorizam a conclusão pela desfavorabilidade da circunstância judicial relativa à culpabilidade. 2. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, e é irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ. 4. Uma vez que a confissão do acusado foi utilizada pelo Magistrado para a formação do seu convencimento quanto à prática do crime de tráfico transnacional de drogas, deve ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. 5.* ***O núcleo essencial da ideia de organização criminosa está vinculado à compreensão***

de que esse tipo de organização é altamente estruturada, organizada hierarquicamente, com recrutamento de pessoas, divisão funcional de tarefas, dotada de alto poder de intimidação e de ingerência sobre a própria máquina estatal, com repercussões internacionais que não encontram fronteiras, dado o poderio econômico que detém, o que lhe imprime alto planejamento e controle. 6. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. 7. O fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos. 8. A necessidade de conferir tratamento diferenciado aos agentes que praticam crimes como 'mulas' guarda relação, em certa medida, com a aleatoriedade ou com a fragilidade (vulnerabilidade) que esses indivíduos apresentam, recrutados, na maioria dos casos, para a finalidade de um único transporte de droga. 9. À luz dos elementos coligidos aos autos e com base em uma análise detida dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para justificar a impossibilidade de incidência do redutor, verifica-se que, especificamente no caso ora em análise, a relação existente entre o recorrente e o tráfico de drogas foi meramente circunstancial e que ele não integra, diretamente, uma organização criminosa em si. 10. Sendo o recorrente tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, e diante da ausência de elementos concretos que, efetivamente, evidenciem a sua dedicação a atividades delituosas ou a sua integração em organização criminosa, deve o recurso ser provido nesse ponto, a fim de reconhecer a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu favor. *11. Embora o acusado haja sido definitivamente condenado a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (natureza e elevada quantidade de drogas apreendidas) justifica, concretamente, a adoção de regime prisional mais severo do que o correspondente à pena aplicada, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal. 12. Uma vez que a reprimenda ficou estabelecida em patamar acima de 4 anos de reclusão, não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). Ademais, a elevada quantidade de drogas (quase 2 kg de cocaína, peso líquido), apreendidas em contexto de tráfico transnacional, evidencia que, no caso, a substituição da pena não se mostra uma medida socialmente recomendável, nos termos do inciso III do art. 44 do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 13. Recurso especial parcialmente provido, a fim de: a) reconhecer, em favor do recorrente, a atenuante da confissão espontânea, aplicando-a no patamar de 1/6; b) aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, tornar a reprimenda do acusado definitivamente estabelecida em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 486 dias-multa."* (REsp 1365002/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 11/09/2017). (Destaquei).

No contexto dos autos, portanto, havendo indicativos de que o episódio foi fato isolado na vida da apelante, tenho que lhe deve ser concedido o benefício previsto pelo § 4º artigo 33 da Lei 11.343/06.

Em decorrência, afasto o caráter hediondo.

O patamar de redução, considerando a quantidade de maconha apreendida, não pode ser superior a 1/2 (metade), pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, de forma que, considerando que a pena resultou fixada pela sentença em 5 anos e 10 meses de reclusão, é reduzida para 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

Aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP. Acordo de não persecução penal.

Postula a apelante, em caso de redução da pena, pela aplicação dos efeitos do art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/19, que instituiu a possibilidade de o Ministério Público propor acordo ao investigado de não persecução penal.

Dispõe o novel artigo 28-A do CPP:

> *"Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (...)."*

Como se vê, o acordo de não persecução penal, instituído pela Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que introduziu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, é uma faculdade concedida ao Ministério Público, que poderá ser exercida em momento anterior à propositura da ação penal, quando a pena abstratamente cominada pelo preceito secundário da norma seja inferior a quatro anos, e o agente vier a confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça.

Não se discute que se trata de lei nova mais benéfica ao acusado, bem como que, diante de tal natureza, seus efeitos devem retroagir (princípio da *novatio legis in mellius).*

Mesmo assim, quando o feito encontra-se em grau de recurso, antes de determinar a baixa dos autos, cabe ao Tribunal de Justiça examinar a presença dos requisitos objetivos de tal instituto, a fim de evitar desnecessário retardo no andamento do feito, bem como um inadmissível tumulto processual.

Nesse sentido o seguinte aresto que, inobstante destoe em alguns aspectos do entendimento do STJ, com o qual comungo, bem ilustra a afirmação acima, pontos em que destaquei:

> *"PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33 C/C ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006 – QUESTÃO PRELIMINAR –* ***ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PACOTE ANTICRIME*** *– NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA – APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. (...) 3. O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in mellius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 4. É possível a retroação da Lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (Resp. nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma). 5. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP. 6. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias. 7.* ***É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal****. 8. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela Lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da Lei mais benéfica. 9.* ***Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar****. 10. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo. 11. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários. 12. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. 13. Ao menos no que diz respeito aos aspectos subjetivos, ao denunciado deve ser assegurada a possibilidade de oferta pelo Ministério Público Federal do acordo de não persecução penal. 14. Determinada, em preliminar, a remessa do feito ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de*

> *Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, julgando prejudicado o recurso."* (TRF 4ª R.; ACR 5013891-67.2018.4.04.7002; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; Julg. 03/06/2020; Publ. PJe 04/06/2020). (G.n.)

Assim sendo, é de fácil verificação que a hipótese versada nestes autos não é abraçada pelo artigo 28-A do CPP.

Primeiro porque a fase investigativa há muito encerrou-se, tanto que há condenação, inclusive em segundo grau.

Depois porque o crime praticado é o de tráfico de drogas (artigo 33, da Lei 11.343/06), cuja pena mínima prevista é superior a 04 (quatro) anos.

Além disso, pela relevante quantidade de droga transportada (11,7 kg de maconha), é de fácil percepção que qualquer acordo de não persecução penal seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime.

É nesse sentido a interpretação dada pelo STJ ao dispositivo legal acima transcrito, com a qual comungo. Confira-se:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ESTELIONATO TENTADO – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA – INOVAÇÃO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. I - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, à conta de omissão no V. acórdão, pretende o embargante a rediscussão, sob nova roupagem, da matéria já apreciada. II - Ademais, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal,* ***instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau****. Embargos de declaração rejeitados."* (STJ; EDcl-AgRg-AREsp 1.668.298; Proc. 2020/0043007-8; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 26/05/2020; DJE 03/06/2020). (G.n.)

Especificamente ao caso concreto (tráfico de drogas), em que, diante do reconhecimento do tráfico ocasional (§ 4º artigo 33 da Lei 11.343/06), a pena estabilizou-se em patamar inferior a 04 (quatro) anos, resta impossível a aplicação do artigo 28-A do CPP, porque a pena a ser considerada não é a concreta, e sim a abstrata. Atente-se:

> *"PROCESSO PENAL E PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL –* ***TRÁFICO DE DROGAS – APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP – IMPOSSIBILIDADE*** *– QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INDEFERIDA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.* ***1. Não se pode falar na aplicação do art. 28-A do CPP ao crime de tráfico, uma vez que este não tem pena mínima inferior a 04 anos, um dos requisitos exigidos pelo_referido dispositivo****. 2. Em atenção ao art. 44 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (253 pastilhas de ecstasy), inclusive utilizadas para sopesar a pena-base, justificam a impossibilidade da substituição. 3. Agravo regimental não provido."* (STJ; AgRg-AgRg-AREsp 1.635.787; Proc. 2019/0375723-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 12/05/2020; DJE 19/05/2020). (G.n.)

Diante de tais fundamentos, rejeita-se o pleito defensivo.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Por fim, a apelante postula pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao julgar o *HC* n° 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos a condenados por tráfico de drogas. Portanto, quando presentes os requisitos previstos pelo artigo 44, do Código Penal, a substituição é direito subjetivo do agente. Eis o texto legal:

> *"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."*

No caso sob análise verifica-se que a pena resultou fixada em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e não se trata de reincidente, de forma que presentes os dois primeiros requisitos legais.

O requisito que demanda maior atenção, em razão da elevada dose de subjetividade que encerra, é o previsto pelo inciso III, o qual não se atrela exclusivamente à análise das circunstâncias judiciais, já realizada pela sentença, daí a necessidade de ser analisado com vistas ao princípio da proporcionalidade, face aos critérios da retributividade e suficiência da sanção penal.

A hipótese versada trata do transporte de relevante quantidade de maconha (11,7 kg), esta que é uma das circunstâncias judiciais preponderantes nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, e foi ignorada pela sentença, de forma que a substituição pleiteada não se mostra adequada à prevenção e repressão do crime praticado. Nesse sentido decisões do Tribunal da cidadania (sem grifos na fonte):

> *"HABEAS CORPUS – PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – REGIME FECHADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE – ORDEM DENEGADA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.° 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. 2. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, a medida não se mostra socialmente recomendável, tendo em vista a quantidade da droga apreendida. 3. Sendo inadequada à espécie a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, deve o Paciente iniciar o cumprimento de sua pena no regime inicial fechado, nos termos da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007. 4. Ordem denegada."* (STJ. *HC* 198.998/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 13/03/2012).

> *"PROCESSO PENAL E PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP – IMPOSSIBILIDADE –* ***QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INDEFERIDA*** *– AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não se pode falar na aplicação do art. 28-A do CPP ao crime de tráfico, uma vez que este não tem pena mínima inferior a 04 anos, um dos requisitos exigidos pelo referido dispositivo. 2.* ***Em atenção ao art. 44 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a natureza e a quantidade de entorpecente apreendido (253 pastilhas de ecstasy), inclusive utilizadas para sopesar a pena-base, justificam a impossibilidade da substituição.*** *3. Agravo regimental não provido."* (STJ; AgRg-AgRg-AREsp 1.635.787; Proc. 2019/0375723-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 12/05/2020; DJE 19/05/2020). (G.n.)

Face a tais fundamentos, e diante do não atendimento ao requisito previsto pelo inciso III do artigo 44 do Código Penal, rejeita-se o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, a pena deve ser cumprida inicialmente no regime aberto.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para conceder o privilégio, afastar o caráter hediondo do delito e fixar a pena em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa.

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. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 16 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0034835-74.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – CRIME MILITAR – DESCAMINHO – ART. 334 DO CP – PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – MATÉRIA JÁ APRECIADA, EM AMBAS AS INSTÂNCIAS – IMPROCEDÊNCIA – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – DOLO CARACTERIZADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS Nº 75 E Nº 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – REPROVABILIDADE DA CONDUTA – CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR – INSIGNIFICÂNCIA NÃO DEMONSTRADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – AGRAVANTE DO ART. 53, § 2º, I, DO CPM – EXCLUSÃO – PERDIMENTO DOS BENS UTILIZADOS NA PRÁTICA DO CRIME – REGULARIDADE – RECURSO DE THIAGO DESPROVIDO E DE ADRIANO PARCIALMENTE PROVIDO.

Após as alterações promovidas pela Lei nº. 13.491/2017 houve a ampliação do conceito de "crime militar", sendo que qualquer infração penal prevista no ordenamento jurídico brasileiro poderá ser caracterizada dessa forma, sendo julgada perante o Juízo Militar, desde que adequadas a uma das hipóteses previstas no art. 9º, II, do Código Penal Militar. A expressão "militar em situação de atividade", prevista no dispositivo do Código Penal Militar, significa militar "da ativa", e não necessariamente em serviço, de maneira que o crime cometido por militar da ativa, mesmo durante a folga, configura crime de natureza militar.

Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

No descaminho, o agente busca iludir, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, o pagamento de direito ou imposto devido em face da entrada ou saída da mercadoria não proibida. O crime se aperfeiçoa com a liberação pela alfândega sem o pagamento dos impostos inerentes, o que ocorreu, no caso. A apresentação de álibi transfere à defesa o ônus de comprovar o alegado, nos moldes do art. 156 do Código de Processo Penal.

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. Inaplicável tal princípio quando, apesar de o valor do imposto não recolhido ser inferior ao previsto pelo art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pela Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda, presente o elevado grau de reprovabilidade da conduta do apelante, posto que é policial militar. O policial militar representa para a sociedade confiança e segurança. A conduta praticada não só é relevante para o Direito Penal como é absolutamente reprovável diante da especial condição, pois de qualquer agente público exige-se comportamento adequado, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral.

Exclui-se o aumento da pena decorrente da agravante do art. 53, § 2º, I, do CPM se não demonstrada, concretamente, a precedência hierárquica sobre o corréu ou quaisquer circunstâncias que evidenciam que este dirigiu a empreitada criminosa.

Confirma-se o decreto de perdimento do veículo e dos aparelhos de telefone celular utilizados para a prática do crime, nos termos dispostos pela letra "a" do inciso II do artigo 91 do Código Penal, com ou sem habitualidade nesta prática.

Recurso de Thiago desprovido e de Adriano parcialmente provido. Decisão em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Thiago de Souza Martins e deram parcial provimento ao recurso interposto por Adriano de Araújo Nunes.

Campo Grande, 6 de agosto de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Adriano de Araújo Nunes e Thiago de Souza Martins contra a sentença de f. 538-547 que os condenou, o primeiro, à pena de 01 (um) ano de reclusão e o último à de 01 (um) ano 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, por infração ao artigo 314 do Código Penal, pena suspensa por 02 (dois) anos.

Thiago, pelas razões expostas a f. 561-567, postula, em preliminar, pela nulidade do processo por incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar a ação, posto que não se trata de crime militar, devendo o processo ser remetido para a Justiça Federal. No mérito, requer a restituição dos bens apreendidos, nos termos do Art. 191, "b", do Código de Processo Penal Militar.

Adriano, por seu turno, a f. 589-609, pretende, em suma, em preliminar, a nulidade do processo por incompetência da Justiça Estadual, alegando que não se trata de crime militar e que o crime deve ser julgado pela Justiça Federal, requerendo o encaminhamento dos autos à Justiça Federal. No mérito, requer a absolvição por não ter ele agido com dolo somado ainda ao fato que transportava a mercadoria em favor a um colega ou por insuficiência de provas, ou, ainda, pela aplicação do princípio da insignificância. Com relação à pena aplicada, requer a não aplicação da agravante descrita no artigo art. 53, § 2º, inciso I, do CPM, visto que inexistiria nos autos qualquer prova, indicativo ou ao menos indício de que ele promoveu ou organizou a cooperação no crime ou mesmo dirigiu a atividade de seu colega de farda.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 572-575 e 620-633, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 638-656, no mesmo sentido. Formulou prequestionamento.

É o Relatório. À Revisão.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Adriano de Araújo Nunes e Thiago de Souza Martins contra a sentença de f. 538-547 que os condenou, o primeiro, à pena de 01 (um) ano de reclusão e o

último à de 01 (um) ano 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, por infração ao artigo 334 do Código Penal, pena suspensa por 02 (dois) anos.

Thiago, pelas razões expostas a f. 561-567, postula, em preliminar, pela nulidade do processo por incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar a ação, posto que não se trata de crime militar, devendo o processo ser remetido para a Justiça Federal. No mérito, requer a restituição dos bens apreendidos, nos termos do Art. 191, "b", do Código de Processo Penal Militar.

Adriano, por seu turno, a f. 589-609, pretende, em suma, em preliminar, a nulidade do processo por incompetência da Justiça Estadual, alegando que não se trata de crime militar e que o crime deve ser julgado pela Justiça Federal, requerendo o encaminhamento dos autos à Justiça Federal. No mérito, requer a absolvição por não ter agido com dolo, somado ao fato de que transportava a mercadoria como favor a um colega, ou por insuficiência de provas ou, ainda, pela aplicação do princípio da insignificância. Com relação à pena aplicada, requer afastamento da agravante do artigo art. 53, § 2º, inciso I, do CPM, visto que inexiste qualquer prova, indicativo ou ao menos indício de que ele promoveu ou organizou a cooperação no crime ou mesmo dirigiu a atividade de seu colega de farda.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 572-575 e 620-633, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 638-656, no mesmo sentido. Formulou prequestionamento.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da competência.

Ambos os apelantes alegam, em sede de preliminar, a nulidade do processo por incompetência da Justiça Militar, sob o argumento de que, por estarem de folga no dia dos fatos, tratar-se-ia de crime comum e, ademais, de competência da Justiça Federal, para onde pedem o encaminhamento dos autos.

Contudo, não há como acolher a prejudicial.

Trata-se de matéria já examinada, tanto pelo juízo *a quo*, quanto por este Tribunal, nos autos de *Habeas Corpus* n. 1400873-44.2019.8.12.0000, impetrado em favor do apelante Thiago.

A sentença ratificou a decisão proferida anteriormente sustentando que *"não houve inovação dos argumentos já refutados durante a instrução, reafirmando o entendimento já sedimentado nesta Justiça Especializada, cabendo apenas ressaltar que a competência deste Juízo foi ampliada com o advento da Lei 13.491/2017 que alterou a redação do art. 9º do Código Penal Militar (CPM), passando a abarcar os crimes que anteriormente não eram tidos militares, instituindo, assim, os crimes militares por extensão (aqueles previstos exclusivamente na legislação penal comum, isto é, no Código Penal (CP) e na legislação extravagante)."*

Disse, ainda, que:

> *"(...) policiais militares da ativa vêm sendo cooptados para efetuarem os crimes de contrabando e descaminho pelos seguintes motivos: conhecem as rotas alternativas e localização das bases, o que evita fiscalização; em razão da PMMS ter um efetivo pequeno quase todos se conhecem o que evita o pedido de documento e revista durante as abordagens; quando são abordados a identificação como militar geralmente importa na dispensa da revista. Assim sendo, militar da ativa utilizando da sua expertise para a prática de crimes leva a competência para o âmbito da Justiça Militar Estadual pois afronta os valores da ética, disciplina e hierarquia que regem a instituição, tratá-los como civil por estarem de folga, licença ou férias seria ferir de morte as instituições militares."*

Já no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1400873-44.2019.8.12.0000, impetrado em favor de Thiago, restou decidido:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – DESCAMINHO – PRÁTICA POR POLICIAL MILITAR DURANTE O PERÍODO DE FOLGA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.491/2017 – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO ORDEM DENEGADA. I - Após as alterações promovidas pela Lei nº. 13.491/2017 houve a ampliação do conceito de 'crime militar', sendo que qualquer infração penal prevista no ordenamento jurídico brasileiro poderá ser caracterizada dessa forma, sendo julgada perante o Juízo Militar, desde que adequadas a uma das hipóteses previstas no art. 9º, II, do Código Penal Militar. II A expressão 'militar em situação de atividade', prevista no dispositivo do Código Penal Militar, significa militar 'da ativa', e não necessariamente em serviço, de maneira que o crime cometido por militar da ativa, mesmo durante a folga, configura crime de natureza militar. III – Ordem denegada. Com o parecer da PGJ (...)."

Portanto, a questão posta já restou decidida e não há dúvida quanto à competência da Justiça Militar Estadual para processar e julgar os apelantes pela prática do delito tipificado no artigo 334 do Código Penal, c/c com o artigo 70, inciso II, alínea "g", do Código Penal Militar.

Diante disso, não há como acolher a preliminar de incompetência, que resta, assim, rejeitada.

Do mérito. Pedido de absolvição. Apelante Adriano.

O apelante Adriano pretende a absolvição por ausência de dolo, por insuficiência de provas ou, ainda, pela aplicação do princípio da insignificância.

Inobstante o respeito que se deva ter ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade (artigo 5°, LVII da Constituição Federal), que é uma das bases do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigo 8°, 2), em que se sobreleva o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, no caso dos autos, além de terem sido observadas todas as garantias relativas ao direito de defesa, as provas produzidas excluem qualquer dúvida razoável, tornando impositiva a condenação.

Narra a denúncia que, no dia 12 de setembro de 2018, por volta das 11h30min, na Rodovia MS-162, próximo à cidade de Sidrolândia, o apelante 3º SGT PM Adriano de Araújo Nunes, juntamente com o AL SGT PM Thiago de Souza Martins, ciente da reprovabilidade de suas condutas, ilidiram o pagamento de impostos devido pela entrada de mercadorias no país, com violação de dever inerente ao cargo.

A materialidade restou demonstrada por meio do Boletim de Ocorrência nº 468/2018 (f. 17-23), do auto de prisão em flagrante e do auto de exibição e apreensão (50-52) - onde consta a descrição do material apreendido, quantidade e valores estimados.

Após a oitiva das testemunhas e dos próprios apelantes, restou incontroverso nos autos que Adriano de Araújo Nunes e Thiago de Souza Martins, de comum acordo, transportavam, em uma caminhonete S-10, placa NSB-2030, branca, aproximadamente R$ 100.000,00 (cem mil reais) em produtos adquiridos no Paraguai, desacompanhados de notas fiscais.

O crime de descaminho é tipificado pelo artigo 334, do Código Penal, e sua consumação ocorre com a entrada ou saída de mercadoria do território nacional sem o pagamento de tributos devidos, ou sem a documentação que comprove a regular importação, fatos que resultaram bem demonstrados nestes autos, pois a mercadoria foi apreendida na cidade de Sidrolândia, sem qualquer documento de ordem fiscal.

Assim, não se há falar em insuficiência de provas da prática delitiva.

Tampouco se pode alegar ausência de dolo, posto que tanto Adriano quanto Thiago são policiais militares, que trabalham exatamente em uma região onde tal crime é praticado corriqueiramente, diariamente, em larga escala, sendo eles encarregados de coibir tal prática.

Aproveitaram-se da função pública, bem como do fato de serem conhecidos e superiores hierárquicos dos policiais que os abordaram no posto policial em Vista Alegre.

Pelo que das provas consta, restou indubitável que a conduta dos apelantes enquadra-se perfeitamente ao tipo imputado, vez que, mesmo alegando ausência de intenção, não resta nenhuma dúvida de que tinham conhecimento da proibição da conduta.

Ademais, o fato alegado por Adriano, de estar transportando a mercadoria como favor a um amigo, não desconfigura o delito.

Primeiro porque a existência de tal amigo sequer foi comprovada, pois o apelante nem mesmo indica o endereço ou qualquer forma que possibilitasse o contato com tal pessoa para que a mesma viesse a esclarecer os fatos.

Ademais, não é crível que o apelante tenha aceitado trazer mercadorias de grande valor para um amigo que apenas havia conhecido na faculdade, sem saber endereço e sem ter com ele contato mais íntimo, conforme ele próprio afirmou em juízo.

Porém, mesmo que a mercadoria fosse de tal amigo, tal fato seria irrelevante, pois de qualquer maneira o apelante teria colaborado para o ingresso de tais produtos no país sem o correspondente recolhimento do tributo, fato que configura o delito. Nesse sentido (com destaques meus):

> *"PENAL – DESCAMINHO – ART. 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – AUTORIA E DOLO COMPROVADOS – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – VALOR MANTIDO. 1.* ***O fato de não ser o proprietário das mercadorias apreendidas, como alegado, não se mostra relevante. Isso porque, ao transportar as mercadorias, ciente da ilusão tributária, o réu aderiu à conduta do proprietário/importador, sendo o que basta à caracterização do delito****. 2. A fixação do valor da prestação pecuniária deve levar em conta as vetoriais do artigo 59 do Código Penal, a extensão do dano ocasionado pelo delito, a situação financeira do agente e a necessária correspondência com a pena substituída, elementos que no caso não autorizam a redução do valor estabelecido na sentença."* (TRF 4ª R.; ACR 5002562-71.2017.4.04.7009; PR; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Luiz Carlos Canalli; Julg. 07/07/2020; Publ. PJe 08/07/2020). (G.n.)

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE DESCAMINHO – ARTIGO 334, CAPUT E § 1º, IV, DO CÓDIGO PENAL – INSIGNIFICÂNCIA AFASTADA – LIMITE FISCAL – ULTRAPASSADO. (...).* ***5. Para a configuração do delito de descaminho não é necessário que o agente que transporta a mercadoria irregularmente importada seja o seu proprietário, bastando a prova de sua participação livre e consciente na prática de conduta típica. Nos crimes de contrabando e/ou descaminho, a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente e responsável pela diligência por ocasião da apreensão das mercadorias.*** *6. (...)."* (TRF 4ª R.; ACR 5004415-93.2018.4.04.7005; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; Julg. 03/06/2020; Publ. PJe 04/06/2020). (G.n.)

Assim, resta claramente configurado o delito.

No que toca à pretensão pela aplicação do princípio da insignificância, quanto ao crime de descaminho, prevalece no Supremo Tribunal Federal (STF) o entendimento de que a conduta é atípica quando o valor dos impostos incidentes sobre a importação regular que, no caso, são o imposto de importação e o Imposto sobre produtos industrializados, não ultrapassa o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pela Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda. A propósito:

> *"HABEAS CORPUS – PENAL – CRIME DE DESCAMINHO (CP, ART. 334) – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PRETENSÃO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INCIDÊNCIA – VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS Nº 75 E Nº 130/2012 DO*

MINISTÉRIO DA FAZENDA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS – ORDEM CONCEDIDA. 1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R$ 19.750,41 e o paciente, segundo os autos, não responde a outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho com base no princípio da insignificância. 3. Ordem concedida para se restabelecer o acórdão de segundo grau, no qual se manteve a sentença absolutória proferida com base no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal." (*HC* 155.347/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.04.2018, DJe-087 Divulg 04.05.2018 Public 07.05.2018).

"HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – DESCAMINHO – VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002 – PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Descaminho envolvendo elisão de tributos federais no montante de R$ 19.892,68 (dezenove mil, oitocentos e noventa e dois reais e sessenta e oito centavos) enseja o reconhecimento da atipicidade material do delito pela aplicação do princípio da insignificância. 4. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o restabelecimento do juízo de rejeição da denúncia exarado pelo magistrado de primeiro grau." (*HC* 136.984/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.10.2016, DJe-049 Divulg 14.03.2017 Public 15.03.2017).

Porém, nenhum dos acusados pelas práticas analisadas pelas ementas acima eram policiais militares, circunstância esta que altera completamente o referido entendimento.

Sabe-se que o Direito Penal só deve intervir e impor sanções quando houver absoluta necessidade, ou seja, nos casos em que a ofensa ao bem jurídico protegido, que deve ser relevante e essencial, for intolerável.

Mesmo que se busque hodiernamente um Direito Penal de intervenção mínima, excluindo do âmbito da proibição penal as infrações leves, é evidente que na aplicação prática do princípio deve-se agir com cautela, considerando-se insignificante somente aquilo que realmente o é, tomando o cuidado de não desvirtuar o real alcance do instituto, máxime para evitar a sensação de insegurança na sociedade.

É assim que o STF aponta que tal princípio somente pode ser aplicado diante do preenchimento dos seguintes requisitos: *"(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).

Ou seja, não se deve considerar apenas o prejuízo causado à vítima, mas também a presença dos demais requisitos, que são cumulativos, dentre os quais destaca-se, para a espécie sob análise e nas circunstâncias do caso concreto, o grau de reprovabilidade do comportamento, o qual está longe de ser configurado como reduzido.

E isto é assim porque o apelante é policial militar, especial condição pessoal que dele exige ainda maior atenção ao respeito às Leis, pois o que lhe cabe, por dever de ofício, é coibir a prática criminosa, e não nela inserir-se de maneira decisiva e, o que é ainda pior, utilizar-se exatamente desta condição para a facilitação das condutas.

De tal forma, o elevado grau de reprovabilidade do comportamento afasta a possibilidade de reconhecimento do princípio invocado.

Ainda que no campo da fixação da pena, precisamente acerca da moduladora da culpabilidade, o TRF 3ª Região assentou que:

> *"(...) do crime de descaminho praticado na data de 04.05.2011. 1ª Fase. Acolhendo o pleito ministerial, a culpabilidade deve ser valorada negativamente em decorrência de tratar-se de crime praticado por policial militar. De certo, o delito praticado por aquele que tem o dever de zelar pelo cumprimento da Lei causa maior grau de reprovabilidade da conduta. Portanto, a pena-base deve ser exasperada em razão da culpabilidade, tendo extrapolado a normalidade, a ponto de merecer maior reprovação social." (TRF 3ª R.; ACr 0002608-37.2013.4.03.6000; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis; Julg. 12/12/2019; DEJF 14/01/2020).*

O Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar, ao tratar especificamente da aplicação do princípio da insignificância em casos envolvendo policiais, decidiram:

> *"CRIMINAL – **HABEAS CORPUS** – TRANCAMENTO AÇÃO PENAL – QUESTÃO DISCUTIDA PELO TRIBUNAL **A QUO** – POSSIBILIDADE DO PLEITO NA PRESENTE VIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO – FURTO – POLICIAL MILITAR – REPROVABILIDADE DA CONDUTA – ART. 240, § 1º DO CÓDIGO PENAL MILITAR – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – ORDEM DENEGADA. (...) VI - O princípio da insignificância revela-se quando condutas que se amoldam formalmente a determinado tipo legal, não apresentam relevância material, sendo afastada liminarmente a tipicidade penal. VII - O Supremo Tribunal Federal, ao delimitar a aplicação do princípio da insignificância, registrou que devem ser observados os seguintes requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Documento: 14493349 - Ementa/Acordão - Site certificado - DJe: 04/04/2011 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça **VIII – Na hipótese dos autos não se verifica a presença de todos os requisitos para a aplicação do princípio em comento. Conquanto possa se afirmar haver a inexpressividade da lesão jurídica provocada – por ser considerada ínfima a quantia alegada pela impetrante R$ 0,40 (quarenta centavos de Real) - verifica-se na hipótese alto grau de reprovabilidade da conduta do paciente, policial militar, fardado, que, no seu horário de serviço, subtraiu uma caixa de chocolates, colocando-a dentro de seu colete a prova de balas. IX - O policial militar representa para a sociedade confiança e segurança. A conduta praticada não só é relevante para o Direito Penal como é absolutamente reprovável, diante da condição do paciente, de quem se exige um comportamento adequado, ou seja, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral** (...)."* (STJ: *HC* 192242/MG. *Habeas Corpus* 2010/0223704-5. Relator(a): Ministro Gilson Dipp (1111). Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma. Data do Julgamento: 22/03/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/04/2011. RT vol. 908 p. 567). (G.n.)

> *"APELAÇÃO – DEFESA – FURTO – AUTORIA E MATERIALIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – FURTO ATENUADO – RESTITUIÇÃO DA RES ANTES DA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL – CRIME TENTADO. 1. A confissão do Apelante, feita ainda em sede de IPM, faz prova da autoria, desde que haja compatibilidade e consonância com as demais provas judiciais. 2. **O furto praticado por militar dentro da caserna não atinge apenas o patrimônio da vítima, mas, também, a disciplina e a hierarquia. Portanto, não há inexpressiva ofensividade ao bem jurídico tutelado, o que impede a aplicação do Princípio da Insignificância**. 3. Para configuração do furto atenuado, a restituição da Res furtiva deve ser efetivada de forma voluntária, não se perfazendo quando o objeto for apreendido por ação da autoridade policial militar. 4. Durante o tempo em que a Res furtiva permanece escondida na mochila de campanha do réu, há sua retirada da esfera de posse e disponibilidade da vítima e o ingresso na livre disponibilidade do agente, consumando-se o crime de furto. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime."* (STM; APL 7001158-17.2019.7.00.0000; Tribunal Pleno; Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira; Julg. 06/02/2020; DJSTM 20/02/2020; Pág. 13). (G.n.)

Assim, ainda que o valor dos impostos incidentes não ultrapasse o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), restou demonstrada a gravidade da conduta e a periculosidade social da ação, de forma que não se aplica à hipótese o princípio da insignificância.

Mantém-se, pois, a condenação.

Da pena aplicada. Da agravante do art. 53, § 2º, do CPM.

Com relação à pena aplicada, o apelante Adriano requer a não aplicação da agravante descrita no artigo art. 53, § 2º, inciso I, do CPM, visto que inexiste nos autos qualquer prova, indicativo ou ao menos indício de que ele promoveu ou organizou a cooperação no crime ou mesmo dirigiu a atividade de seu colega de farda.

O art. 53 , do CPM tem a seguinte redação:

> *"Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2° A pena é agravada em relação ao agente que:*
>
> *I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;*
>
> *(...).*
>
> *A sentença aplicou a agravante tendo em vista a sua precedência hierárquica (...)."*

A agravante deve ser excluída, uma vez que não restou comprovado que o corréu Thiago tenha aderido à conduta criminosa de Adriano em razão de este ser seu superior hierárquico. Ademais, o simples fato de o apelante já ter atuado como Policial Militar Rodoviário Estadual, apontado pela sentença, por si só, não evidencia que este dirigiu a empreitada criminosa narrada.

Portanto, tenho por viável a exclusão da agravante.

Da nova dosimetria.

A sentença, em atenção às diretrizes previstas no art. 69 do CPM, verificando que as circunstâncias judiciais revelaram-se neutras, fixou a pena-base, para Adriano, no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão, qual, por não existirem circunstâncias agravantes e/ou atenuantes ou de causas de aumento e/ou diminuição, considera-se definitiva.

Mantém-se o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena e, ainda, a concessão da suspensão condicional da pena, nos termos da sentença.

Da restituição dos bens apreendidos.

Thiago, por fim, requer a restituição dos bens apreendidos, nos termos do Art. 191, "b", do Código de Processo Penal Militar.

O direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*, e XXII), mas comporta restrições, especialmente as decorrentes do indevido uso. E quando qualquer objeto de valor econômico é empregado para a prática de crimes, ou adquirido com o produto de ilícitos, referido direito sofre mitigação, cedendo ao interesse da comunidade.

Assim é que o inciso II do artigo 91 do Código Penal estabelece como efeitos da condenação a perda em favor da união, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime,

desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

E a restituição dos bens apreendidos fica condicionada ao atendimento de três requisitos, cumulativos, quais sejam: 1 - prova cabal da propriedade dos bens, a cargo do requerente (artigo 120, *caput*, do CPP); 2 – que os bens não mais interessem ao processo (artigo 118 do CPP); 3- que os bens apreendidos não se enquadrem nas hipóteses elencadas no artigo 91, II, do Código Penal.

A defesa do apelante pugna pela restituição dos bens apreendidos, quais sejam, dois aparelhos de telefone celular e a caminhonete Chevrolet/S10, placas NSB-2030, sob o argumento de ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No entanto, restou comprovado, nos autos, que os aparelhos de telefone celular, assim como o veículo Chevrolet/S10, foram utilizados pelo apelante para transportar mercadorias de elevado valor, adquiridas no Paraguay, sem documentação necessária para entrada em território nacional, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim sendo, enquadra-se na hipótese prevista pela letra "a" do inciso II do artigo 91 do Código Penal, de maneira que o decreto de perdimento em favor da união é efeito automático da condenação.

Nesse sentido decidiu o STF, em sua composição plena, com repercussão geral, em fato que envolvia o tráfico de drogas, mas que perfeitamente se enquadra à situação posta nos autos. Confira-se (sem grifos na origem e reduzida ao ponto enfocado):

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PENAL – PROCESSUAL PENAL – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL – TRÁFICO DE DROGAS – VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME – DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM – CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO – DESNECESSIDADE – INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. (...). 8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, in casu, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 9.* ***Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento****."* (STF; RE 638.491; Tribunal Pleno; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 23/08/2017). (G.n.)

Portanto, qualquer veículo, nas condições do apreendido nestes autos, que sirva como instrumento para a prática de crimes, com ou sem habitualidade, modificado ou não em sua estrutura original, deve ser apreendido e ter o perdimento decretado em favor da União, nos termos dispostos pela alínea "a" do inciso II do artigo 91 do Código Penal.

Do prequestionamento.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que a matéria pertinente aos dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

Conclusão.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, nego provimento ao recurso de Thiago de Souza Martins e dou parcial provimento ao recurso interposto por Adriano de Araújo Nunes para o fim de

reduzir a pena aplicada a este para o patamar de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, mantendo a concessão do *sursis*.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Thiago de Souza Martins e deram parcial provimento ao recurso interposto por Adriano de Araújo Nunes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 6 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0003331-29.2019.8.12.0029 – Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – PRELIMINAR – ILICITUDE DA PROVA – POLICIAIS QUE ANALISAM REGISTROS DE CONVERSAS NO CELULAR APREENDIDO – AUSÊNCIA DE OFENSA AOS INCISOS X E XII DA CF – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – ART. 202 DO CPP – VALIDADE – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – RELEVANTE VALOR PROBANTE – PRIVILÉGIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 NEGADO – "BATEDOR" – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (ARTIGO 29, § 1º, DO CP) – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Ausente a ilicitude da prova quando, num contexto de evidente prática de crimes de extrema gravidade, como o tráfico de drogas, policiais analisam os registros telefônicos constantes de aparelhos celulares apreendidos, fato que não se confunde com violação ao sigilo das comunicações telefônicas.

Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, constituído por declarações de policiais, em ambas as fases, os quais, a teor do disposto pelo artigo 202 do CPP, possuem o mesmo valor que o de qualquer cidadão, e assumem especial relevância quando coerentes entre si e ratificados por outros elementos de prova extraídos dos autos, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório quando excluem a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do CPP.

Impossível a concessão do benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado) a componente efetivo de organização criminosa, como é o caso do chamado "batedor de estrada", personagem de atuação sempre destacada e de suma importância para o sucesso da empreitada criminosa do transporte de drogas, pois exerce função de confiança, procurando a melhor rota e avisando aos comparsas acerca de eventual presença de policiais no trajeto. Pela natureza da função que executa, nunca é escolhido ao acaso, e sim dentre os componentes do grupo que conhecem a região e as pessoas com quem estabelecer contatos, em muito diferindo do conhecido "mula", este sim, arregimentado aleatoriamente para a simples tarefa de transportar a droga, nem sempre membro efetivo da organização.

A conduta do "batedor" de estrada não pode caracterizar participação de menor importância, ante a efetiva prática de atos tendentes a viabilizar o transporte das mercadorias ilícitas.

Recurso a que, com o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 3 de setembro de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por José de Lima Vidal Junior, contra a sentença de f. 269-288 que o condenou à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/06.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 381-392, argui, preliminarmente, nulidade processual por violação de sigilo de dados telefônicos. Sustente, nesse sentido, que seu aparelho celular foi apreendido e vistoriados por policiais militares sem que houvesse autorização judicial. No mérito requer, em resumo, a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, assim como da causa de diminuição de pena prevista no art. 29, § 2º, do CP. Formulou prequestionamento a f. 390-391.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 396-408 e f. 418-430, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. À revisão.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por José de Lima Vidal Junior contra contra a sentença de f. 269-288 que o condenou à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/06.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 381-392, argui, preliminarmente, nulidade processual por violação de sigilo de dados telefônicos. Sustente, nesse sentido, que seu aparelho celular foi apreendido e vistoriados por policiais militares sem que houvesse autorização judicial. No mérito requer, em resumo, a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, assim como da causa de diminuição de pena prevista no art. 29, § 2º, do CP. Formulou prequestionamento a f. 390-391.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 396-408 e f. 418-430, opinando, ambos, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Nulidade processual por violação de comunicação telefônica:

O apelante alega ocorrência de nulidade processual em razão do emprego de prova ilícita decorrente de violação à intimidade, posto que os policiais vasculharam os aparelhos celulares sem prévia autorização judicial, violando o inciso X do Artigo 5º da Carta Magna, de forma que os autos devem ser remetido para novo julgamento com desentranhamento das provas ilícitas.

De início, oportuno registrar o que dispõe o art. 6º, III, do Código de Processo Penal, pelo qual estabelece que *"a autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias."*

E em casos como o dos autos, onde se desvenda comércio ilícito de entorpecentes, a pesquisa que venha a ser efetivada pelos policiais nos registros constantes de aparelhos de telefonia celular apreendidos no local, não configura violação de comunicação telefônica, esta sim, protegida pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e que não se confunde com registros telefônicos depositados na memória do aparelho. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.

Esses dados contidos no aparelho celular estão acessíveis mediante um simples exame do objeto apreendido, circunstância esta que, de fato, diferencia-se do acesso a informações registradas em empresa de telefonia. Portanto, cabível o acesso de tais informações independentemente de autorização judicial.

Sendo assim, não se há falar em ilicitude da prova quando, num contexto de evidente prática de crimes de extrema gravidade, como o tráfico de drogas, policiais analisam os registros telefônicos constantes de aparelho celular apreendido, fato que, conforme já mencionado, não se confunde com violação ao sigilo das comunicações telefônicas e prescinde de autorização judicial. Sobre o tema:

> *"PENAL – TENTATIVA DE ESTELIONATO – ART. 171 C/C ART. 14, II DO CP – ALEGAÇÃO DE TORTURA NA ESFERA POLICIAL – VIOLAÇÃO DE SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA. (...) 2. A simples verificação dos números das últimas chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico desde que a apreensão do aparelho seja legítima. A garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas se refere à vedação de escutas clandestinas, a qual não se configura com a simples checagem dos últimos números registrados na memória do aparelho, ainda que esta seja realizada por outra pessoa que não o proprietário (...)."* (TRF 4ª Região. Sétima Turma. ACR 200204010291231. Relator Des. Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 21/05/2003).

> *"AGRAVO REGIMENTAL – HABEAS CORPUS – NÃO CONHECIMENTO – (...) ACESSO A MENSAGENS CONTIDAS NO CELULAR APREENDIDO COM O CORRÉU POR OCASIÃO DO FLAGRANTE – CONSENTIMENTO DO PROPRIETÁRIO DO APARELHO – ILICITUDE NÃO CONFIGURADA. (...) 2. A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X e XII, prescreve como sendo invioláveis 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas', bem como 'o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'. 3. A partir dos aludidos comandos constitucionais, foi editada a Lei nº 9.296/1996, que, regulamentando a parte final do inciso XII do artigo 5º da Carga Magna, dispõe, no artigo 1º, que 'a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça'. 4. A Lei nº 9.296/1996 restringe-se às comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, não se estendendo, assim, aos dados já registrados nos respectivos aparelhos. Precedente do STF. 5. Contudo, o fato de a Lei nº 9.296/1996 não tutelar os dados e registros já contidos em aparelhos telefônicos e afins, não permite que a polícia devasse a intimidade dos investigados a pretexto de obter provas do crime e de sua autoria, o que só é admitido mediante prévia autorização judicial. Precedentes do STJ. 5. Na espécie, não obstante os policiais tenham acessado o conteúdo do telefone celular sem prévia autorização judicial, agiram com a expressa autorização do corréu, proprietário do aparelho, o que afasta a eiva articulada na impetração. Precedentes (...)."* (STJ; AgRg-*HC* 521.228; Proc. 2019/0204798-8; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 03/12/2019; DJE 16/12/2019).

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – (...) ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONES CELULARES APREENDIDOS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS PRÓPRIOS ACUSADOS – ORDEM DENEGADA. (...) conforme disposições contidas no art. 6º do CPP, tem-se que é permitida a apreensão de qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso, bem como a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, sendo, inclusive, dever dos funcionários responsáveis pela investigação proceder à coleta de todo e qualquer material probatório apto em comprovar a prática da infração penal. Nesse contexto, não há qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão dos celulares dos réus e posterior verificação das imagens contidas em dois deles, ainda mais se houve a expressa autorização dos proprietários/acusados."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1411159-81.2019.8.12.0000, Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 25/09/2019, p: 26/09/2019).

Rejeita-se, pois, a preliminar.

Absolvição:

Infere-se da denúncia que:

> *"(...) no dia 19 de julho de 2019, por volta das 12h00, na Rodovia BR 487, nas proximidades do Posto Fiscal Foz do Rio Amambai, nesta comarca, o denunciado Wellington Alan dos Santos da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, transportou, sem autorização, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima destinada à preparação de drogas, consistente em 07 (sete) tabeletes de 'pasta base' da substância entorpecente análoga a 'cocaína', totalizando 7 Kg (sete quilogramas), destinada ao tráfico de drogas, conforme Termo de Exibição e Apreensão de f. 31-32, Laudo de Exame Preliminar de Constatação de f. 34 e Laudo Toxicológico Definitivo a ser oportunamente juntado aos autos.*
>
> *Insta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado José de Lima Vidal Junior, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, participou do crime acima narrado."*

O apelante José de Lima Vidal Júnior negou veementemente a acusação. Em juízo declarou:

> *"Eu não tinha nada a ver com a droga. Wellington foi em casa e pediu para eu trazer ele até Naviraí, que ele precisava vim urgente aqui. Aí eu vim, trouxe ele, deixei ele no Posto Antonino. Aí ele falou que era pra eu ficar esperando ele de dez a quinze minutos. Tinha um casal com uma camionete S10 branca, nova, ele montou e falou 'fica me esperando aqui de dez a quinze minutos, se eu não vim você pode ir embora'. Assim eu fiz. Ele falou que tinha vindo buscar um carro, que tinha comprado um carro. Em nenhum momento ele falou que estava mexendo com isso, (sic) - mídia de f. 192."*

De outro lado, os policiais rodoviários que efetuaram o flagrante, Jailson Wellington dos Santos Silva e Luiz Carlos Ferreira da Silva, ao serem ouvidos em juízo esclareceram que ao abordarem o apelante notaram nele um intenso nervosismo e que o veículo carregado com sete quilogramas de pasta-base de cocaína conduzido pelo corréu Wellington apontou no mesmo trecho da rodovia cerca de 15 a 30 minutos depois. Wellington confessou aos agentes públicos que havia sido contratado por Diego Paraguai para transportar a droga de Naviraí/MS a Umuarama/PR.

O policial Jailson Wellington dos Santos Silva acrescentou que o apelante disse não conhecer Diego Paraguai. No entanto, Diego ligou várias vezes a José de Lima durante a abordagem. Atente-se: *"Os celulares estavam tocando. Diego Paraguai ligava tanto para José quanto para Wellington. Wellington disse que Diego era o dono da droga. Diego estava na agenda de José e de Wellington - mídia de f. 192."*

Importante ressaltar, segundo o artigo 202 do CPP, toda pessoa poderá ser testemunha, texto que inclui o policial, cujas declarações assumem especial relevância quando coerentes entre si, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório, especialmente quando confirmados em juízo, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua função pública, sendo reiterada a jurisprudência do Egrégio STF no sentido de que *"é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita."* (RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho *in* Lei de tóxicos anotada e interpretada pelos tribunais. p. 61).

Nesse sentido segue o STJ:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COLHIDOS EM JUÍZO – CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS – VALIDADE. (...). 1. Inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante do corréu, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova. Precedente. 2. (...)."*

(STJ; *HC* 418.529; Proc. 2017/0251727-2; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 17/04/2018; DJE 27/04/2018; Pág. 1412).

Não bastasse o corréu Wellington Alan dos Santos, em que pese tenha negado o envolvimento do apelante com o crime, declarou em juízo:

> *"Saí de casa ciente que eu vinha buscar a droga, estava precisando do dinheiro, estava passando por uma dificuldade. Como eu teria que vim pra cá rápido e o serviço de ônibus demoraria, eu liguei pro Diego e falei se ele pagava um táxi pra mim poder vim ligeiro. Como o Burca (José de Lima) vai na madereira onde trabalho, falei pra ele se trazeria eu aqui. Ele falou 'eu estou parado agora, se quiser eu te levo'. (...) ele me deixou no Posto Antonino e eu falei pra ele que poderia ir embora (...), (sic) - mídia de f. 192."*

Nesse panorama, manifesta a ausência de veracidade nas palavras dos acusados, José de Lima Vidal Júnior e Wellington Alan dos Santos. Inconcebível que o apelante tenha aceitado percorrer a distância de aproximadamente duas horas e meia, sem desconfiar de que se tratava do transporte de droga. Notadamente porque o número do telefone de Diego "Paraguai", proprietário da droga, constava registrado na agenda de José de Lima, assim como no do corréu Wellington, tendo ambos trocado chamadas com Diego.

Por fim, refere o artigo 155 do CPP que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial, de maneira que as declarações prestadas na fase inquisitorial adquirem especial validade quando ratificadas sob o crivo do contraditório, como ocorreu neste caso, de maneira que são suficientes para embasar o decreto condenatório, pois excluem qualquer dúvida razoável, tornando impositiva a condenação, inobstante o respeito que mereça o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade (artigo 5°, LVII da Constituição Federal), base do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigo 8°, 2), em que se sobreleva o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, aqui amplamente observado.

Assim sendo, não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, de maneira que a pretensão defensiva, por absolvição dos crimes de resistência e tráfico de drogas pela fragilidade das provas resta rejeitada.

Tráfico privilegiado.

Para a incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é imprescindível a demonstração da presença cumulada dos requisitos da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa.

Tal benefício foi instituído por questões de política criminal, a fim de propiciar mais rápida ressocialização a quem ainda não está envolvido em maior profundidade com o mundo do crime, o pequeno traficante, o que não é o caso verificado nestes autos.

A prova demonstrou que o apelante realizava a tarefa do "batedor de estrada", personagem de atuação sempre destacada e de suma importância para o sucesso da empreitada criminosa. Exerce função de confiança, procurando a melhor rota e avisando aos comparsas acerca de eventual presença de policiais no trajeto. Age mediante informações privilegiadas. Quase sempre participa ativamente do planejamento da operação em conluio com os demais partícipes. Pela natureza da função que executa, nunca é escolhido ao acaso, e sim dentre os componentes do grupo que conhecem bem a região e as pessoas com quem estabelecer contato. Em muito difere da outra figura, a do chamado "mula", este sim, muitas vezes arregimentado aleatoriamente para a simples tarefa de transportar a droga, nem sempre membro efetivo da organização e que, em certos casos, pode ser considerado traficante eventual.

Esta egrégia Corte, em várias passagens, teve oportunidade de decidir no sentido de que o "batedor" é membro efetivo de associação criminosa. Atente-se para os seguintes exemplos:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DA TRANSPOSIÇÃO DE DIVISAS – PENA-BASE MANTIDA – DE OFÍCIO, RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REGIME FECHADO MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO. I. (...). I. O 'batedor' não é apenas um informante, está envolvido diretamente na empreitada criminosa. O informante é aquele que toma conhecimento de informação preciosa ao grupo, associação ou organização e a repassa para que ela seja usufruída na prática de crimes tipifcados no art. 33, caput, § 1º, ou 34, todos previstos na Lei nº 11. 343/06. (...) vislumbra-se na prática a existência tão-somente virtual deste artigo, sendo irrisória sua possibilidade de aplicação, salvo na situação de 'bode espiatório'. II. Incabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a apreensão de vultosa quantidade de drogas, indica concretamente que faz parte de uma organização criminosa, dedicando-se a atividades ilícitas. Não é crível que uma iniciante dê cobertura ao transporte de mais de 3.000 quilos de droga (maconha), sem que integre uma organização criminosa e/ou exerça habitualmente essa atividade criminosa. III. (...)."* (TJMS; APL 0002536-45.2012.8.12.0004; Amambaí; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 13/07/2015; Pág. 26).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE – VALORAÇÃO ADEQUADA COM BASE NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – CULPABILIDADE ACENTUADA – VIAGEM ESPECIALMENTE PLANEJADA PARA TRANSPORTE DE DROGA – MODULADORA BEM ANALISADA – PENA-BASE MANTIDA – CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 – AUSÊNCIA DE REQUISITO – TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA – EMPREGO DE 'BATEDOR' – INDÍCIOS DA PRESENÇA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PRETENSÃO AFASTADA – REGIME FECHADO – RECURSO IMPROVIDO. I. (...). II. Somente se aplica a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 mediante demonstração de o agente preencher os requisitos da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades delituosas e não integrar organização criminosa. Não faz jus ao benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 o agente que transporta grande quantidade de maconha (359 kg) de uma cidade para outra, mediante emprego de 'batedor' (aquele que segue à frente para dar cobertura e avisar sobre possíveis barreiras policiais), circunstâncias que, por si sós, indicam ação preparada por organização criminosa. III. Ausente qualquer dos requisitos estabelecidos pelo artigo 44 do Código Penal (pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, delito praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa, primariedade em crime doloso, favoráveis as moduladoras da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, e os motivos e circunstâncias indicarem a suficiência), inexiste a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. lV. Justifica-se a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena corporal, mesmo quando inferior a 08 (oito) anos, em razão das peculiaridades do caso concreto, como a presença de circunstâncias judiciais negativas, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, e indícios de participação em atividades ilícitas e/ou em organização criminosa. V. Recurso improvido."* (TJMS; APL 0001529-81.2013.8.12.0004; Amambaí; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 19/05/2015; Pág. 105).

> *"APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – IMPOSSIBILIDADE – CONDUTA EVENTUAL – GRANDE QUANTIDADE – ACUSADO QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INAPLICÁVEL – PENA DE MULTA – FIXAÇÃO PROPORCIONAL – REDUÇÃO INCABÍVEL – NÃO PROVIMENTO. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a imposição da pena-base acima do mínimo legal. Não é de se reconhecer a conduta eventual prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao acusado que integra organização criminosa, funcionando como 'batedor' no transporte de*

imensa quantidade de droga. Estando a pena de multa estabelecida em atenção aos critérios de fixação da reprimenda, bem como em atenção a situação econômica do acusado, resta incabível falar em redução. Apelação defensiva a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei." (TJMS; APL 0003237-24.2013.8.12.0019; Ponta Porã; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 08/04/2015; Pág. 27).

"EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO PRIVILEGIADO – TRANSPORTE DE 76 QUILOS DE MACONHA PARA OUTRO ESTADO COM AUXÍLIO DE BATEDOR – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INTEGRAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. Tendo em vista que dos fatos ocorridos resta comprovado que o embargante efetivamente figurou como membro integrante de organização criminosa voltada à disseminação de drogas, inviável a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006." (TJMS; EI-Nul 0001411-18.2012.8.12.0012/50000; Ivinhema; Seção Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 21/05/2014; Pág. 13).

É evidente que uma organização criminosa age a partir de divisão de tarefas, e que seus líderes jamais participam das atividades de execução, como é o caso do transporte, em razão do elevado risco que isso representa. Normalmente a maior parte de seus componentes sequer se conhece. E isto é assim porque *"não saber quem é quem numa dessas organizações é uma medida de segurança para os que a integram, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada 'queima de arquivo' (..)."* (TRF 3ª R.; ACr 0010410-28.2009.4.03.6000; MS; Quinta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto; Julg. 17.12.2012; DEJF 27.12.12; p. 25).

E uma das principais tarefas é justamente a do "batedor", de maneira que é indiscutível a ausência de requisito fundamental para a concessão do benefício previsto pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Participação de menor importância:

Por fim, José de Lima Vidal Júnior pugna pelo reconhecimento da participação de menor importância (artigo 29, § 1º, do Código Penal).

Impossível, porém, o reconhecimento da minorante.

Conforme constou da denúncia,

"(...) no dia dos fatos, uma equipe do Departamento de Operações de Fronteira DOF, realizava bloqueio na rodovia BR - 487, quando abordou o veículo WV Passat, cor verde, placas ATD 1898, de Cascavel - PR, conduzido pelo denunciado José de Lima Vidal Junior, o qual demonstrou nervosismo durante a entrevista dos policiais. Em seguida, enquanto faziam a checagem do supracitado veículo, aproximou-se do bloqueio o automóvel Fiat/Uno, cor preta, placas FGO 0995 de Piracicaba SP, conduzido pelo denunciado Wellington Alan dos Santos Silva, que também apresentou nervosismo ao ser questionado pelos policiais que o abordaram (...).

Em seu interrogatório em sede policial (f. 10-11), Wellington confirmou conhecer José de Lima, dizendo que este o trouxe de carro até Naviraí, para que ele pudesse pegar o veículo que carregava as drogas, auxiliando-o dessa forma."

E, de fato, ficou comprovado que o apelante atuou como "batedor", conduta que objetiva evitar a abordagem policial. Trata-se de efetiva participação nos atos tendentes a viabilizar o transporte da mercadoria ilícita (grande quantidade de pasta-base de cocaína), não havendo como considerar sua participação como de menor importância. Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL REJEITADA – TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÕES – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ESTADO DE NECESSIDADE E ERRO DE PROIBIÇÃO AFASTADOS – ***'BATEDOR' NÃO***

***CARACTERIZA A PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA** – DOSIMETRIA DA PENA. 1. A transnacionalidade do crime de tráfico de drogas e de associação para o tráfico restou comprovada pelo local onde foi feito o carregamento da droga (Mato Grosso do Sul, que faz fronteira com o Paraguai) e o local onde a substância entorpecente seria entregue (no Porto de Santos). Além disso, nos aparelhos de telefonia celular apreendidos em poder dos réus foram identificados dois contatos com o DDI do Paraguai. 2. Autoria e materialidade devidamente comprovadas em relação aos crimes de tráfico transnacional de drogas, associação para o tráfico transnacional de drogas e atividade clandestina de telecomunicações relativamente a ambos os acusados. 3. Crime de tráfico transnacional de drogas. Afastada a alegação de estado de necessidade justificante ou exculpante, seja como causa excludente da ilicitude, seja como causa de diminuição de pena CP, art. 24, § 2º) ou mesmo como atenuante (CP, art. 65, III, 'a'). 4. Dificuldades financeiras são bastante comuns na sociedade contemporânea, mas isso não justifica que alguém cometa qualquer crime para superá-las, ainda mais o tráfico (transnacional ou não) de drogas, conduta com altíssimo grau de reprovação social. Aceitar o cometimento de crime como justificativa para satisfação de necessidades individuais (superar dificuldades financeiras, p. ex.) significaria abrir mão do mínimo sentido de civilidade e de organização social, na medida em que cada ser humano passaria a satisfazer suas próprias necessidades a qualquer custo, o que levaria a evidente caos social. 5. Atividade clandestina de telecomunicações. A denúncia imputou aos acusados o delito previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97. O julgador na origem entendeu que a descrição dos fatos daria ensejo a classificação jurídica diversa, pois os acusados não utilizariam os rádios de modo habitual. O critério de habitualidade da conduta não enseja a desclassificação do art. 183 dessa Lei para o art. 70 da Lei nº 4.177/70. 6. A conduta imputada aos réus é superveniente à Lei nº 9.472/97 e, por isso, amolda-se a descrição típica do art. 183 daquele, não sendo o caso de aplicação do art. 70 da Lei nº 4.177/62, eis que a conduta dos acusados foi a de exercer atividade clandestina de comunicação. No caso, houve alteração da capitulação jurídica dos fatos descritos na denúncia e, por isso, considerando que o art. 183 da Lei nº 9.472/97 prevê sanções mais graves do que a cominada pelo art. 70 da Lei nº 4.177/62, corrijo a desclassificação verificada na sentença e mantenho a aplicação da Lei nº 9.472/97, mas com as penas previstas pelo diploma legal de 1962, em observância ao princípio de veda a reformatio in pejus. 7. O delito é formal e de perigo abstrato, razão pela qual se consuma independentemente do efetivo dano ao bem jurídico tutelado, bastando que a conduta do agente crie risco de prejuízo aos serviços de telecomunicações autorizados. A baixa potência do rádio transceptor não implica a atipicidade material da conduta, não sendo aplicável ao caso o princípio da insignificância. Precedentes. A potencialidade lesiva da atividade desenvolvida pelos apelantes restou comprovada pelos laudos. 8. Afastada a alegação do erro de proibição. Os réus diante de acentuada experiência em suas profissões (motoristas) possuíam ciência de que era necessária autorização do órgão regulador (ANATEL) para uso dos rádios instalados em seus caminhões, não sendo o caso, também, da aplicação da atenuante referente ao desconhecimento da Lei, prevista no art. 65, II, do Código Penal. 9. **No crime de tráfico transnacional de drogas, a atuação de 'batedor', conduta que objetiva evitar a abordagem policial, não pode ser considerada como participação de menor importância, pois o réu com sua ação concorre, efetivamente, para a prática do crime, nos termos do art. 29, caput, do Código Penal.** 10. A| natureza e a enorme quantidade da droga apreendida (2,4 toneladas de maconha) justificam a exasperação da pena-base até o máximo legal permitido, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. 11. Reconhecida a um dos réus a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 65, III, 'd', do Código Penal. 12. Correta a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 1/6, relativa à transnacionalidade do delito, haja vista que ficou bem delineado pela instrução probatória o fato de que a droga era proveniente do exterior. 13. Correta a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois os acusados integram organização criminosa voltada ao tráfico ilícito de drogas. 14. Mantida a pena aplicada para o crime de associação para o tráfico. 15. Mantida a pena aplicada para o crime do art. 183 da Lei nº 9.472/97. 16. Concurso material mantido (CP, art. 69). 17. Regime inicial fechado para o cumprimento das penas dos acusados. 18. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por falta do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. 19. Réu condenado ao pagamento das custas processuais. Isenção. Matéria a ser examinada na fase de execução do julgado.*

> *Precedentes. 20. Apelação da acusação provida. Apelações das defesas não providas."* (TRF 3ª R.; ACr 0009404-97.2016.4.03.6110; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; Julg. 05/06/2018; DEJF 13/06/2018). (G.n.)

Pleito rejeitado.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

É como voto.

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. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 3 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0003672-50.2017.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE RACISMO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – PEDIDOS ALTERNATIVOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS CRIMES DE DIFAMAÇÃO OU DE INJÚRIA RACIAL – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO NÃO ACOLHIDO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA DIFAMAÇÃO AFASTADO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE INJÚRIA RACIAL ACOLHIDO – PENA READEQUADA – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA – TESE ACOLHIDA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA AFASTADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O crime de racismo previsto na Lei n.º 7.716/1989 repousa na ofensa a toda uma coletividade indeterminada, sendo considerado inafiançável e imprescritível, conforme determina Constituição Federal de 1988. No caso, as palavras ofensivas foram dirigidas a uma pessoa específica e não a um grupo indeterminado de pessoas, por isso, não caracterizado o crime de racismo.

Como bem se sabe, para a configuração dos crimes contra a honra, exige-se a demonstração mínima do intento positivo e deliberado de ofender a honra alheia (dolo específico), o denominado *animus caluniandi, diffamandi vel ijnjuriandi.*

O contexto em que foram produzidas as palavras utilizadas na mensagem, não indica a mera difamação, eis que as palavras não implicam na intenção de torná-lo passível de descrédito na opinião pública, capaz de ensejar crime de difamação.

O crime de injúria racial consiste em ofender a honra de pessoa determinada, fazendo referência à raça, cor, religião, por sua deficiência física ou idade avançada, o que ocorreu no presente caso, impondo-se a desclassificação para este delito.

Na etapa inicial da dosimetria, o magistrado deve fixar a pena-base considerando a avaliação das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do CP. No caso, a valoração da circunstância judicial referente culpabilidade, com base em elementos concretos disponíveis para o caso em julgamento, deve ser mantida.

Todavia, a elevação da pena-base apresentou-se de forma desproporcional, não estando em sintonia com os critérios da razoabilidade, pelo que, além de a elevação ter sido estabelecida com base na condenação pelo crime de racismo, a desclassificação para injúria racial, impõe a readequação da pena e do patamar de elevação da circunstância judicial, observando o princípio constitucional da individualização da sanção penal, com a finalidade da reprovação pelo crime praticado e prevenção na prática de crimes.

Tendo o agente confessado a prática de crime distinto daquele descrito na denúncia, não há falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, já que não houve voluntária colaboração de sua parte no tocante à efetiva elucidação dos fatos, pois suas declarações destoaram da casuística acusatória e nem sequer foram utilizadas como elemento para a condenação.

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 parcialmente unânime. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Cláudio Ribeiro Lopes, qualificado nos autos, contra a sentença de f. 319-337 do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS, que o condenou à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, por infração ao art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89.

O apelante, pelo recurso interposto às f. 354-467, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, III e VI, do Código de Processo Penal.

Requer ainda a declaração de atipicidade da conduta, ao argumento de vício insanável na sentença por fundamentação jurídica incorreta, com aplicação de entendimento jurisprudencial mais gravoso, com base na ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO 26.

Alternativamente, requer a desclassificação para o crime de difamação, previsto no art. 139 ou para o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, ambos do Código Penal. Requer ainda, caso mantida a condenação, a redução da pena-base ao mínimo legal e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

O Ministério Público Estadual em contrarrazões de f. 471-505 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de f. 514-526, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Cláudio Ribeiro Lopes, qualificado nos autos, contra a sentença de f. 319-337 do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS, que o condenou à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, por infração ao art. 20, § 2º, da Lei n.º 7.716/89.

Narra a denúncia que:

> *"Consta do incluso auto de Inquérito Policial que, no dia 17 do mês de fevereiro de 2017, nesta cidade de Três Lagoas/MS, por meio da rede social Facebook, o Denunciado Cláudio Ribeiro Lopes, ciente da ilicitude de sua conduta, praticou discriminação de raça e cor por meio de postagem pela rede social Facebook, em infração ao disposto no art. 20, § 2º, da Lei n.º 7.716/1989.*
>
> *Apurou-se que através de uma mensagem pública na rede social Facebook, o Denunciado Cláudio, discriminou pessoas negras e brancas, ao comentar uma notícia que veiculava a imagem de Carlos Renée de Oliveira Venâncio, policial federal e vereador desta Cidade, dizendo que ele era 'Esse Sr. é o rei da piada pronta'. Um capitão do mato que acredita que a casa grande o recebe bem, porque ele não dorme, mais, na senzala."*

O apelante, pelo recurso interposto, requer a reforma da sentença, pugnando pela absolvição, invocando o disposto no art. 386, III e VI, do Código de Processo Penal.

Requer ainda, a declaração de atipicidade da conduta, ao argumento de vício insanável na sentença, por fundamentação jurídica incorreta, com aplicação de entendimento jurisprudencial mais gravoso, com base na ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO 26.

Alternativamente, requer a desclassificação para o crime de difamação, previsto no art. 139 ou para o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, ambos do Código Penal.

Pugna também, caso mantida a condenação, pela redução da pena-base ao mínimo legal e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Como acima já relatado, o apelante foi condenado por infração ao art. 20, § 2º, da Lei n.º 7.716/89 (crime de racismo).

Por isso, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento nos art. 386, III e VI, do Código de Processo Penal, ao argumento de que teria sido um comentário metafórico, uma crítica as ações e comportamento da vítima, como Vereador no local dos fatos, e não em virtude de sua cor, raça ou origem.

Alternativamente, o apelante requer também a desclassificação do crime de racismo para o de difamação ou para o de injúria racial, previstos nos arts. 139 e 140, § 3º, ambos do Código Penal.

Por se tratarem de questões relacionadas, passo ao exame dos pedidos em questão, de forma conjunta, porque correlacionados, importando em exame do contexto fático probatório coligido aos autos.

Do pedido de absolvição e desclassificação para os crimes de difamação e injúria racial, previstos no art. 139 e art. 140, § 3º, do Código Penal e pedido alternativo de declaração de atipicidade da conduta.

A Lei n.º 7.716/1989 define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

A Lei em referência estabelece em seu art. 1º que *"serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional."*

O art. 20, § 2º, da referida lei, estabelece o seguinte:

> *"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*
>
> *(...).*
>
> *§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa."*

O fundamento constitucional relacionado a lei em questão está no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que preceitua que *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza."*

O art. 3º, IV, da Constituição Federal estabelece também como objetivo fundamental do País, dentre outros, *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."*

Por certo, para o conhecimento de qualquer homem médio, discriminar é estabelecer diferenças.

O preconceito, por sua vez, *"o preconceito pode ocorrer para com uma pessoa ou um grupo de pessoas de determinada afiliação política, sexo, gênero, crenças, valores, classe social, idade, deficiência, religião, sexualidade, identidade de gênero, raça/etnia, linguagem/língua, nacionalidade, beleza, ocupação, educação, criminalidade, apoio a uma equipe desportiva ou outras características pessoais. Neste caso, refere-se a uma avaliação positiva ou negativa de outra pessoa baseada na perceção da associação de grupo dessa pessoa*[1]*."*

1 BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. São Paulo: Gen Atlas, 2016.

A doutrina estabelece que o elemento subjetivo do crime imputado ao apelante é o dolo.

> *"Exige-se o elemento subjetivo específico, que é a vontade de discriminar a pessoa, numa autêntica manifestação racista*[2].
>
> *(...).*
>
> *A base e a prática de racismo são os preconceitos e a propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior, em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação (como foi o caso do apartheid na África do Sul) e ao genocídio (como foi o holocausto conduzido pelos nazistas)*[3]*."*

O Superior Tribunal de Justiça, nos esclarece também que:

> *"Na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão das ideias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*[4].
>
> *A par disso, o apelante requer também a desclassificação do crime de racismo para o crime de injúria racial."*

Nessa linha, há que se assentar a diferenciação dos dois delitos no âmbito da doutrina. O advogado Adriano Alves de Araújo publicou artigo abordando as principais diferenças entre esses dois dispositivos legais, primeiramente com o quadro abaixo:

	INJÚRIA RACIAL	RACISMO
BEM JURÍDICO	honra subjetiva	dignidade humana
PRECONCEITO	raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência	raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional
PREVISÃO LEGAL	art. 140, § 3.º, CP	Lei 7.716/89
AÇÃO PENAL	pública condicionada à representação	pública incondicionada
FIANÇA	cabe fiança	inafiançável
PRESCRIÇÃO	prescreve (art. 109, CP)	imprescritível
VÍTIMAS	número determinado de vítimas	número indeterminado de vítimas

(in http:alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos 434878258).

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. p.294, v. 1.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed., ver., atuali., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 830-831

4 REsp 911.183-SC, 5ª T. Rel.Felix Fischer

Em artigo escrito por Ítalo Demarchi dos Santos, Bacharel em Direito pela Faculdade Uniasselvi/ FAMEG, colaborador no departamento penal e ambiental do Piazera, Hertel, Manske e Pacher Advogados Associados, Retirado do *site* http://www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=39, destaca as seguintes diferenciações sobre os referidos crimes:

> *"Assim, passa-se a estudar a conduta que o agente necessita para caracterizar o crime de racismo, que nada mais é do que induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito por motivo de cor, raça, etnia, religião ou procedência nacional.*
>
> *Desta forma, pode-se notar que a caracterização do racismo reside no objetivo de ultrajar uma raça como um todo, seja uma comunidade negra, ou aos adeptos de uma religião em geral, como os judeus ou os católicos, etc.*
>
> *Exemplificando tal explicação, tem-se que 'A' em entrevista a uma rádio local faz o uso das seguintes palavras 'todo negro é macaco', denota-se que o bem jurídico ofendido seria a igualdade e o respeito entre as etnias, da qual percebe-se claramente que conduta do agente nesse caso foi o preconceito de forma abrangente da raça afro descendente restando na implicação do que dispõe o crime de racismo.*
>
> *Portanto conclui-se que para atingir o bem jurídico tutelado no art. 20 da Lei 7.716/1989 é preciso que a conduta do agente em sua discriminação ou preconceito raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional seja de forma abrangente comportando um todo.*
>
> *E, quanto ao delito de injúria qualificada (art. 140, § 3º, do CP, diz:*
>
> *Para o presente artigo, que busca diferenciar o crime de racismo com o da injúria qualificada, oportuno de antemão assentar que o agente que responde por injúria na forma qualificada pode-se valer dos institutos da prescrição e fiança ao passo (como já abordado no tópico anterior) que o mesmo não ocorre com aquele contra o qual é imputada a prática de racismo.*
>
> *A conduta exigida para o cometimento do crime de injúria qualificada é o animus injuriandi, consistente na vontade de ofender a honra subjetiva de outra pessoa. Neste caso, o agente profere palavras de cunho racista somente direcionadas a vítima.*
>
> *Exemplificando tal conduta, tem-se que 'A' com o animus injuriandi de ofender a honra subjetiva de 'B', xinga-o de preto safado, aí tem-se o crime de injúria qualificada, tendo em vista o desejo (de 'A') maculador de proferir impropérios à imagem deu-se tão somente a 'B' e não a toda comunidade negra.*
>
> ***Portanto, percebe-se que a vontade do agente quando trata-se de injúria qualificada é de ofender a honra subjetiva exclusiva da vítima e não uma raça ou etnia como um todo, que é o caso de racismo**."* (Destaque meu).

Nessa esteira, Cezar Roberto Bitencourt, em artigo publicado no consultor jurídico, em 25 de novembro de 2017, titulado de *"injúria racial pode ser praticada também com agressão física"*, assentou sobre o conceito da injúria preconceituosa (qualificada), o seguinte:

> *"Injúria preconceituosa (qualificada)*
>
> *Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, criou um novo tipo de crime de injúria, a denominada injúria racial, nos seguintes termos: 'Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa'. De notar-se que não se afirmou que poderia ser praticada somente através de manifestações orais, mas pela 'utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem'.*
>
> *Cumpre destacar, de plano, que a denominada injúria racial, prevista pela lei referida (que acrescentou o parágrafo 3º no artigo 140 do CP), não se confunde com o crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989, embora o objeto de ambas as infrações seja semelhante,*

apresentam algumas diferenças marcantes. A rigor, embora a injúria racial e o crime de racismo sejam crimes distintos, praticados por condutas igualmente diferentes, ambos têm como finalidade assegurar a pretendida igualdade constitucional, e, dessa forma, o legislador, com esse crime, procura coibir toda a forma de discriminação, preconceito e intolerância, que acompanha a civilização através dos tempos. Ao passo que o crime de injúria racial ofende a honra e a dignidade de pessoa determinada, prescrevendo, in abstracto, em oito anos a partir da data do fato. Aquele (racismo) é crime de ação pública incondicionada e imprescritível, e esta é de ação pública condicionada.

O fundamento político da alteração legislativa reside no fato de que a prática de crimes descritos na Lei 7.716/89 (preconceito de raça ou cor) não raro era desclassificada para o crime de injúria. Acreditando na injustiça de muitas dessas desclassificações, o legislador, acertadamente, resolveu dar nova fisionomia às condutas tidas como racistas e definiu-as como injuriosas, com elevação da pena cominada. A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, denominada Estatuto do Idoso, acrescentou a hipótese de injúria consistente na ofensa em razão da condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência."

O professor Almiro de Sena Soares Filho, em Artigo titulado de *"Estudo da legislação penal de combate ao racismo, www.mpsp.mp.br>inc_social_etnicas>Diversos_Igualdade_Racial"*, fez algumas ponderações relevantes:

"Tipos penais da Lei de Combate ao Racismo - Lei 7.716/89 Esta lei tipifica 20 condutas, variando desde o impedimento ao acesso de pessoas à cargos públicos até o impedimento de crianças e adolescentes à escola.

Nos artigos 1º a 19 são tipificadas condutas de discriminação racial, étnica, religiosa ou procedência nacional (xenofobia).

Esses crimes são imprescritíveis e inafiançáveis.

A partir do artigo 20 dessa lei, teremos a descrição de condutas cuja amplitude é bem maior.

Nos artigos anteriores, a ofensa era destinada a sujeitos únicos e determinados, mesmo que de um grupo étnico ou racial.

Os tipos penais descritos no artigo 20 comportam condutas específicas no sentido de serem manifestações racistas.

Haverá ainda a incidência de uma qualificadora para os casos em que essa manifestação se dê por meio de imprensa e também há um procedimento específico para os crimes de racismo, tendo em vista o alcance e poder de ofensividade desses crimes.

7. O crime de Injúria Racial No Código Penal também há tipificação de crime racial, que é o artigo 140, § 3º, que traz a conduta de injúria racial. Este é um crime formal, que tem por objetivo atingir o decoro, a honra subjetiva da pessoa.

A honra subjetiva corresponde aquilo que alguém pensa sobre si mesmo. A Injúria Racial se distingue do crime do caput porque neste a honra é ofendida por várias expressões, não especificamente racistas.

Já quando a honra for atingida por expressões unicamente de cunho racista, aí sim estamos diante de injúria racial.

7.1. Diferenças entre o crime de racismo e a injúria racista O crime de Injúria Racial é prescritível, afiançável e de ação penal privada. Já o crime de Racismo é imprescritível, inafiançável e de Ação Penal Pública Incondicionada.

7.2. Como diferenciar esses dois tipos de crimes? Não há um pensamento unânime na doutrina e jurisprudência. Há pontos de vista que se destacam, dentre eles, há dois posicionamentos:

O primeiro ensina que se deve verificar a questão subjetiva, ou seja, analisar se quando o agente proferiu aquelas expressões, ele estava querendo atingir aquele indivíduo do grupo étnico-racial ou ele queria atingir toda a coletividade, todo o grupo ao qual faz parte a vítima.

O problema está em avaliar exclusivamente esse critério, porque depende unicamente da pessoa que proferiu as expressões.

Na prática, o que se vê é que o agressor, quando assume que proferiu as injúrias, justifica-se afirmando que as fez porque estava irritado com a vítima, mas que não é racista, tendo vizinhos, amigos e até parentes negros.

O segundo posicionamento toma por base o contexto objetivo em que foi pronunciada aquela expressão. Então analisa-se o ambiente em que se deu a conduta, a pessoa que pronunciou, a própria vítima, o histórico de conduta de cada envolvido, além da análise do próprio critério subjetivo para que se possa classificar a conduta como Injúria Racial ou Racismo.

A crítica que se faz a essa dicotomia legal é que ela acaba por beneficiar o infrator de crime de racismo, porque tende a classificar-se as condutas como meras injúrias."

Então, das questões conceituais trazidas à lume, observa-se que, a par de ainda haver dificuldades e alguma confusão entre o crime de racismo e o crime de injúria racial, e embora tenham por objetivo a proteção de bens jurídicos semelhantes, várias diferenças existem.

Mostra-se esclarecedor, o seguinte julgado. Vejamos, que norteia o julgamento, a fim de se estabelecer as diferenças pretendidas. Vejamos:

"Versam sobre o proferimento de palavras ou termos referentes à raça, com nítido propósito insultuoso, objetivando ofender uma coletividade de pessoas que se enquadrem no perfil racista do agente. Saliente-se que a injúria qualificada diverge do delito de racismo, o qual é mais amplo e visa atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos, de sorte a disseminar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e/ou procedência nacional. Já a injúria qualificada é proferida especificamente contra determinada vítima, que se sente afrontada em sua honra subjetiva. (...) a separação entre tais crimes é linha tênue e somente a análise aprofundada dos elementos probatórios, em especial o dolo do agente, pode revelar qual tipo penal melhor se conforma à hipótese (...)[5]."

Assim, a principal diferença reside no fato de que o **crime de racismo repousa na ofensa a toda uma coletividade indeterminada**. (destaquei).

Enquanto o crime de **injúria racial**, consiste em **ofender a honra de pessoa determinada, em razão de raça, etnia, cor, religião, etc.** (destaquei)

Desse modo, traçados esses parâmetros, que serão considerados para a análise do presente caso, passo ao exame do pedido, de forma conjunta, como já dito, do pedido de absolvição e de desclassificação.

O caso dos autos diz respeito a uma mensagem publicada em rede social (*facebook*) veiculada juntamente com a imagem da vítima, como se vê da denúncia à f. 02, nos seguintes termos:

"Esse Sr. é o rei da piada pronta. Um capitão do mato que acredita que a casa grande o recebe bem, porque ele não dorme, mais, na senzala." (Destaquei)

5 AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 753.219 - DF (2015/0182785-8) .

Não se pode deixar de considerar no caso, não só as palavras utilizadas, como capitão do mato, casa grande e senzala, mas também a imagem da vítima.

Não se pode deixar de considerar também o conhecido contexto histórico originário das palavras utilizadas.

Por certo, diante de todo o contexto apresentado, há que se distinguir entre a alegada crítica, que diz o apelante ter sido dirigida à vítima em razão de seu comportamento e as palavras utilizadas por ele.

A meu ver, as palavras utilizadas pelo apelante, inseridas no contexto da foto da mesma, foram claramente com a intenção de menosprezar a dignidade de pessoa específica, no caso, a vítima, com o objetivo de desqualificar o que havia sido feito pela vítima, com o objeto de abalar o psicológico dessa pessoa.

Portanto, foram baseadas na percepção, embora dirigida à vítima especificamente e não a um grupo indeterminado de pessoas, de associação da raça e da cor da vítima, no sentido de inferiorizá-la.

Nesse contexto, a conduta do apelante, consistiu uma ofensa dirigida especificamente à vítima, e não a um grupo indeterminado de pessoas.

Por isso, a meu ver, trata-se de crítica a uma da conduta da vítima, ou de um ataque verbal exclusivo contra a pessoa do ofendido, tendo em vista o contexto em que foram proferidas as palavras, visando desqualificar a vítima, como vereador na cidade do local dos fatos, com o intento manifesto de depreciar a conduta ou ação da vítima, mas utilizando-se para isso de referências à cor e à raça da vítima, associando as palavras em virtude de ser pessoa negra.

Por tais razões, entendo que não está caracterizado o delito de racismo, visto que de menosprezo, de ofensa à dignidade da vítima, foram dirigidas especificamente a esta, e não um grupo de pessoas indeterminadas. Daí estar caracterizado é o delito de injúria racial.

Importante esclarecer também, por oportuno, que expressar uma opinião não significa praticar um crime.

Ora, sequer consta da manifestação do apelante a conduta da vítima que teria ensejado a alegada crítica. O apelante não fez qualquer alusão à ação da vítima. Se o intuito fosse criticar, ao menos deveria o apelante ter narrado a conduta da vítima. O que não ocorreu, afastando então, por si só, a alegação de crítica da ação da vítima, como Vereador.

Por outro lado, como acima já relatado, o apelante pretende também a desclassificação da conduta para o crime de difamação previstos no art. 139 do Código Penal.

O art. 139 do Código Penal trata do crime de difamação, prevendo que: *"Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação."*

Como bem se sabe, para a configuração dos crimes contra a honra, exige-se a demonstração mínima do intento positivo e deliberado de ofender a honra alheia (dolo específico), o denominado *animus caluniandi, diffamandi vel ijnjuriandi.*

O contexto em que foram produzidas as palavras utilizadas na mensagem, não indica a mera difamação, eis que as palavras não implicam na intenção de torná-lo passível de descrédito na opinião pública, capaz de ensejar crime de difamação.

As palavras utilizadas pelo apelante não foram no sentido de atingir a vítima, prejudicando-a no que as outras pessoas pensam a respeito de determinada pessoa, no caso, da vítima.

Trata-se de manifesta associação com o intuito de inferiorizar a vítima, com elementos referentes à cor e à raça da vítima.

Portanto, não comporta a desclassificação para o crime de difamação, posto que está caracterizado o de injúria racial.

O emprego de qualquer palavra ofensiva à dignidade ou ao decoro, contendo elemento discriminatório, basta para a configuração do delito do artigo 140, § 3º, do Código Penal.

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DE ROUBO IMPRÓPRIO CP, ART. 157, § 1º), INJÚRIA QUALIFICADA (CP, ART. 140, § 3º) (...) – INJÚRIA – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS E DE DOLO – NÃO OCORRÊNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS – PALAVRAS DA VÍTIMA HARMÔNICAS EM AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO CRIMINAL – DOLO DEVIDAMENTE COMPROV ADO – RÉU QUE SE UTILIZA DE EXPRESSÕES DE CUNHO DISCRIMINATÓRIO COM O INTUITO DE INJURIAR A VÍTIMA – CONDENAÇÃO MANTIDA – TEM-SE QUE QUALQUER OFENSA À DIGNIDADE OU DECORO QUE ENVOLVA ALGUM ELEMENTO DISCRIMINATÓRIO, COMO, POR EXEMPLO, 'PRETO', 'JAPA', 'TURCO' OU 'JUDEU', CONFIGURA CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA (FERNANDO CAPEZ) – (...)."* (TJSC; ACR 0000272-18.2019.8.24.0023; Florianópolis; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Getúlio Corrêa; DJSC 26/02/2020; Pag. 315).

> *"PENAL – PROCESSO PENAL – CRIMES CONTRA A HONRA – INJÚRIA RACIAL – DOLO ESPECÍFICO – PROVAS – PRESENÇA – CONDENAÇÃO MANTIDA – AMEAÇA – EXISTÊNCIA DE PROVA DA PROMESSA DE MAL GRAVE. 1. Em relação aos dois crimes de injúria racial (artigo 140, § 3º), há prova suficiente nos autos de que o apelante proferiu palavras discriminatórias, atribuindo-as ao ofendido. 2. Percebese ainda, a presença do elemento subjetivo do tipo específico para a caracterização dos crimes; qual seja, o animus injuriandi atrelado à raça, apto à condenação. 3. Quanto ao crime de ameaça, restou provado que o apelante, após ingerir elevada quantidade de álcool, ameaçou a vítima, afirmando que lhe daria um tiro caso ela não retirasse os cavaletes posicionados em via pública, o que caracteriza do delito previsto no art. 147 do CP, notadamente em razão das circunstâncias fáticas."* (TJES; APCr 0006687-93.2016.8.08.0014; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Subst. Rozenea Martins de Oliveira; Julg. 05/02/2020; DJES 17/02/2020).

Assim, consequentemente, deve ser afastado o pedido de absolvição, mas acolhido o pleito de desclassificação para o delito de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal e não para o crime de difamação, previsto no art. 139, do mesmo Código.

Aliás, merece ser assentado que, pelo que se pode extrai do contexto dos elementos contidos no processo, a origem desses fatos está assentada em questões políticas, de ideologias, o que não deveria passar de discussões de ideias, como pessoas civilizadas, com grau de conhecimento que se presume que tenham, pois o apelante é um professor, com curso superior na área de direito, e a vítima, um funcionário público federal, Policial Federal, agora exercendo um cargo político.

Todavia, não foi esse o desfecho do caso, tendo as discussões ido para as redes sociais, meio de ampla divulgação, onde surgiram as ofensas mencionadas, mesmo o apelante sendo um Professor universitário do ramo do Direito, certamente com conhecimento na área dessas diferenças.

Diante da desclassificação para o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, cumpre destacar também, que há nos autos manifestação irrecusável do titular da ação penal, qual seja a representação da vítima (f. 21-28), na forma do art. 145, parágrafo único, Código Penal, pelo que deve ser o apelante então, condenado pelo crime de injuria racial, prevista no art.140, § 3º, do Código Penal , bem amparada pelo conjunto probatório coligido aos autos, especialmente a prova testemunhal produzida (f. 248-250).

Embora o réu tenha dito que apenas criticou a vítima, fato é que de todo o contexto acima esposado, está presente o ânimo em ultrajar a vítima, com atributos e contextos depreciativos e alusivos à cor, etnia, raça

Com efeito, além das palavras firmes e coerentes da vítima, a prova testemunhal confirmam a injúria racial, patenteando o dolo do réu, o ânimo em ultrajar a vítima, cuja conduta subsume-se, pois, ao delito de injúria em sua forma qualificada do artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Com a mensagem postada destinou o ofensor um ataque à honra da vítima, menosprezando-a em virtude da cor de pele, raça, etnia, conduta esta não somente ilícita, mas também socialmente lamentável, devendo ser firmemente repudiado.

Aliás, nos esclarece a doutrina que:

> *"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, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo judeu é corrupto ou 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. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada[6]."*

As expressões utilizadas pelo réu apresentam manifesta e inequívoca intenção de ofender a vítima, injuriando-a por meio de elemento ligado à raça e cor, o que configura o delito tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Por oportuno, o apelante requer ainda, como pedido alternativo, o que desde logo afasto, a declaração de atipicidade da conduta. Nesse ponto o apelante requer a declaração da atipicidade da sua conduta, ao argumento de vício insanável na sentença, por fundamentação jurídica incorreta, com aplicação de entendimento jurisprudencial mais gravoso, com base na ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO 26.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, pretendeu enquadrar a homofobia e a transfobia como crime de racismo, mais especificamente como "racismo social", nos termos da Lei n.º 7.716/89.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em análise da referida ação, concluiu pelo alargamento da expressão "raça", mediante interpretação conforme a Constituição, de forma a abranger atos tidos como homofóbicos ou transfóbicos.

O Magistrado prolator da sentença somente utilizou como fundamento de decidir parte das razões postas no julgamento da referida ação para se referir sobre o preconceito (f. 332-333), seja ele de raça, cor, homofobia etc., o que não a desqualifica como sentença.

Por isso, não há que se admitir a pretendida atipicidade da conduta.

Enfim, diante de todo o contexto acima exposto, acolho em parte a pretensão recursal formulado pelo apelante de desclassificação da conduta imputada prevista no art. 20, § para a conduta de injúria racial qualificada, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, pelo que passo ao redimensionamento e readequação da pena aplicada.

Com efeito, diante do pedido de redução da pena-base ao mínimo legal formulado pelo apelante, passo ao exame dessa pretensão, eis que terá reflexos na readequação da pena a ser redimensionanda.

Do pedido de redução da pena-base ao mínimo legal.

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 dosimetria da pena:

> *"Na dosimetria da pena, ante as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico a culpabilidade entendida como reprovabilidade e censurabilidade acentuada, porquanto o acusado possui elevado grau de instrução, é professor universitário no curso de Direito e, em tese, deveria ser um espelho moral aos alunos, mas sua conduta racista certamente terá o condão de incutir na mente deles a transgressão à Constituição Federal e estímulo*

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 830.

ao preconceito e à intolerância. O acusado não registra antecedentes. Não há elementos nos autos a aferir com profundidade a conduta social nem a personalidade dele. Não restou comprovado comportamento negativo da vítima. As circunstâncias e as consequências do crime já integram o tipo penal em apreço. Por ser desfavorável ao acusado um dos vetores do art. 59 do CP (culpabilidade), fixo a pena base em três anos de reclusão e pagamento de cinquenta dias-multa."

Com efeito, verifica-se que a elevação da pena-base foi fundamentada na valoração negativa da circunstância judicial referente culpabilidade.

A pena-base foi elevada em 01(um) ano e 40 (quarenta) dias-multa acima do mínimo legal com relação ao crime de racismo.

Diante da desclassificação da conduta, o art. 140, § 3º, estabelece que:

"Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

(...).

§ 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:

Pena - reclusão de um a três anos e multa."

Sobre a culpabilidade, ainda que tenha sido desclassificada a conduta, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável.

Segundo Ricardo Augusto Schimitt, *"(...) a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade, de modo que devem ser valoradas a frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)*[7]*."*

O magistrado sentenciante valorou negativamente a circunstância judicial da culpabilidade, explicitando o seguinte:

"(...) verifico a culpabilidade entendida como reprovabilidade e censurabilidade acentuada, porquanto o acusado possui elevado grau de instrução, é professor universitário no curso de Direito e, em tese, deveria ser um espelho moral aos alunos, mas sua conduta racista certamente terá o condão de incutir na mente deles a transgressão à Constituição Federal e estímulo ao preconceito e à intolerância."

Com efeito, é possível observar, claramente, que os fundamentos apontados pelo juiz da primeira instância para tonar negativa a culpabilidade, correspondem exatamente aos elementos que devem ser efetivamente examinados no campo de análise dessa moduladora, pois houve efetiva apreciação do grau de reprovabilidade da conduta do agente que, diante dos fatores apresentados, mostrou-se exacerbada e censurável.

Dessa forma, deve ser mantida a valoração negativa de tal circunstância judicial, de modo que ela continue a interferir na fixação da pena-base.

Quanto à insurgência com o patamar de elevação, 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).

Todavia, ainda que deva ser valorada essa circunstância judicial negativamente e com maior severidade, como feito pelo magistrado sentenciante, entendo que, considerando toda a dinâmica fático-probatória e as

7 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 7. ed. Juspodivm, 2012. p. 115 e 116.

circunstâncias do caso concreto, a elevação razoável e adequada, como forma de reprovar e prevenir o crime, ainda que necessária, não pode ser demasiadamente exacerbada, pelo que a elevação em 8 (oito) meses é adequada, dentro da proporcionalidade e razoabilidade, devendo, pois, ser readequada nesse patamar.

Desse modo, nesse ponto, acolho o recurso para reduzir o patamar da elevação da pena-base pela circunstância judicial da culpabilidade para 08 (oito) meses, por ser suficiente, dentro da proporcionalidade e razoabilidade, como forma de reprovar o crime praticado, reduzindo, na mesma proporção, a pena de multa, ficando a elevação desta em 12 (doze) dias-multa.

Por isso, fica estabelecida a pena-base pelo crime de injuria racial estabelecida em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Do pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Como bem se sabe, o ato de confissão é vislumbrado quando o acusado admite o cometimento do fato criminoso a si imputado, o fazendo de forma voluntária e espontânea, diante de autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo. Observadas essas formalidades, a confissão do acusado, de modo a tornar idônea a imputação criminal, deve ser utilizada como causa atenuante da sanção penal, devendo, pois, ser considerada pelo juiz sentenciante na segunda fase do processo de individualização da pena.

A essência do instituto é, em verdade, instigar o agente criminoso a colaborar espontaneamente com o sucesso da persecução penal, visando sempre a máxima elucidação dos fatos, de forma a permitir que a formação do convencimento judicial seja feita da forma mais aproximada possível da verdade dos fatos. No caso, o fator de estímulo é o benefício da redução da pena, cuja concessão é admissível apenas quando o agente admitir os fatos a si imputados, de modo a tornar idônea a acusação, nos seus exatos termos.

É possível observar, à luz do respectivo interrogatório judicial (f. 248), que o apelante declarou que:

> *"Não é verdadeiro Excelência, o fato existiu, eu escrevi o comentário e até gostaria de deixar claro que eu escrevi no computador da minha esposa, era um sábado, pra amanhecer o dia 17 de fevereiro de 2017, e se for necessário eu tenho até o IP dele pra, pra demonstrar, eu não fiz esse comentário no meu trabalho, fiz o comentário com o intuito* ***de criticar uma ação, na minha opinião, ilegal do vereador na Praça Ramez Tebet.***
>
> *(...).*
>
> *A minha intenção era fazer uma crítica (...)."* (Destaquei).

Nessa perspectiva, considerando que o apelante confessou a prática de crime distinto daquele descrito na denúncia, não há falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, já que não houve voluntária colaboração de sua parte no tocante à efetiva elucidação dos fatos, pois suas declarações destoaram da casuística acusatória.

Esse é o entendimento que permeia o âmbito jurisprudencial, senão vejamos:

> *"TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06) – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO DE FATO DIVERSO DAQUELE DESCRITO NA DENÚNCIA – AGENTE QUE AFIRMA QUE A DROGA APREENDIDA ERA APENAS PARA USO PRÓPRIO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL – IMPOSSIBILIDADE.* ***Não tendo o agente confessado a prática do delito descrito na inicial não há que se falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP.*** *(...)."* (TJ-MG - APR: 10024122098932001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 03/10/2013, Câmaras Criminais / 7ª Câmara Criminal). (Destaquei).

"(...) – RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CABIMENTO. ***Tendo o réu confessado fato distinto ao que está sendo apurado nos autos, inviável o reconhecimento da mencionada circunstância atenuante. Recurso não provido.****"*(TJ-SP-APL:00164630420118260302SP0016463-04.2011.8.26.0302, Relator: Luis Augusto de Sampaio Arruda, Data de Julgamento: 18/08/2014, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 21/08/2014). (Destaquei).

"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO INCIDÊNCIA – RÉU QUE CONFESSA A PRÁTICA DO DELITO DE PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – PRECEDENTES DO STJ E STF – PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT – ORDEM DENEGADA. ***1. Para a configuração da atenuante da confissão espontânea, o réu deve admitir a autoria do fato criminoso que lhe é imputado.*** *2. Conforme se extrai dos autos, o paciente confessou que transportava substância entorpecente que adquiriu para uso próprio, negando a prática do delito de tráfico de entorpecentes. Não deve, portanto, incidir a atenuante de confissão espontânea. Precedentes.3. Parecer do MPF pela denegação do writ.4. Ordem denegada."* (*HC* 105.408/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16/04/2009, DJe 01/06/2009). (Destaquei).

A par disso, verifica-se que a sentença não se fundou nas declarações prestadas pelo apelante, mas nos elementos de provas coligidos ao processo, até mesmo porque foi mensagem por meio de rede social do apelante, não se tendo como negar a autoria e a materialidade do delito.

Desse modo, afasto tal pretensão recursal.

Passo então à readequação da pena diante da desclassificação para o crime de injuria racial qualificada, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal:

Na 1ª fase, considerando o que acima já foi esposado, mantenho a circunstância judicial valorada na sentença, porém, reduzo o patamar de elevação da pena-base, estabelecendo-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na 2ª fase, diante da inexistência de agravantes/atenuantes, fica a pena intermediária nesse mesmo patamar, ou sejam em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Por fim, na 3ª fase, diante da inexistência de causas de aumento/diminuição, fica a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Considerando a quantidade de pena imposta e a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

O apelante preenche os requisitos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, e considerando o disposto no § 2º, do mesmo dispositivo, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juiz da Execução Penal.

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, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar a conduta imputada ao apelante para o crime de injuria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal e reduzir o patamar de elevação da pena-base, readequando a pena, estabelecendo-a de forma definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas (2) penas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juiz da Execução Penal.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

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, 18 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Agravo de Execução Penal nº 0000696-89.2015.8.12.0005 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME INDEFERIDO MANTIDO – EXAME CRIMINOLÓGICO DEMONSTRATIVO DA INAPTIDÃO DO AGRAVANTE PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – RECURSO DESPROVIDO.

É cabível ao julgador determinar a realização dos exames periciais suplementares quando da análise da progressão de regime, desde que o faça de maneira fundamentada, atendendo não só à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, expressa no artigo 93, inciso, IX, da Constituição Federal, como à própria previsão do artigo 112, § 1º, da Lei de Execução Penal. Enunciado Sumular n.º 439 do STJ e Súmula Vinculante n.º 26 do STF.

A concessão do benefício da progressão de regime prisional está adstrita ao preenchimento dos requisitos legais estampados no art. 112 da Lei de Execuções Penais, que são de ordem objetiva e subjetiva.

A análise do requisito subjetivo não está vinculada apenas à certificação do bom comportamento carcerário do agente.

Nesse aspecto, deve ser realizada uma avaliação aprofundada e pormenorizada da situação concreta, tudo para demonstrar a devida aptidão psicológica, com adequação temperamental e senso de responsabilidade, de modo a ficar atestado que o reeducando, uma vez posto em regime menos gravoso, não voltará a delinquir.

É possível, por decisão judicial fundamentada, a determinação da realização de exame criminológico para aferição do preenchimento do requisito subjetivo necessário para a progressão de regime prisional, quando entender necessário, desde que fundamentado, o que ocorreu na hipótese dos autos.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de agosto de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por Fábio Rafael do Nascimento, qualificado nos autos, em face da decisão de f. 09-10 do Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Interior que indeferiu o pedido de progressão do regime prisional.

O agravante, pelo recurso interposto, requer a reforma da decisão recorrida a fim de conceder a progressão de regime para o semiaberto.

O Ministério Público Estadual em contrarrazões de f. 14-19 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de f. 51-58, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por Fábio Rafael do Nascimento, qualificado nos autos, em face da decisão de f. 09-10 do Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Interior que indeferiu o pedido de progressão do regime prisional.

O agravante, pelo recurso interposto, requer a reforma da decisão recorrida a fim de conceder a progressão de regime para o semiaberto.

Cumpre salientar que para progressão de regime, além do requisito temporal, há exigência de bom comportamento carcerário, devidamente comprovado, nos termos do art. 112, da Lei de Execução Penal.

A nova redação dada ao artigo 112 da Lei de Execução Penal expungiu a obrigatoriedade da realização do exame criminológico. No entanto, não retirou do Magistrado o poder de determiná-lo.

A matéria é, inclusive, objeto do Enunciado Sumular n.º 439 do STJ, *in verbis*:

> *"Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada."*

Nessa mesma linha destaca-se a Súmula Vinculante n. 26 do STF:

> *"Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico."*

No mesmo sentido, pode-se verificar os seguintes precedentes:

> *"EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS – AGRAVO EM EXECUÇÃO – (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – INVIABILIDADE – VIA INADEQUADA – (2) PROGRESSÃO DE REGIME – MÉRITO DO CONDENADO – EXAME CRIMINOLÓGICO – REALIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – DIVERSAS FALTAS DISCIPLINARES – ENUNCIADO SUMULAR 439/STJ. SÚMULA VINCULANTE 26/STF – FLAGRANTE ILEGALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – (3) WRIT NÃO CONHECIDO. 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.* ***Não é vedado ao julgador determinar a realização dos exames periciais, desde que o faça de maneira fundamentada, atendendo não só à garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, expressa no artigo 93, inciso, IX, da Constituição Federal, como à própria previsão do artigo 112, § 1º, da Lei de Execução Penal. Enunciado Sumular n.º 439 desta Corte e Súmula Vinculante n.º 26 do STF****. 3. Hipótese em que o tribunal de origem determinou a realização de exame criminológico para verificação do requisito, de ordem subjetiva, para obter a progressão. Amparou-se, para tanto, no histórico carcerário do paciente, o qual registra, inclusive, anterior abandono do regime semiaberto. Irrepreensível, portanto, o aresto atacado. 4. Writ não conhecido."* (*HC* 294.666/SP, Rel. Ministra Maria

Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 17/10/2014). (Destaquei)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO CONCEDIDA EM 1º GRAU – CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO – PACIENTE QUE VOLTOU A DELINQUIR QUANDO BENEFICIADO COM O REGIME ABERTO – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – ILEGALIDADE FLAGRANTE – INEXISTÊNCIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. ***Legítima é a cassação da progressão de regime, a fim de que seja realizado exame criminológico, com base em fundamentos concretos, no caso pelo não preenchimento do requisito subjetivo em virtude, essencialmente, do fato de que, quando beneficiado com a progressão ao regime aberto, o paciente voltou a delinquir.*** *Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido."* (*HC* 298.077/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 21/10/2014). (Destaquei)

Na hipótese dos autos, pelo juiz da execução penal, em razão de requerimento formulado pelo agravante de progressão de regime, foi determinada a realização do exame criminológico, pelo seguintes fundamentos:

"O sentenciado Silson Alves Martins requer a progressão para o regime semiaberto. Juntou-se o parecer disciplinar do interno. O Ministério Público pugnou pelo encaminhamento ao exame criminológico para posterior análise da concessão dos benefícios. Decido. Observa-se que o sentenciado cumpre pena total de 20 anos e 05 meses, pela prática dos delitos previstos nos artigos 157 § 3º, Parte 2 c/c art. 14 caput, II; art. 157 § 2º, I, II, V; art. 180, caput, todos do Código Penal, de modo que entendo imprescindível a realização de exame criminológico para adequada análise da personalidade do sentenciado. A realização do exame criminológico revelará se o detento permanece com a personalidade de um criminoso, se apresenta periculosidade para a sociedade, eventual arrependimento, bem como se há a possibilidade de voltar a delinquir.

(...).

Ante o exposto, nos termos do art. 8º, caput, da LEP, para se obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos de se colocar o interno em contato com a sociedade e considerando que a realização de tal exame não configura constrangimento ilegal, por se tratar de uma avaliação feita por meio de entrevista, sem qualquer ofensa física ou moral, determino a realização de exame criminológico, para posterior análise da progressão."

É preciso esclarecer que o Magistrado da origem pode determinar a realização do exame criminológico quando entender necessário, desde que fundamentado, o que ocorreu na hipótese dos autos.

Com efeito, após o exame criminológico, o Magistrado da origem indeferiu o pedido de progressão de regime, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

"Com efeito, o sentenciado cumpre pena total de 20 anos e 05 meses de reclusão e preencheu o requisito objetivo para a progressão de regime.

Nesse contexto, de acordo com o laudo do exame criminológico realizado, o sentenciado 'o possui um perfil impulsivo, agressivo, cruel e indiferente, o que foi confirmado pelos resultados dos testes psicométricos, motivo pelo qual concluí que ele é acometido pelo

transtorno de personalidade emocionalmente instável', tendo o perito judicial concluído que não está apto a cumprir pena em regime mais brando. (seq. 36.1)

Assim, em que pese a conduta carcerária do sentenciado estar classificada como 'ótima' (seq. 40.1), considerando o histórico prisional do custodiado, as circunstâncias do crime bem como as conclusões do laudo criminológico, reputo não preenchido o requisito subjetivo para progressão de regime."

Diante das circunstâncias do caso concreto, considerando se tratar de condenação pela prática dos crimes de roubo, latrocínio tentado e receptação, previstos no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, e art. 180, *caput*, todos do Código Penal, bem como considerando o laudo de exame criminológico, entendo que a decisão recorrida deve ser mantida.

Consta do laudo de exame criminológico no campo referente ao comportamento do agravante "perfil cruel"; no campo referente à vontade e pragmatismo apresenta impulsividade (atitudes impensadas e incontroláveis).

No campo referente "discussão técnica e comentários" consta que:

"Analisando a personalidade do Paciente, constatei que ele não possui recursos psicológicos suficientes para controlar seus impulsos primários e para observar as regras de conduta social, na medida em que apresenta um perfil impulsivo, agressivo, cruel e indiferente, o que foi confirmado pelos resultados dos testes psicométricos, motivo pelo qual concluí que ele é acometido pelo Transtorno de Personalidade Emocionalmente Instável (CID10 F60.3), cujos critérios diagnósticos são os seguintes: Um transtorno de personalidade no qual há uma tendência marcante a agir impulsivamente sem consideração das consequências junto com instabilidade afetiva. A capacidade de planejar pode ser mínima e acessos de raiva intensa podem com frequência levar à violência ou a 'explosões comportamentais'; estas são facilmente precipitadas quando atos impulsivos são criticados ou impedidos por outros. Duas variantes desse transtorno de personalidade são especificadas e ambas compartilham esse tema geral de impulsividade e falta de autocontrole."

Em conclusão, consta do laudo criminológico, o seguinte:

" (...) portanto, considerando o objetivo do presente exame criminológico, concluo que o sentenciado não está apto a progredir para o regime semiaberto."

Aliás, em resposta ao quesito 1) consta do laudo que:

"1) Tem o condenado consciência de que infringiu norma de conduta? Mostra-se arrependido dos crimes que cometeu?

O Examinado tem plena consciência de que infringiu norma de conduta, mas não demonstrou arrependimento, limitando-se a reclamar das consequências pessoais que tem amargado durante o cumprimento da pena."

Em resposta ao quesito 7, consta que:

"7) Outras observações que se entender pertinentes.

Entendo que há risco de se colocar o Interno em contato irrestrito com a sociedade, pois ele demonstrou que não possui capacidade psicológica para controlar seus impulsos primários e observar as regras de conduta social."

Em resposta ao quesito 5 do Ministério Público consta que:

> *"Demonstra estar em condições de aceitar o convívio social e/ou do ambiente de trabalho, ou apresenta ainda sinais de inadaptação, agressão, repúdio, ou sinais que demonstram não ser conveniente a sua adaptação ao meio social? O Examinado demonstrou que não possui condições de aceitar o convívio social e/ou do ambiente de trabalho no regime semiaberto, conforme já foi explicado na discussão técnica desenvolvida anteriormente."*

A concessão do benefício da progressão de regime prisional está adstrita ao preenchimento dos requisitos legais estampados no art. 112 da Lei de Execuções Penais, que são de ordem objetiva e subjetiva.

A análise do requisito subjetivo não está vinculada apenas à certificação do bom comportamento carcerário do agente.

Nesse aspecto, deve ser realizada uma avaliação aprofundada e pormenorizada da situação concreta, tudo para demonstrar a devida aptidão psicológica, com adequação temperamental e senso de responsabilidade, de modo a ficar atestado que o reeducando, uma vez posto em regime menos gravoso, não voltará a delinquir.

Desse modo, ainda que o agravante tenha cumprido o lapso temporal, como requisito objetivo, dos elementos contidos nos autos, tenho que o agravante não possui mérito que permita a concessão do benefício almejado.

A par disso, com bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer:

> *"Destarte, é recomendável que o magistrado aproveite de todos os meios disponíveis para averiguar se o reeducando está apto para transferência para um regime menos rigoroso.*
>
> *Assim, não havendo proibição legal quanto à exigência da realização do laudo criminológico, e o caso concreto recomenda sua efetivação ante a personalidade do reeducando, a utilização do referido laudo é de suma importância para verificar se o reeducando preenche todos os requisitos para ser beneficiado com a progressão de regime.*
>
> *(...).*
>
> *No caso concreto, verifica-se que o exame criminológico se mostra de extrema importância para aferir a personalidade e o grau de periculosidade do agravante, em razão da gravidade do crime praticado."*

E, ponderou ainda, o que adoto como razões complementares de decidir:

> *"Deste modo, necessário destacar que não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão.*
>
> *No presente caso, restou comprovado que o recorrente não possui mérito para ser colocado em regime mais brando, conforme determina o art. 33 do CP.*
>
> *Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, 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."* (Grifou-se)

Desse modo, deve ser mantida a decisão recorrida.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que as questões apresentadas foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso.

É como voto.

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 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, 25 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0002797-29.2016.8.12.0017 – Nova Andradina

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO AGRAVADO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE RECEPTAÇÃO – AUTORIA, MATERIALIDADE E PARTICIPAÇÃO DEMONSTRADAS – CRIME DE ROUBO CONFIGURADO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – TESE PARCIALMENTE ACOLHIDA – VÍTIMAS IDOSAS – AGRAVANTE GENÉRICA MANTIDA – PLURALIDADE DE CAUSAS DE AUMENTO – REDUÇÃO DO PATAMAR – IMPOSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA COM BASE EM ELEMENTOS DO CASO CONCRETO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Como é elementar, o julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

Os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do delito, sobretudo quanto a atuação/participação do apelante no crime de roubo.

Não tendo havido fundamentação adequada em relação às circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59 do CP e art. 93, IX, da CF, a pena-base deve ser reduzida proporcionalmente, diante do afastamento das circunstâncias judiciais inadequadamente valoradas.

Para a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, não é necessário o agente ter conhecimento da idade da vítima, tendo em vista que a vulnerabilidade do idoso é presumida. Precedentes do STJ.[1]

De acordo com o art. 157, § 2º, do Código Penal, é lícito ao julgador aumentar a pena de 1/3 a 1/2 quando vislumbrada, no caso concreto, qualquer das situações estampadas nos incisos do mencionado dispositivo legal.

Estando presente no caso uma ou mais majorantes, o julgador deve proceder ao aumento da pena em obediência ao intervalo legal fixado pelo legislador ordinário, ou seja, entre o teto mínimo de um terço e o limite máximo de um meio, desde que com base em fundamentação concreta, o que ocorreu na hipótese dos autos.

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 parcialmente unânime. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 15 de setembro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

1 STJ, Quinta Turma, *HC* 417.150/SE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 21/08/2018

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto Carlos Michel da Silva contra a sentença de f. 392-396 da Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina/MS que o condenou à pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 82 (oitenta e dois) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, II, IV e V, c/c art. 29, § 1º, do Código Penal.

O apelante, pelo recurso interposto às f. 408-416, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal ou pela desclassificação para o crime de receptação.

Alternativamente, requer a redução da pena-base no mínimo legal; o afastamento da agravante do art. 60, II, "h", do Código Penal e a redução do patamar de aumento da pena pela incidência das majorantes dos incisos I, II, IV e V do § 2º do art. 157, do Código Penal.

O Ministério Público Estadual em contrarrazões de f. 420-442 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de f. 497-523, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto Carlos Michel da Silva, qualificado nos autos, contra a sentença de f. 392-396 da Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina/MS, que o condenou à pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 82 (oitenta e dois) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, II, IV e V, c/c art. 29, § 1º, do Código Penal

Narra a denúncia, em síntese, que:

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 11 de fevereiro de 2016, por volta das 22h00, na residência rural denominada 'Chácara Trópicos', localizada na Estrada Municipal Odilon Ribeiro, Parque Industrial, em Nova Andradina, os denunciados Victor Henrique de Matos Sumi ('Vitinho' ou 'Japonês'), Maicon Douglas Amorim de Lima ('Gono'), Fabio Pedrozo de Sousa Santos ('Fabinho'), Luiz Gustavo Silva de Souza ('Pé na Cova'), cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, agindo em concurso de agentes, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição de liberdade das vítimas, subtraíram para si, coisa alheia móvel, consistente em 01 (uma) televisão, 01 (um) micro-ondas, 01 (uma) cafeteira, 01 (uma) caixa de som e diversos perfumes e joias, tudo avaliado em um total aproximado de R$ 2.180,00 (dois mil cento e oitenta reais), bem como um 01 (um) veículo marca/modelo GM/Classic Spirit, cor Azul, ano 2005/2005, placas HSE-7369, avaliado em R$ 11.000,00 (onze mil reais), que foi transportado para o exterior, tudo pertencente às vítimas Odete Simões Ferreira e Alceu Rodrigues, conforme boletim de ocorrência de f. 23-25 e auto de apreensão de f. 26."*

O apelante, pelo recurso interposto, requer a reforma da sentença, pugnando pela sua absolvição, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal ou pela desclassificação para o crime de receptação.

Alternativamente, requer a redução da pena-base no mínimo legal; o afastamento da agravante do art. 60, II, "h", do Código Penal e a redução do patamar de aumento da pena pela incidência das majorantes dos incisos I, II, IV e V do § 2º do art. 157, do Código Penal.

Passo ao exame do pedido de absolvição e de desclassificação para o crime de receptação porque matérias correlacionadas.

Do pedido de absolvição ou de desclassificação para o crime de receptação.

Como é elementar, o julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

Os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do delito, sobretudo quanto a atuação do apelante no crime de roubo.

O depoimento dos policiais condutores da investigação e das diligências são esclarecedores quanto a prática do crime por Victor, Maicon, Fábio e Carlos Michel.

Consta ainda dos autos o depoimento do coautor Victor (f. 285, condenados nos Autos n.º 0000601-86.2016.8.12.0017).

Aliás, o relatório circunstanciado das investigações (f. 51-57) é bem esclarecedor quanto a dinâmica da conduta criminosa, somado à palavra da vítima Alceu Rodrigues (f. 285).

No caso, a atuação do o apelante Carlos Michel, que levou e buscou os demais envolvidos para o local do roubo e que teria levado o veículo subtraído para o Paraguai em troca de drogas.

Não se pode deixar de considerar ainda que com o apelante foram encontrados parte dos objetos subtraídos, prontamente reconhecidos pela vítima (f. 18-20). Aliás, nesse ponto, desde logo, fica afastada a alegação de desclassificação para o crime de receptação, seja pelas circunstâncias que envolveu o delito, seja pela investigação produzida corroborada em juízo pelo depoimento dos policiais e ainda pelas versões desarmônicas e insustentáveis do apelante.

Nesse particular, não se olvide que o depoimento dos policiais são provas idôneas e em consonância com as particularidades do caso em exame. (f. 285 e f. 339)

Nesse sentido a jurisprudência:

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – TESTEMUNHO DE POLICIAIS – VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO – CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO – INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. A alegação de insuficiência de provas para a condenação, a pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto probatório, providência incompatível com os estreitos limites do habeas corpus. De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos[2]."*

Ademais, o apelante tem o direito de se defender de maneira ampla das provas coletadas, podendo tentar influir para a produção de provas em seu benefício, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, assim não procedeu, estando a sua tese de não ser verdadeira a acusação que lhe é imputada, isolada e em desarmonia com os outros elementos de provas produzidos no processo, sobretudo considerando as diversas versões apresentadas, sem qualquer credibilidade que as ampare.

2 STJ – *HC* 98766/SP, Rel.Min.Og Fernandes, DJe 23/11/2009

Bem se sabe que, no processo penal, o pronunciamento de um juízo condenatório não precisa se respaldar, necessariamente, em elementos de prova direta. Deve haver a análise do conjunto de todos os elementos de provas contidos nos autos do processo.

Também é 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 expressamente previsto e aceito pelo Código de Processo Penal (art. 239). O que ocorreu na hipótese dos autos.

As provas formam um juízo de certeza acerca da ocorrência do delito e da atuação do apelante na prática criminosa.

Aliás, como bem deliberou a magistrada do processo:

> *"Em suma, as confissões e as declarações prestadas em sede extrajudicial confirmam-se com a prova produzida em juízo, sendo certo que o acusado Carlos Michel prestou auxílio aos agentes para a fuga e para destinação dos bens.*
>
> *(...) em que pesem os argumentos da defesa, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, porquanto devidamente comprovada a participação do acusado, diga-se, participação de menor importância porque apesar de não ter executado o crime, prestou auxílio aos demais acusados e como forma de pagamento, ficou com parte da res furtiva."*

Dessa forma, da análise dos autos, conclui-se que deve ser afastado o pleito absolutório e de desclassificação, formulado pelo apelante, ficando mantida a condenação do apelante como partícipe do crime de roubo agravado, porque configurado e demonstrada a sua participação, ainda que de menor importância porque já reconhecida pela sentença e sem insurgência do Ministério Público.

Do pedido de redução da pena-base no mínimo legal.

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 dosimetria da pena:

> *"Passo a dosimetria da pena.*
>
> *A) Antecedentes: o acusado ostenta uma condenação transitada em julgado, que será utilizada na segunda fase, para evitar o bis in idem; B) Personalidade: não foram produzidos elementos de prova que pudessem propiciar a análise acerca dessa operadora (neutra); C) Conduta social: são desconhecidas (neutra); D) Motivos: o lucro fácil é comum ao tipo (neutra); E) Consequências: serão sopesados a posteriori; F) Circunstâncias: são negativas, porque a violência empregada supera o comum previsto no tipo, visto que houve agressão física contra a vítima Alceu (negativa); G) Comportamento da vítima: as vítimas não contribuíram para a conduta (neutra); H) Culpabilidade: a restrição da liberdade das vítimas por duas horas torna a conduta mais reprovável (negativa).*
>
> *Diante do quadro das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 5 anos e 6 meses de reclusão e 50 dias-multa."*

Com efeito, verifica-se que a elevação da pena-base foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias judiciais referente às culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime.

Em razão da valoração desfavorável das circunstâncias judiciais acima em comento a pena-base foi elevada e 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Sobre a culpabilidade, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável.

Segundo Ricardo Augusto Schimitt, *"a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade, de modo que devem ser valoradas a*

frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)[3]*."*

A magistrada valorou negativamente a culpabilidade, explicitando o seguinte: *"Culpabilidade: a restrição da liberdade das vítimas por duas horas torna a conduta mais reprovável (negativa)."*

Por se tratar de roubo com pluralidade de causas de aumento, é plenamente possível que uma dessas majorantes seja deslocada para análise no contexto da pena-base, permanecendo as outras para majorar a pena na terceira fase da dosimetria.

Esse é o entendimento pacífico da jurisprudência pátria, que ressoa do seguinte julgado:

> *"HABEAS CORPUS – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – DESVIRTUAMENTO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CONCURSO DE AGENTES – VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE – POSSIBILIDADE – MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*
>
> ***1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.***
>
> *2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.*
>
> *3. No caso vertente, a valoração da causa especial de aumento atinente ao concurso de agentes ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 4 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.. Habeas corpus não conhecido."* (*HC* 265.098/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 08/09/2014). (Destaquei).

Sobre a majorante prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal, é preciso deixar claro que a sua incidência justifica-se diante da maior reprovabilidade da conduta criminosa praticada nessas circunstâncias, onde a vítima tem o seu direito de locomoção restrito, ficando submetida às vontades do agente criminoso, não podendo, assim, oferecer nenhum tipo de resistência à investida criminosa, o que, numa análise final, facilita a consumação do delito.

Nesse sentido, aliás, as lições do professor Cleber Masson[4], que são dispostas no seguinte sentido:

> *"O aumento da pena se justifica porque o ofendido é atacado em seu direito de locomoção e fica à mercê do assaltante, circunstâncias que o impossibilita de oferecer qualquer tipo de reação, e, por si mesma, recuperar os bens subtraídos. A restrição da liberdade deve perdurar por tempo juridicamente relevante. Se a vítima permanecer em poder do agente por curtíssimo tempo, destinado unicamente à subtração do bem, não incide a causa de aumento de pena. (...)."*

No presente caso, diante das circunstâncias fático probatórias acima já demonstradas, houve, portanto, evidente restrição da liberdade das vítimas, razão pela qual é lícita e correta a incidência da majorante prevista no inciso V, do § 2º, do art. 157, do Código Penal.

3 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 7. ed. Juspodivm, 2012. p. 115-116.

4 MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2013. p. 625.

No entanto, pelo que se verifica da sentença, a restrição da liberdade das vítimas, que ficaram trancadas no banheiro por duas horas, foi utilizada também como majorante, importando na pluralidade das causas de aumento e seu respectivo percentual de aumento, pelo que não se tem como mantê-la como circunstância judicial, para que não haja dupla punição pelo mesmo fato.

Por isso, fica afastada a circunstância judicial da culpabilidade.

No que se refere às circunstâncias do crime, bem se sabe que a circunstância judicial ora em comento se relaciona com os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal.

Trata-se, pois, do *modus operandi* empregado na realização do delito penal, ou seja, do modo de agir utilizado pelo agente na consecução da sua intenção delituosa.

O fundamento utilizado na sentença foi o seguinte: *"Circunstâncias: são negativas, porque a violência empregada supera o comum previsto no tipo, visto que houve agressão física contra a vítima Alceu (negativa); (...)."*

Nota-se, pois, que ainda que valorada de forma sucinta, diante dos elementos visualizados no caso concreto, tenho que esses são capazes de ensejar a exasperação da reprovabilidade do modo de execução da conduta.

Os fatos de o crime ter sido praticado em residência rural, por diversos autores, por terem surpreendido as vítimas, um casal de idosos, sendo a vítima idosa ainda portadora de doença, tendo havido agressão com chutes, restrição das vítimas no banheiro trancado, todos esses elementos concretos juntos foram utilizados para potencializar o êxito, possibilitar o efetivo alcance da consumação.

O caso dos autos enseja maior grau de censura a ensejar resposta penal superior por revelar uma gravidade concreta superior à inerente a crime de roubo.

Assim, fica mantida a valoração negativa de tal circunstância judicial.

Quanto às consequências do crime, a magistrada da origem limitou-se a explicitar que: *"E) Consequências: serão sopesados a posteriori."*

Contudo, nada fundamentou com relação a referida circunstância judicial.

Não tendo havido fundamentação adequada em relação a essa circunstância judicial, nos termos do art. 59 do CP e art. 93, IX, da CF, a redução proporcional da pena-base é medida que se impõe.

Consequentemente, ficam afastadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime, pelo que a redução proporcional da pena-base é medida que se impõe.

Passo, então, ao seu redimensionamento.

Do redimensionamento da pena-base.

Considerando que devem ser afastadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências dos crimes, pelo mesmo patamar estabelecido na sentença, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Do pedido de afastamento da agravante do art. 60, II, "h", do Código Penal.

A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, "h" (contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida), do Código Penal relaciona-se a uma maior vulnerabilidade do sujeito passivo a ensejar maior reprovabilidade à ação criminosa que lhes viola a integridade física, moral ou psicológica.

Essa circunstância agravante se justifica em decorrência das pessoas relacionadas (criança, idoso, enfermo e gestante) possuírem uma maior dificuldade de defesa.

Não se olvide que a circunstância acima diz respeito ao fato, à infração penal cometida, sendo elementar objetiva, condições essas que justificam um maior incremento da pena na segunda fase.

A idade da vítima se traduz num mero critério biológico, bastando a sua comprovação por meio de documento hábil (certidão de nascimento, certidão de casamento, carteira de identidade, carteira de habilitação, título de eleitor etc.).

Para a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, não é necessário o agente ter conhecimento da idade da vítima, tendo em vista que a vulnerabilidade do idoso é presumida. Precedentes do STJ.

Para exemplificar, segue o seguinte julgado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – FURTO – CRIME PRATICADO CONTRA IDOSO – VULNERABILIDADE DA VÍTIMA PRESUMIDA – CRITÉRIO CRONOLÓGICO – MUDANÇA DE COMPETÊNCIA INTRODUZIDA PELA LCE Nº 228/2013 – AÇÃO PENAL JÁ INICIADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1.O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.* ***2. O estatuto do idoso, considerou juridicamente idoso a pessoa com idade acima de 60 (sessenta) anos, adotando-se, portanto, o critério cronológico. Assim, a vulnerabilidade da vítima é presumida[5]."*** (G.n.)

Por isso, fica mantida a agravante do art. 61, II, "h", porque crime cometido contra vítimas idosas (f. 15-16 e f. 19).

Do pedido de redução do patamar de aumento da pena pela incidência das majorantes dos incisos I, II, IV e V do § 2º do art. 157, do Código Penal.

Nesse ponto, o apelante defende que o aumento pela incidência das majorantes no crime de roubo agravado exige fundamentação concreta.

Que a Magistrada prolatora da sentença, por entender que incidiram as majorantes do emprego de arma, do concurso de pessoas, de subtração de veículo automotor transportado para o exterior e pela restrição da liberdade das vítimas, aplicou o patamar de 1/2, sem explicação do maior desvalor da conduta, não atendendo à uma fundamentação concreta.

A fundamentação dada na 3ª fase, foi da seguinte forma:

> *"Na terceira fase, elevo a pena em metade (1/2) em razão das causas de aumento previstas no artigo 157, § 2°, I, II, IV e V, do Código Pena, fixando a pena em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 99 dias-multa. O aumento deu-se nesse patamar, porque, conforme exposto, o crime foi planejado e desenvolveu-se com os atos de cinco agentes. Quatro agentes invadiram a residência e, mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo e violência física (chutes) exercida contra uma das vítimas, trancaram-as no banheiro e lhes subtraíram os bens. Especificamente, o quinto agente, ora acusado, participou da ação dando fuga aos demais e destinação aos bens, em especial o veículo que remeteu para o Paraguai. Ressalto que aqui se observa o teor da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, porque o quantum de aumento deu-se com atenção aos fatores concretos das circunstâncias que destacam a maior reprovabilidade da conduta. Vale dizer, aqui se destaca como mais reprovável o fato de que agiram de maneira articulada e o número de cinco roubadores."*

5 STJ, Quinta Turma, *HC* 417.150/SE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 21/08/2018.

De acordo com a inteligência do Enunciado n.º 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *"o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."*

Nota-se, pois, que a Magistrada prolatora da sentença apontou elementos concretos capazes de dar respaldo a sua decisão no sentido de fixar o patamar de aumento das majorantes acima do mínimo legal.

Por certo, em razão de elementos fáticos extraídos do caso concreto, atribuiu maior reprovabilidade à conduta criminosa do apelante.

É lícito ao juiz a fixação do patamar de aumento na terceira fase da dosimetria do crime de roubo, acima do mínimo legal, devendo o fazer de forma fundamentada e com respaldo nos elementos fáticos existentes no caso concreto, que tornam de maior reprovabilidade a conduta criminosa do agente. O que ocorreu na hipótese dos autos.

Por isso, tenho que o patamar aplicado está devidamente motivado pelas circunstâncias concretas acima mencionadas, razão pela qual não há falar em redução do percentual de aumento aplicado.

Afasto, dessa forma, tal pretensão.

Do redimensionamento da pena aplicada em razão da redução proporcional da pena-base:

Na 1ª fase, em razão do presente julgamento, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa.

Na 2ª fase, na forma da sentença, ficam mantidas as agravantes da reincidência, prevista no art. 61, I e agravante do art. 61, II, "h", ambos do Código Penal, por se tratar de crime cometido contra vítimas idosas e o patamar aplicado, pelo que, fica a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa.

Por fim, na 3ª fase, na forma da sentença, ficam mantidas as majorantes do art. 157, § 2º, I, II, IV e V, do Código Penal e o patamar aplicado, pelo que elevo a pena em 1/2, o que resulta em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 63 (sessenta e três) dias-multa.

Na forma da sentença, incide ainda a causa de diminuição de pena referente a participação de menor importância reconhecida pela Magistrada prolatora da sentença, em 1/6, na forma do art. 29, § 1º, do Código Penal, pelo que a pena fica estabelecida definitivamente em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 52 (cinquenta e dois dias-multa).

Por se tratar de réu reincidente e como forma de reprovar o crime praticado e prevenir a prática de crimes, com fundamento no art. 33, § 2º, do Código Penal, mantenho o regime fechado aplicado na sentença.

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, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou parcial provimento ao recurso somente para reduzir a pena-base, pelo que redimensiono a pena do apelante, estabelecendo-a, definitivamente em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, mantido o regime fechado e ao pagamento de 52 (cinquenta e dois dias-multa), por infração ao art. 157, § 2º, I, II, IV e V, c/c art. 29, § 1º, do Código Penal.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

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, 15 de setembro de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0008007-41.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – DROGA ENCONTRADA COM O RÉU APÓS ABORDAGEM E REVISTA PESSOAL FEITA POR GUARDA MUNICIPAL – PROVA ILÍCITA – INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PREJUDICADO.

Segundo a Constituição Federal de 1988, aos guardas municipais é reservada a incumbência de proteger bens, serviços e instalações do Município, conforme dispuser a lei (artigo 144, § 8º). Assim, por força constitucional, não lhes cabe exercer a segurança pública, mais precisamente os serviços de polícia ostensiva e preventiva, reservados aos órgãos policiais (artigo 144, incisos I ao V).

Constitui prova ilícita a decorrente de busca efetivada por guarda municipal no exercício de atos de competência exclusiva das polícias. Ato inicial ilícito contamina todos os atos subsequentes.

Absolvição decretada. Recurso prejudicado.

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 Relator, vencido o Revisor. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 2 de junho de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta por Wesley Atilho em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com a causa de diminuição do § 4º do mesmo diploma legal, apenando-o a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 375 dias-multa.

Postula, em resumo, a desclassificação da imputação para o tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas (posse de droga para consumo pessoal).

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Wesley Atilho em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo

33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, com a causa de diminuição do § 4º do mesmo diploma legal, apenando-o a 3 anos e 9 meses de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 375 dias-multa.

Consta da denúncia:

> *"(...) no dia 23 de fevereiro 2018, por volta das 18h05m, na Rua Nuremberg, n.º 61 (UBSF Dr. Bento de Assis Machado), Centro, distrito de Anhanduí, Comarca de Campo Grande, o denunciado adquiriu, vendeu, expos à venda, mantinha em depósito, entregava a consumo, fornecia drogas, trazia consigo drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Laudo Preliminar de Constatação de Natureza e Quantidade de Droga de f. 29-31 e Auto de Exibição e Apreensão de f. 32. Ao que se apurou na data dos fatos, o denunciado foi abordado por Guardas Civis Municipal no local mencionado, os quais notaram seu comportamento suspeito. Assim, ao realizarem busca pessoal no denunciado, foi constatado que ele trazia consigo 02 (duas) porções da droga vulgarmente denominada 'Maconha' no bolso de suas vestes, embaladas separadamente, bem como um pequeno valor em dinheiro. Em sequência, foi apontado para a guarnição pelas testemunhas, uma construção abandonada onde o denunciado guardava as drogas para a comercialização, local onde foi encontrado mais um tablete da mesma droga. Assim, as três porções de entorpecente apreendias com o denunciado, totalizaram 360g (trezentos e sessenta gramas). Por este fato, o denunciado foi preso em flagrante."*

Postula, em resumo, a desclassificação da imputação para o tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas (posse de droga para consumo pessoal).

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

Malgrado o defensor constituído tenha se limitado a pedir a desclassificação da imputação, o réu deve ser absolvido *ex officio*.

Como visto, durante patrulhamento, guardas municiais avistaram o réu em "atitude suspeita". Subsequentemente, realizaram a abordagem e revista pessoal do acusado, encontrando em seu poder duas porções de "maconha". Em seguida, se deslocaram a determinado imóvel, onde apreenderam outra porção da mesma droga, em tese de propriedade do réu.

Pois bem, segundo a Constituição Federal de 1988, aos guardas municipais é reservada a incumbência de proteger bens, serviços e instalações do Município, conforme dispuser a lei (artigo 144, § 8º). Assim, por força constitucional, não lhes cabe exercer a segurança pública, reservada aos órgãos policiais (artigo 144, incisos I ao V).

Destarte, guarda municipal não é órgão policial e nem detém atribuição nesse sentido. Nesse rumo, José Afonso da Silva ensina que:

> *"(...) os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí certamente está uma área que é de segurança: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função exclusiva da Polícia Militar."* (*In* Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 781-782)

Sobre o tema é oportuno transcrever as lições constantes do consagrado *"Tratado de Direito Constitucional 1"* (Saraiva, 2012), escrito sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento:

"Defesa do Estado

4.6.2. Impossibilidade da guarda municipal de atuar como polícia de segurança pública

Lembremos que, sobre a competência constitucional da guarda municipal, conforme discorremos nos aludidos Estudos de Direito Administrativo, o entendimento dos juristas pátrios, aceito pela jurisprudência de nossos tribunais, está no sentido que ela não pode ser considerada polícia municipal e, portanto, não se destina prioritariamente à proteção de pessoas, conforme, aliás, também citamos em trabalho sobre Da Segurança Pública na Constituição de 1988. Dessa posição não diverge José Afonso da Silva, que teve papel destacado na Constituinte de 1988 como assessor jurídico do Senador Mário Covas, em duas de suas obras: Curso de Direito Constitucional Positivo (6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990) e O Município da Constituição de 1988 (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990), dela também não divergindo Toshio Mukai, A Administração Pública na Nova Constituição Brasileira (São Paulo: Saraiva, 1989), bem o corpo técnico-jurídico da Fundação Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM) (Breves Anotações à Constituição de 1988, São Paulo: Atlas, 1990), ainda, José Cretella Júnior, que traz à colação jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992), como também trouxemos em nossa obra Estudos de Direito Administrativo.

A impossibilidade de que tratamos foi objeto de manifestação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, que, à unanimidade, declarou inconstitucionalmente Projeto de Lei n. 2.669-A/89, que a pretexto de regulamentar o artigo 144, § 8º, da Constituição de 1988, fixava atuação concorrente dos municípios, através das guardas municipais, para auxiliar na manutenção da ordem pública. Lembremos, mais uma vez, José Afonso da Silva quando afirmou que 'Interpretar uma Constituição significa caminhar em direção ao contexto no qual ela se move. Para compreendê-la é indispensável tê-la em função desse contexto'. Foi, com esse propósito contextual, que o mesmo constitucionalista, cuidando do artigo 144 da Constituição de 1988, naquilo que trata das guardas municipais, reafirmou que ***os constituintes recusaram várias propostas de instituição de polícias municipais, como também que a elas, guardas municipais, não se cometeu competência para fazer policiamento ostensivo, nem judiciário, nem a apuração de infrações penais****, conforme acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 124.767-3/5, de Americana, da qual foi relator o Desembargador Cunha Bueno, e, ainda, como a mesma Corte de Justiça tinha decidido na Apelação Criminal n. 96.007-3/0, de Araras, relator o Desembargador Weiss de Andrade.* ***Está, portanto, evidente que a guarda municipal, ao agir como polícia de ordem pública, o faz ao arrepio da Constituição e das leis****, sujeitando, assim, os seus mandantes e executores às graves consequências da improbidade administrativa, que ressaltamos no início desta exposição, inclusive, com a responsabilidade criminal, civil e administrativa, além da política, agentes públicos que são a teor do artigo 2º da referida Lei de Improbidade Administrativa, e artigo 327 do Código Penal. Cabe, pois, às autoridades e às pessoas atingidas pelos atos ilegais, inclusive a entidades de classe como, por exemplo, a FENEME – Federação Nacional das Entidades de Oficiais Militares Estaduais, providenciar o que devido, fazendo manifestar-se o Poder Judiciário, quer sobre o exercício irregular e abusivo da atividade policial, quer sobre os atos normativos municipais que eventualmente o esteja 'amparado', evitando-se o conflito e a superposição de funções públicas tão graves como estas. Lembremos, com Caio Tácito, que a primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.*

(...).

4.6.3. Utilidade da guarda municipal agindo constitucionalmente

Guarda Municipal, se criada, será sempre órgão da administração municipal e, assim, sujeita ao princípio da legalidade estrita, como inserido no artigo 37, caput, da Constituição da República, o que nos enseja lembrar a lição de Hely Lopes Meirelles no sentido de que a eficácia de toda atividade administrativa – e a polícia o é – está condicionada ao atendimento da lei, porque, na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal, só lhe sendo permitido fazer aquilo que a lei autoriza, razão de não se poder descumprir os seus preceitos, geralmente de ordem pública, e isso nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.

Guarda Municipal tem a sua competência delimitada pelo § 8º do artigo 144 da Constituição de 1988, certo que ela não está inscrita, como examinamos anteriormente, entre os órgãos que, taxativamente previstos no caput do mesmo artigo 144, exercem a segurança pública.

Bem por isso dentro da sua competência constitucional à guarda municipal foi destinada, no âmbito do Município que a criou, a proteção dos seus bens, dos seus serviços e instalações, tudo conforme dispuser a lei. Evidencia-se, ressaltemos, que não são todos os bens públicos municipais a que alude o artigo 99 do Código Civil, sob pena de vir à guarda municipal a competir com a Polícia Militar, como, por exemplo, ao pretender-se que ela se destine a proteção de estradas municipais, e, ainda, das ruas e praças, hipóteses de bens previstas no inciso I do referido artigo 99 da lei civil como sendo bens públicos de uso comum do povo. ***Restaria, pois, ao Município destinar a sua guarda municipal a proteção dos seus bens públicos de uso especial e bens públicos dominicais, previstos, respectivamente, nos incisos II e III do mesmo artigo 99****. Os de uso especial são aqueles como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias. Os dominicais são os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas. Como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.* ***Guarda Municipal, bem por isso, tem extensa utilidade para, sem extrapolar a regra de sua competência constitucional, em benefício da coletividade local, proteger as escolas, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, parques, creches, centros educacionais, mercados, monumentos, prédios públicos em geral, cemitérios, enfim toda infraestrutura municipal que vem sendo atacada diuturnamente por atos de vandalismo****.* ***Seus integrantes, vigilantes que são do patrimônio municipal****, conforme lição de Pedro Luiz Carvalho de Campos Vergueiro, colhida em Diógenes Gasparini, quando no exercício de suas funções, estarão – mediatamente de fato e não por força de obrigação legal, sem ser atividade inerente às suas atribuições – dando, como qualquer cidadão, proteção aos munícipes. A sua mera presença nos locais designados, junto a logradouros públicos ou próprios municipais, prestar-se-á como força psicológica em prol da ordem, beneficiando, assim, de forma indireta, os munícipes. Ou seja, essa vigilância implicará proteção para os munícipes: aquela como atribuição decorrente da norma jurídica e essa como um plus empírico resultante daquela."* (Destaquei)

Observadas tais orientações, no presente caso é nítido que os guardas municipais agiram como polícia de segurança pública, ao arrepio da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor (Leis Municipais n. 4.520/2007 e 5.413/2014 e Lei n.13.022/2014), pois a droga foi encontrada por intermédio de abordagem e busca pessoal realizadas durante rondas ostensivas, atividades essas reservadas aos policiais.

Cumpre destacar que os guardas municipais não presenciaram o réu comercializando drogas, circunstância que eventualmente poderia autorizar a prisão como *"qualquer um do povo"*, nos termos do artigo 301 do CPP. Ao revés, encontram a droga praticando atos de competência exclusiva das polícias, conforme destacado alhures.

Assim, a prova obtida pelos indigitados guardas municipais, qual seja, a substância entorpecente, que deu início ao inquérito policial e deflagrou a ação penal é ilícita, eis que obtida por servidor público que não tem competência para abordar pessoas e realizar busca pessoal, a teor do artigo 144, da Constituição Federal.

A prova ilícita por derivação, ou seja, prova em si mesma lícita mas que foi captada com violação a princípio constitucional, como é o caso em questão, fica contaminada pela ilicitude inicial. O vício inicial se propaga, afetando os atos que dele se desdobram. Em consequência, o ato ilícito inicial, violador de norma constitucional, não pode ser admitido como prova válida, contaminando todos os atos subsequentes.

Dessa forma, no caso presente, a ilicitude originária da diligência, levada a efeito por guardas civis municipais, transmite para a prova subsequente a mácula inicial. Como a prova subsequente é única, constituindo a apreensão do entorpecente o único elemento probante, não pode prevalecer.

À guisa de ilustração, menciono o seguinte precedente desta Corte:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ARMA ENCONTRADA NO INTERIOR DO VEÍCULO APÓS PARADA E BUSCA FEITA POR GUARDA MUNICIPAL – PROVA ILÍCITA – INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.* ***A Guarda Municipal não tem competência para realizar ronda ostensiva e abordar veículo para realizar fiscalização neles, visto que esta conduta é de competência exclusiva das polícias, como determina o art. 144 da Constituição Federal. (TJMS; ACr-Recl 2011.012492-6/0000-00; Dourados; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 04/07/2011; Pág. 24), tornando ilícita a descoberta da arma por guardas municipais no veículo da corré, após resolveram revistá-la por estar a mesma 'nervosa', gerando a prisão em flagrante, ou seja, a arma foi encontrada de forma fortuita e não na situação do artigo 301, do Código de Processo Penal."*** (TJMS – AC 0010368-38.2012.8.12.0002 - Relator: Des. Manoel Mendes Carli. 2ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 14/04/2014; Data de registro: 24/04/2014 - Destaquei)

Em abono à tese ora esposada, o TJSP já exarou que *"serviços de polícia preventiva e ostensiva não são atribuição da Guarda Municipal. Constitui prova ilícita a decorrente de busca efetivada por agente sem a necessária atribuição funcional. Ato inicial ilícito contamina todos os atos subsequentes."* (*HC* 2126337-78.2015.8.26.0000 – Relatora: Angélica de Almeida; Comarca: Americana; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 19/08/2015; Data de registro: 26/08/2015)

Destarte, não havendo prova válida arrimando a imputação, impõe-se absolver o réu nos termos do artigo 386, VII, do CPP.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de absolver Wesley Atilho nos termos do artigo 386, VII, do CPP, julgando prejudicado o recurso.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Divirjo do Relator, para negar provimento ao recurso.

Analisando os autos, verifico que há provas suficientes para manutenção da condenação imposta na sentença, considerando que estão suficientemente demonstradas a existência do crime e a concorrência do réu para a prática dos fatos.

Inicialmente, ao contrário do que defendido pelo e. Relator, entendo que a ação dos guardas civis no caso concreto não consubstancia prova ilícita, tendo em vista que eles detêm competência subsidiária para exercer a função de polícia ostensiva.

Como é sabido, tais servidores integram os quadros funcionais do Município, cujo desempenho primário é a defesa do patrimônio público municipal, mas, subsidiariamente, a defesa da população local e da paz social, em atividade típica de segurança pública, compreendida na repressão de atos criminosos, nos termos da Lei n.º 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais.

A preservação da ordem pública é responsabilidade de todos, sendo conferido aos órgãos da segurança pública o dever legal, não havendo dúvida de que, dentre tais órgãos, estão as Guardas Municipais. Se assim não fosse, não haveria razão para estarem previstas em um dos parágrafos do art. 144 da Constituição Federal, justamente no capítulo que trata da segurança pública do Estado.

A Lei n.º 13.022/2014 regulamentou o § 8º, do art. 144, da CF, constituindo norma geral aplicável a todas as leis municipais que tratarem de suas respectivas guardas. A importância deste diploma legal encontra-se no fato de que amplia a restrita interpretação da norma constitucional, *in verbis "os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei."*

O art. 4º da referida Lei atribui a competência geral da guarda municipal, qual seja, a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município, conforme já previsto na Constituição da República. Já o art. 5º estabelece as competências específicas, que não estão restritivas à proteção do patrimônio municipal, mas também as funções de colaboração na apuração penal e defesa da paz social.

Portanto, a guarda municipal está investida de garantia da paz social, podendo/devendo atuar na prevenção da prática de delitos, evitando sua ocorrência, ou, no caso de flagrante, conferindo os meios para subsidiar a apuração do fato criminoso.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *"(...) outrossim, especificamente quanto aos guardas civis, incide a inteligência da Lei 13.022/14, que amplia a restrita interpretação que se havia do art. 144, § 8º, da Constituição Federal, dando-lhes, dentre outras competências específicas, as funções de colaboração na apuração penal e na defesa da paz social. Logo, as Guardas Municipais (guardas civis) estão investidas na incumbência da garantia da paz social, atuando na prevenção da prática de crimes, podendo, inclusive, atuar de forma a impedir a sua ocorrência, ou no caso de flagrante, conferir meios para subsidiar a apuração do fato criminoso. (...)."* (Apelação Criminal 0000840-92.2014.8.26.0204, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Airton Vieira, j. 26/11/2015).

Desse modo, com a devida vênia do posicionamento do nobre Relator, na minha compreensão, inexiste qualquer mácula sobre a prova produzida na instrução do presente feito, especificamente na atuação dos guardas municipais que, em patrulhamento ostensivo, prenderam em flagrante o apelante e apreenderam o entorpecente, deflagrando a persecução penal ora em sede recursal.

Ultrapassada essa análise, passo ao exame probatório.

A materialidade está comprovada substancialmente pelo laudo pericial de exame toxicológico (f. 66-69), assim como pelas demais provas judicialmente produzidas.

A autoria também é certa e recai sobre o réu.

Ouvido em juízo, o Guarda Municipal Renato Dias Bitencourt relatou que, durante patrulhamento ostensivo, abordou o réu em via pública, o qual estava na companhia das testemunhas Douglas Sampaio Viana e *****. Disse que a abordagem foi motivada em razão da atitude suspeita adotada das referidas pessoas ao notarem a aproximação dos agentes públicos. Afirmou que, em revista pessoal, encontrou determinada quantidade de entorpecente com o réu, embalada em pequenas porções prontas para comercialização, nada sendo encontrado com os demais. Enfatizou que, questionado, o réu disse que a droga seria para consumo pessoal. Expôs que, perguntado a respeito, *****, menor de idade, informou que o réu possuía mais droga armazenada em uma construção abandonada, levando os guardas municipais até o local, onde foi encontrada nova quantidade de entorpecente. Aduziu que, sobre esta nova porção de droga encontrada, o réu não assumiu a propriedade, dizendo desconhecê-la. Destacou que o local em que o réu foi inicialmente abordado é conhecido como habitual ponto de comercialização de entorpecentes.

A propósito, quanto ao depoimento judicial do agente público que atuou no caso, é tranquila a jurisprudência no sentido de que tal prova, quando coerente e coesa, é meio idôneo para auxílio no que tange à formação da certeza condenatória, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO – CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM TESTEMUNHO DE POLICIAIS – RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ.*
>
> *Inviável a alegação de ofensa a dispositivo constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação de competência de matéria reservada ao STF.*
>
> ***Não há ilegalidade na condenação penal baseada em depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, desde que submetidos ao crivo do contraditório e corroborados por outros meios de prova.***
>
> *Na hipótese, contudo, a Corte de origem, ao absolver o recorrido, destacou que a versão exculpatória não era descabida, eis que o acusado apresentou depoimentos capazes de afastar o reconhecimento do comércio ilícito de drogas.*
>
> *O restabelecimento da sentença condenatória, no caso, enseja exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em sede de especial a teor da Súmula n. 7 do STJ.*
>
> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1216354/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 14/04/2014). (Destaquei).
>
> *"(...) – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO – DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT – CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS – MEIO DE PROVA IDÔNEO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA.*
>
> *1. Para se desconstituir o édito repressivo, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.*
>
> ***2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.*** *Precedentes.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido."* (*HC* 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014). (Destaquei).
>
> *"(...) – TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006) – ABSOLVIÇÃO – DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT – CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS – MEIO DE PROVA IDÔNEO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA.*
>
> *1. Para se desconstituir o édito repressivo seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente.*

> ***2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando prestado ou corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes.***
>
> *3. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente (...).”* (*HC* 261.170/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014). (Destaquei).

No caso em exame, é indiscutível a idoneidade do depoimento judicial prestado pelo agente público que atuou na prisão em flagrante. Ora, ouvida, a testemunha depôs sob o compromisso de dizer a verdade, tendo sido cientificada sob as consequências penais que poderiam advir de eventuais declarações divorciadas da realidade. Além do mais, a testemunha também depôs de forma segura e coesa, o que atribui relevante credibilidade a tal prova no contexto da elucidação do presente caso.

A despeito da negativa do réu no tocante à propriedade do entorpecente encontrado na construção abandonada, as provas do processo espelham contexto fático oposto. Isso porque já foi visto nessa localidade, conforme disse o menor *****. O próprio réu admitiu ter estado no referido local, afirmando que la compareceu para consumir entorpecente. Assim, há nítida ligação do réu com a referida localidade, razão pela qual é absolutamente perfeita a presunção de que o entorpecente ali encontrado era, de fato, de sua propriedade. Até mesmo porque os guardas municipais não chegaram até aquele local de forma aleatória ou por mero acaso, mas sim foram levados até lá por declarações firmes e concretas prestadas pelo menor ***** que, repita-se, já tinha visto o réu naquele lugar.

Por outro lado, embora o réu não tenha sido visto comercializando droga e inexista qualquer prévia investigação nesse sentido, fato é que há elementos concretos indicativos de que o entorpecente encontrado em seu poder teria fim mercantil.

Nessa análise, é preciso exaltar, inicialmente, que a experiência cotidiana auferida no trato de situações semelhantes vem demonstrando que, devido a ínfima punibilidade atribuída pelo legislador ordinário ao delito de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06), a massacrante maioria dos traficantes afirmam ser meros dependentes químicos, almejando, nesse contexto, implantarem a conclusão de que o entorpecente apreendido seria destinado ao consumo pessoal e, numa análise final, diante dessas circunstâncias, desnaturar a configuração do tráfico de drogas. Trata-se, pois, de alegação rotineira dos traficantes surpreendidos em situação de flagrância.

E é exatamente e por isso que os agentes criminosos, antevendo a possibilidade de eventual eficaz intervenção policial, mantêm consigo pequenas quantidades de droga, somente o suficiente para atender a poucos clientes/usuários, visando dar a falsa impressão de que a droga que portam seria destinada apenas para o consumo pessoal.

No caso em tela, porém, os fatos analisados permitem concluir que o entorpecente apreendido teria como destino a mercancia e não o mero consumo pessoal.

A propósito, à luz do que dispõe a própria lei de entorpecentes (art. 28, § 2º), para determinar se a droga apreendida destinava-se ao consumo pessoal, é necessário que sejam levados em consideração os seguintes elementos: (a) a natureza e a quantidade da substância apreendida; (b) o local e as condições em que se desenvolveu a ação; (c) as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.

À luz do que foi acima relatado, nos salta aos olhos, de saída, a quantidade de droga que foi apreendida (trezentos e sessenta gramas). Tal quantidade, embora transpareça ser de pequena quantidade, assim não pode ser considerada. Ora, pequena quantidade deve ser entendida aquela destinada ao consumo pessoal e diário de um dependente químico, com o que não se assemelha o volume de entorpecente apreendido no caso dos autos.

Além do mais, nessa análise, é de todo oportuno mencionar que o caráter da mercancia está, ainda, endossado pela forma de acondicionamento de parte da substância entorpecente, que, como dito, na ocasião em que foi apreendida, estava embalada na forma de porções. E, como bem se sabe, pela experiência cotidiana que atividade profissional nos proporciona a partir da análise de casos semelhantes, tal forma de acondicionamento é comumente utilizada quando a droga tem destinação à traficância, ou seja, ao tráfico ilícito.

Não se pode olvidar, ademais, que e o local e as condições em que se desenvolveu a ação dão a indicação de que a substância entorpecente, de fato, seria destinada ao tráfico, até mesmo porque, como relatou o policial, o local onde houve a abordagem do réu é conhecido como ponto habitual de comercialização de drogas.

Ponto outro que merece destaque está ao fato de que o réu não comprovou de forma convincente que exercesse ocupação lícita quando da prática criminosa. Diante disso, é possível concluir que o apelante faz da traficância o seu meio de vida, já que não há, como já dito, qualquer meio idôneo de prova capaz de atestar, indiscutivelmente, que ela exerça, habitualmente, atividade laborativa de natureza lícita que lhe seja fonte legal de proventos. Tal situação, numa análise final, traz à tona a conclusão de que a droga apreendida, embora de pequena quantidade, seria destinada à comercialização, e não ao consumo próprio, pois reflete panorama fático distinto do padrão de vida de um mero usuário de drogas.

Diante disso, cai por terra a possibilidade de acolhimento da pretensão recursal ora sob análise, uma vez que, pelas circunstâncias apuradas, o entorpecente apreendido seria destinado à mercancia, e não ao consumo pessoal da apelante, como pretende fazer crer a defesa por meio das alegações recursais.

A propósito, a tese da destinação pessoal está assentada exclusivamente nas respectivas declarações prestadas pela apelante durante o interrogatório judicial realizado. Contudo, tal meio de prova deve ser visto com cautela na busca pela verdade real, especialmente pela parcialidade do apelante na relação jurídica-processual, a qual, no exercício da autodefesa, poderá aventar teses de qualquer natureza, tudo no sentido de se livrar ou mesmo abrandar eventual responsabilidade penal pelo ilícito praticado.

Dessarte, à luz do art. 28, § 2º da Lei n.º 11.343/06, não se tem como admitir que a alegação defensiva de que a droga apreendida, nesta hipótese dos autos, seria destinada ao consumo pessoal da apelante. E, como consequência inexorável, não há possibilidade de que a conduta típica do apelante seja enquadrada na norma penal incriminadora do art. 28 da Lei n.º 11.343/06, tudo porque não se faz presente, na situação, o elemento subjetivo específico necessário à configuração desse tipo penal, vale dizer, a comprovação da destinação pessoal do entorpecente apreendido.

Afasto, portanto, essa pretensão recursal.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Posto isso, com o parecer e divergindo do e. Relator, conheço e NEGO PROVIMENTO ao presente recurso.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o revisor. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 2 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal nº 1407771-39.2020.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA – REVISÃO A CADA 90 DIAS (ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP) – SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO ATENDENDO TAL DETERMINAÇÃO LEGAL – TESE DE ILEGALIDADE PREJUDICADA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO E DESPROPORCIONALIDADE – NÃO CONFIGURADOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

Sobrevindo, após a impetração do *writ*, nova decisão de primeira instância reavaliando a prisão preventiva do paciente, não deve ser conhecida tese de ofensa ao disposto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 13.964/2019.

Não há constrangimento ilegal se a prisão preventiva foi concretamente justificada para velar pela ordem pública e evitar reiteração delitiva.

O lapso temporal para o julgamento do processo criminal submete-se ao princípio da razoabilidade, não tendo termo final improrrogável, devendo ser observado o caso concretamente analisado e as peculiaridades existentes.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conheceram parcialmente do presente *writ* e no mérito, denegaram a ordem. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 4 de agosto de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jefferson Nascimento Bezerra em favor de Augusto Sinei Rodrigues Pereira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Alega em resumo que: a) o paciente encontra-se preso preventivamente desde 08.02.2017, ou seja, há aproximadamente 03 anos e 02 meses, em razão da prática, em tese, do crime de homicídio qualificado ocorrido aos 04.03.2016, em apuração nos autos da Ação Penal n. 0006584-54.2016.8.12.0021; b) conforme a denúncia, no referido dia, no período noturno, na Rodovia BR 158, Zona Rural, estrada vicinal do 'Porto de Areia', aproximadamente 01 km adiante, em Três Lagoas/MS, o paciente, mediante dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima, com emprego de arma de fogo, matou João Paulo Nogueira de Lima; c) após o término da primeira fase, sobreveio a decisão de pronúncia; d) há constrangimento ilegal, pois a prisão

perdura por mais de 90 dias sem reexame pelo julgador de primeira instância e não se fazem mais presentes os requisitos da prisão cautelar, havendo, ademais, excesso de prazo e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jefferson Nascimento Bezerra em favor de Augusto Sinei Rodrigues Pereira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Alega em resumo que: a) o paciente encontra-se preso preventivamente desde 08.02.2017, ou seja, há aproximadamente 03 anos e 02 meses, em razão da prática, em tese, do crime de homicídio qualificado ocorrido aos 04.03.2016, em apuração nos autos da Ação Penal n. 0006584-54.2016.8.12.0021; b) conforme a denúncia, no referido dia, no período noturno, na Rodovia BR 158, Zona Rural, estrada vicinal do 'Porto de Areia', aproximadamente 01 km adiante, em Três Lagoas/MS, o paciente, mediante dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima, com emprego de arma de fogo, matou João Paulo Nogueira de Lima; c) após o término da primeira fase, sobreveio a decisão de pronúncia; d) há constrangimento ilegal, pois a prisão perdura por mais de 90 dias sem reexame pelo julgador de primeira instância e não se fazem mais presentes os requisitos da prisão cautelar, havendo, ademais, excesso de prazo e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Inicialmente é necessário esclarecer que, ao contrário do que alega a defesa, o mandado de prisão preventiva do paciente foi cumprido no dia 24.08.2017, conforme consta dos Autos n. 0005395-07.2017.8.12.0021. Tanto é verdade que o paciente responde a outras infrações penais hipoteticamente praticadas em 25.03.2017, quando estava em liberdade **(**0003773-87.2017).

Conforme os documentos inclusos, o paciente encontra-se provisoriamente recolhido em razão da suposta prática do crime de homicídio qualificado, haja vista que, em tese, no dia 04.03.2016, no período noturno, na Rodovia BR 158, Zona Rural, estrada vicinal do 'Porto de Areia', aproximadamente 01 km adiante, em Três Lagoas/MS, mediante dissimulação e recurso que dificultou a defesa da vítima, com emprego de arma de fogo, matou João Paulo Nogueira de Lima.

Em primeira instância (Autos n. 0005395-07.2017.8.12.0021), foi justificada a necessidade da custódia cautelar para contenção do *periculum libertatis*, haja vista que:

> *"(...) o apenado é dado à prática delitiva, pois envolvido com furto, roubo e tráfico de entorpecentes, como ele mesmo afirmou em seu interrogatório, sendo certo ainda que recentemente esteve cumprido pena nesta 1ª Vara Criminal, na Guia de Recolhimento nº 0001833-92.2014.8.12.0021, onde no dia 07.07.2016 veio a ser beneficiado com a concessão*

de indulto natalino. Como se não bastasse, imperioso destacar que o mesmo possui nítida tendência homicida, haja vista o envolvimento em outros dois homicídios, quais sejam, aquele tentado contra a vítima Roberto, apurado na Ação Penal nº 0004124-31.2015.8.12.0021, em trâmite nesta 1ª Vara Criminal, e aquele informado em seu interrogatório, que vitimou a menina Jéssica (fl. 24). Ademais, trata-se de um crime de alta gravidade, cometido com frieza e contornos de execução mediante emboscada, o que revela ainda um certa periculosidade do criminoso (...)."

A defesa impetrou pedido de *Habeas Corpus* perante a e. 2ª Câmara Criminal desta Corte (1412464-71.2017.8.12.0000), que denegou a ordem em sessão colegiada ocorrida aos 04.12.2017, sendo reconhecida, naquela ocasião, a legalidade e a imprescindibilidade da prisão cautelar, notadamente diante dos indícios denotando que o paciente tem *"envolvimento em outros dois homicídios"* e das *"circunstâncias do fato hipoteticamente criminoso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi do delito, perpetrado com acentuada violência."*

Ainda com relação à ação penal em tela, tem-se que no dia 12.03.2019, o paciente foi pronunciado pela prática do referido delito. Nessa decisão, foi mantida a prisão preventiva, *"tendo em vista a gravidade do crime em comento, já que praticado mediante dissimulação e com ares de execução – a vítima foi alvejada com único tiro na nuca, e que o réu se evadiu do distrito da culpa e somente foi capturado após expedição de mandado de prisão em seu desfavor."*

Houve recurso em sentido estrito interposto pela defesa, que foi improvido pela e. Segunda Câmara Criminal em sessão realizada aos 29.10.2019. O acordão transitou em julgado e, atualmente, o paciente aguarda julgamento perante o Tribunal do Júri, cuja sessão está designada para 16.09.2020.

Aos 20.07.2020 o magistrado *a quo* proferiu nova decisão reavaliando a necessidade da prisão preventiva do paciente, ressaltando que *"o crime imputado ao pronunciado é grave e as circunstâncias delitivas não lhes são favoráveis, ou seja, a prisão preventiva é medida imprescindível para que ele não pratique atos contrários aos interesses deste processo e da sociedade e seja devidamente julgado pelos fatos que constam na acusação"*. Assentou, ademais, que *"a decisão que decretou a prisão preventiva do acusado Augusto está devidamente fundamentada e não houve fato superveniente que torne desnecessária a prisão cautelar anteriormente determinada"*. No que se refere à pandemia causada pelo Covid-19, esclareceu que *"não há informação de que o acusado faz parte dos grupos de risco ao contágio com o COVID-19, tais como pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias ou outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio. Por último, verifico que a população carcerária e, mais precisamente, os internos da unidade penitenciária onde o acusado está custodiado não estão totalmente desassistidos nesse período de crise, pois os órgãos responsáveis tem tomado medidas para evitar a transmissão do vírus nos ambientes carcerários."*

Assentadas tais premissas, inicialmente é possível concluir que a tese de ofensa ao disposto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 13.964/2019), segundo o qual *"decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal"*, restou superada, diante da nova decisão proferida pelo julgador de primeira instância anteriormente citada, reavaliando a prisão preventiva do paciente.

Assim, nessa parte o presente *writ* não deve ser conhecido.

Relativamente à imprescindibilidade da prisão cautelar, reitere-se que a matéria já foi apreciada por esta e. Câmara Criminal.

Além disso, há indícios de reiteração em delitos contra a vida, tanto que o paciente foi pronunciado em outra ação penal (Autos n. 0004124-31.2015.8.12.0021), por suposta prática do delito previsto no art. 121, §2º, incs. II e IV, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal e ao art. 14 da Lei n. 10.826/03, ambos na forma do art. 69 do Código Penal.

Se não bastasse, possui condenação sem trânsito em julgado por crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (Autos n. 0008685-64.2016.8.12.0021) e, ainda, responde a infrações perpetradas contra sua ex-sogra em ambiente doméstico nos autos da Ação Penal n. 0003773-87.2017.8.12.0021 (ameaça e vias de fato).

Ainda, deve-se recordar que o paciente é reincidente, pois cumpriu pena nos Autos n. 0001833-92.2014.8.12.0021.

Referido cenário justifica a necessidade da prisão preventiva para contenção do *periculum societatis*.

De outro lado, a despeito do tempo de prisão ultrapassado, não se vislumbra ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante da gravidade concreta do delito imputado ao paciente e do histórico acima registrado.

Além disso, constata-se que a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri foi designada para 16.09.2020, mostrando-se aceitável que o paciente permaneça recluso até a referida data, ocasião em que muito provavelmente se decidirá o mérito da imputação e haverá reavaliação da situação prisional.

Destarte, inexiste, neste momento, demora intolerável no julgamento da ação penal originária, até porque, como visto, o caso envolve crime de acentuada gravidade concreta. Cumpre lembrar, aliás, que o lapso temporal para o julgamento do processo criminal submete-se ao princípio da razoabilidade, não tendo termo final improrrogável, devendo ser observado o caso concretamente analisado e as peculiaridades existentes.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conhecer em parte do presente *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegar a ordem.

Decisão em parte com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente do presente *writ* e no mérito, denegaram a ordem. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 4 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0001528-64.2016.8.12.0013 – Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, proveram por maioria, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques.

Trata-se de apelação criminal interposta por Gilmar Boeira Pinto em face da sentença de f. 212-217, que o condenou pela prática do crime tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, à pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito.

Em razões recursais, às f. 232-244, a defesa requer a absolvição, asseverando inexistência de provas da materialidade delitiva, sob a justifica de que o laudo pericial acostado nos autos não demonstrou que os produtos expostos à venda fossem efetivamente nocivos à saúde. Prequestionou.

Em sede de contrarrazões, às f. 248-255, o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento do recurso. Ofereceu prequestionamento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 265-271, no mesmo sentido. Apresentou prequestionamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Gilmar Boeira Pinto em face da sentença de f. 212-217, que o condenou pela prática do crime tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, à pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito.

Em razões recursais, às f. 232-244, a defesa requer a absolvição, asseverando inexistência de provas da materialidade delitiva, sob a justifica de que o laudo pericial acostado nos autos não demonstrou que os produtos expostos à venda fossem efetivamente nocivos à saúde. Prequestionou.

Pois bem.

Infere-se da denúncia que o denunciado Gilmar Boeira Pinto, na qualidade de proprietário do estabelecimento comercial "Supermercado Vencedor", estaria expondo à venda mercadorias em condições impróprias ao consumo humano.

Ao ser deflagrada a operação policial, a equipe de campo constatou que o réu estava comercializando e expondo à venda vários produtos de origem clandestina e sem fiscalização pelos órgãos competentes, impróprios para o consumo humano, ao arrepio da legislação de proteção do direito do consumidor, tais como 06 kg de banha de origem suína, 12 kg de charque, 20 m. de tripa, 16 kg de banha, 76 kg de linguiça, 132,300 kg de linguiça e 06 quilos de queijo.

Em razão dos fatos, o recorrente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 7º, inciso IX, da Lei Federal nº 8.137/90.

Primeiramente, destaco que a materialidade do delito em questão, está comprovada pelo Termo de Apreensão à f. 09 e pelo Laudo de Constatação de Irregularidades, de f. 22-27.

Para elucidar a questão, convém transcrever a prova oral utilizada pelo magistrado *a quo*, evitando-se, de tal forma, a indesejada tautologia:

> *"(...) a materialidade delitiva esta restou devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 06-07), termo de apreensão (f. 09) e laudo pericial (f. 22-27).*
>
> *De outro norte, a autoria delitiva também está suficientemente comprovada pelo conjunto probatório trazido aos autos, em especial pelo depoimento das testemunhas ouvidas em juízo.*
>
> *Interrogado, o acusado Gilmar Boeira Pinto esclareceu que os fatos se deram conforme relatado na denúncia, contuso, não entende porque afirmam que as carnes seriam impróprias para consumo, pois tem nota fiscal e tudo está anexado estando, portanto, fiscalizado. Relata que possui as notas fiscais do frigorífico e das firmas do Paraná onde adquiriu as carnes. A maioria das linguiças e mussarelas eram provenientes do Paraná, sendo que todos possuíam nota fiscal. Admite que os produtos não possuíam selo dos órgãos de fiscalização, pois só poderiam ser comercializados no Paraná, mas foram vendidos aqui no estado. Afirma que não tinha conhecimento dessas informações e acredita que existem diversas barreiras fiscais no estado que deveriam impedir essa comercialização. Alega que os produtos não eram clandestinos e apenas não tinham o selo nacional e apenas possuíam o selo do outro estado. Não tinha produtos estragados, todos foram considerados impróprios pela falta do selo. Não sabia da exigência referente ao selo. Trabalha com o mercado há trinta anos e é a primeira vez que acontece algo assim. Indagado pelo Parquet respondeu que algumas linguiças eram de fabricação própria do mercado e não eram feitas com carne clandestina, porque essas eram adquiridas em frigorífico. Alega que esteve na prefeitura buscando regularização do Município e o chefe do Iagro afirmou que não precisava, porque não iria comercializar para outros mercados etc. Questionado pela defesa, informa que foi até o Iagro para regularizar a fabricação da linguiça e este lhe autorizou, porque apenas iria vender para o consumidor e porque já tinha a nota fiscal do porco e da vaca. Quando ocorreu a fiscalização, procurou o chefe do Iagro novamente e este 'tirou o corpo fora'.*
>
> *João de Souza Vieira Júnior, agente de fiscalização sanitária, relatou que participou dos fatos, em uma ação conjunta da DECON e do Iagro. Participou da fiscalização. Esclareceu que os produtos apreendidos não possuíam o registro CIFI {sic} que é o selo de inspeção federal que permite a comercialização de produtos de outros locais, no caso, eram oriundos do Paraná. Afirma que esta exigência está prevista no Código Sanitário. Confirma*

a autuação. Esclarece que os produtos foram consideradas impróprios para consumo, porque não possuíam registro para venda em acordo com a legislação. O registro era apenas para o SIE do estado do Paraná. O charque e a linguiça não tinha registro, pois era de produção própria. A banha e o queijo eram do Paraná. Disse que, a olho nu, os produtos eram saudáveis. O problema se refere aos registros exigidos pelo órgão competente. Indagado pela defesa, esclareceu que os registros devem ser feitos pela empresa que fornece o produto. No caso dos autos, a empresa possui autorização para comercialização apenas no Paraná e por isso o acusado não poderia comercializar em seu estabelecimento, porque o registro atende apenas o estado de origem.

As testemunhas Eunicio de Jesus Silva e Feliciano Aguilera Miranda não trouxeram informações relevantes para o deslinde dos fatos.

Com efeito, como se vê dos autos, a prova demonstra de maneira firme e convincente que a autoria é certa e recai sobre o acusado.

Outrossim, como bem ponderou o órgão ministerial, a afirmação do acusado no sentido de que desconhecia a exigência do selo de fiscalização para comercialização dos produtos 'cai por terra, dado que o mesmo alegou estar no mercado há 30 anos, ou seja, a justificativa não é convincente de quem é experiente no ramo comercial e teria que ter ciência da existência dos selos compatíveis com a autorização da venda'. (f. 194).

Nesse passo, o crime imputado ao acusado (art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90) possui a natureza jurídica de norma penal em branco, devendo ser analisado em conjunto com o art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

'Art. 18. (...)

§ 6° São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam'.

Analisando-se o dispositivo supra, extrai-se que são considerados impróprios para o consumo, aqueles produtos distribuídos em desrespeito às as normas regulamentares, situação que se subsume ao caso concreto.

Com efeito, infere-se dos autos que o acusado é proprietário de um mercado, o qual comercializava produtos e subprodutos de origem animal com irregularidades, quais seja, sem registro no serviço de inspeção sanitária oficial.

O laudo pericial de f. 22-27, demonstra que os produtos eram comercializados sem qualquer observância normativa ou regulamentar acerca da fiscalização e 'foram considerados impróprios para o consumo humano, podendo vir a transmitir doenças como botulismo, salmonelose, gastrenterites, toxinfecções, além de outras'. (f. 24).

(...).

Em face do exposto, julgo procedente a pretensão punitiva manifestada na denúncia, para o fim de condenar o réu Gilmar Boeira Pinto, pela prática do delito de previsto no art. 7º, IX, da Lei n.º 8.137/90.

(...)." (f. 212-216)

Esta foi a prova colhida em juízo, sob o crivo do contraditório.

Pois bem, é inconteste que existia no estabelecimento produtos impróprios ao o consumo, tais como, produtos de origem suína, produtos lácteos, charque, linguiça, embutidos, sem certificação sanitária, sem rotulagem obrigatória e também informações obrigatórias sobre a natureza, característica, qualidade e durabilidade de produtos foram omitidas.

Além disso, alguns dos produtos alimentícios apreendidos não possuíam o necessário registro SIF – Selo de Inspeção Federal, o qual autoriza sua venda em locais diversos da origem.

Há prova documental da materialidade dos fatos às f. 22-27.

Sobre o crime em questão, assim dispõe a norma:

> *"Art. 7.º Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria,* ***em condições impróprias ao consumo;***
>
> *Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa."* (Destaquei.)

Trata-se de norma penal em branco, devendo ser preenchida pelo art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, que define o que vem a ser impróprio para consumo:

> *"§ 6º. São impróprios ao uso e consumo:*
>
> *I - os produtos cujo prazo de validade estejam vencidos;*
>
> *II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda,* ***aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;***
>
> *III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam."* (Destaquei.)

Assim, conforme exposto, produto em desacordo com as normas regulamentares de distribuição e apresentação, por si só torna-o impróprio, configurando o crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90.

É crime de perigo abstrato porque o resultado jurídico exigido pelo princípio da ofensividade configura-se com a probabilidade de dano à saúde pública, uma vez que o sujeito passivo do fato criminoso é a coletividade.

Os crimes contra as relações de consumo constituem situação de perigo e dano à saúde da sociedade, prescindindo da demonstração de efetivo risco de lesão, ainda mais quando se trata de alimentos como embutidos, produtos lácteos e de origem suína, sem certificação sanitária, cuja possibilidade de intoxicação pelo consumo é elevada.

Nesse sentido os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO – ARTS. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, INCISO I, DA LEI Nº 8.078/90 – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 c/c o art. 18 § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo*

presumido (precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso). Agravo regimental desprovido." (STJ - AgRg no AgInt no REsp: 1538154 SC 2015/0140745-4, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 06/12/2016, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 15/02/2017)

> *"(...)* ***se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização os produtos*** *com a data de validade expirada ou* ***em desacordo com as normas de distribuição ou apresentação, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessária a realização de exame pericial de natureza diversa da que foi realizada na hipótese, sendo suficiente a constatação de que o prazo de validade dos produtos já se encontrava expirado no momento da apreensão, bem como de que alguns deles estariam embalados em desacordo com as prescrições legais****. 4. Recurso improvido."* (STJ - RHC: 40921 SP 2013/0319170-9, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 22/04/2014, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 29/04/2014). (G.n.)

Desta forma, tratando-se de produto exposto à venda em desacordo com as prescrições legais e alguns deles sem certificação sanitária, não há necessidade de perícia para atestar a impropriedade para consumo, pois o dano à saúde é presumido pelo tipo penal.

O Laudo de Constatação de Irregularidades nº 004/2016 (f. 22-27) e vistoria no estabelecimento fora realizada por agentes dos órgãos oficiais, devidamente identificados, os quais atestaram a presença produtos de origem suína, carnes bovinas, embutidos, produtos lácteos, sem certificação sanitária, sem comprovação de origem e rotulagem obrigatória, sem datas de fabricação e validade.

Embora não tenha sido realizada perícia em tais produtos, referido laudo de constatação é suficiente para atestar que os produtos estavam fora dos critérios técnicos de qualidade e inaptos para consumo, além de comprovar a materialidade do delito em questão, sendo, deste modo, prescindível a realização de perícia.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO – PERÍCIA – DESNECESSIDADE – DELITO FORMAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda produto impróprio ao consumo é suficiente para configurar o delito constante do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90,* ***sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial, desde que existam outros elementos de convicção a respeito, como no caso, mesmo porque se cuida de crime formal, de perigo abstrato.*** *2. Recurso conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, determinar ao Juízo singular que proceda ao trâmite regular do feito, desde o recebimento da denúncia."* (REsp 1.060.917/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/04/2009.) (G.n.)

Como se vê, restaram provadas a autoria e a materialidade do delito imputado ao recorrente, uma vez que, expôs à venda produtos impróprios para o consumo, devendo, portanto, ser mantida a condenação pela prática da conduta tipificada no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990.

Dispositivo.

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Ante o exposto, com o parecer, recurso não provido.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1ºVogal)

Relembrando, trata-se de apelação criminal interposta por Gilmar Boeira Pinto em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim que o condenou à pena de 2 anos de detenção,

em regime inicial aberto, posteriormente substituída a pena privativa e liberdade por duas penas restritivas de direito, como incurso no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90.

Pugna seja absolvido, ao argumento de que inexiste materialidade delitiva, pois o laudo pericial não demonstrou que os produtos expostos à venda fossem efetivamente nocivos à saúde.

O relator nega provimento ao pleito defensivo ao argumento de que:

> *"(...) é inconteste a existência no estabelecimento de produtos alimentícios de origem animal, impróprios ao consumo, sem certificação sanitária, sem rotulagem obrigatória, alguns deles sem selo de inspeção federal, o qual autoriza sua venda em locais diversos da origem e também informações obrigatórias sobre a natureza, característica, qualidade e durabilidade de produtos foram omitidas", bem como que "o art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é norma penal em branco, que foi preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir como impróprio uso e consumo de produto em desacordo com as normas regulamentares de distribuição e apresentação. Trata-se portanto, de crime formal e de perigo abstrato, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material."*

Com o devido respeito, vou divergir para prover o apelo.

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para caracterizar o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo, a qual, no presente caso, não foi produzida pelo órgão de acusação.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – LEI N. 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO – EXAME PERICIAL – NECESSIDADE – ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL – SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1175679/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)
>
> *"PENAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido."* (REsp n. 1.184.240/TO, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 20/6/2011)
>
> *"CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/1990) – DENÚNCIA – PERÍCIA ILÍCITA – EXAME REALIZADO POR MÉDICO VETERINÁRIO – DELITO NÃO TRANSEUNTE – NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO OFICIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL – CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de*

perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, a impropriedade para consumo dos produtos apreendidos no estabelecimento dos pacientes foi atestada por médico veterinário da Inspetoria Veterinária e Zootécnica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento de Bento Gonçalves, inexistindo qualquer perícia oficial que confirme tal condição. 3. Diante da ausência de laudo firmado por perito oficial ou por duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior, impossível a caracterização do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, motivo pelo qual revela-se imperioso o trancamento da ação penal em exame. 4. Reconhecida a falta de justa causa para a persecução criminal em apreço, ante a inexistência de comprovação da materialidade delitiva, resta prejudicada a análise das demais máculas suscitadas na impetração. 5. Impetração não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes." (*HC* 191.663/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 24/04/2013)

"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ARTS. 7º, IX, DA LEI 8.137/90 E 68 DA LEI 8.078/90 – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – AUTORIA – SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS – MATERIALIDADE DELITIVA – PERÍCIA TÉCNICA – CRIME MATERIAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – EXCEPCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS IDÔNEOS DA MATERIALIDADE DELITIVA QUE AUTORIZAM A PERSECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA – RECURSO PROVIDO. 1. Nos denominados crimes de autoria coletiva ou societários, admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, desde que esteja demonstrado vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada. 2. A mera constatação de que os produtos se mostram impróprios para o consumo não é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/80, sendo necessário laudo pericial para sua comprovação. 3. Recurso provido para trancar a Ação Penal 00220060128630, em curso na 2ª Vara Criminal de Ariquemes/RO." (RHC 24.516/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

In casu, existe nos autos auto de constatação de irregularidade de fabricação dos produtos apreendidos. Todavia, não existe perícia nessas mercadorias a fim de atestar se elas estavam em condições impróprias para o consumo.

Logo, depreende-se dos autos que a sentença recorrida contraria a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, merecendo reforma. A propósito, ressalto que esta 2ª Câmara Criminal já se manifestou sobre a matéria, decidindo pela mesma solução à controvérsia:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 - PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. Recurso provido." (TJMS, 2ª Câmara Criminal, n. 0002334-26.2012.8.12.0018, minha Relatoria, j. 28.7.2014).

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento à Apelação Criminal interposta por Gilmar Boeira Pinto, a fim de absolvê-lo nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2ºVogal)

Acompanho a divergência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 18 de agosto de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000311-31.2017.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – FALSIDADE IDEOLÓGICA EM CONTINUIDADE DELITIVA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DOCUMENTO FALSO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Inviável falar em absolvição ou desclassificação para uso de documento falso, pois, na espécie, o apelante subscreveu nome falso em diversos documentos na fase policial, bem como em juízo, ou seja, introduziu ideia falsa no documento público com vistas a ocultar a sua real identidade (fato juridicamente relevante), sobretudo porque já fora procurado no Estado do Goiás pela prática de homicídio qualificado, tratando-se nitidamente da prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

Recurso desprovido, 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, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de julho 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 José Neto Ferreira Lyra em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, que julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória para o fim de condenar o ora apelante à pena de 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao artigo 299 (três vezes), na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 200-204), a defesa pela absolvição do apelante com espeque no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, propugna pela desclassificação dos fatos relacionados às falsificações de documento público para um só crime falsa identidade.

Nas contrarrazões de f. 210-218, o representante ministerial postula pelo desprovimento do recurso defensivo.

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo desprovimento do apelo (f. 223-228).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por José Neto Ferreira Lyra em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, que julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória para o fim de condenar o ora apelante à pena de 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao artigo 299 (três vezes), na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 200-204), a defesa pela absolvição do apelante por insuficiência de provas com espeque no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, propugna pela desclassificação dos fatos relacionados às falsificações de documento público para um só crime falsa identidade.

Nas contrarrazões de f. 210-218, o representante ministerial postula pelo desprovimento do recurso defensivo.

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo desprovimento do apelo (f. 223-228).

É o relato do essencial. Passa-se ao exame do inconformismo recursal.

Consta da peça acusatória que:

> *"(...) no dia 27.04.20121 até outubro de 2012, nos autos da Ação Penal nº 0004970-59.2012.8.12.0019, o denunciado José Neto Ferreira Lyra, de forma continuada, inseriu em documento público, informação falsa, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *Conforme restou apurado, no dia 27.04.2012, foi preso em flagrante Daniel Peralta Martinez, suspeito da prática dos crimes de tráfico de drogas e posse de arma de fogo de uso restrito.*
>
> *Por ocasião do flagrante, em 27.04.2012, o denunciado portava cópias de documentos pessoais e se apresentou com o nome de Daniel Peralta Martinez, assinando interrogatório, nota de ciência de garantias constitucionais, nota de culpa, vida pregressa, planilha de identificação. Posteriormente, ao ser processado, assinou no dia 12.06.2012 a procuração ao seu advogado (documentos em anexo), mandado de notificação em 23.07.2012 e alvará de soltura em 10.10.2012, todos em nome de Daniel Peralta Martinez.*
>
> *A verdade sobre a verdadeira qualificação do denunciado veio à tona durante o trâmite da ação penal, após a autoridade policial comunicar que o verdadeiro nome do denunciado era José Neto Ferreira Lyra.*
>
> *Com as digitais já coletadas foi possível concluir que o indivíduo preso respondendo por aquele processo era José Neto Ferreira Lyra, e não Daniel Peralta Martinez, e assim houve o aditamento da denúncia já oferecida, a fim de corrigir o polo passivo da ação penal.*
>
> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia a Vossa Excelência José Neto Ferreira Lyra pela prática da conduta descrita no artigo 299, c.c artigo 71, ambos do Código Penal."* (f. 01-02).

Após a regular instrução processual, sobreveio a sentença de f. 175-176, por meio da qual o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória para o fim de condenar José Neto Ferreira Lyra à pena de 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao artigo 299 (três vezes), na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

Não conformado com o deslinde do caso, o sentenciado recorre a este Sodalício com vistas a ser absolvido por insuficiência de provas. Subsidiariamente, propugna pela desclassificação dos fatos relacionados às falsificações de documento público para um só crime falsa identidade.

Pois bem. O inconformismo recursal não merece prosperar.

No caso, a materialidade delitiva está perfeitamente demonstrada pela coleta papiloscópica (f. 18), pelo laudo de perícia papiloscópica (f. 20-25), boletim de ocorrência (f. 32-35), bem como pelos depoimentos colhidos sob o crivo judicial.

Do mesmo modo, a autoria é certa e recai indubitavelmente sobre o apelante, sendo necessária, contudo, uma breve introdução sobre a dinâmica dos fatos.

Consta dos autos que, em abril de 2012, ao ser preso pela prática de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, o apelante José Neto Ferreira Lyra se apresentou aos policiais civis como Daniel Peralta Martinez, sendo lavrado o auto de prisão flagrante lavrado em face do referido nome e, posteriormente, instaurada ação penal.

Sucede que, durante a referida prisão em flagrante, o apelante assinou documento com o nome de José Neto Ferreira Lyra (f. 87), fato que levantou dúvida sobre a sua real identidade.

Passo avante, constatou-se que Daniel Peralta Martinez tratava-se, na realidade, de José Neto Ferreira Lyra, motivo pelo qual o polo passivo da Ação Penal n.º 0004970-59.2012.8.12.0019 foi retificado (f. 94-96) e a presente persecução penal foi deflagrada.

O recorrente subscreveu o pseudônimo de Daniel Peralta no interrogatório (f. 81), na nota de garantias constitucionais (f. 82), nota de culpa (f. 83), informações sobre a vida pregressa (f. 84), na planilha de identificação (f. 85) e mandado de notificação (f. 88).

Do mesmo modo, ao ser libertado após mais de sete meses, o recorrente ainda subscrevia o nome de Daniel.

Interrogado sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de f. 157), o recorrente narrou ter explicado ao delegado de polícia civil que possuía documentação de identificação civil brasileira, isto é, uma certidão de nascimento, mas que foi chamado *"só para assinar os papéis"*, tendo assinado com os dois nomes. Disse ter informado o seu nome real ao delegado, mas este lhe disse *"isso aí você tem que explicar pro juiz."*

Em juízo (arquivo audiovisual de f. 157), o delegado de polícia civil Alexandre Amaral Evangelista asseverou não se recordar muito bem dos fatos em razão do decurso do tempo, porém ratificou os elementos informativos produzidos no inquérito por ele presidido.

Ao ser interpelado pela defesa sobre a possibilidade de o apelante ter confessado o seu real nome, o depoente descartou a referida hipótese, tendo dito, ainda, que não teria confeccionado os documentos para que o recorrente assinasse com nome falso, mencionando que o agente omitiu sua identidade para obter vantagem.

É evidente o dolo de se valer de documento falso para omitir fato juridicamente relevante, pois o recorrente teve diversas oportunidades de esclarecer a sua real identidade, a exemplo do interrogatório judicial no bojo da ação penal, ocasião na qual foi apregoado e se manteve em silêncio quanto ao ponto (f. 221-225 dos Autos n.º 0004970-59.2012.8.12.0019).

Coligado a isso, ao ser instado sobre o motivo pelo qual não teria informado a sua verdadeira identificação ao delegado de polícia civil, o apelante disse que *"os papéis já estavam prontos (f. 175, sic)"*, sendo certo que a referida asserção infirma a própria alegação defensiva no sentido de que o recorrente advertiu a autoridade policial sobre o fato de possuir "outro nome".

Lado outro, não há provas sobre a suposta ordem emanada pela autoridade policial no sentido de que o apelante deveria subscrever o nome de "Daniel", sendo pouco crível que, em vez de retificar a situação, a autoridade policial se mantivesse omissa sobre a continuidade do uso de nome falso pelo recorrente, de modo a prejudicar a própria apuração dos fatos e a aplicação efetiva da justiça criminal.

Importante frisar que o nome Daniel constava até mesmo da procuração outorgada ao seu advogado nos autos da ação penal, de modo a desvelar o real intento do apelante, qual seja, ocultação de sua verdadeira identidade.

Nesse aspecto, a alegação de erro por parte do causídico no preenchimento da procuração não merece subsistir, pois a ocorrência de erro crasso certamente não perduraria por longos meses até ser corrigida, sendo pouco crível também que o apelante, caso realmente não desejasse ocultar fato relevante, não teria outorgado ao seu advogado uma procuração com o nome fictício, tampouco a subscreveria (f. 150 dos Autos n.º 0004970-59.2012.8.12.0019).

Há de se mencionar, ainda, que a intenção de ocultar a sua verdadeira identidade também é demonstrada pelo fato de o apelante já ter sido procurado pelo Poder Judiciário do Estado do Goiás em razão da suposta prática de homicídio qualificado, a qual foi acobertada pela prescrição (f. 105).

Enfim, o acervo probatório amealhado aos autos não deixa margem de dúvida séria para se falar em absolvição por insuficiência de provas, motivo pelo qual a sentença condenatória deve ser mantida incólume.

Do mesmo modo, não há falar em desclassificação do crime previsto no artigo 299 do Código Penal para o previsto no artigo 307 do referido códex, notadamente porque este último é delito subsidiário, isto é, somente incide quando não restar caracterizado crime mais grave, não sendo este o caso dos autos.

Isso porque, como visto acima, o apelante subscreveu nome falso em diversos documentos na fase policial, bem como em juízo, ou seja, introduziu ideia falsa no documento público com vistas a ocultar a sua real identidade (fato juridicamente relevante), sobretudo porque já fora procurado no Estado do Goiás pela prática de homicídio qualificado, tratando-se nitidamente da prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal.

Nesse diapasão:

> *"HABEAS CORPUS – PENAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL E FALSIDADE IDEOLÓGICA – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO* ***CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PARA O DE FALSA IDENTIDADE –*** *DESCABIMENTO – APLICAÇÃO DA PENA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE ACRÉSCIMO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> ***1. As instâncias ordinárias reconheceram que o Paciente se apresentou aos policiais militares com nome falso, o qual foi inserido no Boletim de Ocorrência, com a intenção de ocultar sua verdadeira identidade e, ainda, obstar o cumprimento de mandado de prisão expedido em seu desfavor. Desse modo, a sua conduta se enquadra perfeitamente no tipo previsto no art. 299 do Código Penal.***
>
> ***2. Ademais, o crime previsto no art. 307 do Código Penal possui caráter subsidiário, de modo que só incidirá se a atribuição de falsa identidade não constituir delito mais grave. E, no caso, a conduta do Paciente subsume-se ao tipo penal pelo qual foi condenado (art. 299 do Código Penal).***
>
> *3. A margem de discricionariedade autorizada ao Julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em habeas corpus, seja em recurso especial, o juízo de valor acerca do grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente ilegalidade ou desproporcionalidade.*

> *4. Na hipótese, os aumentos implementados na pena-base do Paciente, no tocante ao crime de falsidade ideológica, e na segunda etapa da dosimetria revelam-se desproporcionais e excessivos.*
>
> *5. Ordem de habeas corpus concedida em parte para, reformando o acórdão impugnado, reduzir as penas do Paciente nos termos explicitados no voto."* (STJ; *HC* 458.145; Proc. 2018/0167269-7; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; Julg. 19/11/2019; DJE 05/12/2019) (Destacou-se).

Logo, inexiste reparo a ser feito no édito condenatório.

Face ao exposto, com o parecer, deve-se negar provimento ao recurso defensivo.

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, 23 de julho de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000873-77.2016.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA MEDIANTE FRAUDE – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – REJEITADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ACOLHIMENTO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – RECURSO PROVIDO.

Consoante o recente entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o furto de energia elétrica não deve receber o mesmo tratamento dado aos crimes tributários, notadamente diante da distinção entre os bens jurídicos tutelados e pelo fato da natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público ser tarifa ou preço público, o qual possui tratamento legislativo diverso do imposto.

Impositiva a absolvição do apelante, porquanto os elementos de prova acostados aos autos não apontam, extreme de dúvida, ter sido o apelante quem realizou ou determinou a adulteração do lacre com o escopo de submedir a quantidade de energia consumida, tampouco de que o referido agente era cônscio da referida situação e se aproveitou de forma volitiva da fraude.

Em parte, contra o parecer, preliminar rejeitada e recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de julho de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aramiso Donizete de Araújo em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba (f. 116-122), que julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de condenar o ora apelante à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Em suas razões recursais (f. 133-153), a defesa postula pela extinção da punibilidade em virtude de o prejuízo causado à vítima ter sido ressarcido antes do recebimento da denúncia.

No mérito, requer a absolvição do apelante por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do crime de furto qualificado para o de estelionato. Pleiteia, ainda, pela redução do valor da prestação pecuniária.

O representante do *Parquet* em primeira instância propugna pelo não provimento do apelo (f. 180-190).

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifesta-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo (f. 200-216).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aramiso Donizete de Araújo em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba (f. 116-122), que julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de condenar o ora apelante à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Em suas razões recursais (f. 133-153), a defesa postula pela extinção da punibilidade em virtude de o prejuízo causado à vítima ter sido ressarcido antes do recebimento da denúncia.

No mérito, requer a absolvição do apelante por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do crime de furto qualificado para o de estelionato. Pleiteia, ainda, pela redução do valor da prestação pecuniária.

O representante do *Parquet* em primeira instância propugna pelo não provimento do apelo (f. 180-190).

A Procuradora de Justiça oficiante neste feito manifesta-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo (f. 200-216).

É o breve relato do necessário. Passa-se ao exame do caso.

Segundo narra de denúncia:

> *"(...) no dia 23 de dezembro de 2015, por volta das 09h00min, no estabelecimento comercial denominado 'Aramis Bebidas', localizado à Avenida Eng. Marcelo Miranda Soares, n° 1111, Centro, nesta cidade, o denunciado Aramiso Doniseti de Araujo, subtraiu, para si, coisa alheia móvel, consistente em energia elétrica, pertencente à concessionária de energia Energisa MS Distribuidora de Energia S/A, conforme Boletim de Ocorrência de f. 04.*
>
> *Apurou-se que na data, hora e local supramencionados, técnicos da distribuidora de energia Energisa constataram irregularidades no medidor de energia da empresa do denunciado, de forma que o consumo real não estava sendo registrado.*
>
> *A perícia técnica foi chamada ao local, oportunidade em que se verificou a adulteração dos lacres originais e inversão na ligação dos condutores de energia elétrica, o que provoca um consumo menor de energia do que realmente deveria ser, conforme Laudo Pericial de f. 13-17."* (f. 01-02).

Após a regular instrução processual, sobreveio a sentença de f. 116-122, por meio da qual o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de condenar Aramiso Donizete de Araújo à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

É o relato do essencial. Passa-se ao exame do inconformismo recursal.

Da extinção da punibilidade em virtude de o prejuízo causado à vítima ter sido ressarcido antes do recebimento da denúncia.

De fato, a concessionária de energia elétrica confirmou ter sido ressarcida em 05/07/2016 (f. 57), ao passo que a peça acusatória foi recebida em 22/10/2018 (f. 92).

Contudo, consoante o recente entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça[1], o furto de energia elétrica não deve receber o mesmo tratamento dado aos crimes tributários, notadamente diante da distinção entre os bens jurídicos tutelados e pelo fato da natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público ser tarifa ou preço público, o qual possui tratamento legislativo diverso do imposto.

Em abono dessa conclusão, colhem-se os seguintes precedentes do Tribunal da Cidadania:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL –* ***FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA*** *– IMPOSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL – APLICAÇÃO AOS PROCESSOS PENDENTES – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***1. Considerando que a natureza jurídica da remuneração pelo fornecimento de energia elétrica prestado por concessionária é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário, não há como reconhecer a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito antes do recebimento da denúncia.***
>
> *2. A alteração do entendimento jurisprudencial aplica-se de imediato aos processos pendentes de julgamento, caso dos autos, não havendo falar em proibição de irretroatividade por não se tratar de mudança normativa.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido."*(AgRg no AREsp 1484708/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020). (Destacou-se).
>
> *"HABEAS CORPUS –* ***FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA MEDIANTE FRAUDE –*** *ART. 171 DO CP. PRATICADO POR EMPRESA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO –* ***EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE*** *– POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA DIVERSA – NÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34 DA LEI 9.249/95 – TARIFA OU PREÇO PÚBLICO – TRATAMENTO LEGISLATIVO DIVERSO – PREVISÃO DO INSTITUTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR – ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Tem-se por pretensão aplicar o instituto da extinção de punibilidade ao crime de furto de energia elétrica em razão do adimplemento do débito antes do recebimento da denúncia.*
>
> ***2. Três obstáculos incidem à pretensão do direito adquirido à tese jurídica: a diversa política criminal aplicada aos crimes contra o patrimônio e contra a ordem tributária; a impossibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei 9.249/95 aos crimes contra o patrimônio; e o tratamento legislativo do imposto diferente da tarifa ou preço público.***
>
> *3. Habeas corpus denegado."* (*HC* 477.622/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019). (Destacou-se).

Logo, a referida preliminar deve ser rechaçada.

Do pleito absolutório por insuficiência de provas.

Extrai-se dos presentes autos que os técnicos da empresa "Energisa" dirigiram-se ao estabelecimento comercial denominado "Aramis Bebidas", ocasião na qual constataram que os lacres da caixa de medição e da tampa de vidro do medidor haviam sido adulterados, pois foram substituídos por lacres de empresa concessionária do Estado de São Paulo, sendo realizada, ainda, a adulteração do medidor para que registrasse um consumo menor do que realmente deveria ser anotado.

1 STJ, RHC 101.299/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/03/2019, DJe 04/04/2019.

Para os devidos aprofundamentos, mostra-se oportuno colacionar a fundamentação adotada para arrimar o decreto condenatório:

> *"(..) a materialidade foi demonstrada por meio do Boletim de Ocorrência Policial nº 4771/2015, registrado em 23 de dezembro de 2015 (f. 06); Laudo Pericial nº 7618 de f. 18-23; Relatório do Inquérito Policial nº 4771/2015 de f. 84-86 e da prova testemunhal. Em juízo, a testemunha compromissada Vítor Midori Takahashi, funcionário da concessionária ENERGISA-MS, relatou confirmou os fatos relatados na denúncia, relatando que houve adulteração no medidor de energia, sendo inclusive, utilizado um lacre de empresa concessionária do Estado de São Paulo. Não soube precisar os valores dos prejuízos causados. Em resposta às perguntas da defesa confirmou que o proprietário do Estabelecimento Comercial Aramis Bebidas trata-se da pessoa do denunciado. O Laudo Pericial nº 7618 constatou que o medidor de energia elétrica fora adulterado, sendo que possuía dois lacres pertencentes a concessionária de energia elétrica do Estado de São Paulo, sendo que houve uma inversão na ligação dos condutores de energia elétrica, o que provoca o registro de consumo menor de energia elétrica. Consequentemente, à vista das provas colhidas durante o procedimento criminal, ficou devidamente caracterizado o crime do art. 155, § 3º e § 4º, II, do Código Penal (...)."* (f. 118).

De fato, não restam dúvidas quanto à materialidade, a qual restou demonstrada pelo Boletim de ocorrência (f. 06), Laudo Pericial nº 7618 de furto de energia elétrica (f. 18-23), bem como pela prova testemunhal.

Por outro lado, a autoria delitiva não encontra repouso nos elementos acostados aos autos.

Embora não tenha sido interrogado em juízo, o recorrente, durante a fase extrajudicial, negou a autoria delitiva nos seguintes termos:

> *"O declarante menciona que é proprietário do estabelecimento Aramis Bebidas e que no mês de outubro, não se recorda exatamente a data, seu estabelecimento sofrera uma queda de energia e, sofrera um grande prejuízo; Que, seu estabelecimento possui várias câmaras frias, freezer entre outros equipamentos, e possui um grande consumo de energia; Que solicitou a presença da empresa ENERGISA para que realizasse uma vistoria e pediu o ressarcimento da empresa , Que, alguns dias depois desse fato comparecera um técnico da empresa; Que, alguns dias depois desse fato compareceu um técnico da empresa ENERGISA, foi trocado o relógio, porém o funcionário não esclareceu o que havia acontecido, que outro funcionário da ENERGISA fizera um levantamento de todo o prejuízo do declarante; Que, após dez dias recebera um comunicado da ENERGISA informando que na data e horário que o declarante alegava ter ocorrido a queda de energia não havia ocorrido nenhuma queda de energia, e sendo assim a empresa ENERGISA não iria ressarcir o declarante; Que, no mês seguinte um técnico da mesma empresa comparecera no local quando supostamente alegaram que o lacre do relógio havia sido violado e a ligação da medição estava invertida; Que* ***o declarante esclarece que não realizou a troca do lacre da empresa ENERGISA colocando outro lacre de outra empresa no local e tampouco fora o declarante quem fizera a inversão da ligação na medição.****"* (f. 13. Destacou-se).

A testemunha Vítor Midori Takahashi, técnico da Energisa, em juízo (arquivo audiovisual de f. 116-122), confirmou os fatos narrados na denúncia, esclarecendo que o medidor foi adulterado para registrar um consumo menor do que o real, sendo utilizado o lacre da concessionária de energia "Elektro" para ocultar a adulteração.

Diante do cenário, a adulteração é fato incontroverso nos autos, haja vista o relato judicial supramencionado e o laudo pericial de f. 18-23.

Contudo, inexiste prova apta a vincular o apelante a autoria da referida adulteração, pois os elementos de prova não apontam, extreme de dúvida, ter sido o apelante quem realizou ou determinou a adulteração do lacre com o escopo de submedir a quantidade de energia consumida, tampouco de que era cônscio da referida situação e se aproveitou de forma volitiva da fraude.

Lado outro, sequer há informação precisa sobre o tempo de propriedade ou posse do apelante em face do imóvel, cabendo frisar que a fraude era imperceptível diante da existência de lacres intactos no medidor, o qual, conforme as imagens de f. 21, estava situado na parte externa do imóvel.

Por certo, embora o recorrente seja inegavelmente o beneficiário direto da subtração, não se pode presumir que este tenha sido o responsável por implementa-la, pois, na seara penal, a presunção é de inocência.

Em casos análogos ao presente, eis o posicionamento adotado por este Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA FINS CONDENATÓRIOS – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *I - A inexistência nos autos de provas seguras e inequívocas de que o apelado tenha efetivamente praticado o crime de furto de energia elétrica, implica absolvição em atenção ao disposto no artigo 386, inciso VII, do CPP, e ao princípio do in dubio pro reo. In casu, embora haja indícios, não há prova robusta da perpetração (ou participação) do recorrido na conduta delitiva apontada pela acusação.*
>
> *II - Contra o parecer, recurso desprovido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001309-65.2015.8.12.0052, Anastácio, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 30/04/2020, p: 05/05/2020).
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PLEITO CONDENATÓRIO – FRAGILIDADE DA PROVA – ART. 386, VII, DO CPP – PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO TRANSMITE CERTEZA – SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO.*
>
> *I – Somente se admite prolação de decreto condenatória diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo, impositiva a absolvição com base no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.*
>
> *II – Com o parecer, nega-se provimento ao recurso."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0002922-50.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 31/10/2019, p: 03/11/2019)

Logo, diante da inexistência de prova robusta sobre a prática do delito de furto, mostra-se cogente a absolvição do apelado.

Diante do exposto, em parte contra o parecer, deve-se rejeitar a preliminar de extinção da punibilidade e, no mérito, dar provimento ao recurso defensivo, a fim de absolver o apelante por insuficiência de provas, nos termos do artigo 387, inciso VII, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram 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 julho de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0003860-15.2018.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – ALMEJADO O AFASTAMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA – CABIMENTO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA – AFASTAMENTO DA TENTATIVA – CABIMENTO – INVERSÃO DA POSSE – TEORIA DA *AMOTIO* – RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DO PRIVILÉGIO – QUALIFICADORA DE ORDEM OBJETIVA – SÚMULA 511 DO STJ – APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR DE UM MEIO DIANTE DO CONCURSO DE AGENTES – RECURSO PROVIDO.

Não obstante a presença da qualificadora seja fator impeditivo do reconhecimento da insignificância, o Superior Tribunal de Justiça tem flexibilizado o referido entendimento em casos excepcionais desde que preenchidos os requisitos para o reconhecimento da insignificância. Contudo, na espécie, o valor do bem ultrapassa dez por cento do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, de modo que se faz inviável o reconhecimento do caráter bagatelar.

O acervo acostado aos autos demonstra que o apelado percorreu todo o *iter criminis* ao se apoderar do capacete do ofendido, tendo ocorrido, ainda que por breve ocasião, a inversão da posse, sendo irrelevante o fato de o recorrido não ter logrado êxito na efetiva apropriação dos bens em razão da pronta intervenção de policial à paisana. Inteligência da Súmula 582 do STJ.

De acordo com a exegese da Súmula 511 do STJ, admite-se a figura do furto privilegiado-qualificado nos casos de circunstâncias de caráter objetivo, tal como no feito em epígrafe (concurso de agentes). Destarte, diante da primariedade do apelado e do bem subtraído (capacete usado) ser de pequeno valor, mostra-se de rigor a aplicação da benesse prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal. Contudo, por ter sido o delito cometido mediante concurso de agentes, a mencionada minorante deve incidir na fração de 1/2 (um meio).

Recurso provido, com o parecer. De ofício, deve-se reconhecer a benesse contida no § 2º do artigo 155 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram provimento ao recurso e, de ofício, reconheceram a causa de diminuição de pena prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal.

Campo Grande, 23 de julho de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Criminal Comarca de Ponta Porã (f. 124-125), que

julgou improcedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de absolver Lucas Miguel Vera Alcaraz da imputação do crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP, por atipicidade material da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP.

Em suas razões recursais de f. 137-151, a representante do *Parquet* propugna pela reforma da sentença absolutória, sob o argumento de que a conduta apurada nos autos é materialmente típica, sendo impossível, no seu entender, o reconhecimento da insignificância no caso, haja vista tratar-se da prática de furto qualificado consumado.

Nas contrarrazões de f. 154-161, o recorrido postula pelo desprovimento do apelo ministerial.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifesta-se pelo provimento do apelo (f. 171-199).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Criminal Comarca de Ponta Porã (f. 124-125), que julgou improcedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de absolver Lucas Miguel Vera Alcaraz da imputação do crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP, por atipicidade material da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP.

Em suas razões recursais de f. 137-151, a representante do *Parquet* propugna pela reforma da sentença absolutória, sob o argumento de que a conduta apurada nos autos é materialmente típica, sendo impossível, no seu entender, o reconhecimento da insignificância no caso. Sustenta, ainda, que deve ser afastada a causa de diminuição relativa à tentativa.

Nas contrarrazões de f. 154-161, o recorrido postula pelo desprovimento do apelo ministerial.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifesta-se pelo provimento do apelo (f. 171-199).

É o relato do essencial. Passa-se ao exame do inconformismo ministerial.

Consta da peça acusatória que:

> *"(...) em 19 de junho de 2018, na Rua Antonio João, Centro, próximo a praça de alimentação, em Ponta Porã/MS, Lucas Miguel Vera Alcaraz, agindo em conluio e previamente ajustado com a pessoa identificada apenas como 'Gabriel', subtraiu para si o capacete da vítima Moacir Cláudio de Araujo.*
>
> *Conforme restou apurado, na data retrorreferida, o denunciado LUCAS e seu comparsa 'Gabriel' transitavam de moto pelas vias de Ponta Porã, ocasião em que, nas proximidades da Praça de Alimentação da Rua Antonio João, avistaram o capacete da vítima Moacir, que estava no retrovisor de uma motocicleta, e decidiram furtá-lo.*
>
> *Assim, se aproximaram da motocicleta da vítima e se apossaram do capacete, empreendendo fuga.*
>
> *Ocorre que, no local, estava um policial militar de folga, o qual interveio, obtendo êxito em prender o denunciado Lucas, recuperando o capacete.*
>
> *A res foi avaliada em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais).*
>
> *Diante do exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Lucas Miguel Vera Alcaraz por crime do artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal (...)."*

Após a regular instrução processual, sobreveio a sentença de p. 124-125, por meio da qual o Juízo da 2ª Vara da Criminal Comarca de Ponta Porã julgou improcedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de absolver Lucas Miguel Vera Alcaraz da imputação do crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP, por atipicidade material da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP.

Não conformado com o deslinde do caso, a representante do Ministério Púbico recorre a este Sodalício, a fim de reformar a sentença absolutória para que o recorrido seja condenado nos termos da peça acusatória.

Assiste razão ao pleito ministerial.

Do pleito de afastamento da insignificância.

Ab initio, importa frisar que, embora a presença da qualificadora seja fator impeditivo do reconhecimento do caráter bagatelar da infração, o Superior Tribunal de Justiça tem flexibilizado o referido entendimento em casos excepcionais, desde que, obviamente, preenchidos os demais requisitos para a aplicação da insignificância. Confira-se:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO – FURTO QUALIFICADO – SUBTRAÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.*
>
> *2. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (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.*
>
> *3. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é contumaz na prática de crimes não faz jus a benesses jurídicas.*
>
> ***4. Na espécie, a conduta é referente a um furto qualificado pelo concurso de agentes de produtos alimentícios avaliados em R$ 62,29.***
>
> ***5. Assim, muito embora a presença da qualificadora possa, à primeira vista, impedir o reconhecimento da atipicidade material da conduta, a análise conjunta das circunstâncias demonstra a ausência de lesividade do fato imputado, recomendando a aplicação do princípio da insignificância.***
>
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal movida em desfavor das pacientes."* (*HC* 553.872/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020) (Destacou-se).

Nesse aspecto, insta salientar que a aplicação do princípio da insignificância demanda a presença simultânea dos seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

No caso em questão, não há falar em inexpressividade da lesão jurídica, pois, de acordo com o Decreto n.º 9.255/2017, o salário mínimo vigente em 2018 remontava ao valor de R$ 954,00 (novecentos e cinquenta

e quatro reais), de modo que o bem avaliado em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), conforme o laudo de p. 22-23, ultrapassa o critério de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos estabelecido pela jurisprudência deste Sodalício e dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – REITERAÇÃO DELITIVA – RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável, o que não ocorreu nos autos. Trata-se de paciente contumaz na prática de crimes contra o patrimônio, que possui sentenças condenatórias com trânsito em julgado por crimes da mesma natureza, inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta.*
>
> ***2. O furto teria sido praticado no dia 4/10/2016, quando o salário mínimo estava fixado em R$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais). Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a res furtiva avaliada em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Precedentes.***
>
> *3. Agravo Regimental desprovido."* (AgRg no *HC* 499.395/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019). (Destacou-se).

Logo, não há falar em atipicidade material da conduta.

Do pedido de afastamento da causa de diminuição relativa à tentativa.

Neste ponto, importa frisar que a materialidade delitiva e a autoria restaram satisfatoriamente fundamentadas na sentença condenatória, razão pela qual maiores digressões sobre a matéria são desnecessárias.

Não obstante, a representante ministerial também se insurge contra a causa de diminuição relativa à tentativa, sob o fundamento de que está *"devidamente comprovado que o apelado logrou apossar-se do capacete da vítima, ainda que por breve período (f. 142)."*

De fato, novamente o pleito ministerial deve ser acolhido.

Importante rememorar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores adota a teoria da *amotio*, cuja fórmula prevê a consumação do furto com a inversão da posse, ou seja, quando a coisa deixa de integrar a posse da vítima para ingressar na posse do agente.

Na hipótese, tanto o apelado Lucas Miguel Vera Alcaras como o ofendido Moacir Cláudio de Araújo narraram, em juízo (arquivos audiovisuais de p. 100), que o primeiro subtraiu o capacete que estava pendurado no retrovisor da motocicleta pertencente ao segundo, porém, durante a fuga, um policial à paisana logrou êxito em prender o recorrido e recuperar o bem após cerca de 20 (vinte) metros do local da subtração.

Destarte, o acervo acostado aos autos demonstra que o apelado percorreu todo o *iter criminis* ao se apoderar do capacete do ofendido, tendo ocorrido, ainda que por breve ocasião, a inversão da posse, sendo irrelevante o fato de o recorrido não ter logrado êxito na efetiva apropriação dos bens em razão da pronta intervenção de policial à paisana.

Sobre a questão, eis o escólio de Cleber Masson[1]:

> *"A teoria da amotio não impede a conclusão do furto consumado quando o agente destrói, inutiliza, danifica ou oculta o bem. O furto é crime patrimonial e, na hipótese, houve*

1 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 318, v. 2.

a diminuição do patrimônio da vítima, circunstância suficiente para o aperfeiçoamento do delito.

***Não há necessidade de a coisa ser transportada pelo sujeito para outro lugar**, malgrado isto normalmente ocorra. Estará consumado o furto, exemplificativamente, quando uma empregada doméstica esconder joias da patroa em seus pertences pessoais, ou mesmo quando engoli-las, pois houve a inversão da posse dos bens."* (Destacou-se).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – FURTO QUALIFICADO – ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 14, I E II; E 155, AMBOS DO CP – GUERREADO ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO STJ – POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA – PRESCINDIBILIDADE – RESP N. 1.524.450/RJ – REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – MANUTENÇÃO DO AFASTAMENTO DA MODALIDADE TENTADA QUE SE IMPÕE.

1. A questão veiculada no recurso especial não envolve a análise de conteúdo fático-probatório, mas, sim, a verificação da ofensa aos arts. 14, I e II, e 155, ambos do Código Penal, porque inidôneo o reconhecimento da tentativa, notadamente pelo fundamento apresentado no combatido aresto de que o apelante não teve a posse tranquila da res, uma vez que ele foi preso quando saía da loja, a qual já se encontrava cercada pelos policiais militares, o que enseja a desclassificação do tipo penal em que foi imputado (furto qualificado consumado) para sua forma tentada, conforme jurisprudência remansosa desta Corte. Não se configura, portanto, a hipótese de aplicação da Súmula 7/STJ.

2. Com relação ao momento consumativo do crime de furto, nos mesmos moldes do crime de roubo, é assente a adoção da teoria da amotio por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os referidos crimes patrimoniais consumam-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima (HC n. 495.846/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/6/2019).

***3. A Terceira Seção desta Corte, ao apreciar o Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.524.450/RJ, firmou o entendimento no sentido de que consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (AgRg no REsp n. 1.483.770/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 16/2/2016).**

4. Agravo regimental improvido."(AgRg no REsp 1830412/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 05/11/2019) (Destacou-se).

Enfim, não há falar em reconhecimento da causa de diminuição referente à tentativa neste particular.

Do reconhecimento, *ex officio*, da causa de diminuição prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal.

No caso, o apelado faz jus ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal, o qual prevê que *"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."*

Registra-se, quanto ao ponto, a admissibilidade do furto privilegiado-qualificado, consoante a exegese da Súmula 511 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Súmula 511 do STJ – É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva."

Com efeito, como visto acima, o Código Penal estabelece a presença simultânea de dois critérios para aplicação do chamado "furto privilegiado": o primeiro, de ordem subjetiva, exige que o agente seja primário, ou seja, não possua condenação com trânsito em julgado, o segundo critério, de ordem objetiva exige que o valor da *res furtiva* seja pequeno.

No caso em epígrafe, o apelante é réu primário, conforme depreende-se da certidão de antecedentes criminais às f. 51.

Em relação ao "pequeno valor", o Código Penal não definiu seu conceito, mas de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça *"para a caracterização do furto privilegiado um dos requisitos necessários é o pequeno valor do bem subtraído, podendo o valor do salário mínimo ser adotado, em princípio, como referência. Todavia, esse critério não é de absoluto rigor aritmético, cabendo ao juiz da causa sopesar as circunstâncias próprias ao caso."* (STJ, AgRg no *HC* 246.338/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013).

No caso concreto, a *res furtiva* enquadra-se ao conceito supracitado de pequeno valor, pois fora avaliada em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), conforme consta do auto de avaliação de f. 22-23, valor abaixo do salário mínimo vigente à época dos fatos (19/08/2018), de R$ 954,00, conforme o Decreto n.º 9.255/2017.

Outrossim, não se pode olvidar que a *res furtiva* foi restituída à vítima, conforme o auto de entrega de objeto à f. 24, de modo que inexistiu prejuízo ao patrimônio alheio[2].

Por oportuno:

> *"PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – CRIMES DE ROUBO E CRIME DE FURTO PRATICADOS EM CONCURSO MATERIAL – RÉU PRIMÁRIO E PEQUENO VALOR DA COISA FURTADA – PLEITO DE APLICAÇÃO DA FIGURA DO FURTO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – SALÁRIO MÍNIMO COMO REFERÊNCIA DE PEQUENO VALOR – CONCURSO DE CRIMES – PREJUÍZO – SOMA DOS VALORES QUE IMPEDE O RECONHECIMENTO NO CASO – AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> ***1. No que tange à figura do furto privilegiado, o art. 155, § 2º, do Código Penal impõe a aplicação do benefício penal na hipótese de adimplemento dos requisitos legais da primariedade e do pequeno valor do bem furtado, assim considerado aquele inferior ao salário mínimo ao tempo do fato, tratando-se, pois, de direito subjetivo do réu, embora o dispositivo legal empregue o verbo 'poder', não configurando mera faculdade do julgador a sua concessão.***
>
> *2. Todavia, quando se está diante de crime continuado ou de concurso de crimes, esta Corte Superior tem entendido que a aferição desse valor deve levar em conta a soma do valor total do prejuízo causado em todos os ilícitos, a fim de que se verifique o cumprimento dos requisitos da figura privilegiada. Desse modo, se a soma do prejuízo causado em todos crimes ultrapassar o valor do salário mínimo, torna-se inviável o reconhecimento do benefício.*
>
> *3. In casu, embora se trate de réu primário à época dos fatos, a condenação foi pelo crime de furto em concurso material com três crimes de roubo, condutas que, somadas, geraram um prejuízo superior a R$ 1.130,00 (e-STJ, fl. 368), portanto superior ao salário mínimo vigente à data dos fatos (R$ 954,00 - 2018), de modo que não se constata qualquer ilegalidade na não aplicação do privilégio.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no *HC* 568.662/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 28/05/2020). (Destacou-se).

Destarte, diante do pequeno valor da *res furtiva* (capacete usado da marca taurus), isto é, R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e da primariedade do agente, deve ser aplicada ao caso a benesse contida no § 2º do artigo 155 do Código Penal.

2 A vítima narra em juízo que o capacete foi recuperado sem nenhuma avaria (arquivo audiovisual de f. 100).

Quanto ao ponto, colhe-se novamente o escólio de Cleber Masson[3]:

> *"Com o reconhecimento do privilégio, o Código Penal autoriza ao juiz a opção pelas seguintes consequências:*
>
> *(a) substituir a pena de reclusão pela de detenção;*
>
> *(b) diminuir a pena de reclusão de um a dois terços; e*
>
> *(c) aplicar somente a pena de multa."*

Face aos argumentos acima apresentados, entendo ser mais adequado ao caso a redução da pena reclusão, porquanto trata-se de furto qualificado pelo concurso de agentes.

Passa-se, então, a dosimetria.

Na primeira fase, inexistem circunstâncias a serem valoradas, motivo pelo qual a reprimenda deve ser mantida em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na fase intermediária, também não há circunstância agravante ou atenuante, de modo que a pena deve ser mantida em 02 (dois) ano de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na fase final, diante da presença da causa de diminuição prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal (privilégio), entendo por bem reduzir a reprimenda em 1/2 (um meio) por ter sido o delito cometido em concurso de agentes[4], fixando-se a pena final no patamar de 01 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa.

Impositiva a fixação do regime prisional aberto diante da neutralidade das circunstâncias, da primariedade do apelado e do total da pena aplicada.

Por fim, presentes os requisitos dispostos no artigo 44 do Código Penal, mostra-se de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (artigo 44, § 2º, do Código Penal), notadamente porque as circunstâncias judiciais são neutras, tratando-se de crime sem violência ou grave ameaça praticado por agente primário, cuja condenação remonta a reprimenda inferior a um ano.

Destarte, mostra-se de rigor a fixação da prestação de serviços à comunidade, cujas condições hão de ser estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

No que tange 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 todos os dispositivos normativos ou enunciados sumulares arguidos pela parte.

Diante do exposto, com o parecer, deve-se dar provimento ao recurso ministerial, a fim de reconhecer a tipicidade material dos fatos e afastar a tentativa. De ofício, impõe-se o reconhecimento da benesse contida no § 2º do artigo 155 do Código Penal, restando o apelante condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade.

---

3 MASSSON, Cleber. Direito penal: parte especial. 12 ed. São Paulo: Método, 2019. p. 325. v. 2.

4 "(...) os fundamentos apresentados pela Corte de origem - **dano social causado pelo furto de fios de energia elétrica e a prática do crime em concurso de agentes - justificam a aplicação da fração de 1/3 (um terço) na redução da pena pelo privilégio no furto**." (*HC* 574.450/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 03/06/2020) (Destacou-se).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso e, de ofício, reconheceram a causa de diminuição de pena prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal.

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 julho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal nº 0000548-68.2017.8.12.0018 – Paranaíba

Recurso de Lorran Marchesi Santos de Brito.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO EM ATIVIDADE TÍPICA DE EXTERMÍNIO – ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL C/C ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.072/90 – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DAS QUALIFICADORAS DA EMBOSCADA, SURPRESA E SUPERIORIDADE NUMÉRICA – IMPOSSIBILIDADE DE DECOTE – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL – COMPORTAMENTO DA VÍTIMA QUE NÃO FAVORECE O ACUSADO – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO QUALIFICADA E APLICAÇÃO PARA ATENUAR A REPRIMENDA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – PENA INTERMEDIÁRIA AGRAVADA PELA MULTIRREINCIDÊNCIA E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – INCABÍVEL A COMPENSAÇÃO INTEGRAL – PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE – MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O julgamento ocorreu em conformidade com as provas produzidas nos autos, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, não sendo constatada contradição ou ilegalidade na prova capaz de afastar o julgamento proferido pelo Conselho de Sentença.

Assevera-se que os jurados são soberanos para escolher a exposição que lhes pareça mais justa, por isso não é arbitrária a decisão do Conselho de Sentença, se os Jurados, ao reconhecerem que o apelante praticou o delito de homicídio qualificado escolheram umas das versões apresentadas em Plenário e optaram por aquela apresentada pela acusação.

As circunstâncias do delito extrapolaram o tipo penal, pois a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, dentro do quintal de sua residência e a execução foi assistida pela esposa do ofendido, enquanto aquele era massacrado até o óbito.

Os jurados entenderam que o comportamento da vítima não contribuiu para que o crime ocorresse, motivo pelo qual o Conselho de Sentença não reconheceu que acusado tenha praticado o homicídio por motivo torpe, consistente em vingança.

A confissão, ainda que qualificada ou parcial, faz incidir a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, do Código Penal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que: *"A atenuante da confissão espontânea deve ser aplicada mesmo nas hipóteses em que qualificada pela excludente de ilicitude da legítima defesa (...)."* (STJ; AgRg-AREsp 1.637.220; Proc. 2019/0380336-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 05/05/2020; DJE 11/05/2020)

Recurso de Bruno Cezario Borges.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO QUALIFICADO – ARTIGO 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DAS QUALIFICADORAS DA EMBOSCADA, SURPRESA E SUPERIORIDADE NUMÉRICA

– IMPOSSIBILIDADE DE DECOTE – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL – COMPORTAMENTO DA VÍTIMA QUE FAVORECEU O RÉU NA TERCEIRA FASE DO CÁLCULO DA PENA – INCABÍVEL A VALORAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA – *NON BIS IN IDEM* – PENA INTERMEDIÁRIA AGRAVADA PELA REINCIDÊNCIA E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – *QUANTUM* DA MINORANTE DO ARTIGO 121, § 1º DO CÓDIGO PENAL – MANTIDO O PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO) – DECURSO DE APROXIMADAMENTE UM MÊS DA PROVOCAÇÃO – ABRANDAMENTO DA VIOLENTA EMOÇÃO – CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – RÉU QUE INCENTIVOU O COMPARSA A EFETUAR OS DISPAROS NA CABEÇA DA VÍTIMA – FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO) REVELA-SE MAIS ADEQUADA – MANTIDAS AS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O julgamento ocorreu em conformidade com as provas produzidas nos autos, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, não sendo constatada contradição ou ilegalidade na prova capaz de afastar o julgamento proferido pelo Conselho de Sentença.

Assevera-se que os jurados são soberanos para escolher a exposição que lhes pareça mais justa, por isso não é arbitrária a decisão do Conselho de Sentença, se os Jurados, ao reconhecerem que o apelante praticou o delito de homicídio privilegiado qualificado escolheram umas das versões apresentadas em Plenário e optaram por aquela apresentada pela acusação.

As circunstâncias do delito extrapolaram o tipo penal, pois a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, dentro do quintal de sua residência e a execução foi assistida pela esposa do ofendido, enquanto aquele era massacrado até o óbito.

O Corpo de Jurados quando da apreciação do quesito relativo à figura do homicídio privilegiado e reconheceu que a injusta provocação da vítima, o que ensejou a respectiva diminuição da reprimenda na terceira fase, de maneira que o comportamento da vítima não pode ser novamente considerado como circunstância judicial, na primeira fase da dosimetria, em razão do princípio do *non bis in idem*.

O *quantum* da redutora da pena pelo homicídio privilegiado deve considerar seus elementos caracterizadores, ou seja, relevância social ou moral da motivação do crime, grau de emoção e intensidade da injusta provocação da vítima.

No caso dos autos, a causa de diminuição do artigo 121, § 1º, do Código Penal alcança o patamar mínimo legal de 1/6 (um sexto), em razão do crime ter sido um certo tempo depois da provocação da vítima.

Fração pela benesse de participação de menor importância aplicada no mínimo legal de 1/6 (um sexto) e que melhor se adequa à hipótese, pois o réu não apenas forneceu apoio material, mas também incentivou o comparsa a desferir os disparos de arma de fogo na cabeça da vítima, prestando suporte moral.

Recurso de Elizeu José dos Santos.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO QUALIFICADO – ARTIGO 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL – PRELIMINAR – NULIDADE POR DESRESPEITO AO ARTIGO 479 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – JUNTADA DE LAUDO NECROSCÓPICO COLORIDO – EXAME PERICIAL QUE JÁ ACOMPANHAVA A DENÚNCIA – ASSEGURADA A CONDIÇÃO DE PARIDADE ENTRE AS PARTES – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO – *PAS DE NULITÉ SANS GRIEF* – PREFACIAL REJEITADA – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA AUTORIA DELITIVA E DAS QUALIFICADORAS DA EMBOSCADA, SURPRESA E SUPERIORIDADE NUMÉRICA – ARGUMENTOS DA DEFESA QUE FORAM ELIDIDOS EM PLENÁRIO – IMPOSSIBILIDADE

DE DECOTE – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – MAUS ANTECEDENTES DESFAVORÁVEIS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E EXASPERAÇÃO PROPORCIONAL – PENA INTERMEDIÁRIA AGRAVADA PELO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não existe afronta ao artigo 479 do Código de Processo Penal se o exame necroscópico possuiu o mesmo conteúdo do laudo pericial que acompanhou a denúncia, diferenciando-se tão somente na gama de cores (um colorido e o outro em branco e preto) e sem distinção da conclusão sobre a causa da morte, bem como do seu conteúdo.

Deve ser comprovado o efetivo prejuízo para a parte que o alega, a teor do que determina o artigo 563 do Código de Processo Penal. A Defesa não apontou de que modo, a versão colorida do laudo cadavérico influenciou na deliberação e na entrega do veredicto, senão a íntima convicção do Conselho de Sentença.

O julgamento ocorreu em conformidade com as provas produzidas nos autos, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, não sendo constatada contradição ou ilegalidade na prova capaz de afastar o julgamento proferido pelo Conselho de Sentença.

Assevera-se que os jurados são soberanos para escolher a exposição que lhes pareça mais justa, por isso não é arbitrária a decisão do Conselho de Sentença, se os Jurados, ao reconhecerem que o apelante praticou o delito de homicídio privilegiado qualificado escolheram umas das versões apresentadas em Plenário e optaram por aquela apresentada pela acusação.

As circunstâncias do delito extrapolaram o tipo penal, pois a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, dentro do quintal de sua residência e a execução foi assistida pela esposa do ofendido, enquanto aquele era massacrado até o óbito.

A condenação anterior pela prática de contravenção penal não serve para caracterizar a reincidência, mas serve para maus antecedentes.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento reiterado de que *"a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado." (*AgRg-*HC* 563.932; Proc. 2020/0048858-6; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 28/04/2020; DJE 04/05/2020)

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 interposto por Lorran Marchesi Santos de Brito e negaram provimento aos apelos interpostos por Elizeu José dos Santos e Bruno Cezario Borges.

Campo Grande, 29 de junho 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 Lorran Marchesi Santos de Brito, Bruno Cesário Borges e Elizeu José dos Santos, em face da decisão do Conselho de Sentença, que condenou Lorran Marchesi Santos de Brito à reprimenda de 24 anos de reclusão, por infração ao disposto no artigo 121, § 2º, inciso IV do Código Penal c/c artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90; Bruno Cesário Borges à pena de 13 anos e 10 meses de reclusão, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 1ª e § 2º, inciso IV do Código Penal e; Elizeu José dos Santos à pena privativa de liberdade de 18 anos e 04 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no artigo 121, § 1º e § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Inconformados, às f. 1367-1387, Lorran Marchesi Santos de Brito e Bruno Cesário Borges, pretendem em suas razões: a) realização de novo julgamento, considerando que a decisão do Tribunal do Júri foi contrária às provas, pois as qualificadoras no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal são manifestamente improcedentes; b) afastamento das circunstâncias judiciais das consequências e das circunstâncias do crime, tendo em vista a exasperação da pena equivocada e desproporcional, sem fundamentação idônea; c) reconhecimento da atenuante da confissão ao apelante Lorran, nos termos do art.65, inciso III, alínea "d", do Código Penal e; d) com relação a Bruno, pretende o aumento do patamar da causas de diminuição de pena previstas nos artigos 121, § 1º e 29 § 1º (participação de menor importância), todos do Código Penal, na fração máxima.

Às f. 1389-1400, Elizeu José dos Santos requer: a) preliminarmente, a nulidade do julgamento, por inobservância do prazo do artigo 479 do Código de Processo Penal; b) anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri, por decisão contrária às provas dos autos, quanto ao reconhecimento da autoria e das qualificadoras; c) alternativamente, redução da pena-base no mínimo legal, no percentual de 1/3, desconsideração da reincidência e afastamento das qualificadoras.

Contrarrazões às f. 1404-1435, pelo improvimento dos apelos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 1445-1464, opinando pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Lorran Marchesi Santos de Brito, Bruno Cesário Borges e Elizeu José dos Santos, como incursos nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, na forma do artigo 29, *caput,* ambos do Código Penal, conforme se infere da prefacial acusatória:

> *"Consta do incluso procedimento que, no dia 02 de fevereiro de 2017, por volta das 01h30min, na Rua Cândia Vitoria Lopes Rodrigues, esquina com a Rua Araxá II, Bairro de Lourdes, nesta cidade e comarca, o denunciado Elizeu José dos Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com inequívoca intenção de matar, previamente ajustado e em concurso com os denunciados Lorran Marchesi Santos de Brito e Bruno Cezario Borges, efetuou vários disparos de arma de fogo contra a vítima Fábio Júnior Ferreira dos Santos, provocando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Necroscópico de f. 75-80, que foram causa eficiente de sua morte.*
>
> *Apurou-se que os denunciados se reuniram e planejaram a execução da vítima, visto a existência de prévia desavença entre eles. Já na data, hora e local acima, os denunciados se deslocaram até as proximidades da casa da vítima, e ficaram na espera do mesmo. Quando a vítima se aproximava de sua residência, o denunciado Elizeu atirou na direção de Fabio lhe atingindo num primeiro momento, entretanto, a vítima conseguiu correr por alguns metros, em direção a sua residência, saltando uma cerca de madeira existente no local.*
>
> *A vítima, entretanto, foi acompanhada pelos denunciados, sendo atingida por outros disparos efetuados por Elizeu, que o executou dentro do quintal de sua casa.*

Cumpre salientar, que a esposa da vítima Katiuscia Teodoro dos Santos e a mãe Dasdores Araújo Ferreira estavam presentes no local e no momento que os fatos ocorreram e reconheceram os denunciados como sendo os responsáveis pelo homicídio de Fábio Júnior Ferreira dos Santos.

Ademais, importante ressaltar que o crime em questão foi praticado por motivo torpe, uma vez que os denunciados mataram a vítima Fábio Júnior simplesmente por vingança, isso em razão de um desentendimento prévio havido entre a vítima e o denunciado Lorran, o qual resultou na morte da irmã do denunciado Ellizeu.

Também, o crime foi cometido mediante emboscada, pois os denunciados premeditaram sua ação ao permanecer escondidos em um terreno ao lado da casa da vítima, aguardando o seu retorno, que ao voltar a sua residência foi surpreendido, eis que colocaram em prática o plano de executa-lo. Desferindo vários disparos de arma de fogo, provocando as lesões descritas no Laudo de exame Necroscópico de f. 75-80, que foram a causa eficiente de sua morte.

Por fim, vale ressaltar que o delito também foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, em razão da superioridade numérica e por estar a vítima andando de bicicleta ao lado de sua mãe, se dirigindo até sua residência, momento em que os denunciados o surpreenderam e de imediato efetuaram disparos contra o mesmo, não tendo este, chance de reação."

Submetidos a julgamento perante o Conselho de Sentença, no dia 04 de setembro de 2019, Lorran Marchesi Santos de Brito foi condenado nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal c/c artigo 1º, inciso I, da Lei 8.072/90; Bruno Cesário Borges foi condenado como incurso nas penas do artigo 121, § 1º e § 2º, inciso IV, na forma do artigo 29, § 1º, ambos do Código Penal e, Elizeu José dos Santos foi condenado como incurso nas penas do artigo 121, § 1º e § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Irresignadas, as Defesas dos acusados interpõem recurso de apelação às f. 1367-1387 e f. 1389-1400.

Feitas tais considerações, passo à análise das insurgências.

Preliminar.

Nulidade de juntada de documento por desrespeito ao prazo do tríduo legal.

Ab initio cumpre apreciar a questão prejudicial ao mérito, arguida pela Defesa de Elizeu José dos Santos, consistente na nulidade da juntada de documento, logo após o início da sessão plenária, o que influenciou na convicção dos jurados e não observou o prazo do tríduo legal.

Sustenta que a juntada do laudo pericial colorido ocorreu enquanto acontecia o julgamento do réu, com inobservância ao prazo do artigo 479 do Código de Processo Penal, o que causou prejuízo ao acusado.

Pois bem, a questão versa sobre eventual nulidade em virtude do cartório judicial ter realizado a juntada do Laudo Necroscópico na versão em cores.

Dispõe o artigo 479, do Código de Processo Penal que:

"(...) durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados."

Ao contrário do sustentado pelo apelante, a juntada do Laudo Necroscópico colorido (f. 1300-1311), não viola o artigo 479 do Código de Processo Penal, por se tratar do mesmo juízo pericial de f. 89-97, apresentado em maior gama de cores que não apenas o branco e preto.

Outrossim, a violação ao artigo 479 do Código de Processo Penal acarreta nulidade relativa, de forma que deve ser comprovado o efetivo prejuízo para a parte que o alega, a teor do que determina o artigo 563 do Código de Processo Penal.[1]

Nesse tocante, não houve violação ao princípio da paridade de armas, pois conforme se observa da ata da sessão de julgamento, às f. 1316, durante a instrução em plenário não houve a leitura de peças ou mesmo alusão ao laudo de f. 1300-1311 em ata. Além disso, a Defesa não apontou de que modo, a versão colorida do laudo necroscópico poderia influenciar na deliberação e na entrega do veredicto, senão a íntima convicção dos jurados, isso porque, o conteúdo do laudo branco e preto de f. 89-97 não difere do contido no laudo colorido de f. 1300-1311.

Em sessão de julgamento, durante o interrogatório do réu Elizeu e momentos antes de encerrar seus questionamentos, o Promotor de Justiça fez menção aos documentos de f. 1300-1311. Por conseguinte, se a Defesa de Elizeu entende haver invalidade na juntada de referidos documentos, deveria ter arguido tal nulidade durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.[2]

Cabe ressaltar que o Conselho de Sentença não foi induzido a condenar o apelante tão somente porque o exame necroscópico colorido foi juntado aos autos, mas sim, em decorrência da prova dos autos, tais como Boletim de Ocorrência, Relatório de Investigação, Perícia no Local de Morte Violenta, provas colhidas na fase policial e judicial.

Além disso, não há se falar em desigualdade processual entre as partes, por surpresa atribuída ao órgão do Ministério Público, primeiro porque foi o cartório quem efetuou a juntada do laudo pericial de f. 1300-1311 e da mesma forma, colacionou os antecedentes dos réus (f. 12-56-1299). Segundo, porque não há se falar em sobressalto quanto ao conteúdo do laudo necroscópico, que já instruía o feito desde do oferecimento da denúncia.

Apenas o princípio constitucional da ampla defesa autoriza a invocação da referida tese como sendo capaz de anular um julgamento.

Com efeito, o objetivo do dispositivo legal (artigo 479 do CPP) é de assegurar que a parte contrária não seja surpreendida com a leitura ou exibição de documento ou objeto ignorados pela parte adversa, no momento da sessão de julgamento.

No caso concreto, não há que se falar em inobservância ao prazo do tríduo legal porque o documento de f. 1300-1311 já se encontrava colacionado às f. 89-97 e, ambos possuem a mesma estrutura para efeitos procedimentais. Tanto é assim, que não existe diferença entre a conclusão pericial de f. 89-97 em contraposição àquela colacionada às f. 1300-1311, não se expendendo qualquer distinção quanto ao juízo de valor sobre a causa da morte, isso porque as condições do cadáver, histórico, descrição, exames, fotografias, esquema de lesões e a conclusão do Laudo Cadavérico são idênticas.

Vale lembrar que a juntada do laudo não foi requerida pelas partes e ambos os pares deixaram de ser cientificados, já que o exame necroscópico de f. 1300-1311 aportou aos autos enquanto acontecia a sessão plenária.

Nesse contexto, considerando que foi observada a condição de paridade entre as partes, bem como, diante da preclusão da matéria e da ausência de demonstração efetiva de prejuízo sofrido pela Defesa, não há que se falar em nulidade processual.

Assim, rejeita-se a questão trazida como preliminar arguida pelo apelante Elizeu José dos Santos, já que atendidas as garantias constitucionais e legais.

1 Art. 563/CPP. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

2 Art. 571/CPP. As nulidades deverão ser argüidas: (...) VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Inexistindo outras nulidades a sanar, passo ao exame dos recursos.

Mérito.

Da decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência.

Às f. 1367-1387, a Defesa de Lorran Marchesi Santos de Brito e Bruno Cesário Borges, sustenta que a decisão do Tribunal do Júri foi contrária às provas, pois a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, consistente na surpresa, recurso que dificultou a defesa do ofendido, superioridade numérica e emboscada são manifestamente improcedentes.

Às f. 1389-1400, a Defesa de Elizeu José dos Santos alega que o julgamento do Tribunal do Júri foi contrário às provas dos autos, ao reconhecer a autoria e as qualificadoras da surpresa, emboscada e do recurso que dificultou a defesa, porquanto a vítima ostentava vários inimigos, o que afasta um ataque inesperado.

In casu, a despeito da negativa de autoria de Elizeu, percebe-se que os argumentos das Defesas de ambos os apelantes cingem-se à impossibilidade de se reconhecer a qualificadora do artigo 121, § 2º, inciso IV do Código Penal, vez que incompatível com a prova dos autos.

Contudo, sem razão.

A ausência de provas nos autos acerca da autoria do crime em relação ao apelante Elizeu José dos Santos foi objeto de explanação em Plenário e o Conselho de Sentença elidiu os argumentos da defesa para condenar o acusado Elizeu, juntamente com os executores Lorran e Bruno pela prática do homicídio qualificado que vitimou Fábio Júnior Ferreira dos Santos, o que encontra harmonia com os esclarecimentos oferecidos pela testemunha presencial Katiuscia Teodoro dos Santos e constitui encadeamento probatório satisfatório à procedência da imputação.

Ademais, é forçoso esclarecer que nos processos de competência do Júri, a apelação tem caráter limitado, pois não devolve à Instância Revisora o total conhecimento da causa, ficando o julgamento restrito à pretensão manifestada no apelo interposto, consoante a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição."*

Isso porque, a soberania dos veredictos deve ser preservada, razão pela qual somente quando evidenciado o total descompasso entre a prova produzida e a decisão proferida pelos Jurados é que se admitirá a sua cassação. Do contrário, não sendo manifesta a contrariedade, há de prevalecer o veredicto popular.

É defeso ao juiz togado invadir a competência privativa do Conselho de Sentença, cuja soberania decorre do artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal.[3]

O veredicto do Conselho de Sentença somente poderia ser cassado, submetendo os acusados a novo julgamento, caso a decisão fosse manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, arbitrária e dissociada do contexto probatório, o que não ocorreu no presente caso, onde o Conselho de Sentença optou por uma das versões apresentadas.

Acerca do tema, não diverge o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – ÉDITO CONDENATÓRIO –* ***DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – NÃO RECONHECIMENTO –*** *ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO – PRETENSÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO – INVIABILIDADE – SÚMULA 7 DO STJ.* ***1. Somente é possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, quando os jurados decidirem***

3 Art. 593/CPP. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (...) d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. § 3o Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

de forma arbitrária, em desconformidade com os elementos de prova constantes nos autos. *2. No caso, diante das versões apresentadas pela defesa e acusação, o conselho de sentença, no exercício da sua função constitucional, acolheu uma delas, entendendo que o agravante cometeu o crime previsto no art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do Código Penal. 3. A Corte de origem, em sede de apelação, concluiu haver suporte probatório suficiente para sustentar a decisão condenatória proferida pela Corte Popular. Assim, a inversão do julgado demandaria a análise do conjunto probatório, o que é inviável na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ; AgRg-AREsp 512.947; Proc. 2014/0105944-6; SC; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJE 03/08/2015). (G.n.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSO PENAL – HOMICÍDIOS SIMPLES TENTADO E CONSUMADO – IMPROCEDÊNCIA DA APONTADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 619 E 620, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ***INOCORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – O CONSELHO DE SENTENÇA OPTOU POR UMA DAS HIPÓTESES QUE SE APRESENTAVA NOS AUTOS, LASTREADA EM PROVAS VÁLIDAS –*** *ÓBICE DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE – ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO POR FALTA DE QUESITAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – AUSÊNCIA DE PROTESTO NO MOMENTO OPORTUNO – PRECLUSÃO – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE NAS HIPÓTESES DE CONFISSÃO QUALIFICADA – PRECEDENTES – ALEGAÇÃO DE DIREITO À REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA EM DOIS TERÇOS – ÓBICE DA SÚMULA N.º 07 – PROCEDÊNCIA DA TESE DE INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA À HIPÓTESE, NOS TERMOS DO ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL, POIS A EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS NÃO OBSTA O SEU RECONHECIMENTO, APENAS SERVEM DE CRITÉRIO AO ESTABELECIMENTO DO MONTANTE DO AUMENTO – INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS-BASES – ELEVAÇÃO COM LASTRO EM FUNDAMENTAÇÕES, EM PARTE, IMPERTINENTES – READEQUAÇÃO DAS PENAS E FIXAÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA – REGIMENTAL QUE CARECE DE ARGUMENTOS IDÔNEOS PARA REBATER AS RAZÕES EM QUE SE FUNDOU A DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. À falta de argumentos robustos o bastante para rebater os fundamentos da decisão agravada, proferida em harmonia com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, mantém-se o decisum em seus próprios termos. 2. Não há violação dos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, porque todas as quaestios iuris declinadas nas razões dos embargos de declaração foram sim apreciadas pelos acórdãos locais, de forma inequívoca, clara, coerente e explícita. 3. A chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. 4. Há evidente desnecessidade de quesitação do concurso material, porque o acórdão estadual, de modo explícito, consignou que 'o apelante cometeu, mediante mais de uma ação, dois crimes, e por eles respondeu desde a denúncia'. Não bastasse, verifica-se que não houve protesto oportuno, por parte da Defesa, quanto à ocorrência dessa eventual irregularidade, de modo que se encontra preclusa. 5.* ***Só se anula julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos, o que não ocorre quando os jurados, amparados pelo conjunto probatório existente, optam por uma das versões apresentadas, como no caso destes autos.*** *6. Ademais, para decidir de modo contrário, esta Corte teria, impreterivelmente, de aprofundar-se na análise de fatos e provas, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n.º 07 desta Corte. 7. O pleito de redução da pena em dois terços, por força da tentativa, não merece guarida porque o montante de metade decorreu não só da verificação da localização e da gravidade dos ferimentos decorrentes das facadas na vítima que logrou sobreviver ao ataque homicida, mas também e, principalmente, da agudeza de espírito do Julgador de primeiro grau que o considerou necessário e suficiente à punição do recorrente. Assim, em homenagem à perspicácia do Julgador ordinário e pelo óbice da já mencionada Súmula n.º 07 desta Corte, sem chance de prosperar o pleito de aumento da redução para dois terços. 8. Agravo regimental desprovido."* (STJ; AgRg-AREsp 36.407; Proc. 2011/0175204-9; RS; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 07/03/2014). (G.n.)

No caso em julgamento, após uma análise geral das provas produzidas no processo, não é difícil concluir que a decisão dos jurados não as contrariou.

Conforme se infere, em resposta à terceira série de quesitos, os jurados entenderam haver evidências suficientes que sustentam a tese acusatória, reconhecendo por maioria de 4 votos que Elizeu foi o autor dos disparos de arma de fogo, deixando de ser absolvido da prática do crime de homicídio qualificado, ocorrido em 02 de fevereiro de 2017, em face da vítima Fábio Júnior Ferreira dos Santos. (Termo de quesitação de f. 1324-1326)

Em seguida, o corpo de jurados entendeu haver provas suficientes de que a participação de Elizeu não foi de menor importância, tendo sido impelido por relevante valor moral e praticado mediante emboscada e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

A materialidade e a autoria do crime foram demonstradas através do Boletim de Ocorrência (f. 10-13), Exame Necroscópico (f. 86-97), Imagens de conversas de celular e Auto de Apreensão (f. 109-116, 151-160, 187-190, 199-203 e 218-219), Laudo de Exame em Arma de Fogo (f. 587-592), Laudo de Exame em Munição (f. 593-596), Laudo Pericial em Local de Morte Violenta (f. 597- 622), Auto de reconhecimento (f. 179-180), declarações prestadas na fase extraprocessual e durante a fase de instrução processual (termo audiovisual de f. 374-375, 455, 536).

As teses da Defesa de Elizeu quanto à negativa de autoria ou participação de menor importância não foram suficientes para convencer os jurados. Ainda que tais argumentos tenham sido sustentados em Plenário, assim como o afastamento da qualificadora do artigo 121, § 2º, inciso IV do Código Penal, percebe-se que a questão não se configurou exatamente desta maneira.

A testemunha presencial, Katiuscia Teodoro dos Santos prestou os seguintes esclarecimentos na Delegacia de Polícia (f. 19-20):

> *"(...) em certo momento, acordou com um 'barulhão', o Fábio Júnior estava gritando, dizendo que era o Thiago, por isso a declarante levantou assustada, saiu de casa, viu que o Fábio Júnior tinha pulado a cerca para dentro do quintal, um dos autores pulou junto com ele e outros dois estavam do lado de fora. A declarante foi em direção as* ***duas pessoas que estavam do lado de fora, um deles era o Lorran, que segurou a declarante e disse: 'não vou fazer nada com você nem com suas filhas, só vamos fazer com ele'. Também reconheceu a pessoa que estava com o Lorran e o nome dele é Bruno, que era vizinho da declarante. Bruno falava que era para acertar o Fábio na cabeça. Quem estava com a arma e executou o crime é a mesma pessoa que tentou matar o Bombeiro no ano passado e disseram que o nome dele é Elizeu. Conhece Elizeu de vista,*** *explicando que há muitos anos a irmã dele matou o tio da declarante de nome Lourival. Na época, a declarante era pequena e soube dos fatos através da mãe. A declarante afirma que não sabe qual foi o motivo do crime. Na semana passada a cunhada da declarante (Leidiane) foi avisar que o Fábio tinha levado um tiro no pé. Segundo o Fábio, no dia dos fatos ele estava de moto Avenida da Nena e passou por um Uno de cor prata e as pessoas que estavam nesse carro atiraram nele. Fábio também estava armado, chegou a cair da motocicleta e perdeu o revólver, por isso que hoje ele estava desarmado. Fábio não quis contar o nome dos autores. Ficou sabendo da morte de uma mulher no Jardim América e comentaram que ela era irmã do Elizeu, porém, não ouviu falar nada sobre a autoria desse crime. Não sabe se os familiares têm conhecimento sobre o motivo que mataram Fábio Júnior. Nunca comentou para Fábio Júnior que uma das irmãs do Elizeu tinha matado o tio da declarante."* (G.n.)

Ouvida sob o crivo do contraditório, a testemunha ocular, Katiuscia Teodoro dos Santos, na qualidade de informante, por ser esposa da vítima, afirmou com convicção que os autores do crime são os acusados Lorran Marchesi Santos de Brito, Bruno Cesário Borges e Elizeu José dos Santos, detalhando a participação de cada um deles na execução do crime, sendo que Elizeu foi quem efetuou os disparos de arma de fogo, Lorran ficou segurando a declarante e Bruno dizia que era para atirar na cabeça da vítima. Passo a transcrever o termo audiovisual de f. 375-376, por se tratar de elemento de prova bastante esclarecedor:

"MP: (...) o que a senhora sabe a respeito desse crime?

DEPOENTE: (...) fui tomar um banho e Fábio Júnior saiu mais a mãe dele.

MP: Isso de madrugada ainda?

DEPOENTE: De madrugada, 2 horas da manhã. Aí tava deitada pra dormir com minhas filhas e escutei um barulho.

MP: Um barulho do que?

DEPOENTE: Barulho dos rapazes, segurando o Fábio Júnior.

MP: Certo.

DEPOENTE: Aí eu peguei e fui na direção de Lorran, pra ver o que era aquele barulho e o Lorran segurou minha cabeça pra baixo e falou que não era pra mim gritar, que não ia fazer nada contra eu e minhas filhas e o Fábio Júnior gritava e falava que não era ele, era o Thiago e começaram a machucar o Fábio Júnior com faca e falou pro Fábio deitar no chão e atirou na cabeça dele.

MP: Quem que atirou na cabeça dele?

DEPOENTE: Elizeu.

MP: A senhora presenciou ele desferindo esse tiro?

DEPOENTE: Não.

MP: O Lorran segurou, foi isso?

DEPOENTE: Segurou.

MP: Quando ele te segura, a senhora está dentro da sua casa ou na rua?

DEPOENTE: Não, estava do lado de fora.

MP: Estava pro lado de fora?

DEPOENTE: Isso.

MP: Você tem duas filhas?

DEPOENTE: Isso.

MP: Essas duas filhas estavam onde?

DEPOENTE: Estavam dormindo.

MP: Dentro de casa, dormindo?

DEPOENTE: Isso.

MP: E a mãe do Fábio, tava também na rua?

DEPOENTE: Não.

MP: Ela saiu com o Fábio, mas o Fábio voltou sozinho?

DEPOENTE: Sozinho.

MP: E o Bruno? O Bruno estava por ali também?

DEPOENTE: Tava.

MP: O Bruno também te ajudou a segurar?

DEPOENTE: Não.

MP: O que o Bruno ficou fazendo?

DEPOENTE: Ficou parado olhando só.

MP: Aqui na denúncia fala que eles teriam uma desavença, o Elizeu, o Lorran e o Bruno com o Fábio e que esse crime teria acontecido mediante vingança. (...) existia alguma desavença anterior entre Elizeu, Lorran, Bruno e Fábio?

DEPOENTE: Sim.

MP: O que existia anteriormente?

DEPOENTE: O comentário que saiu disso foi que foi o Fábio quem matou a irmã do Elizeu, por isso que o Elizeu cobrou essa (...).

MP: O Elizeu, a irmã dele foi morta? Você sabe desse fato?

DEPOENTE: Foi.

MP: Quando aconteceu isso?

DEPOENTE: Acho que era duas semanas passadas, coisa assim.

MP: Foi morta do que?

DEPOENTE: A tiro.

MP: Aqui em Paranaíba?

DEPOENTE: Aqui em Paranaíba.

MP: Aqui na denúncia consta que o Elizeu, Lorran e o Bruno, eles estariam à espera, escondidos, aguardando o melhor momento para pegar o Fábio. Tem algum terreno ali do lado da sua casa?

DEPOENTE: Na rua de cima tem um terreno baldio, isso tem mesmo.

MP: Quando o Elizeu dá o primeiro disparo contra o Fábio, a senhora já está na rua nesse momento?

DEPOENTE: Sim.

DEFESA: Pela ordem Excelência, ela disse que não viu quem atirou.

JUIZ: Eu ia esclarecer isso no final, mas já que vocês anteciparam, vamos esclarecer isso agora. Ela falou primeiro que Elizeu deu o disparo e em seguida o Promotor perguntou: 'a senhora viu o disparo?', ela falou: 'Não'. Eu ia esclarecer isso, então eu acho que é o momento exato, a intervenção do doutor é oportuna. Vamos esclarecer doutor, pergunta para ela (...).

MP: Quem deu o primeiro disparo? Foi quem?

DEPOENTE: O Elizeu.

MP: O Elizeu deu o primeiro disparo?

DEPOENTE: Isso.

MP: Foram quantos tiros dados no Fábio?

DEPOENTE: Dois.

MP: Dois tiros?

DEPOENTE: Aham.

MP: A senhora viu quem deu o disparo?

DEPOENTE: Vi.

MP: Foi quem?

DEPOENTE: O Elizeu.

MP: O Elizeu?

DEPOENTE: Isso.

MP: O Lorran e o Bruno (...). O Bruno, o que ele fez?

DEPOENTE: Só falou que era para dar na cabeça do Fábio Júnior, que tava o Fábio e o Elizeu dentro, que tinham pulado o muro.

MAGISTRADO: Não sei se a senhora não entendeu a pergunta aquela hora que o doutor falou, a senhora viu o disparo?

DEPOENTE: Eu vi.

MAGISTRADO: Parece que a senhora falou 'não'.

DEPOENTE: Eu vi.

MAGISTRADO: A senhora tinha entendido? Respondeu equivocado?

DEPOENTE: Eu entendi errado.

MAGISTRADO: Entendeu errado? Porque a senhora estava ali próxima?

DEPOENTE: Tava.

MAGISTRADO: Próxima do disparo?

DEPOENTE: Isso.

MP: Aqui na denúncia conta que depois do primeiro disparo, o Fábio teria corrido por alguns metros em direção à residência, saltando uma cerca de madeira existente. O Fábio conseguiu depois do primeiro tiro escapar dos rapazes? O que aconteceu?

DEPOENTE: Na hora que eu vi o Fábio, ele tava tudo cheio de sangue, mas não sei se ele estava atirado, porque eles trouxe ele pro quintal vago da minha casa, aí fez o Fábio pular o muro. O Fábio pulou o muro e daí deu dois disparos lá onde o Fábio tava.

MP: Esses disparos iniciais então aconteceram na rua?

DEPOENTE: Aconteceu lá dentro de casa, dois disparos de tiro.

MP: A senhora viu eles dando golpes de faca também?

DEPOENTE: Não, só vi que eles tavam dando murro nele no canto do muro.

MP: Mas quando ele entra para dentro do quintal da senhora, ele já está ferido a faca?

DEPOENTE: Sim, aham..

MP: Você não sabe se era ferido a faca, mas tinha sangue no corpo dele?

DEPOENTE: Isso.

MP: Que parte do corpo dele que tinha sangue?

DEPOENTE: No rosto, nas costas, no braço tinha cortado ele bastante.

MP: Ele tava com camisa? Ou sem camisa?

DEPOENTE: Tava com uma camiseta.

MP: Que cor que era essa camiseta?

DEPOENTE: Preta.

MP: Era bem escura, a senhora percebeu que havia sangue pelos braços, dava para perceber?

DEPOENTE: Não, lá onde ele fez esses trem com ele era bem claro, porque tinha um poste bem (...) quase na frente, dava bem pra ver o rosto deles.

MP: Então não tem um terreno ao lado da sua casa?

DEPOENTE: Tem um terreno baldio que faz mesma parte da nossa casa onde eu morava. ***Mas na outra esquina que ele pegou ele, em terreno baldio, lá que tem na rua.***

MP: Então ele pegou na outra esquina da sua casa?

DEPOENTE: Isso.

MP: É lá que fica esse terreno?

DEPOENTE: Isso.

MP: Porque, aqui também fala na denúncia que eles ficaram escondidos nesse terreno, aguardando ele voltar (...).

DEPOENTE: Isso, aham.

MP: A senhora sabe onde ele foi com a mãe?

DEPOENTE: Ela foi na casa do irmão dele, o Thiago.

MP: Que mora no sentido desse terreno vago?

DEPOENTE: Isso.

MP: Quando a senhora escuta, quando a senhora está deitada no quarto da casa com suas filhas, a senhora escuta eles chegando (...). Por que ouve bastante barulho?

DEPOENTE: Barulho do Fábio gritando.

MP: Fábio gritando (...). Mas eles estavam segurando o Fábio?

DEPOENTE: Segurando.

MP: A senhora não vê luta corporal entre eles?

DEPOENTE: Não.

MP: Só vê o Fábio sendo rendido? O Fábio já estava rendido quando a senhora vê?

DEPOENTE: Isso.

MP: A mãe do Fábio ficou na casa do irmão dele?

DEPOENTE: Da irmã.

MP: Ela só foi com o Fábio para essa casa?

DEPOENTE: Aham.

MP: Quando ele pula para dentro da sua casa (...). É um muro ali? O que é? Uma cerca de madeira, é isso?

DEPOENTE: Isso.

MP: Eles executam ele dentro desse quintal da sua casa?

DEPOENTE: Isso.

MP: Esse tiro que você relatou, que disse ter visto (...). Foi dado por Elizeu, isso você tem certeza?

DEPOENTE: Isso, tenho.

MP: O Lorran (...) ele te segurou?

DEPOENTE: Segurou.

MP: O Bruno ficou ali envolta do crime ? Vigiando o crime?

DEPOENTE: Isso.

MP: Você percebeu com qual deles estava uma faca? Tinha faca com algum deles?

DEPOENTE: Eu não vi direito onde estava a faca, que eu vi que o Fábio estava machucado mas não reparei com quem estava a faca.

MP: Mas você reparou se além da arma de Elizeu, Lorran e Bruno também estariam com arma na mão?

DEPOENTE: Não.

MP: Não estaria? Eles estariam desarmados?

DEPOENTE: Uhum.

MP: Mas eles tinham os braços sujos de sangue? O Lorran e o Bruno? Você percebeu isso? Se eles tinham sangue nas roupas, nos braços?

DEPOENTE: Eu não reparei porque tava tão apavorada, com a cabeça baixa. (...).” (G.n.)

Importa salientar que Katiuscia Teodoro dos Santos assistiu ao crime e reconheceu os três acusados como sendo os autores do homicídio de seu marido, o que o fez, desde o início da persecução penal, salientando ter visto os três indivíduos dentro do quintal de sua casa, no local onde a vítima foi executada.

A esse respeito é o Termo de Reconhecimento de Pessoas de f. 179, onde consta que: *"1- Autor dos disparos: é o primeiro da esquerda para a direita, identificado como Elizeu José de Souza; 2- Autor que segurou pelo braço: é o segundo da esquerda para a direita, sabendo que o nome dele é Lorran; 3- Autor que falou para atirar na cabeça: é o Bruno, que está posicionado na terceira posição da esquerda para a direita (...)."*

Não é apenas isso, perante a autoridade policial, a testemunha presencial Dasdores Araujo Ferreira, mãe da vítima, disse que estava retornando para casa na companhia de Fábio Júnior, quando foram interpelados por três sujeitos que saíram atirando. Veja-se (f. 48-49):

> *"(...) a declarante e Fábio Júnior retornaram, Fábio Júnior seguia de bicicleta e a declarante ao lado e* ***quando estavam chegando perto de casa a declarante viu três caras saindo do pé do muro e já saíram atirando. Fábio Júnior correu, os caras correram atrás dele e um deles dava tiros. A declarante escorregou, caiu e viu que o Fábio Júnior virou a esquina e os caras seguindo atrás dele.*** *Um dos autores era alto e magro, usava boné, e a declarante não sabe mencionar outras características. O outro era mais baixo e mais forte e não se lembra qual roupa ele usava. O terceiro a declarante não sabe nem descrever. Afirma que não reconheceu nenhum dos autores. Quando a declarante chegou em casa, Fábio Júnior já estava morto e o corpo dele estava dentro do quintal, perto do muro. Pelo que viu os autores do crime estavam a pé. Na casa onde aconteceu o crime estava a Katiuscia e as crianças filho do Fábio Júnior.* ***Katiuscia viu os autores do crime, mas a declarante tem medo de dizer o nome. Neste ato, a declarante é orientada que não deve ter medo, e a declarante disse que Katiuscia reconheceu o Lorram, o Bruno e o 'Cara da Padaria'.*** *(...) comentaram que mataram uma mulher no Jardim América e depois disseram que o autor era Fábio Júnior, mas ele não confessou nada disso para a declarante. (...) confirma que Fábio Júnior já tinha sido baleado há alguns dias, mas não registrou ocorrência policial (...)."* (G.n.)

Em juízo, a informante Dasdores Araujo Ferreira, confirmou que na oportunidade dos fatos estava com a vítima, quando foram abordados por três pessoas e ouviu um disparo de arma de fogo. Disse para o filho fugir e foi para a casa de sua filha, que ficava próximo do local. (Termo audiovisual de f. 375-376)

Em plenário, Lorran confessou a autoria do crime, alegando ter praticado o homicídio contra Fábio Júnior sozinho, buscando isentar a responsabilidade criminal de Bruno e de Elizeu. Por sua vez, Bruno e Elizeu negaram qualquer envolvimento com o crime. (termo audiovisual de f. 1314-1318)

Contudo, a negativa de autoria do apelante Elizeu e a versão apresentada por Lorran não são razoáveis, especialmente porque dissociada das demais provas constantes nos autos, além de incompatível com a dinâmica dos fatos, demonstrada pelo Laudo pericial de f. 597-622.

Às f. 621 tem-se a seguinte performance dos fatos:

> *"A ação delituosa teve início defronte ao terreno baldio da Rua Araxá 01, onde a passos largos e acelerados a vítima deslocou-se até a região frontal do terreno da Rua Cândida V. Lopes Rodrigues, ficando evidenciado pelas marcas de sangue sobre a via. Neste instante e defronte ao portão de madeira a vítima é golpeada na face (Lesão 03, 05 e_07) por instrumento perfurocortante. Ato contínuo a vítima tenta transpor o portão de madeira e é golpeada na região posterior lombar (Lesão 06) sendo puxada também pelas vestes por seus algozes. Não se descarta que a escoriação produzida no cotovelo esquerdo (Lesão 08) tenha sido gerada neste momento na tentativa de desvencilhamento e queda ao solo. Ao efetuar completamente a transposição do portão é alvejado por no mínimo 04 (quatro) disparos de arma de fogo, dos quais 02 (dois) acertaram seu corpo (Lesão 01 e 04), vindo a óbito na posição em que foi encontrado."*

Para além disso, depreendem-se dos vestígios analisados pelo *expert*, que foram empregados uma arma de fogo calibre .38 e um instrumento perfurocortante (faca ou similar). Por fim, considerando as lesões provocadas na vítima e a dinâmica do evento, o perito concluiu que a ação criminosa contou com participação de duas ou mais pessoas. (f. 622)

Bem assim, ao contrário do que afirma a Defesa de Elizeu, a cronologia do crime apresentada pelo perito é também condizente com os esclarecimentos prestados pela testemunha Katiuscia, em ambas as fases em que foi ouvida.

Ainda, diferentemente daquilo que foi afirmado pelo patrono de Elizeu, o depoimento da testemunha Katiuscia não foi contraditório quando inicialmente disse não ter visto Elizeu desferir tiros contra a vítima e após a intervenção do próprio Advogado de Elizeu, a questão foi esclarecida durante a audiência, pois a informante disse ter se confundido com a pergunta e confirmou que Elizeu efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima.

Nesse tocante, resgato o correlato trecho do depoimento de Katiuscia (termo audiovisual de f. 375-376):

> *"MP: Quem deu o primeiro disparo? Foi quem?*
>
> *DEPOENTE: O Elizeu.*
>
> *MP: o Elizeu deu o primeiro disparo?*
>
> *DEPOENTE: Isso.*
>
> *MP: Foram quantos tiros dados no Fábio?*
>
> *DEPOENTE: Dois.*
>
> *MP: Dois tiros?*
>
> *DEPOENTE: Aham.*
>
> *MP: A senhora viu quem deu o disparo?*
>
> *DEPOENTE: Vi.*
>
> *MP: Foi quem?*
>
> *DEPOENTE: O Elizeu.*
>
> *MP: O Elizeu?*
>
> *DEPOENTE: Isso.*
>
> *(...).*
>
> *MAGISTRADO: Não sei se a senhora não entendeu a pergunta aquela hora que o doutor falou, a senhora viu o disparo?*
>
> *DEPOENTE: Eu vi.*
>
> *MAGISTRADO: Parece que a senhora falou 'não'.*
>
> *DEPOENTE: Eu vi.*
>
> *MAGISTRADO: A senhora tinha entendido? Respondeu equivocado?*
>
> *DEPOENTE: Eu entendi errado.*

MAGISTRADO: Entendeu errado? Porque a senhora estava ali próxima?

DEPOENTE: Tava.

MAGISTRADO: Próxima do disparo?

DEPOENTE: Isso."

Além disso, junto ao corpo da vítima foi encontrado um manuscrito, que submetido à exame grafotécnico constatou que o bilhete de cunho ameaçador partiu do punho de Elizeu José dos Santos (cf. f. 35-840) e continha os seguintes dizeres: *"As máscaras caem, amigos se traem, tudo na vida vem, como na vida se vai."*

Com efeito, há fundamento probatório no sentido da decisão dos jurados, não podendo ela ser considerada como sendo manifestamente contrária à prova dos autos. Outrossim, a decisão do conselho de sentença encontra respaldo nas declarações das testemunhas, prova pericial no local da morte violenta e no cadáver, além de imagens de conversas de celular apresentadas em plenário.

Por essas razões, a negativa de autoria de Elizeu, enaltecendo o fato de que um dos acusados confessou e assumiu a autoria delitiva, ao argumento de que no momento do crime estaria ora em um encontro extraconjugal e ora na casa de sua irmã, não foi suficiente para convencer o Conselho de Sentença e eximir sua participação no homicídio em questão.

Quanto à qualificadora do artigo 121, § 2º, inciso IV do Código Penal, foi constatado que os três acusados estavam nas proximidades da residência de Fábio Júnior, escondidos em um terreno baldio, a espera da vítima. Ao retornar para sua casa, a vítima foi surpreendida pela investida dos denunciados, os quais desferiram vários disparos de arma de fogo, que foram a causa eficiente de sua morte (conforme o esquema de lesões de f. 86-97). Além disso, o crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, em razão da superioridade numérica e por estar a vítima andando de bicicleta ao lado de sua mãe.

Apesar da testemunha ocular DASDORES ter relatado que não havia terreno baldio (termo audiovisual de f. 375, 3m10s) é certo que a testemunha presencial Katiuscia afirmou o contrário, esclarecendo que há sim um terreno baldio na esquina de cima de sua casa. Ademais, o informante Tiago também disse que os agressores teriam saído de um terreno baldio (termo audiovisual de f. 375, 1m38s).

A prova de que os acusados estavam à espera da vítima, de maneira oculta também está assinalada na Perícia realizada no local da morte, que pontuou a existência de manchas de sangue por gotejamento, com início em um terreno baldio e com desfecho no local onde foi encontrado o corpo da vítima. A emboscada não é presumida, conforme sustentam as Defesas e, ainda está demonstrada no seguinte esquema ilustrativo (f. 620):

Os elementos concretos dos autos, aliados à prova pericial e testemunhal, confirmam a presença da qualificadora do artigo 121, § 2º, inciso IV do Código Penal, pois os três acusados dirigiram-se previamente ao terreno baldio existente a cerca de 100 metros da residência da vítima e lá permaneceram escondidos,

enquanto aguardavam a passagem do ofendido, que se encontrava acompanhado da genitora, para então, de inopino, desferir-lhe os disparos de arma de fogo, dificultando a sua defesa, por meio dos elementos emboscada, surpresa e superioridade numérica. Além disso, o modo de agir, quantidade de agentes, perícia no local do óbito, dinâmica e esquema de lesões ratificam a tese de que Fábio Júnior não conseguiu esboçar qualquer reação contra seus algozes, ou seja, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima.

A alegação de ausência do elemento surpresa, em razão da vítima ser tida como pessoa perigosa, vez que já havia matado diversas pessoas, e, por isso, deveria presumir o ataque diante da existência de inúmeras ameaças anteriores não é o bastante para afastar a qualificadora, pois diante das circunstâncias concretas dos fatos nota-se que a vítima não poderia esperar a investida àquela hora da madrugada (por volta de 01h30min), em horário de pouca circulação de pessoas e em via pública.

Ademais, a superioridade numérica também dificultou a defesa do ofendido, enquanto este tentava se esquivar das agressões dos acusados e constitui elemento idôneo para embasar o reconhecimento da qualificadora. Nesse sentido, converge o laudo pericial de f. 621, que trata sobre a dinâmica do crime e onde se observa que a vítima foi, inicialmente, atingida a cerca de 100 metros do local onde seu corpo foi localizado, após correu em direção à sua residência e foi perseguida pelos acusados. De frente à sua casa, o ofendido foi novamente ferido, por meio de um instrumento perfurocortante na região da face. Ato contínuo, a vítima foi golpeada nas costas e puxada por suas roupas. Quando já estava dentro do quintal de sua moradia, Fábio Júnior foi alevajado por quatro disparos de arma de fogo, dos quais dois acertaram o seu corpo.

Diante desses argumentos, percebe-se que as circunstâncias do crime suprimiram as possibilidades de defesa da vítima, em razão da emboscada, surpresa na agressões do acusados e quantidade de três agentes. Este *modus operandi* consubstancia recurso que dificultou a defesa do ofendido, nos moldes do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, não havendo que se falar em incompatibilidade do veredicto dos jurados com as provas dos autos.

Em verdade, o julgamento ocorreu em conformidade com as provas produzidas nos autos, com respeito ao contraditório e a ampla defesa, conforme se verifica no transcurso do feito, não havendo contradição ou arbitrariedade na prova capaz de afastar o julgamento proferido pelo Conselho de Sentença.

Assevera-se que os jurados são soberanos para escolher a versão que lhes pareça mais justa, ainda que não seja a melhor sob a ótica técnico-jurídica, pois decidem de acordo com suas consciências e os ditames de justiça, por isso, deve ser mantida inalterada a decisão proferida pelo Tribunal Popular, pelo princípio da soberania dos vereditos.

Desta feita, verifica-se que há nos autos duas versões dos fatos, uma narrada pelas Defesa dos acusados e, outra sustentada pela acusação, segundo a qual os três denunciados mataram a vítima, mediante recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (emboscada, surpresa e superioridade numérica), não é arbitrária a decisão do Conselho de Sentença, isso porque se os jurados rejeitaram a tese defensiva e acolheram outra versão igualmente disponível nos autos, não se autoriza a cassação do veredicto popular.

Logo, não procede a alegação de que a decisão proferida pelos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, já que, analisando atentamente o caderno probatório, verifica-se que o Conselho de Sentença optou por uma das teses apresentadas, no caso, a da acusação, entendendo por bem condenar os réus pela prática de homicídio qualificado.

Da insurgência relativa à dosimetria penal

Às f. 1367-1387, a Defesa de Lorran Marchesi Santos de Brito e Bruno Cesário Borges, sustenta que as consequências e as circunstâncias do crime devem ser consideradas favoráveis. Alega que a pena-base foi exasperada de maneira equivocada e desproporcional. Pugna pelo reconhecimento da atenuante da confissão ao apelante Lorran, nos termos do artigo 65, III, "d", do CP. Por fim, com relação a Bruno, pretende o aumento do patamar das causas de diminuição de pena previstas nos artigos 121, § 1º e 29 § 1º (participação de menor importância), todos do Código Penal, na fração máxima.

Às f. 1389-1400, a Defesa de Elizeu José dos Santos pugna pela redução da pena-base no mínimo legal, diminuição no percentual de 1/3 e afastamento da reincidência.

Ao fixar a reprimenda, o MM. Juiz expendeu a seguinte fundamentação:

> *"I) Dosimetria para o réu Elizeu José dos Santos:*
>
> *Foram reconhecidas pelo Conselho de Sentença as qualificadoras relativas à emboscada e ao recurso que dificultou a defesa da vítima.*
>
> *Nesse contexto, entendo que, havendo mais de uma qualificadora, deve uma ser utilizada para qualificar o delito e as demais servirem de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) ou como agravante, caso previstas como circunstâncias desta natureza (art. 61 do CP) - (STJ, AgRg no HC 475.858/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019).*
>
> *Assim, a primeira circunstância, relativa à emboscada, servirá para qualificar a infração penal e a outra, previstas no art. 61, inciso II, alínea 'c', do CP, será sopesada na segunda fase da dosimetria.*
>
> *Na primeira fase, não há nada a considerar quanto à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos do delito, assim como com relação ao comportamento da vítima. No entanto, o réu anota maus antecedentes criminais, pois ostenta condenação definitiva nos Autos 0003753.76.2015.8.12.0018; as circunstâncias do crime agravam a conduta, porquanto a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, no quintal de sua residência, sendo que sua esposa presenciou os fatos; as consequências do crime foram extremamente danosas, pois a morte da vítima provocou o desamparo de seus filhos menores, devendo ser exasperada a pena-base, conforme jurisprudência pacífica do STJ (AgRg no REsp 1553373/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 04/06/2019). Saliento que o motivo e demais circunstâncias peculiares do crime em análise são objeto das qualificadoras.*
>
> *Fixo a pena-base em 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*
>
> *Na segunda fase da dosimetria, entendo que estão presentes as agravantes descritas no art. 61, inciso II, alíneas 'c', do CP, pois o crime foi praticado mediante outro recurso que dificultou a defesa da vítima.*
>
> *Não há atenuantes a serem consideradas, sendo que o réu não confessou.*
>
> *Fixo a pena intermediária em 22 (vinte e dois) anos de reclusão.*
>
> *Na terceira fase da dosimetria, incide a causa especial de diminuição da pena do art. 121, § 1º, do CP, devendo a pena ser diminuída em 1/6, haja vista a evidente desproporção entre o motivo de cunho moral e o gravíssimo resultado da conduta. Assim, torno a PENA definitiva em 18 (dezoito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.*
>
> *II) Dosimetria para o réu Lorran Marchesi Santos de Brito:*
>
> *Foram reconhecidas pelo Conselho de Sentença as qualificadoras relativas à emboscada e ao recurso que dificultou a defesa da vítima.*
>
> *Nesse contexto, entendo que, havendo mais de uma qualificadora, deve uma ser utilizada para qualificar o delito e as demais servirem de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) ou como agravante, caso previstas como circunstâncias desta natureza (art. 61 do CP) - (STJ, AgRg no HC 475.858/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019).*
>
> *Assim, a primeira circunstância, relativa à emboscada, servirá para qualificar a infração penal e a outra, previstas no art. 61, inciso II, alínea 'c', do CP, será sopesada na segunda fase da dosimetria.*

Na primeira fase, não há nada a considerar quanto à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos do delito, assim como com relação ao comportamento da vítima. No entanto, o réu anota maus antecedentes criminais, pois ostenta duas condenações definitivas nos Autos 0004554-55.2016.8.12.0018 (f. 1262-1270); as circunstâncias do crime agravam a conduta, porquanto a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, no quintal de sua residência, sendo que sua esposa presenciou os fatos; as consequências do crime foram extremamente danosas, pois a morte da vítima provocou o desamparo de seus filhos menores, devendo ser exasperada a pena-base, conforme jurisprudência pacífica do STJ (AgRg no REsp 1553373/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 04/06/2019). Saliento que o motivo e demais circunstâncias peculiares do crime em análise são objeto das qualificadoras.

Fixo a pena-base em 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, entendo que estão presentes as agravantes descritas no art. 61, incisos I e II, alínea 'c', do CP, pois o réu é multirreincidente em crimes dolosos, anotando condenações definitivas nos Autos 0000612-54.2012.8.12.0018, 0004239-37.2010.8.12.0018; além disso, o crime foi praticado mediante outro recurso que dificultou a defesa da vítima.

Não há atenuantes a serem consideradas, sendo que o réu não confessou a prática do crime, agregando em suas declarações matéria de defesa (alegou excludente de ilicitude).

Fixo a pena intermediária em 24 (vinte e quatro) de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, de forma que torno a pena definitiva em 24 (vinte e quatro) de reclusão.

Iii) Dosimetria para o réu Bruno Cezário Borges:

Foram reconhecidas pelo Conselho de Sentença as qualificadoras relativas à emboscada e ao recurso que dificultou a defesa da vítima.

Nesse contexto, entendo que, havendo mais de uma qualificadora, deve uma ser utilizada para qualificar o delito e as demais servirem de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) ou como agravante, caso previstas como circunstâncias desta natureza (art. 61 do CP) - (STJ, AgRg no HC 475.858/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019).

Assim, a primeira circunstância, relativa à emboscada, servirá para qualificar a infração penal e a outra, previstas no art. 61, inciso II, alínea 'c', do CP, será sopesada na segunda fase da dosimetria.

Na primeira fase, não há nada a considerar quanto à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos do delito, assim como com relação ao comportamento da vítima. No entanto, as circunstâncias do crime agravam a conduta, porquanto a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, no quintal de sua residência, sendo que sua esposa presenciou os fatos; as consequências do crime foram extremamente danosas, pois a morte da vítima provocou o desamparo de seus filhos menores, devendo ser exasperada a pena-base, conforme jurisprudência pacífica do STJ (AgRg no REsp 1553373/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 04/06/2019). Saliento que o motivo e demais circunstâncias peculiares do crime em análise são objeto das qualificadoras.

Fixo a pena-base em 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, entendo que estão presentes as agravantes descritas no art. 61, incisos I e II, alínea 'c', do CP, pois o réu é reincidente em crimes doloso, anotando condenação definitiva nos Autos 00001419-11.2011.8.12.0018; além disso, o crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima. Não há atenuantes a serem consideradas, sendo que o réu não confessou a prática do crime.

Fixo a pena intermediária em 20 (vinte) anos de reclusão.

Na terceira fase da dosimetria, incide a causa especial de diminuição da pena do art. 121, § 1º, do CP, devendo a reprimenda ser diminuída em 1/6, haja vista a evidente desproporção entre o motivo de cunho moral e o gravíssimo resultado da conduta, sendo essa motivação incapaz de dignificar a conduta. Assim, a pena fica em 16 (dezesseis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Outrossim, está presente a causa geral de diminuição da pena prevista no art. 29, § 1º, do CP, no mínimo de 1/6, pois o réu colaborou ativamente na empreitada criminosa, reduzindo a possibilidade de reação da vítima. Não há causas de aumento a serem consideradas. A pena definitiva fica em 13 (treze) anos e 10 (dez) meses de reclusão."

Entretanto, não assiste razão aos apelantes com relação ao pedido de redução da pena-base ao mínimo legal.

Com relação às circunstâncias do crime, estas devem ser mantidas. Colhe-se dos autos que a vítima foi rendida momentos antes de chegar em sua residência, sendo perseguida até o quintal de sua casa. Nesse momento, a esposa do ofendido ouviu um barulho e saiu para verificar do que se tratava, oportunidade em que foi segurada pelos acusados e assistiu a execução do seu marido com dois tiros na cabeça, inclusive narrou com detalhes a atuação de cada um dos envolvidos, em todas as oportunidades que foi ouvida. Tais circunstâncias tornam o delito mais reprovável, especialmente em razão do abalo psicológico de presenciar um ente querido sendo massacrado até que viesse a óbito, devendo a conduta dos acusados ser punida com mais rigor, pois esses elementos extrapolaram o usual e retratam situação de maior reprovação.

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça converge em igual sentido:

"(...) as circunstâncias do delito são igualmente prejudiciais ao réu, na medida em que praticou o homicídio em questão no comércio e lar da vítima, na frente da esposa que tudo acompanhou do interior da residência, onde também se encontrava o filho menor do casal, restando evidente, portanto, a especial reprovabilidade da conduta destacada. (...)." (ACr 0009766-08.2016.8.12.0002; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Dileta Terezinha Souza Thomaz; DJMS 28/02/2020)

Ademais, diferente daquilo que foi alegado pela Defesa de Elizeu, a sentença não é contraditória quando afirma que a vítima foi alvejada por tiros na cabeça, pois essa condição está comprovada no Laudo Pericial de f. 1300-1311. Confira-se:

"(...) 3.5.8 – Ferimento lacerante de face estendendo-se a região lateral do pescoço, à esquerda, medindo nove vírgula cinco centímetros e contendo em seu interior ferimento pérfuro-contuso ao nível do ângulo posterior da mandíbula medindo um vírgula oito centímetros em seu maior eixo – orifício de entrada OE2 - Foto 04A; 3.5.9. - Ferimento contuso localizado em região mentoniana esquerda, em número de dois, medindo o maior zero vírgula cinco centímetros e o menor zero vírgula três centímetros – Foto 04B."

Também não prospera a argumentação de que o desvalor lançado sobre as consequências do crime configura o inaceitável *bis in idem,* arguindo que o luto pela morte de qualquer familiar é inerente ao crime de homicídio, não podendo, por isso, resultar na exasperação da pena.

Deve ser conservada a análise desfavorável das consequências do crime, porque devidamente justificada na sentença, em razão da morte da vítima ter provocado o desamparo de seus filhos, o que decorre do artigo 229 da Constituição Federal, *verbis*: *"Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade"*. Com efeito, o desaparecimento do pai e arrimo de família, de forma precoce e injusta é consequência que exorbita o tipo penal do artigo 121 do Código Penal.

A respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação ao tema:

"(...). A valoração negativa das consequências do crime apresenta fundamentação idônea, pois, ainda que a morte seja inerente ao tipo do homicídio, no caso, o que foi valorado

> *negativamente foi o fato de a morte transbordar as consequências ordinárias do crime, em razão de a vítima deixar filhos menores privados do convívio paterno (...).”* (*HC* 505.263; Proc. 2019/0111580-5; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 27/08/2019; DJE 10/09/2019)

> *“(...) as consequências do crime estão ligadas à extensão do dano produzido pela prática criminosa. A repercussão do ilícito para a vítima, seus parentes e para a própria comunidade. No caso, a morte da vítima é elementar do tipo, no entanto, ao deixar uma viúva e dois filhos pequenos, ultrapassa-se as consequências normais do delito, justificando o recrudescimento da pena (...).”* (AgRg-REsp 1.695.310; Proc. 2017/0231833-1; PA; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 21/11/2017)

A Defensoria Pública alega que deve ser reconhecida em favor dos réus Lorran e Bruno a circunstância consistente no comportamento da vítima. Afirma que a prova carreada demonstra que o ofendido teria tentando matar o apelante Lorran, por duas vezes, dias antes, além de ser pessoa perigosa e autor de vários crimes. Sustenta ainda que o apelante Bruno estaria envolvido no crime, porque a vítima causou a morte de sua cunhada, enquanto Lorran agiu em razão das investidas anteriores da vítima. Assim, argumenta que o comportamento da vítima contribuiu para o fato e requer a compensação de tal circunstância com as circunstâncias delitivas, mantendo-se a pena no mínimo legal.

O pedido não deve ser acolhido. A circunstância judicial do comportamento da vítima não induziu os réus na execução do crime e, por isso não pode ser valorada para, depois ser compensada com outra circunstância negativa, a fim de que ambas sejam consideradas neutras.

Na presente hipótese, não é razoável sustentar que a vítima contribuiu para o crime, uma vez que o delito foi cometido porque o apelante Lorran acreditava que o ofendido seria o responsável pela tentativa de homicídio, que por erro de execução, culminou na morte da vizinha de Lorran. Aliás, ainda que a vítima fosse o suposto autor de tal delito, isso não ficou demonstrado nos autos, senão pela justificativa apresentada por Lorran para praticar o homicídio em questão, pois acreditava que a vítima foi contratada para lhe matar, contudo, não soube informar por qual razão e nem quem seria a pessoa contratante, não passando de mera conjectura do agente.

Ademais, os Jurados entenderam que o comportamento da vítima não justificou a conduta de Lorran, tanto assim que o Conselho de Sentença não reconheceu que o ele tivesse praticado o homicídio por motivo torpe, consistente em vingança (f. 1319).

Lado outro, a injusta provocação do ofendido foi reconhecida pelo Corpo de Jurados quando da apreciação do quesito relativo à figura do homicídio privilegiado e, na terceira fase do cálculo, ocasionou a respectiva diminuição da reprimenda de Bruno (f. 1321) e de Elizeu (f. 1324), não podendo ser novamente considerada na primeira fase da dosimetria, em razão do princípio do *non bis in idem*.

Quanto aos maus antecedentes de Elizeu, o MM. Juiz considerou desfavorável a circunstância judicial dos antecedentes criminais, diante da condenação do acusado nos Autos n.º 0003753-76.2015.8.12.0018, pela prática da contravenção penal tipificada no artigo 65 do Decreto Lei n.º 3.688/1941, com trânsito em julgado em 14/08/2018 (f. 1257), o que está adequado, ainda que o trânsito em julgado tenha ocorrido em data posterior ao crime em questão (02/02/2017), haja vista que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento reiterado de que *“a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado*[4]*.”*

Isso porque:

> *“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*

4 STJ - AgRg-*HC* 563.932; Proc. 2020/0048858-6; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 28/04/2020; DJE 04/05/2020

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 n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017[5].

Cabe ressaltar que a condenação anterior por contravenção penal não é apta para caracterizar a agravante da reincidência[6], contudo, pode ser valorada para o incremento da pena-base.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça :

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Condenação anterior pelo delito do artigo 28 da Lei de drogas. Configuração da reincidência e dos maus antecedentes. Possibilidade. Condenação por contravenção penal. Configuração dos maus antecedentes. Possibilidade. Decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Configuração de maus antecedentes. Possibilidade. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta corte. Súmula nº 568/STJ. Agravo conhecido. Recurso Especial desprovido."* (AREsp 1.291.003; Proc. 2018/0109207-4; MG; Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 19/06/2018; DJE 21/06/2018; Pág. 7328)

> *"(...) não há ilegalidade na exasperação da pena-base no caso, pois não obstante não caracterize reincidência, a contravenção penal pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes (AGRG no AREsp n. 896.312/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares DA Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 29/6/2016). - O Tribunal estadual negativou duas circunstâncias judiciais da paciente - maus antecedentes e consequências do delito -, razão pela qual exacerbou a pena-base na fração de 1/2, e fixou o regime inicial semiaberto (...)."* (AgRg-*HC* 396.444; Proc. 2017/0087163-1; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 12/06/2018; DJE 20/06/2018; Pág. 2227)

Por isso, deve ser mantida a circunstância judicial dos maus antecedentes em desfavor de Elizeu.

Diante de tais fundamentos, está justificado o recrudescimento da pena-base pelas circunstâncias judiciais reprováveis do crime, razão pela qual, mantenho inalterada a valoração das moduladoras operadas pelo Sentenciante, na fixação da pena-base dos apelantes.

No que diz respeito ao *quantum* de aumento para as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, nota-se que o MM. Juiz aplicou o incremento na fração de 1/8 (um oitavo), o que não é desproporcional e está de acordo com o entendimento jurisprudencial.

Tendo em vista a previsão de 08 (oito) moduladoras negativas, a jurisprudência do STJ e a doutrina:

> *"Passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 (um oitavo) por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu."* (*HC* 524.512/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019)

A respeito, Ricardo Augusto Schmitt leciona:

> *"(...) existindo 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas taxativamente pelo legislador no artigo 59 do Código Penal, cada qual corresponderá a uma parte de oito, pois todas se encontram em condições de igualdade perante a lei (tratamento legislativo*

5 STJ - *HC* 540.836; Proc. 2019/0314724-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo; Julg. 19/11/2019; DJE 25/11/2019

6 Art. 63/CP - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

igualitário), sendo esta a razão nuclear que conduziu os Tribunais Superiores a definirem o quantitativo ideal de valoração para cada circunstância judicial em 1/8 (um oitavo). O motivo central que fez com que a jurisprudência viesse a estabelecer o quantum ideal de valoração para cada circunstância judicial desfavorável em 1/8 (um oitavo) sempre nos soou bastante coerente e adequado, pois nasceu de uma interpretação sistêmica, decorrente da inexistência de valores atribuídos pelo legislador (o que não poderia ser diferente), além da ausência de graduação em níveis de preponderância, o que conduziu a necessidade de se estabelecer um tratamento valorativo igualitário entre todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal. Contudo, apesar de existir um patamar ideal para valoração das circunstâncias judiciais (1/8), que, logicamente, revelar-se-á mutável (no que tange ao valor a ser empregado) durante o processo de aplicação da pena-base para delitos diferenciados, não é possível estabelecermos um único critério para a primeira fase que se mostre absoluto e definitivo, pois, além das particularidades concretas de cada delito (direito penal do fato) e de cada agente (direito penal do autor), teremos a continuidade do próprio sistema de aplicação da sanção penal definitiva, pois a dosagem da pena não se encerra nesta primeira etapa, eis que outras duas fases ainda terão que ser observadas pelo julgador (...)[7]."

Diante do exposto, está correto o aumento de 1/8 (um oitavo) para cada uma das circunstâncias judiciais, de acordo com o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

Por isso, verifica-se que o togado singular exasperou a pena-base de forma fundamentada para os três acusados.

Na segunda fase da dosimetria da pena de Lorran, o Juiz de Direito considerou a agravante da multirreincidência em crimes dolosos e deixou de reconhecer a atenuante da confissão, em razão do réu ter agregado em suas declarações matéria de defesa (excludente da legítima defesa).

A Defesa de Lorran alega que o acusado faz jus à atenuante do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, pois não negou ou escondeu os fatos e relatou a ocorrência do crime nas duas oportunidades em que foi ouvido. Infere que, apesar do recorrente ter afirmado que agiu em legítima defesa, está caracterizada a confissão espontânea qualificada, de forma, que deve ser reconhecida a incidência da atenuante, pois as declarações do réu colaboraram com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença.

Nesse ponto, forçoso reconhecer que o recurso de Lorran Marchesi Santos Brito merece ser acolhido.

De fato, o réu Lorran confessou a autoria do homicídio, e, ainda que tenha justificado a prática do crime com a excludente da legítima defesa, sustentando que o fez por acreditar que a vítima pretendia matá-lo, bem como buscou elidir a responsabilidade dos demais acusados afirmando ter executado o crime sozinho, acompanho o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo quando o autor confessa a autoria do delito, embora alegando causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, deve incidir a atenuante descrita no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal. Confira-se:

"(...) 5. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, como na hipótese dos autos, a aplicação da atenuante em questão é de rigor, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retração em juízo (AGRG no RESP 1412043/MG, Rel. Ministro Sebastião REIS Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015). Incidência da Súmula n. 545/STJ. 6. A atenuante da confissão espontânea deve ser aplicada mesmo nas hipóteses em que qualificada pela excludente de ilicitude da legítima defesa. Precedentes (...)." (STJ; AgRg-AREsp 1.637.220; Proc. 2019/0380336-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 05/05/2020; DJE 11/05/2020)

"(...) 2. A confissão espontânea, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, do Código Penal. Precedentes (EDcl no AgRg no HC 494.295/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta

7 **Sentença penal condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 204.

Turma, DJe 12/8/2019). (...).” (AgRg no *HC* 483.246/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 07/10/2019)

A despeito da ocorrência da confissão qualificada perpetrada pelo réu em seu interrogatório durante a sessão plenária, nota-se que Lorran admitiu os fatos que lhe são imputados na denúncia, de maneira suficiente para comprovação da autoria delitiva e por isso foi condenado. Outrossim, a tentativa de isentar a participação dos demais foi tão incongruente quando contraposta às provas dos autos que não convenceu o Conselho de Sentença.

Com efeito, a Súmula 545, do STJ enuncia: *“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal”*, por isso, muito embora a confissão do réu tenha sido parcial, o conteúdo e as declarações do acusado Lorran na presença do Tribunal do Júri por certo influenciou na formação de convicção dos jurados e, por consequência, culminou em sua condenação.

Assim, uma vez que o acusado admitiu a autoria do homicídio, apenas justificando que o fez por acreditar que a vítima pretendia matá-lo, a atenuante da confissão espontânea deve ser aplicada em favor de Lorran Marchesi Santos de Brito.

Contudo, considerando que o crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e em se tratando de réu multirreincidente não é possível haver a compensação total das agravantes (qualificadora remanescente valorada como agravante e multirreincidência) com a atenuante da confissão espontânea, mas apenas de forma parcial, com preponderância da agravante[8], o que, à toda evidência, justifica a majoração da reprimenda na fração de 1/6 (um sexto), ficando a pena intermediária estipulada em 21 (vinte e um) anos e 07 (sete) meses de reclusão, o que torno definitiva, diante da ausência de causas de aumento ou de diminuição da pena.

Da Fração das causas de diminuição da pena dos artigos 121, § 1º e 29, § 1º, ambos do Código Penal.

Às f. 1367-1387, a Defesa de Bruno Cesário Borges, pretende o aumento do patamar das causas de diminuição de pena previstas nos artigos 121, § 1º e 29 § 1º, todos do Código Penal, na fração máxima.

O MM. Juiz aplicou o percentual mínimo legal *“haja vista a evidente desproporção entre o motivo de cunho moral e o gravíssimo resultado da conduta, sendo essa motivação incapaz de dignificar a conduta, f. 1333.”*

O artigo 121, § 1º do Código Penal dispõe que: *“Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”*

A escolha da fração de diminuição deve considerar o grau de injustiça e provocação da vítima, relevância do motivo e a emoção. No caso concreto, o desejo de vingar a morte da cunhada Simone teria motivado a participação de Bruno no homicídio. Além disso, a provocação seria o erro na execução do disparo da arma de fogo, que culminou no homicídio da cunhada de Bruno (Simone, irmã de Elizeu), cerca de um mês antes dos fatos aqui em análise.

Percebe-se que não há prova nos autos sobre a vítima ser responsável pelo homicídio da familiar de Bruno, além disso, o crime foi cometido algum tempo depois da suposta provocação, de maneira que o acusado dispôs de prazo suficiente para refletir.

Contudo, uma vez admitido o privilégio pelo Conselho de Sentença, cabe ao Juiz Presidente a escolha da fração redutora adequada. Na hipótese dos autos, deve ser mantida a redutora no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), considerando o período de tempo entre o fomento da vítima e a reação do acusado, ou seja, aproximadamente um mês, a descaracterizar a provocação de imediato (logo após a injusta provocação) e

8 STJ - (...) Tratando-se de réu multirreincidente, cabível a compensação parcial da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (AgRg no AREsp n. 713.657/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/4/2018). Agravo regimental improvido. (AgRg no *HC* 464.632/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)

a intensidade do domínio sob violenta emoção, diferentemente daquele que age repentinamente ao ser injustamente instigado.

Da mesma forma, não assiste razão ao pedido de aumento do patamar pelo reconhecimento da participação de menor importância.

A testemunha presencial Katiuscia afirmou que Bruno ficou vigiando o crime, do lado de fora do portão, enquanto dizia que era para atirar na cabeça da vítima, tal como foi feito por Elizeu.

Nota-se que a participação de Bruno não foi apenas material, porque incentivou o corréu a desferir os tiros na cabeça da vítima, prestando apoio moral a Elizeu.

Por isso, a redução da pena na fração mínima de 1/6 (um sexto), em razão da participação de menor importância, não merece reparos.

Assim, restam mantidas as disposições da sentença.

Quanto ao prequestionamento, cumpre ressaltar, que o julgador não está obrigado a indicar em sua decisão todos os dispositivos suscitados, bastando apreciar as questões que forem impugnadas, justificando seu convencimento.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Lorran Marchesi Santos de Brito para reconhecer a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal e nego provimento aos recursos interpostos por Elizeu José dos Santos e Bruno Cezario Borges.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso interposto por Lorran Marchesi Santos de Brito e negaram provimento aos apelos interpostos por Elizeu José dos Santos e Bruno Cezario Borges.

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, 29 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal nº 0002486-25.2017.8.12.0010 – Fátima do Sul

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA, MUNIÇÃO E ACESSÓRIO DE USO PERMITIDO – ATIRADOR DESPORTIVO QUE DESVIOU DA ROTA AUTORIZADA PELA GUIA DE TRÁFEGO – FLAGRANTE EM LOCAL DE GRANDE AGLOMERAÇÃO – TIPICIDADE DA CONDUTA – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – PENA INTERMEDIÁRIA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS – INVIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

A guia de tráfego concede aos participantes dos clubes de tiro o direito de transportar armas de fogo e munições do local de sua guarda para os locais de competição e/ou treinamento. Embora o acusado possuísse guia de tráfego do armamento, na companhia do corréu, desviaram a rota autorizada pelo referido documento e, foram presos em flagrante, em festa de grande aglomeração, local não alcançado pela permissão de trânsito, o que torna típica a conduta.

A confissão espontânea, quando usada para fundamentar a sentença condenatória, é circunstância que atenua a pena (Súmula 545 do STF), todavia, impossível reduzir a pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal em virtude de atenuantes (Súmula 231 do STJ).

A condenação pelo crime de porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento dos armamentos apreendidos, nos termos do artigo 91, II, a, 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, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 20 de julho 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 Gustavo José Cardiga Firmino e João Flávio Leite Mello, em face da sentença de f. 339-348, que os condenou pela prática do crime previsto no artigo 14 da Lei n.º 10.826/03.

Irresignados, os apelantes apresentaram razões recursais às f. 382-391, pugnando pela absolvição, sob a alegação de atipicidade da conduta, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e restituição dos bens apreendidos.

Contrarrazões às f. 403-414.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 419-429, opinando pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Narra a denúncia:

> *"Consta dos inclusos autos que, no dia 11 de novembro de 2017, por volta das 17h40min, no Parque da Fogueira do município de Jateí/MS, o denunciado João Flávio Leite Melo foi surpreendido portando consigo acessório de arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Consta, ainda, que, na mesma oportunidade, o denunciado Gustavo José Cardiga Firmino foi surpreendido portando arma de fogo, acessórios e munições de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*
>
> *Segundo o apurado, na data do fato, a Polícia Militar realizava policiamento ostensivo no evento denominado 'Festa do Laço Comprido', quando, em dado momento, avistou um indivíduo portando no bolso da calça um objeto volumoso, semelhante a um carregador de pistola.*
>
> *Então, os policiais militares abordaram o referido indivíduo, o qual foi identificado como sendo o acusado José Flávio. Durante a revista no bolso da calça do autor José Flávio, os policiais militares encontraram um carregador de pistola, marca 'Imbel', calibre .380, desmuniciado. Quando indagado acerca do objeto, o autor JOSÉ Flávio afirmou que o referido carregador pertencia ao autor Gustavo José.*
>
> *Assim, os policiais militares abordaram o denunciado Gustavo José, que também participava da festa.*
>
> *Em busca no veículo Fiat/Strada, cor branca, placa OAF-6075 de Dourados/MS, de propriedade do autor Gustavo José, os policiais militares encontraram: uma pistola, calibre .380, marca 'Imbel'; um carregador desmuniciado; 50 (cinquenta) munições, calibre .380, instactas; 32 (trinta e duas) cápsulas de munições .380, deflagradas.*
>
> *Na oportunidade, o autor Gustavo José admitiu a propriedade de todos os objetos encontrados.*
>
> *Da análise das peças informativas em anexo, verifica-se que a materialidade e os indícios de autoria do crime acima descrito restaram devidamente comprovados pela sprovas colhidas, estando, portanto, presentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal."*

Pleito absolutório por atipicidade da conduta.

Em razões recursais, às f. 382-391, a defesa requer a absolvição dos apelantes, sustentando atipicidade da conduta, uma vez que o réu Gustavo possuía autorização para transporte e todos os armamentos estavam desmuniciados, ao passo que João Flávio portava o carregador, porque Gustavo havia deixado cair e iria guarda-lo assim que ambos retornassem ao carro.

Todavia, razão não assiste à Defesa.

A juíza de origem bem analisou a prova colhida durante a instrução, devendo a sentença de primeiro grau ser mantida por seus próprios fundamentos.

A defesa requer a absolvição sustentando atipicidade da conduta, uma vez que o réu possuía o porte de trânsito, autorizado através da guia de tráfego, bem como porque a arma de fogo foi considerada inapta para uso, conforme laudo pericial.

Na fase policial, o apelante Gustavo se reservou o direito de permanecer em silêncio (f. 12). Em juízo, confessou os fatos. Relatou que estava retornando para casa, quando recebeu uma ligação para ir atender um animal, pois é médico veterinário, assim desviou a sua rota e foi até a festa de Jateí, chegando lá estava prestando atendimento ao animal arredio, quando disse para João ir até o carro pegar um medicamento que estava na porta. Esclareceu que o carregador da pistola estava no seu veículo e deve ter caído, sem que percebesse, assim, João notou o objeto e o guardou no seu bolso. Afirmou que tem porte de arma válido e apresentou a documentação de transporte aos policiais. Disse que foi até a casa de sua mãe em Mariluz-PR na sexta-feira e na volta, passaram por Umuarama-PR, onde participa do clube de tiro. Asseverou que o desvio da rota foi pequeno, pois o município de Jateí fazia parte da rota de sua viagem, já que passa pelo trevo daquela cidade. Asseverou que foram abordados quando já estavam se deslocando para ir embora para casa. Foi informado que apesar de ter porte, não poderia estar naquele local da festa com os armamentos. (Termo audiovisual de f. 160).

Da mesma forma, na fase policial, o apelante João Flávio se reservou o direito de permanecer em silêncio (f. 19). Em juízo, confessou que estava portando o carregador de pistola no bolso. Esclareceu que é estudante de medicina veterinária e na época, fazia estágio supervisionado com Gustavo. Relatou que foi convidado por Gustavo para acompanha-lo no clube de tiro em Umuarama-PR e na volta passaram na festa de Jateí, onde foram atender um animal. Afirmou que estava portando o carregador porque tinha ido até o carro buscar um medicamento e no retorno, percebeu o armamento caído no chão, ao lado do veículo e o colocou no bolso, para logo voltar ao atendimento, já que o animal estava contido e necessitava da medicação. Asseverou que estavam prestando atendimento em um local onde ficam os animais.

Do exame dos autos, verifica-se que, o denunciado Gustavo, no dia 11/11/2017 deslocava-se do clube de tiros de Umuarama-PR em sentido de sua residência na cidade de Dourados-MS, transportando em seu veículo armamento, acessório e munições. Ao passar próximo de Jateí-MS, parou nesse Município, alegando ter ido prestar atendimento médico a um animal, que se encontrava no Parque da Fogueira, durante o evento denominado Festa do Laço Comprido.

Nesse local, o corréu João Flávio foi abordado pela Polícia Militar, quando portava um carregador de pistola, marca "Imbel", calibre .380, desmuniciado, de propriedade de Gustavo. Em diligências no veículo de Gustavo, os milicianos encontraram uma pistola, calibre .380, marca "Imbel"; um carregador desmuniciado; 50 (cinquenta) munições, calibre .380, intactas; 32 (trinta e duas) cápsulas de munições .380, deflagradas.

É certo que Gustavo é atirador desportivo e muito embora, possuísse a guia de trânsito (de Umuarama-PR a Dourados-MS e vice-versa), conforme se verifica à f. 321-322, desviou a rota autorizada pelo referido documento pois, conforme relatou em juízo, quando saiu do clube de tiros em Umuarama-PR e voltava para sua casa (Dourados-MS) desviou um pouco a rota para prestar atendimento a um animal que se encontrava na festa de Jateí-MS, local em que os acusados foram abordados pelos policiais.

Ao contrário do que afirma a Defesa, os apelantes não possuíam autorização para portar arma no local onde foram presos em flagrante, ou seja, em Jateí-MS, pois a guia de tráfego concede aos participantes dos clubes de tiro o direito de transportar armas de fogo e munições apenas no perímetro entre residência/clube de tiros/residência.

Ademais, consoante a informação colhida do interrogatório judicial de Gustavo, deve-se ponderar que este saiu de Dourados-MS e foi até Mariluz-PR, na sexta-feira, local igualmente não abrangido pela permissão de tráfego de f. 325, mas que não deve sopesar contra o acusado, por não ter sido objeto de denúncia.

Não há se falar em atipicidade da conduta pelo crime de arma de fogo de uso permitido, como bem fundamentou a magistrada *quo:*

> *"Embora o Município de Jateí seja praticamente caminho da cidade onde o réu Gustavo estava – Umuarama/PR, este deveria ter tomado o cuidado de levar seu armamento e munição para sua residência, já que o local para onde se deram os fatos, ocorria a conhecida 'festa do laço' com grande aglomeração de pessoas. Sua conduta, embora pudesse ter sido*

praticada sem dolo direto, impõe riscos à incolumidade pública, sendo que o crime de porte de arma é de mera conduta.

No mesmo sentido, não poderia o réu João Flávio trafegar com carregador de pistola, ainda mais numa festa, o qual sequer era de sua propriedade. A justificativa apresentada pelo réu, para o porte da arma consigo no momento da prisão, também não se apresenta convincente.

Quanto à legislação pertinente, verifica-se que existe a permissão para que atiradores desportivos transportem arma e munição utilizados em treinamentos e/ou competições de tiro desportivo do local de origem para o estande de tiro (f. 321).

Nesse sentido, dispõe o art. 135-A, da Portaria n. 28, do COLOG – Comando Logístico do Exército Brasileiro, de 14/03/2017: 'Art. 135-A. Fica autorizado o transporte de uma arma de porte, do acervo de tiro desportivo, municiada, nos deslocamentos do local de guarda do acervo para os locais de competição e/ou treinamento'.

Destaca-se que a guia de tráfego não se confunde com o porte de arma e, ainda assim, os réus, principalmente Gustavo, não cumpriram com o descrito na referida guia, conforme se verifica do artigo supramencionado, sendo irrelevante ainda, o fato de a arma estar desmuniciada.

(...).

Quanto ao novo Decreto n. 9.785/19, o qual regulamenta a Lei n. 10.826/03, tem-se que este autoriza o porte de trânsito de arma por atiradores, colecionadores e caçadores que possuam Certificado de Registro de Colecionador, Atirador e Caçador, do Certificado de Registro de Arma de Fogo e da Guia de Tráfego válidos.

Contudo, da mesma forma, o referido porte é para deslocamento para treinamento ou participação em competições, vejamos:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...).

XIV - porte de trânsito - direito concedido aos colecionadores, aos atiradores e aos caçadores que estejam devidamente registrados no Comando do Exército e aos representantes estrangeiros em competição internacional oficial de tiro realizada no País, de transitar com as armas de fogo de seus respectivos acervos para realizar as suas atividades; e

Art. 36. Os clubes e as escolas de tiro, os colecionadores, os atiradores e os caçadores serão registrados no Comando do Exército.

§ 3º Os colecionadores, os atiradores e os caçadores poderão portar uma arma de fogo curta municiada, alimentada e carregada, pertencente a seu acervo cadastrado no Sinarm ou no Sigma, conforme o caso, sempre que estiverem em deslocamento para treinamento ou participação em competições, por meio da apresentação do Certificado de Registro de Colecionador, Atirador e Caçador, do Certificado de Registro de Arma de Fogo e da Guia de Tráfego válidos."

Assim não restam dúvidas quanto a tipicidade do delito em questão, isso porque João Vítor foi flagrando portando um carregador de pistola, que além de não ser de sua propriedade, também não tinha autorização legal para estar na posse do armamento, ao passo que Gustavo transportava em seu veículo armamento e munições em local diverso do trajeto de guarda do acervo para os estandes de competição ou treinamento, sendo que, na espécie, João Vítor e Gustavo foram abordados no local em que ocorria a "Festa do Laço Comprido" de Jateí-MS, às 17h40min e em horário incompatível com o de funcionamento do estande de tiros, circunstâncias que, à luz do artigo 14, da Lei n.º 10.826/03 são típicas e que não foram permitidas a partir da edição do Decreto n.º 9.785/19, posteriormente revogado pelo Decreto n.º 9.847/219.

Portanto, tendo sido encontradas armas, acessório e munições em trajeto diverso da residência do atirador desportivo e do estande de treinamento ou competição, somadas a irregularidade do local de apreensão, onde havia uma festa com aglomeração de pessoas, não há se falar em absolvição por atipicidade da conduta, por isso, mantenho a condenação de Gustavo José Cardiga Firmino e João Flávio Leite Mello, pela prática do crime previsto no artigo 14 da Lei n.º 10.826/03.

Da impossibilidade de redução da pena na segunda etapa aquém do mínimo.

Muito embora a magistrada *a quo* tenha reconhecido a atenuante da confissão espontânea, em favor de Gustavo, não cabe operar redução da pena abaixo do mínimo legal. Com efeito, a incidência de atenuantes não é capaz de reduzir a pena aquém do mínimo legal.

As circunstâncias atenuantes e agravantes, ao contrário das causas de aumento e diminuição de pena, não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas, razão pela qual é defeso ao juiz ao reconhecê-las abrandar a reprimenda aquém do piso previsto pelo legislador.

Nesse sentido são as lições de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm decidido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que 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 à fixá-lo abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução das penas 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 (...)."* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 464).

De igual forma, ensina Cleber Masson, a esse respeito:

> *"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 existam muita 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'."* (MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado.7. ed. Método, 2013. p.664.)

Ademais, nos termos da jurisprudência[1], é firme o entendimento de que as atenuantes não autorizam a redução da pena aquém do mínimo legal, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que preleciona: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."*

Por isso, entendo que as circunstâncias atenuantes não podem servir para a transposição dos limites mínimo e máximo abstratamente cominada, tal como procedeu a magistrada na origem.

Do pedido de restituição dos bens apreendidos

Por fim, a defesa requereu a restituição da arma de fogo e das munições apreendidas.

1 STF – *HC* 73.924-SP, Rel.Min.Marco Aurélio; STF - *HC* 174977-SP. Rel.Min.Maria Thereza de Assis Moura.

Quanto às armas apreendidas ilegalmente, o artigo 25 da Lei nº 10.826/2003 e o artigo 91, inciso II, alínea a, do Código Penal dispõem:

> *"Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei.*
>
> *Art. 91 - São efeitos da condenação:*
>
> *(...);*
>
> *II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:*
>
> *a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito."*

In casu, restou comprovado que os apelantes estavam portando ilegalmente arma, acessório e munições ilegalmente, porquanto não possuíam licença para o porte no local de apreensão, razão pela qual foi mantida a condenação dos acusados por infração ao disposto no artigo 14, da Lei 10.826/03, o que constitui fato ilícito e enseja o perdimento do bem em favor da União.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que o perdimento do bem é efeito da condenação pelo porte de armas de fogo. Confira-se:

> *"CRIMINAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – CONTRAVENÇÃO PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – CONFISCO – LEGALIDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS. I. A condenação por porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento do armamento apreendido, em razão da aplicação, na espécie, do disposto no art. 91, II, 'a', do Código Penal, em consonância com o art. 1º da LCP. II. Embargos acolhidos."* (EREsp 83.359/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 84)

Portanto, considerando a manutenção da condenação dos apelantes Gustavo José Cardiga Firmino e João Flávio Leite Mello, pela prática do crime previsto no artigo 14 da Lei n.º 10.826/03, nesta Instância Revisora, deve ser mantido o perdimento da arma, acessório e munições apreendidas, por se tratar de efeito da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 91, inciso II, alínea a, e artigo 25 da Lei 10.826/03.

Ante todo o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Gustavo José Cardiga Firmino e João Flávio Leite Mello para manter incólume a sentença.

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 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, 20 de julho de 2020.

***

Seção Especial - Criminal
Relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Agravo Regimental Criminal nº 0806352-27.2020.8.12.0002/50000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS* – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO *WRIT*– "TOQUE DE RECOLHER" PELO PREFEITO MUNICIPAL – IMPETRAÇÃO COLETIVA COM PACIENTES INDETERMINADOS – IMPOSSIBILIDADE – UTILIZAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* CONTRA ATO NORMATIVO – SUCEDÂNEO DE ADI – INVIABILIDADE – LEI N. 13.979/2020 QUE NÃO AFASTA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DE ESTADOS E MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE SAÚDE PÚBLICA – INTERPRETAÇÃO DO STF – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Impossível conhecer o *writ* impetrado de forma coletiva, em favor de pacientes indeterminados, nos termos do disposto no art. 654, § 1º, "a" do CPP.

Descabe a utilização do remédio heroico contra ato de caráter normativo, como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

Consoante entendimento recentemente adotado pelo Plenário da Suprema Corte no julgamento da ADI 6341, a Lei 13.979/2020 não tem o condão de afastar a competência concorrente dos demais entes federativos para, nem a tomada de providências necessárias para a proteção da saúde pública. Recurso improvido.

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, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso, com as ressalvas do 3º Vogal.

Campo Grande, 12 de agosto de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Trata-se de Agravo Regimental Criminal interposto por Geraldo Domingues Sanabria e Associação Sul Mato-grossense de Defesa dos Direitos dos Usuários de Políticas Públicas-ADUPP em face da decisão monocrática que não conheceu do *Habeas Corpus* n. 0806352-27.2020.8.12.0002.

Sustentam ser cabível *habeas corpus* em favor da coletividade e pessoas indeterminadas, conforme art. 12, III da Lei 13.300/2016.

Afirmam que:

> *"(...) igualmente, não prospera o argumento do juízo atacado no sentido de inviabilidade do habeas corpus contra ato de caráter normativo, para discussão de lei em tese e situações gerais e abstratas. A um, porque, como se nota da exordial, o Decreto nº 2.615 gerou efeitos concretos e diretos na vida dos pacientes, uma vez que, em virtude deste decreto,*

os referidos pacientes estão totalmente impossibilitados de exercer seu direito constitucional à livre locomoção após as 20h, o que equivale a uma prisão domiciliar de fato. Ora, não pode o juízo, sob pena de incorrer em lapso básico, confundir a pura discussão teórica de normas abstratas (nos moldes de uma ADI ou ADO) com a necessária e indispensável fundamentação jurídica da ilegalidade de um ato coator de efeitos concretos."

Aduzem que o "toque de recolher" é medida ineficaz no combate e enfrentamento ao novo coronavírus, bem como referida medida não está no rol da Lei Federal n. 13.979/2020 e não há competência legislativa comum entre os entes federativos (art. 24 da CF).

Pugnam pela concessão de medida liminar em favor dos pacientes e restabelecimento de sua liberdade, com reconhecimento da ilegalidade do ato coator disposto no Decreto Municipal n. 2.615/2020, concedendo-lhes salvo-conduto.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 25-33, pelo não conhecimento do recurso em razão da violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental Criminal interposto por Geraldo Domingues Sanabria e Associação Sul Mato-grossense de Defesa dos Direitos dos Usuários de Políticas Públicas-ADUPP em face da decisão monocrática que não conheceu do *Habeas Corpus* n. 0806352-27.2020.8.12.0002.

Os recorrentes sustentam que *"(...) os pacientes se viram ameaçados de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção em virtude de decreto ilegal editado pela Prefeitura de Dourados, qual seja, o Decreto Municipal nº 2.615 de 25 de maio de 2020, que impôs toque de recolher em todo o território do município de Dourados (...), f. 3 do writ."*

Nessa esteira, postulam concessão da liminar a ser ratificada no mérito, para suspender o Decreto Municipal nº 2.615/2020 de Dourados/MS, concedendo-lhes salvo-conduto, bem como aos demais munícipes de Dourados/MS.

Em decisão monocrática proferida às f. 83-87 do *habeas corpus,* de minha relatoria, o *writ* não foi conhecido, sob os seguintes fundamentos:

"A Associação Sul Matogrossense de Defesa dos Direitos dos Usuários de Políticas Públicas – Adupp, impetra ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, em favor de Carlos Augusto Nantes Harb e membros associados da Associação Sul Matogrossense de Defesa dos Direitos dos Usuários de Políticas Públicas ADUPP e todos os munícipes de Dourados (coletividade), apontando como autoridade coatora o(a) Prefeita do Município de Dourados/MS.

Versa o presente writ acerca da ilegalidade de ato praticado pela Prefeita Municipal da cidade de Dourados, consistente na instituição do Decreto Municipal n. 2.5015 de 25.05.2020, que 'Estabelece horário para o toque de recolher, como medida de enfrentamento da pandemia do Coronavírus - COVID 19, no Município de Dourados'.

Sustenta que referido decreto ameaça a liberdade de locomoção dos pacientes, violando a garantia constitucional no direito de ir e vir, tratando-se de norma genérica e abstrata, sem embasamento em norma federal (Lei 13.979/2020) e nem tampouco em possui embasamento em parecer técnico-científico da ANVISA.

Assevera, por fim, que não existem quaisquer estudos científicos que comprovem a eficácia do toque de recolher como medida de prevenção e combate à epidemia do novo coronavírus.

Discorre sobre os requisitos autorizadores da liminar.

Requer a concessão de liminar para que se reconheça a ilegalidade do Decreto Municipal n. 2.515/20, suspendendo a sua eficácia, com efeito erga omnes.

É o relatório. Decido.

Em suma, pretende a impetrante, a emissão de salvo-conduto aos pacientes em seu direito ambulatorial, porque a norma editada no Decreto municipal 2.515/20, violaria o direito constitucional de ir e vir.

O writ não deve ser conhecido.

Primeiramente porque, nos termos de reiterada jurisprudência dos Tribunais de Justiça Pátrios, não se pode admitir habeas corpus em favor de pessoas indeterminadas (coletividade), uma vez que se inviabiliza não só a apreciação do constrangimento, mas também a expedição de salvo-conduto em favor dos supostos coagidos. No presente caso, tem-se apenas identificado como paciente Carlos Augusto Nantes Harb.

O art. 654, § 1º, alínea 'a', do Código de Processo Penal, dispõe que: a petição de habeas corpus conterá o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, entenda-se como a identificação de quem esteja sofrendo o alegado constrangimento ilegal.

No presente caso, como já afirmado, temos apenas um paciente identificado, sendo que os demais são pessoas indeterminadas (todos munícipes e membros de uma associação).

Importante registrar que o habeas corpus pode englobar duas ou mais pessoas que sofrem o alegado constrangimento ilegal, mas desde que individualizadas, para viabilizar a concessão da medida.

Por conseguinte, a individualização de todos pacientes é imprescindível, não bastando a qualificação dos supostos coagidos como um grupo determinável de sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato.

Nesse sentido:

'HABEAS CORPUS COLETIVO PREVENTIVO – CADASTRAMENTO DE GUIAS DE EXECUÇÃO E ELABORAÇÃO DOS CÁLCULOS DE PENA – PACIENTES INDETERMINADOS – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO PLEITO – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. 1. Impossível conhecer-se de habeas corpus impetrado de forma coletiva, em favor de pessoas indeterminadas, eis que imprescindível para o conhecimento e exame do mandamus a identificação e individualização dos Pacientes, conforme exigência constante do artigo 654, § 1º, alínea 'a', do Código de Processo Penal'. (TJMG; HC 1.0000.14.047920-5/000; Rel. Des. Rubens Gabriel Soares; Julg. 05/08/2014; DJEMG 11/08/2014)

'HABEAS CORPUS CRIME – EXECUÇÃO PENAL – SANÇÃO ADMINISTRATIVA – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – PACIENTES INDETERMINADOS – IMPETRAÇÃO QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO PACIENTE – EXEGESE ARTIGO 654, § 1º, ALÍNEA 'A' –, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM NÃO CONHECIDA'. (TJPR; HC Crime 1363797-5; Londrina; Quarta Câmara Criminal; Rel. Juiz Conv. Antônio Carlos Ribeiro Martins; Julg. 13/08/2015; DJPR 01/09/2015; Pág. 322)

Segundo, porque conforme decisão proferida no Habeas Corpus n. 580653, pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, em 21.05.2020 o habeas corpus 'não é cabível contra ato de caráter normativo, para discussão de lei em tese e situações gerais e abstratas, nem é

sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua função'. Nessa mesma linha intelectiva, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que descabe a utilização do habeas corpus contra ato normativo, nos termos do HC 109.101/STF de Relatoria Min. Ricardo Lewandowski; HC 109.327 de Relatoria do Min. Marco Aurélio de Melo.

Veja-se que referido decreto foi instituído visando combater a progressão da pandemia do novo coronavírus, portanto, possui caráter temporário, com natureza normativa, não podendo ser impugnado via remédio heroico.

Aliás, é público e notório em todos os meios de imprensa e mídias sociais, que no Estado de Mato Grosso do Sul, acentuou-se na última semana o número de casos da doença Covid-19, sendo que na cidade de Dourados, os casos foram triplicados, o que vem justificar a implementação da norma, que visa preservar a saúde da população, evitando-se a proliferação da doença.

Importante trazer a lume que na ponderação de interesses saúde pública x garantia individual, prevalece a primeira em detrimento da segunda.

Referida medida vem sendo implementada em todos países, Estados e cidades brasileiras, tratando-se de doença comprovadamente grave e de alto índice contaminação (vírus resistente), não trazendo a impetrante qualquer prova ou evidência em sentido contrário e esta via estreita exige prova pré-constituída e inequívoca do direito invocado, o que não ocorreu no caso telado.

Em terceiro, o writ não deve ser conhecido porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, no julgamento da ADI n. 6341, em 15.04.2020, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, pacificou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória MP 926/2020, posteriormente convertida na Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, para o enfrentamento do novo coronavírus, não afastam a competência concorrente, nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios para legislar sobre saúde pública, ex vi, artigo 23, II da Constituição Federal.

Desta forma não se vislumbra qualquer ato ilegal por parte da Prefeita Municipal da Cidade de Dourados.

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus.

Intime-se e cumpra-se.

Sem recurso, ao arquivo."

Quanto à preliminar de não conhecimento por ofensa ao princípio da dialeticidade, reputo que não merece acolhida, posto que os requerentes, apesar de forma sucinta, apontaram as razões nas quais fundamentam o pedido, pretendendo que suas teses sejam analisadas pelo órgão colegiado.

Porém, o recurso deve ser improvido.

Pois bem. Como bem pontuado pelo nobre Procurador de são basicamente três os motivos de não conhecimento do *habeas corpus*: 1) *writ* com pacientes indeterminados; 2) descabimento do remédio heroico contra ato normativo, posto que não pode ser utilizado como sucedâneo da ADI; 3) Entendimento adotado pelo Plenário da Suprema Corte, no sentido de que a Lei 13.979/2020 não tem o poder de afastar a competência concorrente dos demais entes federativos.

O que se percebe é mero inconformismo dos requerentes, que visam o acatamento do seu pedido que foi rechaçado de forma fundamentada, não havendo qualquer argumento novo capaz de modificar a decisão anterior, que foi fundada de acordo com o livre convencimento motivado deste magistrado, não havendo reparos a serem feitos.

Ademais, sequer se constata violação ao direito ambulatorial dos requerentes, mas sim, uma limitação nos horários de circulação, diante do crescimento exponencial de Covid-19, especialmente na região Sul e na cidade de Dourados (fatos públicos e notórios, propagados em todos meios de comunicação).

Portanto, não há qualquer óbice ou ilegalidade na edição de norma pelo Poder Executivo do Município de Dourados, para reduzir a propagação da doença, posto que o interesse na saúde pública se sobrepõe ao interesse individual.

Ante o exposto, conheço do recurso e, com o parecer nego-lhe provimento.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr.Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (3º Vogal)

Cuida-se de agravo regimental interposto por Geraldo Domingues Sanabria e Associação Sul Mato-Grossense de Defesa dos Direitos dos Usuários de Políticas Públicas-ADUPP contra decisão monocrática que não conheceu do *Habeas Corpus* n. 0806352-27.2020.8.12.0002 impetrado contra o Decreto Municipal nº 2.615 de 25 de maio de 2020, que impôs toque de recolher em todo o território do município de Dourados, no período das 20h às 5h.

O e. Relator mantém a decisão agravada e nega provimento ao recurso.

Embora o acompanhe, apresento algumas ressalvas.

Ao contrário do que pontuado, entendo assim como já decidido no Supremo Tribunal Federal, a viabilidade de *habeas corpus* coletivo seria possível em determinadas hipóteses.

Vejamos:

> *"(...).*
>
> *EMENTA – HABEAS CORPUS COLETIVO – ADMISSIBILIDADE – DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS – MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT – MÃES E GESTANTES PRESAS – RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS – GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – ACESSO À JUSTIÇA – FACILITAÇÃO – EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS – LEGITIMIDADE ATIVA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016 – MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA – PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES – INADMISSIBILIDADE – PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO – FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES – ADPF 347 MC/DF – SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CULTURA DO ENCARCERAMENTO – NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO – DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL – INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS – OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – REGRAS DE BANGKOK – ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA – APLICAÇÃO À ESPÉCIE – ORDEM CONCEDIDA – EXTENSÃO DE OFÍCIO. I –* ***Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus****. III – Entendimento*

que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos (...).

Decisão

A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem (...).” (STF. *HC* 143641/SP - São Paulo - *Habeas corpus*. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20/02/2018. Publicação: 09/10/2018. Órgão julgador: Segunda Turma). (G.n.).

Portanto, não há como simplesmente deixar de conhecer o *habeas corpus* coletivo por ter sido impetrado em favor de pessoas determináveis.

Por outro lado, coaduno com o entendimento de que não é cabível a impetração contra ato normativo em tese.

Em caso semelhante foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça contra Decreto Estadual do Rio de Janeiro, tendo o Ministro Relator indeferido liminarmente a pretensão, sendo parte dos fundamentos adotados no seguinte sentido:

“(...).

Ainda que assim não fosse, consoante orientação jurisprudencial deste Sodalício e do egrégio Supremo Tribunal Federal, não cabe habeas corpus contra ato normativo em tese, como o ora impugnado Decreto n. 47.006 de 27/3/2020, do Estado do Rio de Janeiro.

PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – PRETENSÃO DE IMPUGNAR LEI EM TESE – NÃO CABIMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL.

I - A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido em habeas corpus preventivo coletivo originário, visando impugnar a Lei Municipal n. 8.917/2018, de iniciativa do prefeito de Jundiaí, que estabeleceu condições para atividades artísticas, comerciais e de pessoas em situação de rua no território municipal.

II - A alegação da parte impetrante seria de que a iminente execução da lei cerceará o direito de ir e vir de pessoas em situação de rua, artistas de rua, vendedores de artesanatos e outros bens decorrentes de trabalho manual, prestadores de serviços que executam trabalho manual mediante o recebimento em dinheiro e de todas as pessoas que realizam as atividades descritas e previstas no art. 2° e 3° da mencionada lei. Embora se admita o cabimento de

habeas corpus coletivo, no caso concreto, os pacientes integram um grupo difuso, de difícil identificação. Considerou a Corte de origem o descabimento de habeas corpus contra lei em tese, negando provimento ao recurso interposto naquela Corte.

III - A recorrente alega, em síntese, que não se trata de controle de lei em tese, mas de atos e constrangimentos pelos quais os pacientes estão na iminência de sofrer, cuidando-se de remédio constitucional preventivo, perfeitamente cabível e pertinente.

IV - Sustenta que não se trata de ordem ampla e abstrata, mais sim em prol das pessoas que estejam praticando as situações específicas elencadas na referida lei, existindo interesse juridicamente tutelável, e alega que a Constituição permite a utilização de habeas corpus coletivo. Indeferiu-se liminarmente o habeas corpus. Foi interposto, então, agravo interno.

V - Verifica-se que o recurso em habeas corpus é mera reiteração do HC n. 441.991/SP, apresentando as mesmas partes causa de pedir e pedido, bem como interposto contra o mesmo ato coator - a referida lei municipal, embora, aparentemente, dirija-se contra acórdão proferido pelo tribunal a quo.

VI - Na ocasião, depois de afastar a competência desta Corte para o deslinde da controvérsia, assim se consignou que a ação constitucional em comento tem como objetivo, de fato, impugnar a referida lei municipal, não sendo, pois, o instrumento processual adequado para essa finalidade.

VII - Em situações análogas à presente, veja-se que já decidiu o Supremo Tribunal Federal que não cabe habeas corpus contra ato normativo em tese (STF, HC n. 109.101, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 7/2/2012, Processo Eletrônico DJe-105 Divulg 29/5/2012 Public 30/5/2012; HC n. 109.327 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4/8/2011, DJe-151 Divulg 5/8/2011 Public 8/8/2011 RTJ VOL-00224-01 PP-00699 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 501-506).

VIII - Ratifica-se a referida fundamentação, esclarecendo-se que o acórdão recorrido ordinariamente para este Tribunal não merece qualquer censura, a despeito do esforço da recorrente em demonstrar a alegação em sentido contrário. Esse também é o entendimento jurisprudencial assente nesta Corte de Justiça. (HC n. 196.409/RN, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/8/2012. Em situação idêntica, tem-se o seguinte precedente: RHC n. 104.626/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

IX - Agravo interno improvido. (AgInt no RHC 111.573/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019.)

Nesse contexto, não há como dar seguimento ao presente mandamus. Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, indefere-se liminarmente o habeas corpus.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2020.

Ministro Jorge Mussi

Relator."

Ademais, pondero que o ato atacado já não se encontra mais em vigor, pois posteriormente foi editado o Decreto Municipal n. 2.787, de 30.7.2020, publicado no Diário Oficial do Município de Dourados-MS n. 5.218, com vigência a partir de 31.7.2020, que alterou o toque de recolher, impedindo a circulação de pessoas das 22 às 5h, *"exceto aos Órgãos de Segurança, Chefes dos Poderes Executivos, Legislativos, Judiciário,*

Ministérios Públicos Estuais e Federais, Advogados, vigias noturnos, delivery, profissionais na área da saúde, e circulação para acesso quando necessário a atividades essenciais e sua prestação, e ainda trabalhadores em trânsito."

Assim, embora a restrição tenha se mantido, com flexibilização do horário, o ato impugnado no *habeas corpus*, o ato objeto do presente agravo regimental foi revogado, de modo que prejudicada sua análise.

Ante o exposto, acompanho o Relator, com ressalvas na fundamentação.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr.Des. Jairo Roberto de Quadros. (7º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior (8º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso, com as ressalvas do 3º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Lúcio R. da Silveira, Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 12 de agosto de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0000049-37.2011.8.12.0037 – Itaporã

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – ART. 213 DO CÓDIGO PENAL E 244-B DO ECA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PALAVRA DA VÍTIMA – LAUDO MÉDICO – ALIADOS AOS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS – SÚMULA Nº 500 DO STJ – BASTA A PRÁTICA DE CRIME POR IMPUTÁVEL NA COMPANHIA DE MENOR DE 18 ANOS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – ATOS QUE TRANSCENDEM O TIPO PENAL – NÃO ACOLHIDO – ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL – SEGUIDO OS DITAMES DO ARTIGO 33, DO CP – INCABÍVEL – RECURSO NÃO PROVIDO

A versão dos acusados no sentido de que não há provas da autoria não procede e encontra-se divorciada dos elementos coligidos aos autos. De outro lado, a palavra da vítima, em conjunto com o laudo pericial e depoimento testemunhal, são uníssonos no sentido de que a ofendida sofreu violência sexual por parte dos réus.

Segundo Súmula nº 500 do STJ, quanto ao delito de corrupção de menores, trata-se de delito formal, prescindindo, para sua caracterização, de prova da efetiva corrupção do menor. Assim, basta a prática de crime por imputável, na companhia de menor de 18 anos, para que se verifique a subsunção da conduta ao tipo descrito no art. 244-B do ECA.

O Juiz singular valorou apenas as consequências do crime como circunstâncias negativas elencados no artigo 59 do Código Penal. Nos depoimentos evidencia-se que os réus transcenderam o tipo penal, além das lesões constatadas pelos laudos presentes no processo não resta dúvida que a vítima ficou extremamente machucada, causando-lhe um dano traumático irreparável.

Regime inicial de cumprimento de sentença respaldado pelos ditamos específicos do artigo 33 do Código Penal.

Recurso não provido. 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, negaram provimento aos recursos.

Campo Grande, 29 de junho de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

Tratam-se de apelações criminais interpostas por Vermicio João Verga e Cirso Jorge, inconformados com a decisão de f. 270-282, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã, que os condenaram como incursos nas sanções de estupro, art. 213, *caput*, do Código Penal, com causa de aumento prevista no art.226, inciso I, do Código Penal e artigo 244-B do ECA, na forma do artigo 70 do CP, às penas de 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, respectivamente.

Em suas razões recursais às f. 298-301, os apelantes requereram, em síntese a absolvição dos delitos, asseverando insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteiam a redução da pena-base afirmando que as consequências do crime foram valorados de forma inidônea. Por fim, postulam o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 305-328, pugnando-se pelo não provimento dos recursos interpostos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 338-354, opinou-se pelo conhecimento e improvimento dos recursos defensivos.

Prequestionaram matérias.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

Tratam-se de Apelações Criminais interpostas por Vermicio João Verga e Cirso Jorge, inconformados com a decisão de f. 270-282, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Itaporã, que os condenaram como incurso nas sanções de estupro, art. 213, *caput*, do Código Penal, com causa de aumento prevista no art.226, inciso I, do Código Penal e artigo 244-B do ECA, na forma do artigo 70 do CP, às penas de 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, respectivamente.

Em suas razões recursais às f. 298-301, os apelantes requereram, em síntese a absolvição dos delitos asseverando insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteiam a redução da pena-base afirmando que as consequências do crime foram valorados de forma inidôneo. Por fim, postulam o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 305-328, pugnando-se pelo não provimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 338-354, opinou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso defensivo.

Prequestionaram matérias.

É o relatório.

Passa-se à análise do mérito.

Nada obstante os argumentos expendidos pelos recorrentes, a pretensão recursal não comporta guarida.

Narra a peça acusatória que:

> *"Consta do incluso inquérito policial, que no dia 09 de dezembro de 2010, por volta das 01h00min, na Reserva Indígena Lagoa Rica, no município de Douradina/MS, os denunciados Vermício João Verga e Cirso Jorge, juntamente com os menores *****1 e ******2, agindo em comunhão de esforços com unidade de desígnios ao objetivo comum, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, visando satisfazerem sua lascívia, mediante violência e grave ameaça, praticaram conjunção carnal com a vítima A. C., a qual é portadora de deficiência mental, conforme laudo de exame de corpo de delito de f. 31.*
>
> *No dia e horário supramencionados, a vítima estava em sua residência juntamente com sua filha, A. C. D., oportunidade que os denunciados, prevalecendo-se da força física, quebraram parte da parede da casa, adentraram na residência e tentaram agarrar a filha da vítima, no entanto, esta conseguiu fugir.*

*Ato contínuo, o menor *****1 bateu na cabeça da vítima e amarrou um pano em sua boca, enquanto o denunciado Cirso Jorge amarrou as mãos da vítima para trás, ocasião que ambos arrastaram A. C. até as proximidades de uma cerca de arame e a jogaram dentro de uma vala.*

*Posteriormente, os denunciados arrastaram a vítima para um matagal, e desferiram vários socos e chutes na mesma, momento em que Cirso e o menor *****1 arrancaram as roupas da vítima à força e, em seguida, um a um dos denunciados, juntamente com os menores, mantiveram conjunção carnal com A. C., sendo que primeiramente o menor *****1 praticou sexo anal, logo em seguida, os denunciado Vermício, Cirso e o menor *****2 praticaram sexo vaginal com a vítima.*

Logo após praticarem o crime de estupro, os denunciados retiraram a mordaça da vítima e começaram a colocar terra na boca da mesma, a fim de asfixiá-la, oportunidade que a vítima tentou gritar para pedir socorro, porém o denunciado Cirso se apoiou sobre o tórax da vítima e mediante ameaça, mandou que A. C. calasse a boca."

Por sua vez, a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau restou fundamentada nos seguintes termos:

"1) Do réu Vermício João Verga

Culpabilidade natural à espécie; o réu não possui maus antecedentes; não há elementos nos autos para aferir a conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime são comuns ao tipo penal, razão pela qual não serão levados em consideração para elevar a pena-base do condenado; as circunstâncias do crime são normais à espécie, nada tendo a valorar; as consequências são anormais ao tipo, uma vez que, conforme depoimento das testemunhas e demais provas angariadas no decorrer da ação penal, a vítima sofreu lesões que extrapolam a mera conduta do tipo penal, uma vez que, para ser consumado o crime, os acusados amarraram os braços e pernas da vítima, arrastaram ela, tentaram asfixia-la, causando transtornos excessivos, ao ponto da vítima ficar aproximadamente 06 (seis) meses internada, bem como ter sua memória afetada em decorrência dos fatos; por fim, o comportamento da vítima foi normal, nada tendo a valorar.

Assim, tudo ponderado, considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com 01 vetor desfavorável, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, motivo pelo qual mantenho a pena intermediária no patamar da pena base, qual seja, 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ante o reconhecimento da majorante do concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, disposto no artigo 226, inciso I, do Código Penal, elevo a pena em um quarto (patamar fixo legal), deixando de aplicar a causa de aumento do concurso formal, por força do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, finalizando a pena final em 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão.

2) Do réu Cirso Jorge

Culpabilidade natural à espécie; o réu não possui maus antecedentes; não há elementos nos autos para aferir a conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime são comuns ao tipo penal, razão pela qual não serão levados em consideração para elevar a pena-base do condenado; as circunstâncias do crime são normais à espécie, nada tendo a valorar; as consequências são anormais ao tipo, uma vez que, conforme depoimento das testemunhas e demais provas angariadas no decorrer da ação penal, a vítima sofreu lesões que extrapolam a mera conduta do tipo penal, uma vez que, para ser consumado o crime, os acusados amarraram os braços e pernas da vítima, arrastaram ela, tentaram asfixia-la, causando transtornos excessivos, ao ponto da vítima ficar aproximadamente 06 (seis) meses internada, bem como ter sua memória afetada em decorrência dos fatos; por fim, o comportamento da vítima foi normal, nada tendo a valorar.

Assim, tudo ponderado, considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com 01 vetor desfavorável, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, considero neste aspecto de o réu ter confessado em Juízo a prática do delito, devendo incidir a atenuante genérica da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal), aplico a pena intermediária no patamar de 06 (seis) anos, por força da Súmula 231, do STJ. Não concorrem circunstâncias agravantes.

Ante o reconhecimento da majorante do concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, disposto no artigo 226, inciso I, do Código Penal, elevo a pena em um quarto (patamar fixo legal), deixando de aplicar a causa de aumento do concurso formal, por força do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, finalizando a pena final em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão."

Feita essa digressão, passasse à analise.

Do pedido de absolvição pelo delito de estupro.

A defesa insurge-se contra a decisão que condenou os réus, alegando não existir prova verossímil e suficiente nos autos para sustentar a condenação.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, a materialidade delitiva está consubstanciado no inquérito policial (f. 05-06), boletim de ocorrência (f. 07), laudo e exame de corpo de delito (f. 46), reconhecimento fotográfico (f. 124), bem como pelos depoimentos colhidos na fase inquisitorial e judicial.

Na fase inquisitorial às f. 12-13, a vítima, por intermédio de sua filha, atuando como interprete, narrou com riqueza de detalhes as agressões e o abuso sexual sofrida pelos acusandos, afirmando:

*"(...) foi então que Circo me agarrou e me amarrou as mãos pra trás, enquanto *****1 me amarrava um pano na boca para eu não gritar, após me amarraram os pés e me ergueram até próximo a uma cerca de arame, e la me jogaram para o outro lado da cerca, após me ergueram novamente e me levaram até onde havia uma valeta, me jogando dentro da água, em seguida me puxaram pelo cabelos me retirando dentro da vala, então me arrastara para dentro do matagal sempre me batendo e me chutando, e la Circo e *****1 me arrancaram as roupas e então Circo veio por trás e enfiou seu pênis em meu anus, causando muita dor, em seguida V. passou a me penetrar na vagina sem utilizar preservativo, tão logo V. 'gozou' foi a vez de *****2 e depois Circo."*

A testemunha A. C., filha da vítima, em seu depoimento na fase extrajudicial corrobora com os relatos feitos por sua mãe, vejamos:

"(...) vi ainda quando os outros dois pegaram minha mãe no colo e a levaram para um matagal próximo da aldeia. Reconheci tal pessoa como sendo V. V. Consegui reconhecer ainda os demais, sendo eles Circo Jorge, Wilian e Carmo Verga, este último, irmão de Vinícius. Ao reconhecer eles sai correndo e fui avisar minha irmã, ficando na casa dela enquanto que ela procurava por nossa mãe. Não sei o que aconteceu com minha mãe. Pela manhã quando encontraram minha mãe ela estava toda machucada. Todos os agressores da minha mãe tinha forte odor de álcool, aparentando estarem embriagados."

A vítima A. C., em juízo mídia audiovisual f. 192, através do interprete Valdo Ortiz, Capitão da aldeia indígena, narrou que no dia dos fatos sua filha mais nova, que residia com ela a época estava em casa e que conseguiu fugir, que não tinha certeza de quem eram as pessoas, porém de que eram quatro, que houve conjunção carnal e que a machucaram muito, afirma que sua filha poderia reconhecer as pessoas que as atacaram.

No mesmo sentido, a outra filha da vítima, A. C. em ambos as fases extrajudicial (f. 10) e judicial (mídia audiovisual f. 192), narrou que os apelantes Vermicio e Cirso, reconhecidos pela mãe e irmã mais nova, eram também os responsáveis pelo estupro.

Corroborando os depoimentos supracitados, um dos apelantes, Cirso Jorge confessou em juízo que teria cometido o delito a ele imputado, que não se lembra se Vermicio chegou a ter penetração com a vítima mas que eles estavam juntos. (mídia audiovisual f. 224).

Portanto, em que pese a vítima tenha dito em juízo que não se lembrava de quem teria cometido o delito, isso é justificável diante do lapso temporal e estado traumático que a vítima se encontrava, no entanto, tal ato não tem o condão de macular seu depoimento prestado em sede policial, aliada as outras provas colhidas durante a instrução do feito.

O laudo de exame de corpo de delito, f. 46, confeccionado no mesmo dia dos fatos, concluiu que houve conjunção carnal a pouco tempo bem como tinha indícios de violência e a utilização de força física.

Acrescenta-se ainda, que o Auto de Reconhecimento Fotográfico de Pessoa, f. 125, a vítima A. C. reconheceu ambos os apelantes como as pessoas que cometeram o delito aqui debatido.

Ademais, os crimes contra a liberdade sexual, são, em sua maioria, praticados às escondidas, razão pela qual, a palavra da vítima deve ser aferida com grande confiabilidade, mormente quando somadas aos demais elementos de provas coligidos nos autos, conforme entendimento pacífico da jurisprudência, veja-se o STJ:

> *"(...) RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSO PENAL – OPERAÇÃO ARCANJO – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DEGRAVAÇÃO INTEGRAL – DESNECESSIDADE – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA – CONDENAÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA – ALTO VALOR PROBATÓRIO – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – SÚMULA 7/STJ – DOSIMETRIA – RECURSO QUE NÃO IMPUGNA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ – PERDA DO CARGO PÚBLICO – EFEITO DA SENTENÇA – MOTIVAÇÃO CONCRETA. (...) 4.* ***Em se tratando de delitos sexuais, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que crimes dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas*** *(...). Agravo regimental conhecido em parte e improvido."* (AgRg no REsp 1533480/RR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015). (G.n.)

Nesse sentido é entendimento da 1ª Câmara deste Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL – ART. 217-A DO CP – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – IMPROVIMENTO – ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO.* ***Inadmissível a absolvição do apelante se o conjunto probatório carreado ao feito, formado pelas palavras seguras da vítima corroboradas pelos demais elementos de convicção, é farto em demonstrar a materialidade delitiva e a autoria na referida infração penal.*** *Tendo o réu menos de 21 anos à época dos fatos, incide a atenuante da menoridade relativa."* (TJMS. Apelação n. 0003576-69.2011.8.12.0013, Jardim, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Exma. Sra. Desª Elizabete Anache dj: 21/03/2019, p: 22/03/2019). (G.n.)

Com efeito, diante da análise do caderno processual, não prospera a tese defensiva de fragilidade probatória, razão pela qual mantém-se o decreto condenatório.

Do pedido de absolvição pelo delito de corrupção de menores.

Pleiteia a defesa pela absolvição do delito previsto no artigo 244-B do ECA, sobre o fundamento de que não há provas cabais.

Por oportuno vejamos o que dispor o artigo 244-B do ECA:

> *"Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la."*

Como já demonstrado nos depoimentos anteriormente, resta claro que juntamente aos apelantes se encontravam os menores *****1 e *****2, além de que estes teriam também cometido conjunção carnal com a vítima.

Ademais, os relatos são coesos no sentindo que haviam quatros pessoas na invasão e na decorrência do delito, tendo até mesmo a vítima reconhecido os menos no auto de reconhecimento fotográfico de pessoa, f. 125.

Consoante disposto na Súmula nº 500 do STJ, trata-se de delito formal, prescindindo, para sua caracterização, de prova da efetiva corrupção do menor.

Assim, basta a prática de crime por imputável, na companhia de menor de 18 anos, para que se verifique a subsunção da conduta ao tipo descrito no art. 244-B do ECA.

Desta feita, ausente dúvida de que o apelante, juntamente com a adolescente, praticou o crime de homicídio qualificado, imperioso é o reconhecimento de que infringiu também a norma prevista no art. 244-B do ECA.

Assim, impõem-se a manutenção da condenação.

Do pedido de redução da pena-base.

Busca a defesa a redução da pena-base, ao argumento de que a circunstância judicial referente as consequências do crime foram valoradas de forma inidônea aos apelantes.

A pena restou dosada na primeira fase da seguinte forma:

> *"1) Do réu Vermício João Verga*
>
> *Culpabilidade natural à espécie; o réu não possui maus antecedentes; não há elementos nos autos para aferir a conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime são comuns ao tipo penal, razão pela qual não serão levados em consideração para elevar a pena-base do condenado; as circunstâncias do crime são normais à espécie, nada tendo a valorar; as consequências são anormais ao tipo, uma vez que, conforme depoimento das testemunhas e demais provas angariadas no decorrer da ação penal, a vítima sofreu lesões que extrapolam a mera conduta do tipo penal, uma vez que, para ser consumado o crime, os acusados amarraram os braços e pernas da vítima, arrastaram ela, tentaram asfixia-la, causando transtornos excessivos, ao ponto da vítima ficar aproximadamente 06 (seis) meses internada, bem como ter sua memória afetada em decorrência dos fatos; por fim, o comportamento da vítima foi normal, nada tendo a valorar.*
>
> *2) Do réu Cirso Jorge*
>
> *Culpabilidade natural à espécie; o réu não possui maus antecedentes; não há elementos nos autos para aferir a conduta social e a personalidade do acusado; os motivos do crime são comuns ao tipo penal, razão pela qual não serão levados em consideração para elevar a pena-base do condenado; as circunstâncias do crime são normais à espécie, nada tendo a valorar; as consequências são anormais ao tipo, uma vez que, conforme depoimento das testemunhas e demais provas angariadas no decorrer da ação penal, a vítima sofreu lesões que extrapolam a mera conduta do tipo penal, uma vez que, para ser consumado o crime, os acusados amarraram os braços e pernas da vítima, arrastaram ela, tentaram asfixia-la, causando transtornos excessivos, ao ponto da vítima ficar aproximadamente 06 (seis) meses internada, bem como ter sua memória afetada em decorrência dos fatos; por fim, o comportamento da vítima foi normal, nada tendo a valorar."*

Desta feita, nota-se que o juiz singular valorou apenas as consequências do crime como circunstâncias negativas elencados no artigo 59 do Código Penal.

Nos depoimentos já citados neste voto evidencia-se que os réus transcenderam o tipo penal, além das lesões constatadas nos laudos anexados ao processo, não resta dúvida que a vítima ficou extremamente machucada, causando-lhe um dano traumático irreparável.

Vale enaltecer a fundamentação utilizada pelo magistrado:

> *"(...) as consequências são anormais ao tipo, uma vez que, conforme depoimento das testemunhas e demais provas angariadas no decorrer da ação penal, a vítima sofreu lesões que extrapolam a mera conduta do tipo penal, uma vez que, para ser consumado o crime, os acusados amarraram os braços e pernas da vítima, arrastaram ela, tentaram asfixia-la, causando transtornos excessivos, ao ponto da vítima ficar aproximadamente 06 (seis) meses internada, bem como ter sua memória afetada em decorrência dos fatos."*

De uma forma excepcional e muito bem explicada foi imposta tal circunstância como negativa, e não há em que se falar de alterações.

Da alteração do regime inicial.

Busca a defesa a alteração do regime inicial de cumprimento de sentença, sob a fundamentação de que não pode o Magistrado determinar um regime inicial tão gravoso com alegação na gravidade abstrata do delito.

O réu Vermicio João Verga teve a pena definitiva imposta em 08 anos,01 mês e 15 dias, desta feita seguindo os dizeres do artigo 33, § 2º, "a", do CP, não cabe outro regime inicial de cumprimento de sentença se não o fechado, vejamos :

> *"Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, 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."*

Em contrapartida o réu Cirso Jorge restou condenado por 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, o regime teve sua fundamentação no argumento do artigo 33, § 3º, do Código Penal, por oportuno vejamos do que se refere tal parágrafo:

> *"§ 3º- A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."*

Como já discutido neste voto, permanece como negativa a vetorial referente as consequências do crime para ambos os apelantes, sendo assim, a nosso sentir, não há reparos a serem feitos na sentença, sendo completamente respaldado pelos ditamos específicos do artigo 33 do Código Penal.

Prequestionamento.

Por fim, no que pertine ao prequestionamento, salienta-se que o julgador não tem a obrigação manifestar-se expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, relatoria do Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro, tem-se o seguinte entendimento: *"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."*

Conclusão.

Posto isso, com o parecer, nega-se provimento aos recursos defensivos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

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 Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 29 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0000008-70.2019.8.12.0011 – Coxim

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DE INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DE APARELHOS CELULARES – NÃO OCORRÊNCIA – APREENSÃO DOS APARELHOS DE TELEFONIA MOVEL DECORRENTE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO JUDICIAL – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA, ANTE O INDEFERIMENTO DE EXAME TOXICOLÓGICO – INDEFERIMENTO MOTIVADO – REJEITADA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO NÃO ACOMPANHAMENTO SIMULTÂNEO DO RÉU EM AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA – DESCABIMENTO – PRESENÇA DO DEFENSOR NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO – MÉRITO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE POSSE DE ARMA POR ESTADO DE NECESSIDADE OU EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE – DESCABIMENTO – DECOTE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, POR SER INIDÔNEA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Na linha de precedentes do Tribunal da Cidadania, ocorrendo, por ordem judicial, a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, a *fortiori*, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados.

É iterativa a jurisprudência do STJ no sentido de que, pleiteado o exame de dependência toxicológica pela Defesa, cabe ao magistrado, destinatário da prova, analisar a pertinência do exame. Caso concreto em que não se constatou mínima comprovação de comprometimento da higidez mental do investigado ou de acometimento por doença patológica. Assim, correto o indeferimento da diligência, não havendo que falar em cerceamento de defesa.

O apelante, ainda em sede preliminar, pleiteia a declaração de nulidade das provas produzidas na audiência de instrução, onde foram ouvidas as testemunhas policiais Alvimar Melo Valério e Igor Lima Vieira, alegando cerceamento de defesa em razão de sua ausência no ato processual em questão. Não procede a preliminar, haja vista que o não acompanhamento simultâneo do réu, por meio de videoconferência, ocorreu por ausência de condições técnicas. Ademais, o Defensor do apelante acompanhou a audiência de forma presencial, onde teve a oportunidade de oferecer questionamentos diretamente às testemunhas. Sendo assim, não havendo prejuízo, não há falar em cerceamento de defesa.

Não havendo prova de que o réu estivesse em perigo atual, não há se falar em estado de necessidade na aquisição de um arsenal de armas e munições.

A tese de se armar com fins de defesa pessoal não respalda a tese de inexigibilidade de conduta diversa, porquanto o indivíduo deve buscar meios idôneos para garantir a própria segurança.

No que concerne à primeira fase da dosimetria da pena, tem-se que a moduladora das circunstâncias do crime deve ser mantida, na medida em que o acúmulo de uma enorme quantidade de armas e munições imprimem maior reprovabilidade ao delito.

Contudo, deve ser reputada como neutra as "consequências" do crime, na medida em que abalo à incolumidade pública já foi valorado pelo legislador no tipo de posse irregular de armas e munições de uso permitido.

Recurso provimento parcialmente, em parte com o parecer.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO *PARQUET* – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA PARA A CONDUTA DO ART. 28, DA LEI 11.343/06 – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO NAS PENAS DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A condenação pela prática do crime de tráfico de drogas exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis acerca da traficância. *In casu,* foi apreendida, na residência do acusado, uma trouxinha de "maconha" totalizando 2,8 gramas, não havendo a apreensão de qualquer petrecho que indicasse a traficância, como, por exemplo, balança de precisão, dichavador, plásticos recortados para embalar droga etc.

Assim, pairando dúvida acerca do comércio ilícito de entorpecente, mantém-se a sentença que desclassificou a conduta do apelado para aquela do art. 28, da Lei de Drogas.

Recurso desprovido, 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, negaram provimento ao recurso ministerial e deram parcial provimento ao recurso defensivo.

Campo Grande, 20 de julho de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

Ministério Público Estadual interpõe apelação criminal contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Coxim, que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o apelado Francisco Batista do Nascimento como incurso no art. 12, da Lei n. 10.826/03, e que desclassificou a conduta de tráfico de drogas para aquela prevista no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Em suas razões de f. 237-250, o *Parquet* pretende a reforma da sentença para o fim de condenar o apelado como incurso no art. 33, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Francisco Batista do Nascimento também apela da sentença de parcial procedência da denúncia (f. 281-309) pleiteando, em sede preliminar, pela declaração da nulidade das provas obtidas nos celulares apreendidos, nos termos do art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, assim como todas as provas delas decorrentes. Também em preliminar, pugna pela declaração de nulidade do feito, a partir da r. decisão de f. 93-94, por cerceamento de defesa, determinando a realização de exame toxicológico no recorrente. No mérito, pugna pela absolvição da prática delitiva prevista no artigo 12, da Lei 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de urso permitido), por reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa ou pelo estado de necessidade; subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, considerando as circunstâncias e consequências do crime como favoráveis, e, em sendo mantidas como desfavoráveis, requer a redução da pena basilar para patamar próximo ao mínimo legal.

Em contrarrazões de f. 252-280 e 315-346, Francisco Batista do Nascimento e Ministério Público Estadual batem-se pelo desprovimento do recurso *ex adverso*.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso ministerial, a fim de condenar o réu nas sanções do art. 33, da Lei de Drogas; e pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

Ministério Público Estadual interpõe apelação criminal contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Coxim, que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o apelado Francisco Batista do Nascimento como incurso no art. 12, da Lei n. 10.826/03, e que desclassificou a conduta de tráfico de drogas para aquela prevista no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Em suas razões de f. 237-250, o *Parquet* pretende a reforma da sentença para o fim de condenar o apelado como incurso no art. 33, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Francisco Batista do Nascimento também apela da sentença de parcial procedência da denúncia (f. 281-309) pleiteando, em sede preliminar, pela declaração da nulidade das provas obtidas nos celulares apreendidos, nos termos do art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, assim como todas as provas delas decorrentes. Também em preliminar, pugna pela declaração de nulidade do feito, a partir da r. decisão de f. 93-94, por cerceamento de defesa, determinando a realização de exame toxicológico no recorrente. No mérito, pugna pela absolvição da prática delitiva prevista no artigo 12, da Lei 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de urso permitido), por reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa ou pelo estado de necessidade; subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, considerando as circunstâncias e consequências do crime como favoráveis, e, em sendo mantidas como desfavoráveis, requer a redução da pena basilar para patamar próximo ao mínimo legal.

Em contrarrazões de f. 252-280 e 315-346, Francisco Batista do Nascimento e Ministério Público Estadual batem-se pelo desprovimento do recurso *ex adverso*.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso ministerial, a fim de condenar o réu nas sanções do art. 33, da Lei de Drogas; e pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso defensivo.

Considerações iniciais.

Consta da peça acusatória e incluso inquérito policial que, na manhã de 28 de novembro de 2018, por volta das 6h, na residência localizada na Rua Paineiras n. 75, Vila Piqui I e II, cidade e comarca de Coxim/MS, o denunciado Francisco Batista Nascimento, vulgo "Chico Kamikaze", teve em depósito e guardou droga sem autorização ou em desacordo com autorização legal e regulamentar.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, o Acusado possuiu arma de fogo e munição de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, durante cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido nos Autos n. 0001999-18.8.12.0011, referente à operação "ARES", policiais civis ingressaram na residência do denunciado, flagrando-o com 01 (uma) trouxinha de maconha, totalizando 2,8g (dois gramas e oito decigramas), dentro de uma bolsa.

Também foram encontrados e apreendidos no local, no quarto do denunciado: 1) 01 (uma) arma de fogo tipo revolver, marca ROSSI, em inox, calibre .22, com capacidade de 7 (sete) tiros, número de série 422461, municiado com 07 (sete) munições; 2) 11 (onze) munições de calibre .22, marca Rem; 3) 07 (sete) munições de calibre .38, marca Águila e 4) 04 (quatro) munições de calibre .36, sem marca aparente, acondicionadas no interior de uma bolsa que estava pendurada ao lado do guarda roupa; 5) 01 (uma) arma de fogo tipo revolver,

marca Taurus, em inox, calibre .38, com capacidade de 05 (cinco) tiros, cabo de madeira, número de série DA67014, municiada com 5 (cinco) munições, encontrada embaixo do travesseiro da cama onde o denunciado dormia e 6) 01 (uma) arma de fogo do tipo espingarda, calibre .36, com coronha e punho de madeira, com o cano serrado, número de série A360454, com uma munição, encontrada ao lado do guarda roupa.

Os policiais encontraram, ainda na residência do denunciado, 1.150,00 (um mil e cento e cinquenta reais) em dinheiro, em cima do armário da cozinha e 4 (quatro) aparelhos de telefonia móvel.

Nesse contexto, o *Parquet* pediu a condenação de Francisco Batista Nascimento, vulgo "Chico Kamikaze" como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e no artigo 12, da Lei n. 10.826/2003.

Instruído o feito regularmente, sobreveio sentença de parcial procedência da denúncia, condenando-se o acusado como incurso no art. 12, da Lei n. 10.826/2003, e desclassificação da conduta de tráfico de drogas para aquela descrita no art. 28, da Lei n. 11.343/06.

Ambas as partes apelam, conforme destacado em relatório.

Passa-se, por primeiro, à análise do recurso do réu.

Recurso do réu.

Preliminares.

Nulidade da prova obtida com a apreensão de celulares.

O apelante Francisco Batista do Nascimento requer a nulidade das provas obtidas por meio do acesso aos seus celulares, com fulcro no artigo 564, inciso IV, do CPP (por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Colhe-se dos autos que os celulares do apelante foram apreendidos mediante mandado de busca e apreensão (f. 41), o qual determinava: *"(...) efetue a busca e apreensão de drogas, objetos ilícitos, coisas ou documentos obtidos por meios criminosos, bem como armas, e instrumentos utilizados na prática de crimes ou destinados a fins delituosos (...)."*

Nesse norte, como bem ponderado pela Procuradoria-Geral de Justiça, os celulares do apelante, utilizados para a consecução de suas atividades criminosas, estão abrangidos no objeto de apreensão do mandado acima referido. Assim sendo, a regularidade do acesso aos dados do aparelho de telefonia móvel, decorre do próprio comando do mandado, sendo prescindível a expedição de outro mandado de busca e apreensão para o acesso do conteúdo dos celulares apreendidos. Nesse sentido, confira-se precedente do STJ:

> *"PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – ART. 2º, CAPUT, E § 4º, II, DA LEI N. 12.850/2013; ARTS. 89 E 90, DA LEI N. 8.666/1993; ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/1967; ART. 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL; ART. 1º DA LEI N. 9.613/1998 – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO A DADOS – NULIDADE – INEXISTÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE NA HIPÓTESE.*
>
> *1. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação.*
>
> *2. O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais.*
>
> *3. No entanto, no caso em tela,* ***'se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, a fortiori, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde***

> ***do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados'***. *(HC n. 372.762/MG, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 16/10/2017).*
>
> *4. Ordem denegada."* (STJ. *HC* 530.282/SE, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020). (G.n.)

Ademais, registra-se que o representante do *Parquet*, após a apreensão dos celulares do apelante, obteve nova autorização judicial para quebra do sigilo dos dados telefônicos, conforme consta às f. 282-284 (Autos n. 0001999-18.2018.8.12.00011), o que só vem a confirmar a licitude das provas obtidas com o acesso dos aparelhos telefônicos do réu.

Assim, inexistindo qualquer irregularidade, com o parecer, rejeita-se a preliminar de nulidade.

Nulidade do feito por ausência de submissão do réu ao exame toxicológico.

O apelante, ainda em sede preliminar, sustenta nulidade do feito a partir da decisão de f. 93-94, dizendo que o indeferimento de sua submissão ao exame toxicológico, a fim de atestar sua imputabilidade, implica em cerceamento do direito de defesa.

Mais um vez, não procede a pretensa nulidade.

Como é cediço, a produção da prova passa necessariamente pelo crivo do magistrado, presidente do feito, a quem cabe aferir a pertinência ou a necessidade-utilidade do elemento probatório.

No particular, o douto juízo *a quo* entendeu desnecessário submeter o apelante ao exame toxicológico, e o fez sob os seguintes fundamentos:

> *"(...) doutro lado, indefere-se o pedido de realização de exame toxicológico, uma vez que a simples alegação de ser o acusado usuário de drogas, não dá ensejo, obrigatoriamente, à realização de exame toxicológico.*
>
> *Sendo certo que não se configura cerceamento de defesa, o fato de o Magistrado, com fundamento, entender dispensável a realização de exame de dependência toxicológica, para sua convicção, pois, não existindo prova, nos autos, acerca da necessidade do mencionado exame, não se pode falar em obrigatoriedade de sua realização, uma vez que a dependência química não é empecilho à prática do crime de tráfico de drogas (...)."* (f. 93-94).

Portanto, entendendo o magistrado, pelos elementos de convicção, que seria desnecessário o exame toxicológico, não há falar em nulidade por cerceamento de defesa.

De se registrar, ainda, que na sentença o douto juízo teve o cuidado de ponderar que o apelante, em seu interrogatório judicial, não apresentou qualquer sinal de algum retardo mental ou sofrimento, muito pelo contrário, demonstrou ser um homem inteligente, lúcido e com grande desenvoltura, sendo que, apesar de seu suposto vício, possui o discernimento necessário para a prática delitiva.

Assim, mantém-se a sentença que, no particular, entendeu como desnecessária a submissão do réu ao indigitado exame, porquanto não existe qualquer indício de inimputabilidade ou semi-imputabilidade. A propósito, cita-se precedente do STJ:

> *"PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS –* ***REALIZAÇÃO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – INDEFERIMENTO MOTIVADO – INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA –*** *INTERROGATÓRIO – ÚLTIMO ATO – APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP – PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA – PREPONDERÂNCIA SOBRE O DA ESPECIALIDADE – MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. (HC 352.390/DF, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/8/2016).

3. ***No caso, o pleito formulado pela defesa, com relação ao exame de dependência toxicológica, foi motivadamente indeferido, porquanto não se reputou haver suficiente comprovação de comprometimento da higidez mental do investigado ou de acometimento por doença patológica.*** *4.* ***'A alegação de dependência química de substâncias entorpecentes do paciente não implica obrigatoriedade de realização do exame toxicológico, ficando a análise de sua necessidade dentro do âmbito de discricionariedade motivada do Magistrado'.*** *(HC 336.811/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2016).*

(...).

7. Habeas corpus não conhecido (...)." (*HC* 446.698/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 11/06/2019). (G.n.).

Rejeita-se, portanto, a referida preliminar.

Cerceamento de defesa em razão da não presença do réu na audiência de instrução.

O apelante, ainda em sede preliminar, pleiteia a declaração de nulidade das provas produzidas na audiência de instrução de f. 151, onde foram ouvidas as testemunhas policiais Alvimar Melo Valério e Igor Lima Vieira, alegando cerceamento de defesa em razão de sua ausência no ato processual em questão.

A referida preliminar não procede.

Verifica-se que o interrogatório do apelante foi realizado por meio de videoconferência, em razão de se encontrar preso no estabelecimento penal "Jair Ferreira de Carvalho", nesta Capital.

Entrementes, por razões técnicas relativa à indisponibilidade do aparato tecnológico necessário para o acompanhamento do ato por meio virtual, procedeu-se à inquirição das referidas testemunhas sem possibilidade de acompanhamento simultâneo pelo recorrente, situação devidamente fundamentada pelo juízo *a quo.*

Desta forma, malgrado a ausência de acompanhamento simultâneo pelo apelante, registra-se que a perquirição das testemunhas foi devidamente acompanhada pelo defensor do réu (Dr. Daniel de Oliveira Falleiros Calemes), conforme consta do termo de assentada de f. 146-147), de modo que foi oportunizada a realização de questionamentos diretamente às testemunhas presentes. Aliás, é bom que fique claro, extrai-se do § 4º, do art. 185, do CPP, que é apenas faculdade do réu acompanhar os atos da audiência única que antecede o interrogatório, jamais uma obrigação.

De qualquer forma, não havendo prejuízo à Defesa, tampouco impugnação a tempo e modo, não há falar em nulidade consoante o brocardo *pas de nullité sans grief.* Nesse sentido, confira-se:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28, DA LEI DE DROGAS – INVIABILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA ATENUAR A PENA NA 2ª FASE DA DOSIMETRIA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, EM SEU GRAU MÁXIMO – IMPOSSIBILIDADE

> *– POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM MÍNIMO LEGAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – INCABÍVEL – NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Preliminar. A designação de audiência e interrogatório por videoconferência encontra amparo nos termos no art. 185, § 2º, inciso II, parte final, do CPP. Ou seja, a determinação deu-se em razão da circunstância pessoal do réu, que se encontrava preso em comarca diversa e haveria relevante dificuldade em seu deslocamento, bem como em atenção à celeridade processual.* ***Como se observa o referido dispositivo legal, em seu § 4º, faculta e não obriga a presença do acusado ao acompanhamento da realização da oitiva das testemunhas. Assim, como não houve requerimento, nem tampouco insurgência no momento oportuno quanto à presença desse na oitiva das testemunhas, não há nulidade em razão de sua ausência em tal ato.*** *(...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000773-75.2018.8.12.0011, Coxim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 06/09/2019, p: 09/09/2019). (G.n.)

Portanto, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito.

Alegação de excludente de ilicitude pelo estado de necessidade ou excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

O apelante Francisco Batista do Nascimento pleiteia sua absolvição do delito de posse irregular de arma de fogo e munições de uso permitido, argumentando que a sua atuação estaria acobertada pela excludente de ilicitude do estado de necessidade ou pela excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Em que pese o esforço defensivo, suas alegações não prosperam.

Com efeito, a exclusão da ilicitude pela prática do crime em estado de necessidade, tem previsão legal no art. 24, do Código Penal, o qual prescreve: *"Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."*

No caso versando, tem-se que a apreensão dos armamentos, na residência do apelante, ocorreu no dia 28.11.2018, enquanto que o suposto atentado sofrido pelo réu, no sentido de que foi ameaçado de morte, ocorreu em 16.07.2018 (conforme interrogatório colhido por meio audiovisual).

Assim, a presente casuística retrata um suposto perigo pretérito sofrido pelo apelante, circunstância que, por si só, impede o reconhecimento da pretende excludente de estado de necessidade. A propósito, cita-se jurisprudência desta e. 1ª Câmara Criminal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ESTADO DE NECESSIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – MERA CONDUTA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA – NEUTRALIZAÇÃO – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - Para reconhecimento do estado de necessidade não basta a mera alegação do réu quando, inclusive, sua versão restou isolada no conjunto probatório.* ***Não havendo provas de que o réu estivesse em perigo atual, e, além disso, exsurgindo dúvidas a respeito dele próprio ter causado eventual entrevero, não há se falar em estado de necessidade, em razão da ausência dos requisitos previstos no art. 24 do Código Pena****l. II - O crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido é crime de mera conduta e perigo abstrato e, exatamente por isso, a lesão à incolumidade pública é presumida. Condenação mantida. (...) V - Opera-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando ausentes os*

> *impeditivos do art. 44 do Código Penal. VI - Com o parecer. Recurso parcialmente provido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0039859-88.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 29/07/2019, p: 31/07/2019). (G.n.)

Portanto, rechaça-se a tese de excludente de ilicitude pelo estado de necessidade.

Quanto à tese de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, mais uma vez, sem razão o apelante.

Como bem ponderado pela Procuradoria-Geral de Justiça, o apelante poderia valer-se de outros meios de proteção, a fim de se esquivar de eventuais futuros atentados contra a sua vida, que não fossem ilegais como a posse e guarda de inúmeros armamentos e munições de calibres diversos, a saber: 01 (uma) arma de fogo tipo revolver, marca ROSSI, em inox, calibre .22, com capacidade de 7 (sete) tiros, número de série 422461, municiado com 07 (sete) munições; 11 (onze) munições de calibre .22, marca Rem; 07 (sete) munições de calibre .38, marca Águila; 04 (quatro) munições de calibre .36, sem marca aparente, acondicionadas no interior de uma bolsa que estava pendurada ao lado do guarda roupa, 01 (uma) arma de fogo tipo revolver, marca Taurus, em inox, calibre .38, com capacidade de 05 (cinco) tiros, cabo de madeira, número de série DA67014, municiada com 5 (cinco) munições, encontrada embaixo do travesseiro da cama onde o apelante dormia; 6) 01 (uma) arma de fogo do tipo espingarda, calibre .36, com coronha e punho de madeira, com o cano serrado, número de série A360454, municiada com uma munição, encontrada ao lado do guarda roupa; os quais extrapolam a necessidade de sua defesa.

Nesse sentido:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/03 – VOTO MINORITÁRIO QUE ABSOLVE PELO RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – AUTODEFESA – INCABÍVEL – APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO COM A CONDUTA QUE FOI RECONHECIDA A EXCLUDENTE DE LEGÍTIMA DEFESA – INVIÁVEL – PORTE DA ARMA CONSUMADA EM DATA ANTERIOR – RECURSO IMPROVIDO* ***A tese de se armar com fins de defesa pessoal não respalda a tese inexigibilidade de conduta diversa, porquanto o indivíduo deve buscar meios idôneos para garantir a própria segurança*** *(...)."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0006023-11.2013.8.12.0029, Naviraí, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 17/02/2020, p: 19/02/2020). (G.n.)

Assim, rechaça-se a tese de excludente de culpabilidade.

Fixação da pena-base no mínimo legal.

Subsidiariamente, o apelante requer a fixação da pena-base no mínimo legal, argumentando que as moduladoras "circunstâncias" e "consequências" do crime lhes são favoráveis. Em caso de manutenção das referidas vetoriais, postula pela redução da pena para um patamar próximo do mínimo legal.

Sem razão ao apelante.

Em análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do estatuto repressor, em especial quanto às moduladoras em exame, assim decidiu o juízo da causa, *in verbis:*

> *"(...) os* ***antecedentes*** *não lhe prejudicam, pois não possui outra condenação, além daquela que será utilizada, para fins de reconhecimento da reincidência. Sua* ***conduta social*** *não foi aferida nos autos, portanto não há elementos para valorá-la negativamente. Não há elementos que permitam a análise de sua* ***personalidade****. Os* ***motivos*** *são comuns ao tipo penal. As* ***circunstâncias*** *e* ***consequências*** *extrapolam a normalidade, considerando a quantidade de armas e munições apreendidas. Não há se falar em* ***comportamento da vítima****. Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59, do Código Penal,* ***concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) da ação é de envergadura acima do normal.*** *Diante disso, fixo a pena-base, acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão (...)."* (f. 201-215) (Grifos no original).

No que concerne às circunstâncias do crime, a doutrina leciona que são dados periféricos que gravitam ao redor das elementares do crime, ou seja, o *modus operandi* utilizado pelo agente para o fim de cometer fato delituoso, influenciando em sua gravidade, a exemplo do estado de ânimo, o local da ação delituosa, as condições e modo de agir, o objeto utilizado etc.

No que se refere às consequências, são os efeitos particulares causados pelo delito na esfera pessoal da vítima e de terceiros, de seus familiares e da coletividade, com intensidade maior do que aquela prevista no núcleo do tipo penal.

In casu, a moduladora das circunstâncias do crime deve ser mantida, na medida em que o acúmulo de uma enorme quantidade de armas e munições imprimem maior reprovabilidade ao delito.

Contudo, deve ser reputada como neutra as "consequências" do crime, na medida em que abalo à incolumidade pública já foi valorado pelo legislador no tipo em comento. Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE – INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – INOBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 402 DO CPP – PRECLUSÃO – PREFACIAL REJEITADA. I - Em sendo a diligência probatória formulada injustificadamente a destempo, mediante flagrante inobservância ao art. 402 do Código de Processo Penal, seu indeferimento não gera nulidade por cerceamento de defesa, já que operada a preclusão consumativa. II - Prefacial rejeitada.*
>
> *MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – DEPOIMENTO DE POLICIAL CORROBORADO PELOS DEMAIS ELEMENTOS ANGARIADOS AOS AUTOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – PENA-BASE – MODULADORAS DA CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL SOPESADAS – PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL – SETE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS – SÚMULA 444 DO STJ – PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL – REGIME ABRANDADO PARA O INICIAL SEMIABERTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. (...)* ***neutraliza-se as consequências pois, nos crimes definidos pela Lei nº 10.826/06, o abalo à incolumidade pública já foi considerado pelo legislador no momento da elaboração do tipo legal****. (...)- Recurso parcialmente provido com reconhecimento ex officio da atenuante da confissão espontânea."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0014026-68.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 31/08/2017, p: 20/09/2017). (G.n.)

Destarte, em parte com o parecer, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo, apenas para o fim de neutralizar, na primeira fase da dosimetria da pena, a moduladora das "consequências" do crime.

Redimensionamento da pena correspondente ao art. 12, da Lei n. 10.826/03.

O delito em comento tem como penalidade em abstrato o mínimo de 01 (um) e o máximo de 03 (três) anos de detenção, bem assim a pena de multa.

Considerando que sobejou apenas a moduladora das circunstâncias do crime, fixa-se a pena basilar em 01 ano e 03 meses de detenção e 12 doze dias multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Na pena intermediária, está presente a atenuante da confissão espontânea, assim como a agravante da reincidência. Assim, consoante os termos da súmula 231, do STJ, tais circunstâncias compensam-se, pois ambas são igualmente preponderantes.

Ausente qualquer causa de aumento ou de diminuição, torna-se em definitivo a pena em 01 ano e 03 meses de detenção e 12 doze dias multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Em razão da reincidência, deixa-se de conceder os benefícios do art. 44 e 77, todos do estatuto repressor. A pena, portanto, será cumprida em regime semiaberto, conforme estabelecido na sentença.

Recurso do Ministério Público.

Pretensão de condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

O *Parquet* pretende a reforma da sentença para o fim de condenar o apelado Francisco Batista do Nascimento como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

A materialidade restou comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 07-13), fotografia (f. 14-17), Boletim de Ocorrência nº 2135/2018 (f. 30-33), Termo de exibição e apreensão (f. 35-36), exame preliminar em substâncias (f. 38-40), mandado de busca e apreensão domiciliar (f. 41) e laudo de exame toxicológico (f. 66-69).

A autoria, contudo, não restou demonstrada.

Conforme bem ponderado pelo juízo *a quo,* na residência do Acusado foi encontrada uma trouxinha de "maconha", totalizando 2,8 gramas, e não houve a apreensão de qualquer petrecho que indicasse a traficância, como, por exemplo, balança de precisão, dichavador, plásticos recortados para embalar droga etc.

Lado outro, não houve inquirição de qualquer testemunha, usuária de droga, a confirmar que o apelado vendia ou vendeu droga em sua residência.

Deste modo, o simples depoimento dos agentes policiais Alvimar Melo e Igor Lima, no sentido de que o apelado Francisco é uma pessoa "briguenta" na cidade de Coxim e conhecido como traficante, somado aos armamentos apreendidos em sua residência (revólveres e munições), não é prova suficiente de que a droga apreendida, (2,8 gramas de maconha), teria origem na traficância.

Em outras palavras, os depoimentos policiais colhidos em juízo (f. 151 - áudio-vídeo), desacompanhada de qualquer outra prova material indiciária de comércio ilícito de drogas, não é o suficiente para a condenação.

Destarte, pairando dúvida acerca da traficância, correta a sentença que desclassificou a conduta para aquela prevista no art. 28, da Lei de Drogas. Nesse sentido, confira-se:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO, POSSE DE ARMA DE FOGO E CORRUPÇÃO DE MENOR – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FRAGILIDADE NA PROVA PRODUZIDA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO – RECURSO IMPROVIDO. Embora tenham sido comprovadas as materialidades dos crimes, com a apreensão de entorpecente, arma, munições e motocicleta oriunda de crime, pelo conjunto probatório, não foi confirmada, sem sombra de dúvidas, a autoria ou a participação do réu nos delitos, o que impõe a manutenção da absolvição decretada em primeira instância, em respeito ao princípio do in dubio pro reo."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0005593-83.2013.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 11/03/2020, p: 13/03/2020).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO NAS PENAS DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – RECURSO NÃO PROVIDO. A condenação pela prática do crime de tráfico de drogas exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis acerca da traficância.* ***Sabidamente, meros indícios da prática de um delito não são suficientes e, tendo em vista a fragilidade das provas produzidas durante a instrução processual, a manutenção da sentença é medida que se impõe.*** *Merece destaque, ainda, o princípio da imediatidade, segundo o qual convém prestigiar a valoração da prova pelo juiz da causa e sua livre convicção motivada, tendo em conta a efetiva proximidade que guarda das partes e, por conseguinte, possui melhores condições de avaliar o caso em apreciação e o real contexto dos fatos submetidos a julgamento. Contra o parecer. Recurso não provido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0009338-66.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 11/03/2020, p: 12/03/2020). (G.n.)

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – INSURGÊNCIA CONTRA A SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA E ABSOLUTÓRIA – INSUBSISTÊNCIA – MATERIALIDADE COMPROVADA – MEROS INDÍCIOS DE AUTORIA – DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES QUE NÃO FORAM CORROBORADOS COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE – NEGATIVA DOS AGENTES ACOMPANHA DA CONFISSÃO DE UM DOS CORRÉUS DE QUE A DROGA ERA PARA SEU USO PRÓPRIO – 118 GRAMAS DE MACONHA – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À DESTINAÇÃO COMERCIAL DO ENTORPECENTE APREENDIDO – CONJUNTO PROBATÓRIO VAGO PARA UM DECRETO CONDENATÓRIO – FRAGILIDADE DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – DÚVIDA QUE MILITA EM FAVOR DOS RÉUS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – RECURSO IMPROVIDO. No processo criminal vigora o princípio segundo o qual a prova, para alicerçar um decreto condenatório, deve ser irretorquível, cristalina e indiscutível. Se os réus, em ambas as fases, negam veementemente a prática dos delitos de tráfico e associação para o tráfico de drogas e, o contexto probatório se mostra frágil a embasar uma sentença condenatória, insurgindo dúvida acerca da autoria do fato delituoso, imperiosa é a absolvição, consoante o princípio do in dubio pro reo." (TJMS. Apelação Criminal n. 0021367-43.2018.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 12/12/2019, p: 16/12/2019).

Assim, contra o parecer, nega-se provimento ao recurso ministerial, mantendo a sentença que desclassificou a conduta do apelado para aquela do art. 28, da Lei de Drogas.

Conclusão.

Posto isso, em parte com o parecer, dá-se provimento parcial ao recurso do réu, apenas para o fim de neutralizar, na primeira fase da dosimetria da pena, a moduladora das "consequências" do crime, redimensionando-se a pena nos termos acima. Contra o parecer, nega-se provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial e deram parcial provimento ao recurso defensivo.

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 Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 20 de julho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Juiz Lúcio R. da Silveira
Habeas Corpus Criminal nº 1409440-30.2020.8.12.0000 – Sonora

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – GUERRA ENTRE FACÇÕES – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE REVISÃO DA NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP – PEDIDO NÃO SUBMETIDO À APRECIAÇÃO DO JUÍZO QUE A DECRETOU – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – *WRIT* NÃO CONHECIDO NESTE TOCANTE – PEDIDO DE CUSTÓDIA DOMICILIAR – *HC* COLETIVO 143.641 DO STF – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO – CASO QUE SE ENCAIXA NAS EXCEÇÕES PREVISTAS – CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA, MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDE LEGAL DA AVÓ E NÃO DA GENITORA – EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO EVIDENCIADA – PRISÃO DOMICILIAR INDEFERIDA – RECOMENDAÇÃO N. 62 DE 2020 DO CNJ – REFERENTE À PANDEMIA COVID-19 (CORONAVÍRUS) – SUGESTÃO DE QUE OS MAGISTRADOS REAVALIEM AS PRISÕES PROVISÓRIAS – AVALIAÇÃO A SER FEITA DIANTE DO CASO CONCRETO – PACIENTE QUE NÃO SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO DE RISCO E CRIME QUE FOI COMETIDO COM VIOLÊNCIA – NÃO APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO N. 62/2020, DO CNJ – CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVANTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – *WRIT* PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NA PARTE CONHECIDA, ORDEM DENEGADA – DE OFÍCIO, DETERMINA-SE QUE A AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA REANALISE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES, À LUZ DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 316 DO CPP.

Não pode ser analisado por este tribunal, sob pena de supressão de instância, pedido de revisão da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias (Lei 13.964/19), quando não levado à apreciação em primeiro grau, à autoridade competente para tanto.

É certo que as mulheres indicadas no *HC* Coletivo n. 143.641 do STF, não tem o direito inequívoco à prisão domiciliar, podendo o julgador indeferir referido benefício, tendo em vista as particularidades que envolvem o caso concreto sob sua responsabilidade, desde que presentes as exceções mencionadas no referido julgado. Conquanto, no caso concreto, a paciente possua filho menor de 12 anos, a situação dos autos atrai a incidência das hipóteses em que a Suprema Corte, no *HC* 143641, excepcionou a regra da prisão domiciliar para mães de crianças menores, já que o crime foi cometido com violência, bem como pelo fato da genitora não possuir a guarda legal do infante, de modo que este não se encontra desamparado, estando sob a guarda da avó paterna.

A revogação da prisão provisória, recomendada pelo CNJ com base na adoção de medidas a serem adotada em decorrência da pandemia em questão, não é automática, cabendo ao magistrado, ante o caso concreto, avaliar a possibilidade ou não de revogação da prisão cautelar do acusado. No caso dos autos, as circunstâncias não recomendam a substituição da custódia preventiva por medidas alternativas, diante da gravidade da conduta atribuída à paciente, revestida de violência contra a pessoa.

A presença de condições favoráveis, por si sós, são irrelevantes quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

Tratando-se de *habeas corpus*, cuja finalidade é a de proteger a liberdade de ir e vir do indivíduo, determina-se, de ofício, que a autoridade apontada como coatora, por ser competente para tanto, reanálise a prisão preventiva dos pacientes, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Em parte, com o parecer, conhece-se parcialmente do *writ*, e, na parte conhecida denega-se a ordem. De ofício, determina-se que a autoridade apontada como coatora reanalise a prisão preventiva dos pacientes, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 316, do CPP.

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, nos termos do voto do relator, conheceram em parte do *habeas corpus* e, nessa extensão, denegaram a ordem; e de ofício, determinaram o cumprimento do disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP.

Campo Grande, 24 de agosto de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (Relator)

O advogado Alex Viana de Melo impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor da paciente Vitória Valdina Souza da Silva, apontando como autoridade coatora o juízo da Vara Única da Comarca de Sonora/MS, por ato praticado no bojo dos Autos n. 0000500-61.2018.8.12.0055.

Narra que a paciente foi presa em flagrante em 04/06/2018, acusada de supostamente ter cometido os crimes previstos nos artigos 121, § 2º, I, III, e IV, c/c art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, art. 2º, § 4º, I, da Lei 12.850/13, e art. 244-B da Lei 8.069/90, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

Salienta que "*a última vez que a prisão preventiva da paciente fora analisada foi em 06/12/2019, em sede de Sentença de Pronúncia (f. 2.101-2.146); portanto, faz 229 dias que prescindibilidade da manutenção da prisão preventiva não é avaliada (f. 02)"*, o que contraria o parágrafo único do artigo 316 da Lei 13.964/2019, que determina a reavaliação da segregação provisória a cada noventa dias, tornando a prisão ilegal, motivo pela qual a mesma deve ser relaxada.

Aduz que, face a pandemia do Covid-19 o CNJ editou a Recomendação 62/20, objetivando proteger a saúde das pessoas reclusas, dos magistrados e de todos os agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, em especial da população carcerária que se encontra em estabelecimentos penais com superlotação, e que no Estado de Mato Grosso do Sul a transmissão está atualmente em franca ascensão, passando pelo pico do contágio, de modo que diante destas circunstancias, e atentando-se para a especial condição da paciente enquanto mulher, jovem estudante, primária, de boa família, requer a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Por fim, sustenta que a paciente é mãe do menor *****, nascido em 01/03/2016, ou seja, com apenas 04 anos de idade, não tem antecedentes criminais, possui endereço fixo, portanto, nos termos do artigo 318 do CPP e do *HC* Coletivo n. 143.641/SP, resta autorizada a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no caso em questão.

Assim requer a seja relaxada a prisão preventiva da paciente, reconhecendo-se a ilegalidade, ou, subsidiariamente, seja substituída a prisão preventiva por medidas alternativas, até final julgamento do processo principal.

O pedido liminar foi indeferido (f. 161-163).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (f. 166-170).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem (f. 175-183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Alex Viana de Melo, em favor da paciente Vitória Valdina Souza da Silva, apontando como autoridade coatora o juízo da Vara Única da Comarca de Sonora/MS, por ato praticado no bojo dos Autos n. 0000500-61.2018.8.12.0055.

Narra que a paciente foi presa em flagrante em 04/06/2018, acusada de supostamente ter cometido os crimes previstos nos artigos 121, § 2º, I, III, e IV, c/c art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, art. 2º, § 4º, I, da Lei 12.850/13, e art. 244-B da Lei 8.069/90, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

Salienta que *"a última vez que a prisão preventiva da paciente fora analisada foi em 06/12/2019, em sede de Sentença de Pronúncia (f. 2.101-2.146); portanto, faz 229 dias que prescindibilidade da manutenção da prisão preventiva não é avaliada (f. 02)"*, o que contraria o parágrafo único do artigo 316 da Lei 13.964/2019, que determina a reavaliação da segregação provisória a cada noventa dias, tornando a prisão ilegal, motivo pela qual a mesma deve ser relaxada.

Aduz que, face a pandemia do Covid-19 o CNJ editou a Recomendação 62/20, objetivando proteger a saúde das pessoas reclusas, dos magistrados e de todos os agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, em especial da população carcerária que se encontra em estabelecimentos penais com superlotação, e que no Estado de Mato Grosso do Sul a transmissão está atualmente em franca ascensão, passando pelo pico do contágio, de modo que diante destas circunstancias, e atentando-se para a especial condição da paciente enquanto mulher, jovem estudante, primária, de boa família, requer a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Por fim, sustenta que a paciente é mãe do menor *****, nascido em 01/03/2016, ou seja, com apenas 04 anos de idade, não tem antecedentes criminais, possui endereço fixo, portanto, nos termos do artigo 318 do CPP e do *HC* Coletivo n. 143.641/SP, resta autorizada a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no caso em questão.

Assim requer a seja relaxada a prisão preventiva da paciente, reconhecendo-se a ilegalidade, ou, subsidiariamente, seja substituída a prisão preventiva por medidas alternativas, até final julgamento do processo principal.

O pedido liminar foi indeferido (f. 161-163).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (f. 166-170).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem (f. 175-183).

Considerações iniciais.

Extrai-se dos autos que o paciente, Vitória Valdina Souza da Silva, juntamente com os corréus Rodrigo França, Alexandro Silva dos Santos, Gelson da Silva, João Paulo da Silva, Matheus do Nascimento Silva, Maycon Douglas Almeida Gonçalves da Silva, Odimar dos Santos, Uanderson Ferreira Ananias, e Victor Hugo Lopes da Cruz, forem denunciados pela prática, em tese, dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe), III (meio cruel) e IV (recurso que dificultou a defesa da vítima), c/c art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, art. 2º, § 4º, inciso I da Lei 12.850/13 e art. 244-B da Lei 8.069/90, ambos na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal, porque teria participado de grave homicídio contra Lailla Cristine de Arruda, que foi decapitada com golpes de facão por, supostamente, ser simpatizante da facção Comando Vermelho, enquanto a paciente, em tese, integra a facção criminosa conhecida como PCC, que possui uma ramificação na cidade de Sonora, a qual se dedica à prática de crimes de homicídio, a exemplo do delito sob enfoque nos autos.

Os acusados tiveram sua prisão em flagrante convertida em preventiva, durante a audiência de custódia realizada em 06/06/2018, f. 166-174, Autos n. 0000500-61.2018.8.12.0055, sendo que na ocasião, a presença

do *fumus comissi delicti* contra a ora paciente, foi fundamentado pelo magistrado singular porquanto entendeu haverem suficientes indícios de sua participação no crime, tendo, quanto a isto, destacado que:

> *"(...) os indícios colhidos na fase de investigação apontam que a autuada teve comportamento decisivo nos dois dias que aconteceram o conhecido 'Tribunal do Crime', sendo que a autuada e João Paulo da Silva eram os principais responsáveis em manter contato entre os que estavam presentes no 'julgamento' e os líderes da facção criminosa PCC que mantinham contato telefônico com os demais envolvidos, em uma espécie de teleconferência. E não é só: a autuada mencionou no seu interrogatório que levou a vítima Lailla Cristine de Arruda para o local aonde aconteceu o segundo dia do 'julgamento', a gerar indicativos de participação na facção e no crime. Nesse sentido, depoimento de f. 17-20 e interrogatório de f. 60-61."* (f. 169)

Por sua vez, o *periculum libertatis* foi rigorosamente demonstrado pelo magistrado, uma vez que há indicativos fortes de que a paciente e os demais autuados:

> *"(...) integram o PCC, sendo que estiveram nos locais aonde aconteceram o suposto 'julgamento' pelo 'Tribunal do Crime'. E o cenário até agora apurado aponta que os autuados estariam agindo em Sonora-MS a mando dos líderes da organização criminosa que estariam na Capital. Partindo desse cenário, tem-se como indubitável que a prisão preventiva dos autuados se mostra necessária para desmantelar ou ao menos enfraquecer a facção criminosa PCC que, infelizmente, se instalou no município de Sonora-MS e, consequente, impedira prática de novos crimes, uma vez que o cenário aponta que a organização criminosa estaria disposta a praticar novos crimes graves, inclusive com envolvimento de adolescentes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Min. Luiz Fux, decidiu: A custódia cautelar visando a 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 19/08/2014.)

Posteriormente, em 06/12/2019, sobreveio a sentença de pronúncia, com reavaliação da prisão preventiva da paciente e demais dos acusados, a qual foi proferida, no que importa, nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, julgo procedente a pretensão estatal para pronunciar os réus Rodrigo França, Alexandro Silva dos Santos, Uanderson Ferreira Ananias, Gelson da Silva, Odimar dos Santos, Victor Hugo Lopes da Cruz, Vitória Valdina Souza da Silva, João Paulo da Silva, Maycon Douglas Almeida Gonçalves da Silva e Matheus do Nascimento Silva, conforme art. 413, caput, do Código de Processo Penal, e submetê-los a julgamento pelo Tribunal do Júri desta comarca, dando-os como incurso nas práticas dos crimes previstos no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV do Código Penal, art. 2º, § 4º, inciso I da Lei nº 12.850/13 e art. 244-B da Lei 8.069/90, na forma do art. 69, caput, do Código Penal.*
>
> *(...).*
>
> *Outrossim, nos termos do art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, mantenho a prisão preventiva dos réus, com fundamento na garantia da ordem pública (art. 312 CPP), conforme fundamentos jurídicos já elencados nas decisões de f. 163-165, 167-174, 208-218, especialmente porque mantidos os seus pressupostos ensejadores."* (f. 2145)

No presente *writ* a defesa pretende o relaxamento da prisão preventiva dos pacientes ao argumento de que de acordo com o novo parágrafo único do artigo 316 do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, a necessidade de manutenção das prisões preventivas deve ser revista a cada noventa dias, sendo que a decisão que indeferiu o relaxamento já foi proferida a mais de duzentos dias sem que sua necessidade fosse reavaliada, de modo que deve ser relaxada.

Alternativamente requer a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar seja em decorrência da pandemia do Covid-19 o CNJ seja pelo fato de ser mãe do menor *****, nascido em 01/03/2016, ou seja, com apenas 04 anos de idade, nos termos do artigo 318 do CPP e do *HC* Coletivo n. 143.641/SP.

Do pedido de relaxamento da prisão ante a não reavaliação da prisão a cada 90 dias.

Entende a defesa que a prisão é ilegal posto que transcorrido período superior a 90 (noventa) dias sem a reanálise automática acerca da necessidade da prisão dos pacientes, ferindo assim o disposto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

É cediço que a Lei 13.964/2018 acrescentou ao artigo 316 do CPP o parágrafo único, que dispõe a respeito da revisão periódica da prisão preventiva, pelo órgão que a decretou, a cada 90 (noventa) dias, *in verbis*:

> *"Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*
>
> *Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."*

Ocorre que o próprio artigo afirma que é o juízo que decretou a prisão preventiva o competente para realizar a revisão periódica, e nestes autos, não se tem notícia de que a defesa, lastrada no aludido parágrafo único do artigo 316 do CPP, tenha formulado, na origem, pedido de revisão da referida prisão, inexistindo, portanto, ato coator emanado do juízo da Vara Única da Comarca de Sonora/MS, passível de análise por esta Corte.

De outro vértice, também é certo que os prazos previstos na legislação processual penal não são fatais e improrrogáveis, devendo ser analisado caso a caso, de modo que não é possível determinar, no presente *writ*, a soltura automática da paciente, sem nenhuma ponderação acerca da necessidade de sua manutenção, somente porquanto transcorridos os noventa dias de que trata o parágrafo único do artigo 316 do CPP, como pretende o impetrante.

Destarte, não tendo sido o pedido de revisão levado à autoridade apontada como coatora, tal pretensão não pode ser analisada por este Sodalício, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Neste sentido:

> *"A tese referente à ausência de contemporaneidade não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede o exame do tema diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sobrepujando a competência da Corte local, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal."* (*HC* 513.662/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 26/9/2019).
>
> *"A defesa não especifica o atual estágio do processo nem esclarece se pediu a aplicação do art. 319, parágrafo único, do CPP, ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Assim, não identifico ato coator atribuível ao órgão de segundo grau. É certo que os autos relacionados à Operação Eficiência não ascenderam à instância superior para julgamento de reclamos constitucionais. Portanto, não compete a esta Corte, de forma direta, a revisão da necessidade da manutenção da prisão preventiva. (...) o pedido da defesa deve ser redirecionado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a fim de que o órgão atualmente responsável pelo processo se manifeste sobre a nova lei processual penal."* (STJ, *HC* 577057/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 06.05.2020, DJe 08.05.2020)
>
> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO E TORTURA – PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE REVISÃO DA NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NOS TERMOSDO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – ACOLHIDA. SENTENÇA CONDENATÓRIA – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PACIENTE PRESO DURANTE TODO O PROCESSO – AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA – MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – RELAXAMENTO DA PRISÃO EM DECORRÊNCIA DA COVID-19 – IMPOSSIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA.* ***I – Não pode ser analisado por este tribunal, pena de supressão de instância,***

pedido de revisão da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias (Lei 13.964/19), quando não levado à apreciação em primeiro grau. *II - Ausente o alegado constrangimento ilegal pela negativa do direito de recorrer em liberdade se o paciente permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando demonstrada alteração fática relevante ou ilegalidade do ato que determinou a prisão preventiva. III – A COVID-19 não pode ser empregada como meio de subversão do sistema legal vigente, em especial quando se trata de paciente que não integra nenhum grupo de risco, pessoa jovem (45 anos), sem deficiência ou doença crônica, que não se enquadra nos termos da Recomendação 62/2020 do CNJ. IV – Ordem denegada, com o parecer."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1404597-22.2020.8.12.0000, Ponta Porã, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 29/05/2020, p: 03/06/2020). Grifou-se.

"HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO DE MENORES, ROUBO E TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – REAVALIAÇÃO NONAGESIMAL – PRAZO ARTIGO 316 DO CPP – MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À AUTORIDADE COATORA – REVISÃO QUE CABE AO JUÍZO A QUO – NÃO CONHECIMENTO – FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM – POSSIBILIDADE – 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 – INVIABILIDADE – RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA – SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO EM DECORRÊNCIA DA COVID-19 – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR – INVIÁVEL – CRIME COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA À PESSOA – PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA. ***I - Nos termos do artigo 316 do CPP, a prisão preventiva deve ser reavaliada, de ofício, pelo magistrado prolator da decisum, assim, o pleito deve ser submetido ao juiz primevo****. II – Presentes os motivos autorizadores (fumus comissi delicti – relativo à materialidade e indícios de autoria – e o periculum libertatis – risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I, do Código de Processo Penal – delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de habeas corpus que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação é pela prática de crimes de associação criminosa, corrupção de menores, roubo e tráfico de drogas, mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, isoladamente, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar. III – A Covid-19 não pode ser empregada como meio de subversão do sistema legal vigente, em especial quando se trata de paciente que não integra nenhum grupo de risco, porquanto este não possui deficiência ou doença crônica, tampouco é pessoa idosa, de maneira que não se enquadra aos termos da Recomendação n. 62/2020 do CNJ. IV – Inviável a conversão da preventiva em domiciliar diante da prática de crime cuja execução fora dotada de grave ameaça à pessoa. V – A despeito da alegada ausência de homogeneidade entre a prisão cautelar e a pena projetada, cabe frisar que em sede de habeas corpus mostra-se inviável maiores incursões sobre a quantidade de pena a ser imposta, tampouco se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. VI – Com o parecer, ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1408399-28.2020.8.12.0000, Bandeirantes, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 20/07/2020, p: 23/07/2020) grifou-se

"EMENTA – HABEAS CORPUS – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO POR DUAS VEZES – REAVALIAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CPP – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO CONHECIMENTO – EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – MARCHA PROCESSUAL NORMAL – IMPULSO OFICIAL – PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM. ***Acerca da não reavaliação da prisão, nos moldes do art. 316, parágrafo único do CPP, a questão deve, primeiramente, ser submetida ao juízo de 1ª instância, não podendo***

> ***o pleito ser submetido diretamente a este Sodalício, sob pena de indevida supressão de instância, com violação ao duplo grau de jurisdição.*** *Inexiste o alegado excesso de prazo quando a marcha processual da ação penal está normal e recebeu impulso oficial, tendo o retardo no processamento do feito ocorrido por contribuição da defesa. Súmula 64 do STJ."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1407547-04.2020.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 16/07/2020, p: 21/07/2020). Grifou-se

No entanto, tratando-se de *habeas corpus* cuja finalidade é a de proteger a liberdade de ir e vir do indivíduo, determina-se, de ofício, que a autoridade apontada como coatora, por ser competente para tanto, reanalise a prisão preventiva dos pacientes, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Assim, para evitar a ocorrência da supressão de instância não se conhece deste pedido, no entanto, de ofício, determina-se que a autoridade coatora reanalise a prisão preventiva dos pacientes, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Da pretensão de concessão da prisão domiciliar sob alegação de possuir filho menor.

Por fim, o impetrante sustenta que a paciente é mãe do menor *****, nascido em 01/03/2016, ou seja, com apenas 04 anos de idade, não tem antecedentes criminais, possui endereço fixo, portanto, nos termos do artigo 318 do CPP e do *HC* Coletivo n. 143.641/SP, resta autorizada a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no caso em questão.

Pois bem.

Inicialmente ressalta-se que no *HC* 1408240-56.2018.8.12.0000, interposto em favor da paciente em 31.07.2018, foi analisado este mesmo pedido, o qual foi indeferido por esta Corte à unanimidade. Contudo, frente ao longo lapso temporal decorrido analisa-se novamente o pedido nesta oportunidade.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143641-SP, determinou a substituição da prisão preventiva por domiciliar, de todas as mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. E, de ofício, estendeu a ordem às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

No entanto, a concessão do referido benefício não é irrestrita, comportando exceções, devendo serem observadas as particularidades de cada caso concreto, conforme se extrai do voto do Relator, Minsitro Ricardo Lewandowski, vejamos:

> *"(...) em face de todo o exposto, concedo a ordem 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 crianças e deficientes, nos termos do art. 2.º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estatuais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus desdentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.*
>
> *Estendo a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.*

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP.

Para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará (...).”

Assim, verifica-se do inteiro teor do referido julgado que há situações de exceção em que o dispositivo não é aplicado, quais sejam: em casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, em casos em que se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Por fim, o julgado ainda estabelece que, quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto.

Portanto, é certo que as mulheres mães de criança menor de 12 anos ou grávidas, não tem o direito inequívoco à prisão domiciliar. O Supremo Tribunal Federal não excluiu do julgador a prerrogativa de indeferir a prisão domiciliar às mulheres com filhos menores de 12 anos, tendo em vista as particularidades que envolvem o caso concreto sob sua responsabilidade, desde que presentes as exceções mencionadas no referido julgado.

In casu, a necessidade de manter a prisão preventiva da paciente, encaixa-se na exceção de situações excepcionalíssimas, e decorre da gravidade concreta que reveste o caso, pois se trata de crime cometido com violência, homicídio, bem como há sérios indicativos da periculosidade da paciente, apontada como vinculada à complexa organização criminosa, suspeita de participação em homicídio gravíssimo, motivado por guerra entre facções, com indícios de participação ativa na logística do crime.

Ou seja, trata-se de situação excepcionalíssima que autoriza o afastamento do benefício requerido, sendo que entendimento diverso, possibilitará que uma incalculável quantidade de mães, aproveitando-se da condição de seus filhos, requeiram o benefício para dar continuidade às atividades criminosas.

Assim, no caso em concreto, tem-se “situação excepcionalíssima”, crime cometido com violência, que justifica a mitigação da referida decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que evidenciada a reiteração da paciente, sendo necessária sua segregação para garantia da ordem pública.

Colhe-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – NÃO CABIMENTO – ROUBO MAJORADO – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE INDICIOS AUTORIA – REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REITERAÇÃO DELITIVA – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR (ART. 318, INCISO III, E V CPP) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO AGENTE AOS CUIDADOS DAS CRIANÇAS – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) IV - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade da paciente acarretaria risco à ordem pública, seja pelo modus operandi do delito, em tese, perpetrado, consubstanciado em roubo de veículo, em concurso de agentes, usando arma de fogo para empreender grave ameaça à vítima; seja em virtude do fundado receio de reiteração delitiva, visto que a ora paciente já sofreu condenação por tráfico de drogas, bem como ostenta outros apontamentos policiais em sua folha de

antecedentes criminais, o que revela a repetição de condutas tidas por delituosas e justificam a necessidade da segregação cautelar em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. V - Em 20/02/2018, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus Coletivo n. 143.641, determinou 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 crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. No caso, não constatei circunstância excepcional capaz de conceder a substituição da prisão, uma vez que o crime foi praticado com violência, ademais, extrai-se da leitura do excerto do combatido acórdão 'que o escopo do aludido benefício é a proteção do infante, o que não será alcançado com a concessão da prisão domiciliar à paciente, que oferece riscos aos seus filhos, pois está constantemente envolvida em delitos, inclusive de corrupção de menores'. Habeas corpus não conhecido." (STJ, *HC* 434.681/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 16/03/2018)

Nesse sentido, já decidiram outros Tribunais Pátrios. *In verbis*:

"HABEAS CORPUS – CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO – CINCO VEZES – MANUTENÇÃO PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE CUSTÓDIA DOMICILIAR – HBC 143.641 DO STF – PACIENTE GENITORA DE FILHOS MENORES DE 12 ANOS – INDEFERIMENTO – ANÁLISE CASO CONCRETO – CRIME COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORDEM DENEGADA. 1. Evidenciada, pelas circunstâncias concretas do fato, a periculosidade da Paciente e gravidade da conduta, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na manutenção da prisão, para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. 2. O excelso Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.614-SP não excluiu do julgador a prerrogativa de indeferir a prisão domiciliar às mulheres com filhos menores de 12 anos, tendo em vista as particularidades que envolvem o caso concreto sob sua responsabilidade, desde que presentes as exceções mencionadas no referido julgado. 3. Ordem denegada." (TJDF, *HC* 0703232-80.2018.8.07.0000, Rel. Des. João Timóteo, Segunda Turma Criminal, Acórdão n. 1084664, julgado em 22/03/2018)

"HABEAS CORPUS – LATROCÍNIO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, E ART. 211, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI 8.069/90) – DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO APROFUNDADA, NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS, SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA PACIENTE NO DELITO – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME – PERICULOSIDADE DA AGENTE DEMONSTRADA PELA VIOLÊNCIA EXACERBADA EMPREGADA – EVENTUAIS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI SÓS, NÃO OBSTAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – COMPATIBILIDADE COM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR, COM FULCRO NO ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/STF – VIOLÊNCIA EMPREGADA QUE DENOTA MAIOR PERICULOSIDADE DA AGENTE, AFASTANDO A POSSIBILIDADE DE SUBSITUIÇÃO PELA PRISÃO DOMICILIAR, AINDA QUE COM FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NESTE SENTIDO – ORDEM DENEGADA." (TJPR, *HC* 0006871-98.2018.8.16.0000, Rel. Juíza Substituta em 2º grau Angela Regina Ramina de Lucca, Terceira Câmara Criminal, julgado em 03/05/2018).

E, ainda, decisões deste Sodalício:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – SUPOSTA INTEGRANTE DO PCC – PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS PREENCHIDOS – PRISÃO DOMICILIAR – POSICIONAMENTO DO STF NO HC COLETIVO Nº 143.641/SP – FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS INERENTES – EXCEÇÃO CARACTERIZADA – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. A necessidade da custódia emerge inafastável e interessa à ordem pública, notadamente tendo em vista que no caso concreto despontam até mesmo indícios do envolvimento da paciente com o PCC (Primeiro Comando da Capital), aliando-se a isso a existência de sérios indicativos de reiteração, nocivos à paz social por todos almejada. Nada obstante o acatamento devido ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP, mister se faz observar que a concessão da prisão domiciliar não se afigura imune a exceções, tampouco incide mecanicamente, inobservando as particularidades de cada caso concreto posto à apreciação, tal como, aliás, expressamente consignado no voto do eminente Relator. Como corolário, descabe, no caso em pauta, o benefício pleiteado, vez que as circunstâncias e particularidades vislumbradas encaixam-se perfeitamente nas exceções enfocadas, tanto que à paciente imputa-se a prática dos delitos tipificados no artigo 35, caput, da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico de drogas) e nos artigos 1º e 2º, § 2º, bem como artigo 4º, todos da Lei 12.850/2016 (organização criminosa), vez que, no período compreendido entre 20 de dezembro de 2016 a 18 de abril de 2017, na área territorial do Estado de Mato Grosso do Sul, teria integrado, juntamente com outros indivíduos, livre e conscientemente, cada qual a seu modo, a organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital-PCC, bem como se associado com o fim de praticar, reiteradamente ou não, tráfico de drogas, somando-se a isso que responde por outros feitos, encontrando-se sob custódia em outro feito relativo a tráfico de drogas, além do feito que originou a prisão provisória contra a qual se volta a paciente, que visa apurar e desmantelar complexa associação voltada para o tráfico, com 24 (vinte e quatro) denunciados, em decorrência de longo trabalho de investigação, desencadeado justamente para neutralizar atividades da facção, cujos integrantes estariam a planejar e a determinar a execução de vários ilícitos penais, valendo-se de celulares dentro dos presídios. Acresça-se que os filhos menores não se encontram no momento desamparados, posto que, conforme informado, restou homologado acordo firmado entre a própria paciente e sua irmã, concedendo a guarda das crianças à esta última. 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, ordem conhecida e denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* n. 1402606-79.2018.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 12/04/2018, p: 13/04/2018)

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO CAUTELAR – GRAVIDADE CONCRETA – PERICULOSIDADE – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR – NÃO CABIMENTO NO CASO EM CONCRETO – SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA – MITIGAÇÃO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641/SP – ORDEM DENEGADA. Plenamente motivada é a decisão que aponta a necessidade da custódia cautelar, indicando os pressupostos e os fundamentos da prisão preventiva, que se afigura necessária, sobretudo, para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução e aplicação da lei penal, mormente quando os elementos existentes indicam a gravidade concreta do fato ilícito perpetrado. Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime. Na hipótese, incabível a substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar, pois se tem 'situação excepcionalíssima' que justifica a mitigação da referida decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que o crime foi praticado com extrema violência, tendo a vítima de 73 anos de idade e cadeirante sido executadas com vários golpes de arma branca no rosto e pescoço da vítima, pelo filho da paciente, a seu mando."* (TJMS. *Habeas Corpus* n. 1402297-58.2018.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 17/04/2018, p: 19/04/2018)

Registre-se, ainda, que quanto à prisão domiciliar, a previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do CPP não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar em cada caso concreto a situação da criança e, ainda, a adequação da benesse às condições pessoais do preso. (RHC 76476 / MG)

Vale dizer, é necessário o exercício de ponderação razoável entre a necessidade de acautelamento da ordem pública e o superior interesse do menor.

De outro vértice, no caso concreto, ainda tem-se, além do crime ter sido cometido com violência, outra situação que impede o deferimento da prisão domiciliar.

É que em pesquisa ao Sistema SAJ Comarcas constatou-se a existência da ação de homologação de transação judicial, Autos n. 0800074-45.2020.8.12.0055, interposta pela paciente Vitória, juntamente com Renato Michel (pai da criança) e Quitéria Maria da Silva (avó paterna a criança), na qual pleitearam a homologação do acordo referente à guarda do menor *****, que estabelecia a avó paterna, Quitéria, como responsàvel.

Referido acordo foi homologado pelo magistrado singular nos seguintes termos:

> *"Renato Michel Silva Ferreira, Vitória Valdina Souza da Silva e Quitéria Maria da Silva, ambos qualificados nos autos, ajuizaram demanda visando a homologação de acordo celebrado, no escopo de verem regulamentado os direitos referentes à guarda relativa ao infante *****. Pediram justiça gratuita e juntaram os documentos de f. 01-19. Às f. 29-31, o Ministério Público opinou pela homologação do acordo. É o relatório. Decido. As partes transacionaram a regulamentação dos direitos referentes à guarda em relação ao infante *****, não havendo aparentemente qualquer ofensa aos direitos deste ou daqueles. Por sua vez, o Ministério Público manifestou-se favoravelmente à homologação do acordo (f. 29-31). Ante o exposto, homologo, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, o acordo extrajudicial celebrado entre as partes (f. 01-06), o qual atende ao interesse da criança nos termos da Lei nº 8.069/90. Por consequência, julgo extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do artigo 487, III, 'b', do Novo Código de Processo Civil. Expeça-se termo de guarda. Custas pelos requerentes, ficando suspensa a exigibilidade na forma do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil, em razão da gratuidade da justiça que ora lhes concedo. Dou a sentença por transitada em julgado com a sua publicação, porquanto o acordo entre as partes é fato impeditivo do direito de recorrer (pressuposto de admissibilidade do recurso). Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Após, arquive-se."* (f. 32, Autos n. 0800074-45.2020.8.12.0055).

Assim, porquanto a paciente seja a mãe do menor não é sua responsável, de modo que o infante não se encontra desamparado, estando sob a guarda da avó paterna, Quitéria.

Portanto, verificado que a paciente não é imprescindível para os cuidados do menor, bem como que o crime pelo qual é acusada foi cometido com violência, a prisão domiciliar se mostra insuficiente no caso concreto, razão pela qual indefere-se o pedido.

Pretensão de concessão de prisão domiciliar devido à pandemia do Covid-19.

Por fim, o impetrante, aduz que, face a pandemia do Covid-19 o CNJ editou a Recomendação 62/20, objetivando proteger a saúde das pessoas reclusas, dos magistrados e de todos os agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, em especial da população carcerária que se encontra em estabelecimentos penais com superlotação, e que no Estado de Mato Grosso do Sul a transmissão está atualmente em franca ascensão, passando pelo pico do contágio, de modo que diante destas circunstancias, e atentando-se para a especial condição da paciente enquanto mulher, jovem estudante, primária, de boa família, requer a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

De fato, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n. 62/2020, apontou diretrizes para que os magistrados com competência para a fase de conhecimento, reavaliassem as prisões preventivas, dando

preferência para aquelas que tenham excedido o prazo de 90 dias e/ou quando se tratar de caso envolvendo crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do "Coronavírus".

Não se desconhece da situação de perplexidade e comoção em todo o país, em razão da pandemia causada pelo Covid-19, tampouco a premente necessidade de adoção de medidas preventivas no sistema carcerário, cuidados esses que, salvo melhor juízo, já estão sendo tomadas pelo Ministério da Justiça e pelas Secretarias de Segurança do Estados.

Contudo, é preciso ter em mente que a referida Recomendação 62 do CNJ trata-se, como o próprio nome diz, de uma "Recomendação", ou seja, não determinação, e que ela "sugere", e não "impõe", aos magistrados que "reavaliem" as prisões provisórias. Vejamos:

> *"CNJ, Recomendação 62, de 17.03.2020*
>
> *Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:*
>
> *I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:*
>
> *(...)."*

Assim, a revogação da prisão cautelar, com base na adoção de medidas a serem adotada em decorrência da Pandemia em questão, não é automática, cabendo ao magistrado, ante o caso concreto, avaliar a possibilidade ou não de revogação da prisão provisória do acusado.

No que é pertinente, cita-se o art. 4º da aludida Recomendação:

> *"Art. 4º. Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:*
>
> *I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:*
>
> *a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;*
>
> *b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;*
>
> *c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;*
>
> *II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;*
>
> *III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias."*

Efetivamente, ainda que o momento pelo qual passa o Mundo seja crítico, frente a atual pandemia do vírus Covid-19, conhecido por "Coronavírus", essa situação, por si só, não pode servir de "alvará de soltura" para todo e qualquer indivíduo que se encontre encarcerado, isso porque, é preciso ponderar o direito da

coletividade de ver preservada a paz social, que não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de modo a evitar a reiteração criminosa e a intensificação da insegurança social.

No caso destes autos, a gravidade da conduta imputada à paciente, revestida de violência à pessoa, evidencia que a prisão preventiva é inarredável, em virtude da necessidade imperiosa de promover a garantia da ordem pública, que ficaria seriamente abalada com a revogação ou substituição da custódia.

Além disso, como se sabe, já foi editada pelos ministros de estado da justiça e segurança pública e da saúde, a Portaria Interministerial n. 07, no dia 18/03/2020, determinando medidas a serem adotada pelos presídios, para evitar casos e a propagação do coronavírus, sendo que referidas medidas já vêm sendo adotadas pela AGEPEN, não sendo essencial a concessão da liberdade provisórias para aqueles presos que não estiverem no grupo de risco.

Assim, não se tratando de Paciente inserido no grupo de risco, sua situação não se amolda às situações excepcionais prevista na Resolução n. 62 do CNJ, portanto não se vislumbra urgência para reavaliar, neste momento, o *status libertatis* do Paciente, ainda que sob o pálio da referida Recomendação n. 62/2020 do CNJ.

Nesse sentido, cita-se jurisprudência desta e. 1ª Câmara Criminal:

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGAÇÃO DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL – NÃO CONHECIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 CPP PRESENTES – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E MAUS ANTECEDENTES– PRISÃO DOMICILIAR ANTE EPIDEMIA DE COVID-19 – PLEITO NÃO SUBMETIDO JUÍZO PRIMEVO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PACIENTE NÃO ENQUADRADO EM GRUPO DE RISCO – NÃO CONHECIMENTO – PARCIAL CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM Não se conhece da tese de posse de droga para consumo pessoal, pois esta demanda análise de provas, devendo ser dirimida na instrução da ação penal, posto que incompatível com o rito sumaríssimo do habeas corpus. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na manutenção da prisão, especialmente quando se trata de reincidente específico e com maus antecedentes. Prisão domiciliar, em razão do novo coronavírus, não submetida ao juízo a quo, implica em supressão de instância, mormente quando o paciente não se enquadra no grupo de risco e porque estão sendo implementadas medidas sanitárias em todos sistema prisional."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1403148-29.2020.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 03/04/2020, p: 07/04/2020).

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE, EXTORSÃO, RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA (ARTIGOS 131, 158, 329 E 330, TODOS DO CP) – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – GRAVIDADE CONCRETA DAS CONDUTAS – PACIENTE QUE APRESENTA EXTENSO HISTÓRICO CRIMINAL – PERICULOSIDADE EVIDENCIADA – FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA – SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – PANDEMIA DO COVID-19 – RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INVIABILIZAM A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. I - Inexiste constrangimento ilegal na decretação da custódia preventiva, pois a medida encontra-se justificada na necessidade imperiosa de garantia da ordem pública, diante da gravidade acentuada das condutas imputadas ao paciente (perigo de contágio de moléstia grave, extorsão, resistência e desobediência), dos elementos que sugerem a sua periculosidade e do fundado receio de reiteração delitiva, notadamente por se tratar de agente que apresenta extenso histórico criminal, tudo a evidenciar o risco decorrente de sua soltura. II - A Recomendação n. 62/2020 do CNJ não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos provisórios e definitivos, cabendo a análise das*

circunstâncias de cada caso e das condições pessoais de cada interno, as quais, nestes autos, não recomendam a substituição da custódia preventiva por medidas alternativas, diante da gravidade das condutas atribuídas ao paciente, revestidas de violência e grave ameaça à pessoa, e dos fortes indicativos de periculosidade social, extraíveis do extenso histórico criminal que apresenta. Ademais, a despeito das enfermidades apresentadas, nada impede que o paciente receba o tratamento adequado no interior do estabelecimento prisional e que, em caso de eventual contaminação pelo novo 'Coronavírus', seja inserido em isolamento, bem como que sejam ministradas, de imediato, as prescrições pertinentes na hipótese de aparecimento dos sintomas. III - O cenário concreto, portanto, torna inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois o risco de reiteração delitiva e as demais circunstâncias concretamente analisadas demonstraram que não seriam suficientes para o acautelamento da ordem pública. IV - Com o parecer, ordem denegada, dada a higidez do decreto prisional." (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1408229-56.2020.8.12.0000, Paranaíba, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 24/07/2020, p: 29/07/2020)

Portanto, não pode ser deferida a prisão domiciliar à paciente em decorrência da Pandemia, devendo ser mantida sua segregação.

De outro norte, eventuais condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Nesse sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa, não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, livrando-se da prisão cautelar, visto que essa tem outros fundamentos. A garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como a conveniência da instrução criminar e do asseguramento da aplicação da lei penal fazem com que o juiz tenha base para segregar de imediato o autor da a infração penal grave."* (Código de processo penal comentado. 6. ed. RT. p. 597)

Ainda, esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 3. Condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere (Precedentes). 4. Recurso ordinário a que se nega provimento."* (RHC 59.900/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015)

> *"CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, aliás, sequer comprovadas no caso concreto, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF."* (STJ, 5ª Turma, *HC* 130982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20.10.2009, publ. no DJe em 09.11.2009).

Deste modo, não se mostram adequadas e suficientes, sob um juízo de proporcionalidade, as medidas cautelares diversas da prisão, tampouco o cumprimento domiciliar da custódia preventiva.

Ante o exposto, em parte com o parecer, conhece-se parcialmente do *writ*, e, na parte conhecida denega-se a ordem. De ofício, determina-se que a autoridade apontada como coatora reanalise a prisão preventiva dos pacientes, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Oficie-se, com urgência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto do relator, conheceram em parte do *habeas corpus* e, nessa extensão, denegaram a ordem; e de ofício, determinaram o cumprimento do disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Juiz Substituto em Segundo Grau.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 24 de agosto de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Apelação Criminal nº 0000725-55.2019.8.12.0020 – Rio Brilhante

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA RELAÇÕES DE CONSUMO – PRELIMINAR – NULIDADE DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE – AFASTADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA – INVIABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

O laudo impugnado pela defesa é suficiente para atestar que os produtos estavam fora dos critérios técnicos de qualidade e inaptos para consumo, além de comprovar a materialidade do delito em questão, sendo, deste modo, prescindível a realização de perícia. Ademais, foi realizado por médicos veterinários dos órgãos oficiais, devidamente identificados. Embora tenha constado apenas a assinatura de um Fiscal Estadual Agropecuário, vê-se que se trata de mera irregularidade, tendo em vista que, conforme consta no referido documento, os dois profissionais realizaram a fiscalização. Diante disso, tem-se como preenchidas as formalidades exigidas em lei, devendo ser afastada a preliminar de nulidade arguida.

É inconteste a existência no estabelecimento de produtos impróprios ao o consumo, tais como, carne bovina e suína, frango, peixe, charque, linguiça, sem certificação sanitária, sem rotulagem obrigatória, além de várias caixas de ovos com prazo de validade expirado e também informações obrigatórias sobre a natureza, característica, qualidade e durabilidade de produtos foram omitidas. Há prova documental e oral da materialidade e autoria dos fatos. Acerca da impropriedade dos produtos em razão de estarem expiradas as datas de validade, convém destacar que o art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é norma penal em branco que foi preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir como impróprio uso e consumo de produto cujo prazo de validade esteja vencido. Trata-se, portanto, de crime formal e de perigo abstrato, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Presume-se a lesão ao bem jurídico saúde pública.

De acordo com o artigo 45, § 1º, do Código Penal, a prestação pecuniária será fixada no valor não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, destacando-se que a natureza jurídica dessa reprimenda restritiva de direitos é de sanção penal, portanto, devem ser respeitados os princípios da individualização e proporcionalidade da pena. Impõe-se a manutenção da prestação pecuniária se o valor (R$ 40.000,00) fixado pelo sentenciante mostra-se razoável e proporcional diante da condição financeira do réu e da conduta delituosa praticada.

COM O PARECER – PRELIMINAR AFASTADA E NO MÉRITO, RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 1º vogal, afastaram a preliminar de nulidade arguida pela Defesa e, no mérito, negaram provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Trata-se de apelação criminal interposta por Mauro Schuh em face da sentença de f. 267-282, que o condenou pela prática dos crimes tipificados no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, e artigo 66, da Lei nº 8.078/90, à pena total de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, substituída a por duas restritivas de direito, e 10 (dez) dias-multa.

Em razões recursais, às f. 301-313, a defesa requer, preliminarmente, a nulidade dos laudos periciais acostados aos autos, tendo em vista que não foram devidamente preenchidas as formalidades previstas no art. 159, do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteia a absolvição, argumentando ausência de provas da materialidade delitiva, uma vez que, tratando-se de crimes materiais, a perícia técnica destinada a comprovar que os produtos apreendidos são impróprios para o consumo é indispensável para a sua demonstração. Subsidiariamente, a redução da pena de multa para o *quantum* mínimo estabelecido em lei, a fim de assegurar proporcionalidade à pena corporal.

Em contrarrazões, às f. 323-350, o Ministério Público pugnou pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 363-401, no mesmo sentido. Apresentou prequestionamento.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Trata-se de apelação criminal interposta por Mauro Schuh em face da sentença de f. 267-282, que o condenou pela prática dos crimes tipificados no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, e artigo 66, da Lei nº 8.078/90, à pena total de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, substituída a por duas restritivas de direito, e 10 (dez) dias-multa.

Em razões recursais, às f. 301-313, a defesa requer, preliminarmente, a nulidade dos laudos periciais acostados aos autos, tendo em vista que não foram devidamente preenchidas as formalidades previstas no art. 159, do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteia a absolvição, argumentando ausência de provas da materialidade delitiva, uma vez que, tratando-se de crimes materiais, a perícia técnica destinada a comprovar que os produtos apreendidos são impróprios para o consumo é indispensável para a sua demonstração. Subsidiariamente, a redução da pena de multa para o *quantum* mínimo estabelecido em lei, a fim de assegurar proporcionalidade à pena corporal.

Preliminar.

A defesa pretende, preliminarmente, a nulidade do Laudo de Constatação de Irregularidades, argumentando que não cumpriu formalidade prevista no art. 159 do Código de Processo Penal, uma vez que, o laudo não foi assinado por um perito oficial, de modo que não atendeu todas as exigências legais exigidas.

Sem razão.

O laudo impugnado pela defesa foi realizado por médicos veterinários dos órgãos oficiais, devidamente identificados, os quais atestaram a presença de carnes bovinas, frangos, peixes, carnes suínas, embutidos, produtos lácteos e ovos com os rótulos descaracterizados, provenientes de abate clandestino, sem comprovação de origem e rotulagem obrigatória, sem datas de fabricação e validade.

Referido laudo é suficiente para atestar que os produtos estavam fora dos critérios técnicos de qualidade e inaptos para consumo, além de comprovar a materialidade do delito em questão, sendo, deste modo, prescindível a realização de perícia.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO – PERÍCIA – DESNECESSIDADE – DELITO FORMAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. Consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda produto impróprio ao consumo é suficiente para configurar o delito constante do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90,* ***sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial, desde que existam outros elementos de convicção a respeito, como no caso, mesmo porque se cuida de crime formal, de perigo abstrato.***
>
> *2. Recurso conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, determinar ao Juízo singular que proceda ao trâmite regular do feito, desde o recebimento da denúncia."* (REsp 1.060.917/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/04/2009.)

O artigo 159, § 1º, do Código de Processo Penal dispõe:

> *"Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.*
>
> *§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame."*

Como se vê, na *"falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica"*. O laudo impugnado pela defesa foi realizado por médicos veterinários, portanto, portadores de diploma de curso superior, possuindo pleno conhecimento e capacidade para a realização do laudo.

Embora tenha constado apenas a assinatura do Fiscal Estadual Agropecuário Marco Aurélio Guimarães, vê-se que se trata de mera irregularidade, tendo em vista que, conforme consta à f. 87, o Fiscal Estadual Agropecuário Fábio Souza Nantes, também participou da fiscalização do local. *In verbis*:

> *"Aos 05 (cinco) dias do mês de Dezembro de 2018, às 16 (dezesseis) horas e 30 (trinta) minutos, a fim de apurar denúncia de irregularidades no estabelecimento supracitado, o(s) Fiscal(ais) Estadual(ais) Agropecuário(s) Marco Aurélio Guimarães e Fábio Sousa Nantes, acompanhado do(s) Agentes Fiscais Agropecuários Juvenal Sena da Silva, do Delegado de Polícia Civil da DECON Dr Wilton Vilas Boas de Paula, da Escrivã Renata Bernuci Pereira e do Agente de Polícia Judiciária Marcelo Figueiró da Silva, além das Fiscais da Vigilância Sanitária Municipal Queila Vieira e Ana Beatriz Castelão procederam a fiscalização de produtos e subprodutos de origem animal onde foram constatadas as seguintes irregularidades (...)."*

Diante disso, tenho como preenchidas as formalidades exigidas em lei e afasto a preliminar de nulidade do Laudo de Constatação de Irregularidades.

Mérito.

A defesa requer a absolvição do réu por ausência probatória da materialidade do delito, argumentando que *"não há nos autos laudo pericial que ateste a impropriedade dos produtos caso ingeridos, assim, não há como presumir que o Apelante tivesse vendendo mercadorias em condições impróprias ao consumo."*

Pois bem.

Infere-se da denúncia que denunciado Mauro Schuh, na qualidade de proprietário do estabelecimento comercial "Supermercado Mayfa", estaria expondo à venda mercadorias em condições impróprias ao consumo humano, bem como fez afirmação falsa e enganosa, omitindo informação sobre a natureza característica, qualidade e durabilidade de produtos.

Ao ser deflagrada a operação policial, a equipe de campo constatou que o réu estava comercializando e expondo à venda vários produtos sem autorização pertinente, sem procedência e sem inspeção sanitária, oriundos de abates clandestinos, impróprios para o consumo humano, ao arrepio da legislação de proteção do direito do consumidor, tais como linguiça, charque, frango temperado, peixe sem inspeção, etc. Foi apreendido, ainda, no depósito do referido estabelecimento comercial, várias embalagens de ovos com supressão da data de validade, cuja supressão era obtida por meio de recorte da embalagem na parte reservada para a inserção da data de validade correspondente, para fins de serem reembalados sem a data de validade correspondente.

Em razão dos fatos, o recorrente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 7º, inciso IX, da Lei Federal nº 8.137/90, c/c artigo 66, da Lei Federal nº 8.078/90, na forma do artigo 69, do CP.

Dispõem as normas em comento:

> *"Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:*
>
> *Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.*
>
> *Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *(...).*
>
> *IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;*
>
> *Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa."*

Primeiramente, destaco que a materialidade dos delitos previstos no art. 66, da Lei Federal nº 8.078/90 e art. 7º, inciso IX, da Lei Federal nº 8.137/90, está comprovada pelo Laudo Pericial nº 37.051/DO, às f. 39-51, elaborado por duas peritas criminais, bem como, pelo Laudo de Constatação de Irregularidades, de f. 87-92, além da prova oral colhida durante a instrução processual.

Para elucidar a questão, convém transcrever a prova oral utilizada pelo magistrado *a quo*, evitando-se, de tal forma, a indesejada tautologia:

> *"(...).*
>
> *A autoria, de igual forma, é certa e recai sobre a pessoa do acusado.*
>
> *Ao ser interrogado em juízo (f. 228), o acusado embora tente se desvencilhar de sua responsabilidade, admitiu ter agido de forma errada e asseverou ter ciência de como deveria proceder: 'Que quanto aos ovos a sua ordem era pegar os ovos, no momento em que estourasse a data, levar para o depósito, classificar e os ovos seriam consumidos na panificadora e o restante era feita a troca com o fornecedor; Que não era do seu conhecimento que funcionários recortavam parte da embalagem dos ovos que continha a data de validade; Que depois desse fato dispensou dois funcionários; Que os funcionários queriam mostrar serviço, mas disse que não era assim que funcionava; Que não sabia que os funcionários faziam isso; Que era o responsável por fiscalizar esses funcionários; Que discorda da questão de mercadorias sem procedência, pois tem todas as notas fiscais; Que a parte de manipulação de linguiça, charque foi feita autorização verbalmente, pois estava providenciando documentação para levar na*

Vigilância Sanitária; Que sabia que teria que ter autorização por escrito e por isso está respondendo; Que a parte de carne que estava na câmara fria estava lá com plaquinha para troca; Que os frangos expostos à venda temperados estavam sem data; Que manipularam o produto e não tinham ordem da Vigilância Sanitária; Que o correto era colocar produto a venda com data de vencimento, que era de seu conhecimento, que errou e está respondendo por isso (...); Que manipulou produtos, sem a ordem da vigilância sanitária e estava sem data de validade o que é contrário à legislação; Que para manipulação de linguiça, tinha autorização verbal, mas reconhece que deveria ter por escrito; Que sua documentação já estava na prefeitura, mas por erro seu não protocolou (...)'.

Denota-se, pois, que o acusado é comerciante experiente, proprietário de outros mercados na cidade, e asseverou ter ciência de todos os trâmites a serem seguidos para a manipulação de linguiça, charque e outros produtos de origem animal. Inclusive narrou que manipulou frango, sem autorização da Vigilância Sanitária, os quais ficavam expostos soltos, sem data de validade.

Além disso, o conjunto probatório produzido evidencia que o acusado, de fato, praticou as condutas a ele imputadas na inicial acusatória. Nesse passo, oportuno destacar excerto do depoimento prestado na fase judicial pela testemunha Ana Beatriz Canevari Castelão, fiscal da Vigilância Sanitária do município: '(...) que participou da operação do DECON e deu apoio na qualidade de profissional lotada na Vigilância Sanitária Municipal; Que os produtos apreendidos não possuíam registros no serviço de inspeção e existiam produtos que estavam fora do prazo de validade; Que todas as vezes que apreendem algum produto fazem um auto de apreensão e nesse auto colocam a legislação que está sendo infringida, o motivo da apreensão e descrição dos produtos apreendidos; Que nesse estabelecimento não tinha o registro dos produtos que estava comercializando previamente registrados no serviço de inspeção; Que quando a equipe chegou encontrou os produtos sendo comercializados, eles não possuíam registro; Que tinha mercadoria que foi comprada em um pacote grande e a legislação é clara que para poder fracionar precisa de autorização do serviço de inspeção e registar esse produto, o que não aconteceu (...); Que o material apreendido foi descartado pela IAGRO; Que o funcionário do supermercado estava reembalando e adulterando o prazo de validade de embalagens de ovos mesmo com a presença da vigilância sanitária e demais dentro do estabelecimento; Que observaram que tinha umas larvinhas andando em umas caixas de ovos que estavam expostos à venda para o consumidor; Que constataram que havia ovos que foram adulterados e estavam sendo expostos à venda; Que quando adentraram no depósito do supermercado, havia um funcionário que estava naquele momento abrindo as embalagens de ovos, recortando as embalagens e montando novas embalagens sem data de validade; Que quanto aos produtos fabricados no local, tais como linguiça, charque, entre outros, não havia fiscalização prévia, pois não havia registro do estabelecimento e dos produtos no órgão de inspeção municipal; Que o risco desses produto para o consumidor é que eles podem veicular doenças como cisticercose, brucelose e tuberculose, porque não se sabe a procedência desse produto de origem animal (...)'.

Por sua vez, o investigador de polícia da DECON Marcelo Figueiro da Silva, que participou da diligência, ao ser ouvido em juízo esclareceu: '(...) que foram apreendidas várias quantidades de linguiça e carnes que seriam utilizadas para a fabricação de linguiça, que para fabricação precisa de autorização sanitária e o supermercado não tinha; Que o veterinário da IAGRO viu um funcionário do supermercado cortando as cartelas de ovos que estavam vencidas e substituindo por outra embalagem sem a data de validade; Que no depósito foram encontradas caixas de ovos com data de validade vencida e estavam sendo trocadas por outras embalagens sem a validade para ser expostas à venda; Que as carnes foram apreendidos e realizado auto de destruição, quanto aos ovos foram encaminhados à Delegacia de Polícia para realização de perícia (...); Que o charque, linguiças que foram apreendidos não havia registro; Que como não havia inspeção sanitária se torna produto impróprio para consumo (...)'.

Curial transcrever, ainda, o depoimento da testemunha Marco Aurélio Guimarães, fiscal estadual agropecuário da IAGRO: '(...) que é médico veterinário e integra a equipe da

IAGRO; Que chegaram no estabelecimento e foram acompanhados por funcionários durante a inspeção; Que constataram algumas irregularidades; Que havia frangos expostos à venda, que estava com prazo de validade vencido; Que ele fazia charque sem condições de higiene, linguiça sem autorização; Que encontraram moscas nos frangos expostos à venda; Que também havia peixes (...); Que ele não possuía o registro para fabricação de tais produtos; Que todo produto que não passa por um sistema de inspeção veterinária oficial é considerado impróprio para o consumo, conforme legislação do Ministério da Agricultura; Que se o animal abatido não foi inspecionado pode acarretar em diversas doenças; Que ele estava fraudando a rotulagem de ovos, onde eram cortadas as embalagens para esconder a data de validade vencida e também encontraram ovos com presença de miíase, que são larvas de moscas (...)'.

Por fim, o Delegado de Polícia Civil desta cidade, Alexandre Neves da Silva Júnior informou em juízo que participou do procedimento na delegacia e se recorda que as embalagens de ovos levadas para a unidade policial estavam com a data de validade suprimida e também foi constatado que havia larvas (...)." (f. 273-276)

Esta foi a prova oral colhida em juízo, sob o crivo do contraditório.

Pois bem, é inconteste que existia no estabelecimento produtos impróprios ao o consumo, tais como, carne bovina e suína, frango, peixe, charque, linguiça, sem certificação sanitária, sem rotulagem obrigatória, além de várias caixas de ovos com prazo de validade expirado e também informações obrigatórias sobre a natureza, característica, qualidade e durabilidade de produtos foram omitidas. Há prova documental da materialidade dos fatos às f. 38-53 e 86-92.

Acerca da impropriedade dos produtos em razão de estarem expiradas as datas de validade, convém destacar que o art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é norma penal em branco que foi preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor[1], ao definir como impróprio uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido.

Trata-se, portanto, de crime formal e de perigo abstrato, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Presume-se a lesão ao bem jurídico saúde pública.

É crime de perigo abstrato porque o resultado jurídico exigido pelo princípio da ofensividade configura-se com a probabilidade de dano à saúde pública, uma vez que o sujeito passivo do fato criminoso é a coletividade.

Os crimes contra as relações de consumo constituem situação de perigo e dano à saúde da sociedade, prescindindo da demonstração de efetivo risco de lesão, ainda mais quando se trata de alimentos como ovos, peixes, dentre outros, com prazo de validade vencidos, cuja possibilidade de intoxicação pelo consumo é elevada.

Nesse sentido o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO – ARTS. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, INCISO I, DA LEI Nº 8.078/90 – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 c/c o art. 18 § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/90, sendo despicienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso). Agravo regimental

1 Art. 18. (...)
§ 6º - São impróprios ao uso e consumo:
I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
(...)

desprovido." (STJ - AgRg no AgInt no REsp: 1538154 SC 2015/0140745-4, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 06/12/2016, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 15/02/2017)

Desta forma, tratando-se de produto com prazo de validade vencido não há necessidade de perícia para atestar a impropriedade para consumo, pois o dano à saúde é presumido pelo tipo penal, o que todavia, não é o caso dos autos, ante a existência de laudo pericial de f. 38-53, atestando que os ovos estavam em condições impróprias ao consumo.

O laudo (f. 39-51) de exame realizado nos ovos concluiu:

> *"(...) dentre as embalagens que continham ovos, quarenta e quatro delas apresentavam apenas a porção inferior da embalagem, quando comparadas com as duas embalagens vazias recebidas juntamente para exames. Ademais, na sua porção superior havia fragmentos de embalagens posteriormente envoltos por papel filme, sendo que não continham as informações de lote e dos prazos de produção/embalagem e validade. As outras três embalagens que continham ovos apresentavam apenas a porção inferior da embalagem de acondicionamento.*
>
> *(...).*
>
> *Os ovos recebidos para exames apresentavam odor fétido, contudo diante do fato das embalagens terem vindo acondicionadas juntas em caixa de papelão não foi possível atestar se o odor era proveniente de todas as embalagens ou não. Ainda, uma das embalagens além do odor fétido, apresentava larvas e um ovo quebrado com coloração escura indicando degradação do produto (Imagens 19 a 21).*
>
> *(...).*
>
> *Dentre as embalagens que continham ovos, quarenta e quatro delas não apresentavam todas as informações exigidas por lei. As outras três embalagens que continham ovos não apresentavam qualquer tipo de informação (...)."*

Relativamente aos demais produtos, o Laudo de Constatação de Irregularidades nº 020/2018 (f. 87-92) e vistoria no estabelecimento fora realizada por médicos veterinários dos órgãos oficiais, devidamente identificados, os quais atestaram a presença de carnes bovinas, frangos, peixes, carnes suínas, embutidos, produtos lácteos e ovos com os rótulos descaracterizados, provenientes de abate clandestino, sem comprovação de origem e rotulagem obrigatória, sem datas de fabricação e validade.

Embora não tenha sido realizada perícia em tais produtos, referido laudo de constatação é suficiente para atestar que os produtos estavam fora dos critérios técnicos de qualidade e inaptos para consumo, além de comprovar a materialidade do delito em questão, sendo, deste modo, prescindível a realização de perícia.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO – PERÍCIA – DESNECESSIDADE – DELITO FORMAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1. Consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda produto impróprio ao consumo é suficiente para configurar o delito constante do art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90,* ***sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial, desde que existam outros elementos de convicção a respeito, como no caso, mesmo porque se cuida de crime formal, de perigo abstrato.***
>
> *2. Recurso conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, determinar ao Juízo singular que proceda ao trâmite regular do feito, desde o recebimento da denúncia."* (REsp 1.060.917/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/04/2009.) (G.n.)

Como se vê, restaram provadas a autoria e a materialidade dos delitos imputados ao recorrente, uma vez que, suprimiu a data de validade de produtos expostos à venda, bem como expôs à venda produtos impróprios para o consumo, devendo, portanto, ser mantida a condenação pela prática dos crimes previstos no art. 66 do Código de Defesa do Consumidor e art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990.

Pena pecuniária.

A Defesa pretende a redução do valor da prestação pecuniária substitutiva, fixada pelo sentenciante em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), *quantum* depositado pelo apelante a título de fiança, para o mínimo legal.

Analisando as circunstâncias do caso concreto, tenho que o valor fixado pelo juízo de primeiro grau mostra-se adequado.

De acordo com o artigo 45, § 1º, do Código Penal, a prestação pecuniária será fixada no valor não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, destacando-se que a natureza jurídica dessa reprimenda restritiva de direitos é de sanção penal, portanto, devem ser respeitados os princípios da individualização e proporcionalidade da pena.

No caso concreto, o *quantum* fixado pelo sentenciante, mostra-se razoável e proporcional, tendo em vista a conduta delituosa praticada e a condição financeira do recorrente.

> *"Acerca da prestação pecuniária ensina Luiz Flávio Gomes: Cuidando-se de pena, embora alternativa, não há como fugir do básico princípio de que cada um deve ser punido na medida de sua culpabilidade. (...) cabe ao juiz descobrir, em cada caso concreto, um valor que seja suficiente 'para a prevenção (e reprovação) do delito'. Levará em conta a situação econômica do acusado, até porque ela é inclusive critério componente da medida da culpabilidade."* (Penas e medidas alternativas à prisão. Revista dos Tribunais, 1999. p. 131-132).

A pena substitutiva de prestação pecuniária deve guardar proporcionalidade com a privativa de liberdade e com a condição econômica do réu, de forma que seja suficiente a reprovação e prevenção do delito.

A redução do valor estabelecido em primeiro grau (R$ 40.000,00), retiraria o caráter punitivo da reprimenda imposta, uma vez que restou demonstrado nos autos que o recorrente ostenta boa condição financeira, sendo proprietário de três supermercados na cidade de Rio Brilhante, fato que deve ser observado para a fixação da prestação pecuniária.

Posto isso, mantenho inalterada a pena de prestação pecuniária.

Dispositivo.

Com o parecer, afasto a preliminar de nulidade arguida pela Defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Divirjo em parte do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso defensivo.

Inicialmente devo consignar que, consoante a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, para caracterizar o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estão em condições impróprias para o consumo.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – LEI N. 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO – EXAME PERICIAL – NECESSIDADE – ACÓRDÃO A*

QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL – SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1175679/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

"PENAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido." (REsp n. 1.184.240/TO, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 20/6/2011)

"CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/1990) – DENÚNCIA – PERÍCIA ILÍCITA – EXAME REALIZADO POR MÉDICO VETERINÁRIO – DELITO NÃO TRANSEUNTE – NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO OFICIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL – CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, a impropriedade para consumo dos produtos apreendidos no estabelecimento dos pacientes foi atestada por médico veterinário da Inspetoria Veterinária e Zootécnica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento de Bento Gonçalves, inexistindo qualquer perícia oficial que confirme tal condição. 3. Diante da ausência de laudo firmado por perito oficial ou por duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior, impossível a caracterização do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, motivo pelo qual revela-se imperioso o trancamento da ação penal em exame. 4. Reconhecida a falta de justa causa para a persecução criminal em apreço, ante a inexistência de comprovação da materialidade delitiva, resta prejudicada a análise das demais máculas suscitadas na impetração. 5. Impetração não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes." (*HC* 191.663/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 24/04/2013)

"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ARTS. 7º, IX, DA LEI 8.137/90 E 68 DA LEI 8.078/90 – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – AUTORIA – SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS – MATERIALIDADE DELITIVA – PERÍCIA TÉCNICA – CRIME MATERIAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – EXCEPCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS IDÔNEOS DA MATERIALIDADE DELITIVA QUE AUTORIZAM A PERSECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA – RECURSO PROVIDO. 1. Nos denominados crimes de autoria coletiva ou societários, admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, desde que esteja demonstrado vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada. 2. A mera constatação de que os produtos se mostram impróprios para o consumo não é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/80, sendo necessário laudo pericial para sua comprovação. 3. Recurso provido para trancar a Ação Penal 00220060128630, em curso na 2ª Vara Criminal de Ariquemes/RO." (RHC 24.516/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

Entretanto, na hipótese, não há falar em ausência de materialidade pois, conforme bem destacou a sentença de primeiro grau e o voto do e. Relator, há laudo pericial de f. 38-53 atestando que os ovos estavam em condições impróprias para o consumo.

Assim, mantenho a condenação.

Por outro lado, entendo que assiste razão à defesa quanto ao pleito de redução da pena pecuniária.

Verifica-se que o magistrado singular estipulou o pagamento de R$ 40.000 (quarenta mil reais) a título de prestação pecuniária substitutiva.

Ora, muito embora o colega de instância singela tenha fundamento que o acusado é proprietário de três estabelecimentos comerciais na cidade de Rio Brilhante, o valor arbitrado é manifestadamente desproporcional na hipótese.

Na fixação do valor da prestação pecuniária (art. 43, inc. I do CP), cumpre ao julgador observar os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, fixando-a em valor *"não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos"*. Segundo respeitável escólio doutrinário, a prestação *"deve ser suficiente para a prevenção e a reprovação do crime praticado, levando-se em consideração a situação econômica do condenado e a extensão dos danos sofridos pela vítima."* (cf. Luiz Flávio Gomes. *In* Penas e medidas alternativas à prisão. Revista dos Tribunais, 1999. p. 132).

Assim, ponderando as circunstâncias do caso concreto e, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, fixo o valor da prestação pecuniária substitutiva em R$ 3.000,00, valor este que guarda simetria à pena privativa de liberdade e as condições econômicas do acusado.

Diante do exposto, divirjo do e. Relator para prover parcialmente o recurso apenas para reduzir o valor da prestação pecuniária para R$ 3.000,00.

No mais, adiro ao voto condutor.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 1º vogal, afastaram a preliminar de nulidade arguida pela defesa e, no mérito, negaram provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Recurso em Sentido Estrito/recurso *Ex Officio* nº 0002076-46.2013.8.12.0029 – Naviraí

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ABORTO – PRONÚNCIA MANTIDA – CRIME CONEXO DE CORRUPÇÃO DE MENORES – INDÍCIOS SUFICIENTES – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acertada a pronúncia do acusado, pois, conforme se extrai dos depoimentos dos autos, há indícios suficientes de autoria. Para a pronúncia é desnecessário juízo de certeza a respeito da autoria do crime, bastando que haja um convencimento do magistrado sobre a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Assim, ao juiz 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. Presentes os requisitos previstos no artigo 413, do Código de Processo Penal, o caso é de pronúncia, devendo ser mantida a decisão de 1º grau.

Quanto ao crime de corrupção de menores, igualmente, há indícios suficientes da prática pelo acusado em relação ao adolescente, conforme os depoimentos produzidos na fase judicial. Aplicação da Súmula 500, do STJ.

Com o parecer, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negaram provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 21 de julho de 2020.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Paulo Sérgio de Oliveira, em face da decisão que o pronunciou como incurso nas sanções do artigo 124, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, e artigo 244-B, *caput*, do ECA, ambos na forma do artigo 70, do Código Penal.

Nas razões de f. 307-310, pugna pela anulação da decisão de pronúncia e pela absolvição sumária do recorrente, alegando que a entrega dos medicamentos à adolescente consistiu em conduta atípica, pois não há provas de que a ingestão de tais substâncias foi a causa eficaz do aborto. Em relação ao crime de corrupção de menores, alegou que o recorrente não possuía ciência de que a vítima possuía menos de 18 (dezoito) anos, razão pela qual não deve ser responsabilizado pela conduta.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 315-324).

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 335-344).

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Paulo Sérgio de Oliveira, em face da decisão que o pronunciou como incurso nas sanções do artigo 124, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, e artigo 244-B, *caput*, do ECA, ambos na forma do artigo 70, do Código Penal.

Nas razões de f. 307-310, pugna pela anulação da decisão de pronúncia e pela absolvição sumária do recorrente, alegando que a entrega dos medicamentos à adolescente consistiu em conduta atípica, pois não há provas de que a ingestão de tais substâncias foi a causa eficaz do aborto. Em relação ao crime de corrupção de menores, alegou que o recorrente não possuía ciência de que a vítima possuía menos de 18 (dezoito) anos, razão pela qual não deve ser responsabilizado pela conduta.

Passo à análise.

A decisão de pronúncia foi proferida nestes termos:

> *"(...) trata-se de ação penal pública na qual imputa-se ao réu Paulo Sérgio de Oliveira os delitos de aborto e corrupção de menores.*
>
> *Conforme dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal: 'O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação'. § 1º: 'A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena'.*
>
> *A pronúncia é tão somente um juízo de admissibilidade da acusação de algum crime doloso contra a vida, permitindo o julgamento pelo Tribunal do Júri, somente quando houver viabilidade de haver futura condenação do acusado.*
>
> *A norma acima referida exige que o juízo esteja convencido dos pressupostos necessários (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria), ou seja, não se exige certeza, apenas uma certa probabilidade, de modo a evitar que alguém seja exposto de maneira temerária a um julgamento perante ao Conselho de Sentença formado por membros da sociedade.*
>
> *Outrossim, havendo alguma dúvida fundada em relação aos fatos, deve o juízo pronunciar o acusado, para que os Jurados decidam de forma definitiva, ante a aplicação do princípio do in dubio pro societate.*
>
> *Pois bem. A prova de materialidade restou demonstrada pelos exames laboratoriais de f. 21 e 28.*
>
> *Já os indícios de autoria estão caracterizados pela prova testemunhal e interrogatório do réu.*
>
> *A vítima ***** informou que na época descobriu que havia engravidado, mas que o réu não era o pai. Que mantinha um relacionamento esporádico com o réu. Que pediu ao réu para comprar remédio para ela, e o acusado comprou no Paraguai. Acredita que o réu comprou o remédio porque acreditava que o filho era dele. Que o réu lhe entregou o remédio e a depoente usou. Que a depoente queria realizar o aborto e o réu concordou. Que também se relacionava com a pessoa de Jhordan, e ele não sabia de nada a respeito dos fatos. Não se recorda quanto custava o remédio. Que a gravidez não chegou a um mês quando realizou o aborto. Que estava sozinha quando tomou os medicamentos abortivos. Que não chegou a ir em médico. Que ficou sangrando por alguns dias mas não foi doloroso e não teve sequelas.*

A testemunha José Nilton Motta informou que ficou sabendo dos fatos quando foi chamado na Delegacia. A vítima morava com a mãe dela na época dos fatos, mas ficava em um quarto com a pessoa de Lenaide. Que a vítima contou os fatos para a Delegada, e para o depoente não. Que a vítima apontou para a mulher do local onde ela morava como a pessoa que lhe ofereceu os medicamentos abortivos.

A testemunha Maria Aparecida da Silva Motta informou que ficou sabendo dos fatos por relato da própria vítima, que contou que havia engravidado e por medo, praticou o aborto. Que foi realizado através de remédios que deram a ela. Que ela contou inicialmente que quem lhe forneceu os medicamentos era a senhora da casa onde ela morava, depois afirmou que foi a filha dessa senhora. Que o pai da criança era a pessoa de Jhordan. Que não tem conhecimento acerca da participação do réu.

A testemunha Jhordan Robert Sepulveda Gomes informou que a vítima morava em uma casa de aluguel e não se recorda o nome da proprietária. Ficou sabendo cerca de dois meses depois, pois o pai da vítima foi até sua casa dizendo que o depoente havia a engravidado e o acusando de ter fornecido remédios abortivos, porém, não sabia dos fatos. Não conversou com a vítima sobre os fatos. Não sabe dizer quem forneceu medicamentos abortivos para a vítima, e não conhece o réu.

A testemunha Lenaide Martins informou que a vítima morava em uma casa sua de aluguel. Que a vítima possuía relacionamento com a pessoa de Jhordan e vários homens. Ficou sabendo da gravidez da vítima por sua filha, a quem a ofendida contou. Que viu o exame de gravidez da vítima. Que a vítima disse que queria fazer aborto e a depoente disse que não aceitava isso em sua casa. Que a vítima entrou foi para o Jardim Paraíso, entrou em contato com os homens com quem teve relacionamento, que tomou 'chá' abortivo, e também comprimidos. Que não tem conhecimento quem forneceu o medicamento a vítima. Que a vítima foi dormir em sua casa, e quando a depoente chegou, o vaso sanitário estava com muito sangue, e então a mandou embora. Que segurou os móveis da vítima para explicar a sua família o que tinha acontecido, e que acabou sendo acusada por ela de ter fornecido o medicamento abortivo. Que dentre os nomes citados, a vítima comentou o do réu. Que quando a vítima precisava de dinheiro comentava o nome do réu, mas não sabe como ela conseguia. Que a vítima morou nos fundos de sua casa por cerca de 8 meses. Que a vítima ligava para vários homens pedindo comprimido abortivo, porque ela não queria ter a criança. A testemunha Cássia Aparecida de Souza informou que a vítima morava de aluguel no fundo da casa de sua mãe. Não sabe se a vítima trabalhava. Ficou sabendo da gravidez da vítima porque ela lhe contou, bem como que viu o exame de gravidez. Ficou sabendo que a vítima pediu a um homem comprar o medicamento, e que ela tomou em seu quarto. Que viu o banheiro da vítima com bastante sangue. Que a vítima dizia que iria pedir o medicamento abortivo para a pessoa que a engravidou, só sabendo que era uma pessoa casada, mas não sabe o seu nome.

A testemunha Aparecido Pereira dos Santos informou que fez uma viagem com o réu para o Paraguai no dia 22/12/2012. Após os fatos foi procurado pelo réu em razão dos fatos apurados, para que pudesse depor e confirmar que fez a viagem junto com o acusado. Que possui amizade com o réu desde a infância. Que foi para o Paraguai com o réu a convite dele. Que o réu não comentou sobre ter comprado medicamento abortivo, e que no Paraguai, cada um foi para um lado, se encontrando depois para almoçarem, e não sabe o que o réu comprou.

A testemunha Ronaldo Vieira dos Santos informou que conhecia a vítima de vista, e sempre cruzava com ela em festas. Que a fisionomia da vítima não aparentava ser menor de idade.

A testemunha Karine Aparecida de Souza informou que a vítima saia com o réu toda noite, e descobriu que estava grávida, e não queria ter a criança pelo fato dele ser mais velho e seu amante. Que insistiu ao réu para comprar remédio abortivo. Que foi para o Jardim Paraíso com umas amigas e tomou vários 'chás' abortivos. Que ficou sabendo que o réu foi no Paraguai e comprou o remédio. Que se afastou um pouco da vítima e não conversava mais com ela com frequência. Que a depoente comentou com sua mãe, que foi falar com a

vítima, mostrando a mãe da depoente o exame de gravidez e confirmando tal fato, bem como o desejo de abortar. Que viu muito sangue no banheiro. Que mostrou para sua mãe, a qual disse a vítima que não queria mais que morasse lá, bem como pegou o exame de gravidez. Que a vítima foi embora e mais tarde o pai dela apareceu para buscar seus móveis, onde lhe mostrou o exame de gravidez e lhe contou os fatos, inclusive acerca do aborto. Que a vítima fazia programas, mas via que somente um carro preto pegava a vítima quase todos os dias, e quando engravidou, ela 'ficou doida' atrás dessa pessoa. Que a vítima era de frequentar festas e saia quase todas as noites. Que conhecia a pessoa de Jhordan como um 'ficante' com a vítima e que eles se relacionavam quase todos os dias. A vítima disse que não sabia de quem era o filho, e tinha medo de ser do réu, porque ele tinha idade para ser seu pai e por ter outra família. Que presenciou a vítima ligando para vários contatos pedindo medicamento para fazer o aborto.

O réu Paulo Sérgio de Oliveira confirmou que comprou o medicamento para a vítima, mas que não a induziu a realizar o aborto. A vítima disse que estava grávida e que uma tia havia lhe dado medicamento, mas não tinha surtido efeito, e então pediu ao réu que comprasse o remédio. Que a vítima não disse que o filho era seu. Que entregou o medicamento a vítima no dia 23/12/2012. Que não sabe quando foi feito o aborto. Que não obrigou a vítima fazer o aborto. Que se relacionou com a vítima por quatro vezes, e é casado. Que utilizava preservativo quando se relacionava com a vítima, e que não sabia que ela era menor de idade. Que conheceu a vítima por amigos que passaram o número de telefone dela, e que diziam que ela 'saía'.

Conforme se vê dos elementos colhidos, verifica-se que o réu confirmou que comprou medicamentos abortivos no Paraguai e entregou a vítima que, por sua vez, corroborou a versão, afirmando que fez o uso de tais medicamentos e, assim, realizou o aborto.

Destarte, vê-se dos exames laboratoriais de f. 21 e 28 que em dezembro de 2012 a ré estava grávida, e já em fevereiro de 2013, o resultado foi negativo para gravidez.

Quanto a intenção do réu, independe se obrigou ou não a vítima a realizar o aborto, e a sua suposta participação teria sido efetiva para o resultado do crime, na medida que adquiriu o medicamento e forneceu a vítima, ciente da sua condição de gestante.

Aliás, o próprio réu confirmou que foi procurado pela vítima que lhe pediu tais medicamentos, alegando que já havia tomado outro anteriormente e que não havia surtido efeito.

A participação, segundo a doutrina de Rogério Sanches Cunha, 'consiste na realização de atos que de alguma forma concorram para o crime, sem que o agente ingresse na ação nuclear típica. A participação material ocorre por meio de auxílio ao autor do crime (presente a figura do cúmplice). O partícipe facilita a execução do delito, prestando adequada assistência ao autor principal, sem, contudo, tomar parte na execução da ação nuclear típica[1]'. Convém frisar que a participação é uma conduta acessória, e depende da principal, só sendo punida se eventualmente o autor principal pratica o fato criminoso.

Ainda, a intenção criminosa é exclusiva do autor principal, sendo que o partícipe responde e é responsabilizado de acordo com o grau de participação, ou seja, na medida de sua culpabilidade (art. 29 do CP).

Assim, os elementos colhidos são suficientes para a pronúncia do réu, vez que indicam a probabilidade de que o acusado tenha fornecido os medicamentos a vítima, e o aborto tenha resultado de tal circunstância.

Quanto as alegações defensivas no sentido de que inexistem elementos conclusivos de que o aborto teria sido resultado da medicação entregue pelo réu a vítima, vale ressaltar que os depoimentos convergem no sentido oposto, ou seja, de que o resultado final só teria decorrido em razão da ingestão dos remédios fornecidos pelo réu.

1 **Código penal para concursos**. 12. ed. p. 155-156.

Ademais, ao contrário do que foi afirmado pela defesa, não há evidências acerca do dia exato em que o aborto teria sido realizado e, desta forma, provas inequívocas que possam absolver o réu nesta fase processual.

Em relação ao delito conexo, há elementos suficientes de sua caracterização e embasamento para o decreto de pronúncia.

De acordo com o documento de f. 14, resta provado que a vítima era menor de idade na época dos fatos.

Ainda, a própria ofendida confirmou que provocou aborto em si mesma, delito este previsto no artigo 124 do CP, e consoante todo o exposto nos autos, o fato teria ocorrido em razão dos medicamentos fornecidos pelo réu, motivo pelo qual este está sendo acusado na qualidade de partícipe do delito.

Vale ressaltar que no tocante a este delito, o réu não está sendo acusado de participação, mas sim de autor direto, não prevalecendo a tese exposta pela defesa em seus memoriais.

Outrossim, não há o que se falar em qualquer nulidade, vez que o fato criminoso foi devidamente exposto na denúncia, ainda que de forma sucinto, havendo clara possibilidade do exercício da defesa, tal como foi realizado em sua plenitude no transcorrer da tramitação deste feito.

Desta forma, havendo indícios da participação do réu no crime de aborto provocado pela própria gestante, menor de idade na época dos fatos, passível é a ocorrência do delito de corrupção de menores.

Assim, provada a materialidade e havendo indícios de autoria, compete ao Juízo pronunciar o réu, submetendo-o a julgamento pelo juiz natural: o Tribunal do Júri.

Em relação ao concurso de crimes, vale tecer breves comentários.

O art. 70 do Código Penal, descreve como concurso formal, 'quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior'.

Para a caracterização do concurso formal, são necessárias a unidade de ação e a ausência de desígnios autônomos para os delitos praticados.

In casu, não há nenhuma prova de que o réu tinha prévia intenção de corromper a adolescente e se associar a ela para a prática de delitos, sendo que a corrupção, ao que as evidências colhidas nos autos sugerem, de seu, única e exclusivamente com a prática do aborto provocado pela própria adolescente, em uma só ação.

Desta forma, resta evidenciado o concurso formal entre os crimes, a qual deverá ser aplicada em caso de eventual condenação.

Ante o exposto, com fundamento no art. 413 do Código de Processo Penal, pronuncio o réu Paulo Sérgio de Oliveira, já qualificado nos autos, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri, pela prática dos crimes de aborto provocado pela gestante e corrupção de menores, estando incurso nas sanções do artigo 124, c/c art. 29, ambos do Código Penal, e artigo 244-B, caput, do ECA, ambos na forma do artigo 70 do Código Penal (...)." f. 283-294.

Das provas coligidas na fase anterior à pronúncia, verifica-se que o magistrado agiu com acerto ao determinar o julgamento pelo Tribunal do Júri.

O recorrente, em juízo:

> *"(...) confessou ter adquirido as pílulas abortivas e entregado a ****, a pedido dela. Mencionou que não sabia se o filho de ***** era seu, bem como afirmou não ter induzido a adolescente a realizar o aborto. Ainda afirmou não ter conhecimento de que ***** era menor de 18 (dezoito) anos à época em que se relacionavam sexualmente (audiovisual de f. 256)."*

*****, em juízo, confirmou:

> *"(...) que esteve gestante, na época dos fatos, por um mês, assim como ter pedido para que o recorrente lhe comprasse pílulas abortivas. Afirmou que o réu comprou as pílulas no Paraguai, e ela as ingeriu, abortando o feto. Mencionou que ela e sua vizinha Lenaide, possuíam problemas quanto ao aluguel de uma casa, e Lenaide, ao saber do aborto, por vingança, revelou o ocorrido para seus pais. Disse que por estar com raiva da atitude tomada por Lenaide, chegou a acusá-la, falsamente, de ter lhe dado as pílulas abortivas (audiovisual de f. 237)."*

José Nilton Motta, pai de *****, disse:

> *"(...) que sua filha estava residindo na casa de Lenaide e que ajudou a mesma a retirar seus objetos do local. Falou que Lenaide não queria autorizar ***** a retirar seus objetos da casa, motivo pelo qual procurou a Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência. Disse que sua filha confessou o aborto na Delegacia de Polícia e que, somente após isso, contou para ele sobre os fatos. Relatou que ***** acusou Lenaide de ajudá-la a praticar o aborto e que alguns dias depois, a delegada ligou para ele e contou que ***** tinha mentido sobre os fatos, afirmando, ainda, que sua filha aparentava ser menor de 18 (dezoito) anos de idade (audiovisual de f. 161-162)."*

Maria Aparecida da Silva Motta, genitora de *****, afirmou em juízo:

> *"(...) que soube sobre o aborto depois da ocorrência dele. Falou que estava cuidando de sua própria genitora, que estava com câncer, motivo pelo qual ***** não residia com ela. Afirmou que sua filha contou que havia engravidado e, por medo, realizou um aborto através de remédios. Disse que ***** acusou Lenaide e, posteriormente, Karine, de tê-la ajudado a abortar, mas depois ela acusou o réu (audiovisual de f. 161-162)."*

Karine Aparecida de Souza, em juízo, disse:

> *"(...) ser amiga de ***** e sabia que ela se relacionava sexualmente com o réu, tendo ***** lhe contado que estava grávida. Disse que o réu comprou pílulas abortivas para *****, que as ingeriu e abortou. Mencionou que contou sobre os fatos para Lenaide, sua genitora, e esta última chegou a oferecer ajuda para ***** ter o filho, mas a mesma se negou a tanto e praticou o aborto mesmo assim. Falou que, diante do aborto, Lenaide expulsou ***** da casa que alugava para ela e contou os fatos ao genitor da mesma. Relatou que ***** costumava ir a muitas festas (audiovisual de f. 256)."*

Jhordan Robert Sepulveda Gomes, em juízo, disse:

> *"(...) que namorava ***** na época dos fatos, quando ela residia em uma casa de aluguel. Falou que, após ter terminado o relacionamento com *****, soube, através do genitor da adolescente, que ela tinha realizado o aborto, sendo que, naquela oportunidade, ele o acusou de tê-la ajudado a realizar o ato (audiovisual de f. 161-162)."*

Aparecido Pereira dos Santos, em juízo, disse *"que acompanhou o réu na viagem em que ele adquiriu as pílulas abortivas, mas que não sabia que o mesmo tinha viajado com essa intenção. Falou que, no Paraguai, ele e o réu se separaram por um tempo, sendo que se encontraram para almoçar (audiovisual de f. 161-162)."*

Ronaldo Vieira dos Santos, em juízo, disse *"que é amigo do réu e que chegou a conhecer *****. Afirmou que ***** não aparentava possuir menos de 18 (dezoito) anos de idade, sendo que sempre a avistava*

em festas na cidade (audiovisual de f. 161-162)."

Daniel Alves Rocha, ouvido à f. 178, afirmou *"ser amiga do réu e ter presenciado o momento em que ***** pediu para que ele adquirisse pílulas abortivas para ela. Falou que ***** disse ao réu que se ele não comprasse o medicamento, ela contaria para a esposa do mesmo sobre o relacionamento dos dois."*

A sentença de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, enquanto dever-poder do Órgão Jurisdicional competente, exigindo apenas prova da materialidade e indícios suficientes da participação do acusado na conduta criminosa, elementos que se percebem presentes no caso, mormente pelo depoimento da vítima e testemunha.

Embora o réu negue a autoria em juízo, tal afirmação, por si só, é insuficiente para afastar a pronúncia, porquanto há indícios suficientes da conduta delitiva pelo recorrente.

Registre-se que, de acordo com a jurisprudência pátria, para a pronúncia, é desnecessário juízo de certeza a respeito da autoria do crime, bastando que haja um convencimento do magistrado sobre a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Assim, ao juiz 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").

Nas palavras do processualista Adriano Marrey (Teoria e prática do júri. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 281-282):

> *"Se para a pronúncia é indispensável a ocorrência de fato típico, com indícios bastantes e sérios que apontem o réu como o autor da infração penal descrita, já a impronúncia - ao reverso - envolve um juízo de inadmissibilidade da imputação. O juiz terá verificado a inexistência de prova quanto ao fato objeto da denúncia e serem inconcludentes os indícios da pretendida autoria."*

A propósito:

> ***"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRESENÇA – PROVA DOCUMENTAL – JUÍZO DE CERTEZA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – REVERSÃO DAS CONCLUSÕES – NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – NOTÍCIA ANÔNIMA – VALORAÇÃO – POSSIBILIDADE – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1 O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de conce****ssão** da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. **2. A decisão de pronúncia não revela juízo de mérito mas apenas de admissibilidade da acusação, direcionando o julgamento da causa para o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Para tanto, basta a demonstração da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme disciplina o art. 413 do Código de Processo Penal. 3. Para a verificação dos indícios suficientes de autoria não se exige juízo de certeza, sendo suficiente que haja algum elemento de prova, ainda que indireto ou de menor aptidão persuasiva a indicar a probabilidade da autoria. 4. Tratando-se de crime contra a vida, presentes indícios da autoria e materialidade, deve o acusado ser pronunciado, cabendo ao Tribunal do Júri respectivo proferir o juízo de mérito aplicável ao caso.** *5. O reconhecimento da inexistência absoluta de provas quanto aos indícios suficientes de autoria não encontra amparo na via do mandamus por exigir revolvimento das provas produzidas na procedimental criminal. 6. A despeito da notícia anônima sobre eventual prática criminosa não ser idônea, por si só, para*

> *respaldar a instauração de inquérito policial ou deflagração de ação penal (HC n. 275.130/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, Dje 23/4/2014), não menos certo que tendo sido as mesmas precedidas de procedimentos investigatórios preliminares e havendo outros elementos probatórios idôneos no mesmo sentido e os quais possuem pessoas devidamente identificadas e individualizadas, como na espécie, possível sua respectiva valoração para fins de prolação da sentença de pronúncia, para a qual, é suficiente elementos probatórios com menos poder de persuação, sendo exigidos provas com juízo de certeza, apenas para a formação de convicção do Conselho de Sentença quando do julgamento em Plenário do acusado. 7. Habeas corpus não conhecido."* (*HC* 380.264/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017). (Destaquei)

Corrupção de menores.

Há indícios suficientes da prática do crime de corrupção de menores pelo acusado em relação à adolescente *****, conforme os depoimentos produzidos na fase judicial acima mencionados.

Ainda, a Súmula 500, do STJ dispõe: *"A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal."*

Por se tratar do delito formal, o crime previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prescinde da comprovação de anterior inocência do adolescente, bem como de prova da efetiva corrupção. Assim, por estarem os delitos de aborto e corrupção de menores no mesmo contexto fático, mantem-se intacta a sentença de pronúncia.

Desse modo, presentes os requisitos previstos no artigo 413, do Código de Processo Penal, o caso é de pronúncia, devendo ser mantida a decisão de 1º grau.

Os dispositivos legais prequestionados foram analisados ainda que implicitamente.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. 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 julho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Habeas Corpus Criminal nº 1410586-09.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ROUBO MAJORADO – PEDIDO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE GÊNERO – TRANSEXUAL – MANUTENÇÃO DA PREVENTIVA – DETERMINAÇÃO DE PRAZO PARA TRANSFERÊNCIA DO INTERNO – ORDEM DENEGADA.

Tendo em vista que a autoridade coatora já determinou a transferência do paciente para estabelecimento prisional adequado para a sua condição de gênero e diante da periculosidade evidenciada, mantem-se a segregação cautelar. Determino, porém, que seja oficiada à AGEPEN, para que, no prazo de quinze dias, cumpra a transferência do paciente ao estabelecimento adequado, conforme determinação do juiz *a quo*.

Com o parecer, 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, denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 1º de setembro 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 pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor do paciente Alex Ferreira Torres, nome social Alyce Ferreira Torres, denunciado pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, VII, do Código Penal. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Rio Brilhante-MS.

Sustenta que foi realizado pedido de transferência do paciente para uma unidade penal feminina, por se tratar de mulher transexual, o que foi deferido em parte, ponderando o juízo que *"o estabelecimento penal feminino local propiciaria a condição de gênero, porém, não garante a segurança da interna, o que redundaria no seu isolamento, uma vez que não há alojamentos específicos para pessoas de sua condição, além de estar em reforma e com sua capacidade reduzida."*

Afirma que a prisão preventiva deve ser relaxada, uma vez que a condição de transexual impede que o paciente permaneça custodiado no estabelecimento prisional masculino com mais 17 presos.

Requer a restituição da liberdade ao paciente, pela ocorrência de ilegalidade na execução de sua prisão preventiva ou, subsidiariamente, sua colocação em regime domiciliar.

Requisitadas informações, elas foram prestadas às f. 147-148.

O pedido liminar foi indeferido, f. 150-152.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, pela denegação da ordem, f. 160-166.

Consigna-se que o paciente encontra-se preso desde 31 de março de 2020.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em favor do paciente Alex Ferreira Torres, nome social Alyce Ferreira Torres, denunciado pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, VII, do Código Penal. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Rio Brilhante-MS.

Sustenta que foi realizado pedido de transferência do paciente para uma unidade penal feminina, por se tratar de mulher transexual, o que foi deferido em parte, ponderando o juízo que *"o estabelecimento penal feminino local propiciaria a condição de gênero, porém, não garante a segurança da interna, o que redundaria no seu isolamento, uma vez que não há alojamentos específicos para pessoas de sua condição, além de estar em reforma e com sua capacidade reduzida."*

Afirma que a prisão preventiva deve ser relaxada, uma vez que a condição de transexual impede que o paciente permaneça custodiado no estabelecimento prisional masculino com mais 17 presos.

Requer a restituição da liberdade ao paciente, pela ocorrência de ilegalidade na execução de sua prisão preventiva ou, subsidiariamente, sua colocação em regime domiciliar.

Passo à análise.

A defesa alega que a permanência na unidade prisional masculina em que o paciente se encontra não lhe preserva, por inteiro, a dignidade inerente à identidade de gênero, de modo que a prisão deve ser relaxada.

Sabe-se que o tema tratado no presente *habeas corpus* é bastante complexo e demanda urgentemente de uma atuação legislativa, a fim de que possam os Estados, bem como as unidades prisionais a se atentarem aos presos que se intitulam transexuais.

Evidente que o sistema carcerário não dispõe, ainda, por se tratar de um tema recente e ainda em discussão, de meios de cumprimento de medidas assecuratórias especificamente para pessoas transexuais, que, conforme bem salientou o i. Defensor Público e segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina de n° 2.265/2019, especifica no seu artigo 1º, § 3º, o seguinte: *"Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher."*

Quanto ao tema tratado neste *habeas corpus*, tem-se que a autoridade dita coatora determinou a transferência do paciente a um local que possua estrutura para atender a sua condição, de modo que diante da periculosidade do paciente (gravidade concreta do crime em que foi denunciado), lhe foi negado o pedido de relaxamento da prisão.

Em atenção à necessidade da prisão preventiva e manutenção do encarceramento, extrai-se do interrogatório judicial do paciente que este confessou a prática delitiva, informando inclusive que a prática do roubo foi cometida para adquirir mais entorpecentes. Afirmou que sempre portava uma faca e faz uso de entorpecente, além do que já cumpriu medida sócio-educativa pela prática de crime análogo a homicídio e foi preso, pela suposta prática do crime de roubo, cinco meses após ter deixado a UNEI.

Pelo que se observa dos autos, o dito constrangimento ilegal, que o paciente esteja sofrendo, pode ser cessado com o cumprimento da medida estabelecida pelo julgador *a quo*, qual seja, transferência do interno para local adequado.

Assim, como se observa das informações prestadas, a dita autoridade coatora já determinou a transferência do interno, ou seja, reconheceu a vulnerabilidade e a condição de transexualidade do paciente, de modo que tal decisão deve ser cumprida. Assim, o mais salutar no presente caso, equilibrando-se os Princípios norteadores do Direito, é que conceda um prazo para que a AGEPEN cumpra a determinação do magistrado *a quo*.

Pelo exposto, com o parecer, denego a ordem para o fim de manter o encarceramento do paciente, porém, determino que a AGEPEN cumpra a decisão de transferência do interno Alex Ferreira Torres, nome social Alyce Ferreira Torres, no prazo de quinze dias.

Se vencedor o presente voto, oficie-se à AGEPEN, encaminhando-se cópia do presente ao Juízo Criminal de Rio Brilhante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

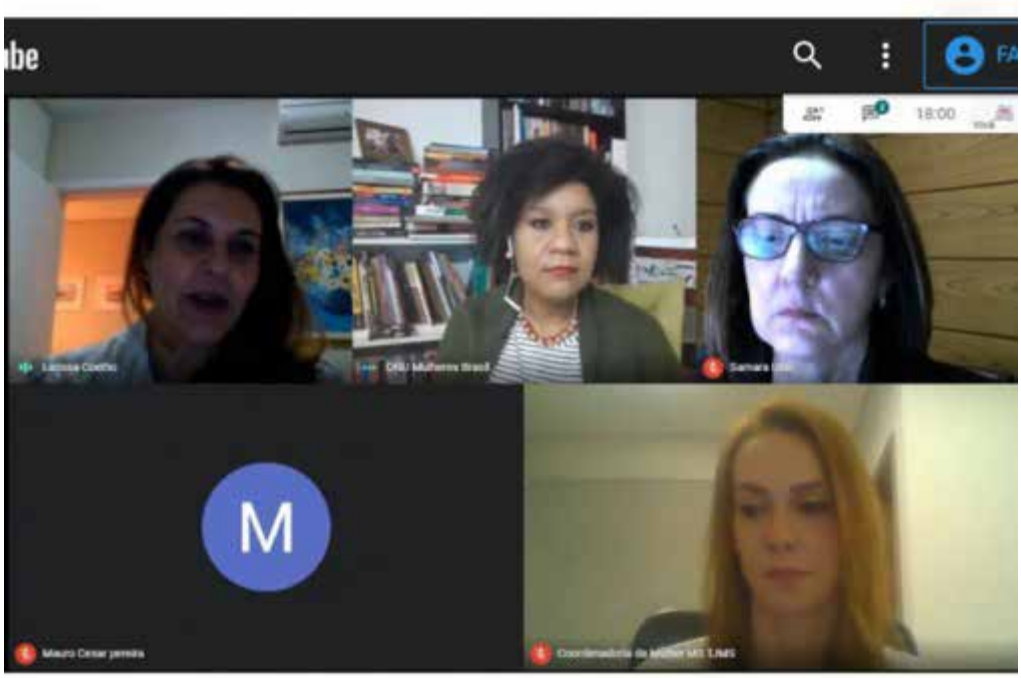
Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 1º de setembro de 2020.

***

Noticiário

1º Webinário de Violência de Gênero reúne mulheres de destaque nacional - 10/07/2020



Com a participação de mulheres de destaque no cenário nacional, foi realizado na tarde desta sexta-feira (10) pelo canal do Youtube do Tribunal de Justiça de MS, o seminário online "Integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário: Estratégias de Comunicação e Mobilização", como parte da programação do 1º Webinário sobre Violência de Gênero do TJMS, realizado pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, em parceria com a Escola Judicial (Ejud-MS). O tema central das discussões foi o objetivo nº 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), o qual discorre sobre ações de enfrentamento para o fim da desigualdade de gênero.

A abertura foi feita pela juíza Helena Alice Machado Coelho, que está a frente da Coordenadoria da Mulher em Mato Grosso do Sul. Na sequência, a conselheira Maria Cristiana Ziouva, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), coordenou os trabalhos. Em sua saudação inicial, a conselheira recordou, com muita alegria, que exatamente neste dia 10 de julho completa-se o primeiro mês da campanha nacional "Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica", já atingindo grande êxito, "sobretudo neste momento em que as mulheres estão encarceradas vivendo com seus agressores em decorrência da pandemia".

Além de enaltecer as duas palestrantes, "duas mulheres excepcionais e que estão engajadas na integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário nacional", Maria Cristiana recordou que o mesmo tema contemplado pelo objetivo n. 5 da agenda estava em pauta em 1984 quando o Brasil aderiu à convenção da Assembleia Geral da ONU onde se tratava de todas as formas de eliminação da discriminação contra as mulheres: "algo que se discutia em 1980 e parece que estamos, infelizmente, falando para a atualidade, lembrando que somente em 1993 a violência contra a mulher foi reconhecida como violação aos direitos humanos no país", refletiu. A conselheira é supervisora da Política Judiciária Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres do CNJ.

Em sua exposição, a também conselheira do CNJ, Maria Tereza Uille, a qual coordena o comitê interinstitucional do CNJ que trata da integração do Poder Judiciário com a Agenda 2030 da ONU, trouxe uma explicação sobre o que é a Agenda 2030, que consiste numa agenda internacional de direitos humanos com objetivos, metas e indicadores.

A conselheira ressaltou que o Poder Judiciário do Brasil é o primeiro do mundo que está integrando a Agenda 2030 ao seu trabalho. E para implantar a agenda, defende Maria Tereza, o movimento estatístico de disponibilização de dados dos tribunais "é muito importante para não olhar o objeto, mas o sujeito".

Segundo ela, o grande desafio da Agenda 2030 não é ser uma agenda global e sim desagregar do nacional para o estadual, e do estadual para o municipal, podendo se chegar até os bairros: "É isto que vai fazer com que as políticas públicas locais se fortaleçam", dando ênfase em sua fala final que "romper com este cenário significa dar mais visibilidade aos dados, pois eu acredito que esta é a melhor forma que nós temos de estimular a agenda 2030 nos poderes e instituições".

A última palestrante do webinário foi a assessora de comunicação e advocacy da ONU Mulheres Brasil, Isabel Clavelin, jornalista e doutora em comunicação pela Universidade de Brasília (UnB). Ela começou sua exposição apresentado um relato histórico desde quando a ONU começou nos anos de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no qual reafirmou a igualdade entre os sexos no seu primeiro artigo, passando por todos os movimentos das décadas seguintes no Brasil e no mundo, até se chegar às 12 áreas de preocupação do plano de ação da conferência de Pequim, realizada no ano de 1995, e o quanto esta agenda foi sendo refinada até se culminar a Agenda 2030.

Num costurado muito claro, mostrou como a luta pela igualdade de gênero é um assunto em discussão há várias décadas e ainda irá ser pauta por muito tempo. A jornalista fez questão ainda de enaltecer a parceria no ano de 2019 com a Coordenadoria da Mulher do TJMS que resultou, de forma pioneira no país, no 1º curso piloto "Mulheres Indígenas e Mídias Sociais – da Invisibilidade ao Acesso aos Direitos", realizado para a comunidade indígena de Dourados, que contou com uma facilitadora indígena coordenando todo o curso.

Em sua mensagem final, Isabel Clavelin reflete que "estamos falando de questões muitas sérias, que atingem diversas mulheres, em várias esferas sociais, e, de forma mais intensa ainda, mulheres negras da periferia, idosas, do campo, da floresta e indígenas, de modo que a violência contra a mulher é muito perversa".

Finalizando os debates, a juíza Helena Alice agradeceu, em nome da Presidência do Tribunal de Justiça, a participação das ilustres convidadas, já solicitando o apoio delas em futuras ações que certamente virão, "porque nós da Coordenadoria da Mulher vamos continuar porque acreditamos, de verdade, num mundo melhor".

Saiba mais – O 1º Webinário sobre Violência de Gênero para discutir "Políticas e prestação jurisdicional sob a perspectiva de gênero" é uma realização do Tribunal de Justiça por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, em parceria com a Escola Judicial (Ejud-MS).

A ação foi desenvolvida com o objetivo de disseminar conhecimento, criar espaços de debates e de trocas de experiências no atual contexto de isolamento social. Esta é a primeira vez que a Coordenadoria da Mulher realiza uma ação dessa magnitude, com a presença de participantes de reconhecimento nacional no assunto.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação

ECA completa 30 anos na defesa dos direitos de crianças e adolescentes - 13/07/2020

Nesta segunda-feira (13), o Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido como ECA, completa 30 anos, três décadas de vigência em defesa de crianças e adolescentes. Não só nos meios jurídicos, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, tornou-se um marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes no país.

A Desa. Elizabete Anache, que responde pela Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS, aponta que a data é extremamente significativa para ressaltar a necessidade da implementação da lei que defende os direitos de crianças e adolescentes de maneira avançada que infelizmente ainda não é integralmente cumprida no Brasil.

Ela ressalta que o ECA é um marco na proteção da infância por reforçar a ideia de que criança tem prioridade absoluta. Antes de comandar a CIJ, a magistrada julgou processos da área da infância em primeiro grau durante anos e garante que a desigualdade ainda é o maior desafio, em especial nas áreas da educação e saúde, que são direitos fundamentais aviltados para a maior parte da população infantojuvenil.

Elizabete acredita que a mudança desse panorama depende da formulação e implementação de políticas públicas que o próprio ECA prevê, com o sentido de conferir às crianças e aos adolescentes a prioridade absoluta exigida pela Constituição. Para ela, não é necessário criar novas leis: basta cumprir o Estatuto.

"Um dos aspectos que o Poder Público deveria se preocupar é a criação de Núcleos de Atendimento Integrado, conforme prevê o ECA, a fim de que o atendimento de crianças e adolescentes que necessitem de medidas de proteção seja mais ágil, com a centralização dos serviços públicos em um único local", completou.

Questionada sobre o entendimento de muitos magistrados contra a redução da maioridade penal, como forma de reduzir o número de crimes cometidos por adolescentes, ser uma medida que se afasta do âmago do problema, servindo de "camuflagem", a coordenadora da CIJ lembrou que existem vários estudos demonstrando que as medidas socioeducativas previstas no ECA, quando bem aplicadas, são eficazes e evitam que o adolescente em conflito com a lei se envolva em novos atos infracionais e torne-se mais um adulto na massa carcerária do país.

A juíza Katy Braun do Prado, da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso da Capital, apontou importantes avanços nas áreas de acesso à saúde, alimentação, educação, diminuição do afastamento de filhos dos seus pais por motivo de pobreza e do trabalho infantil.

"Lamento que, apesar das políticas públicas existentes, 18,2 milhões de crianças de 0 a 14 anos ainda vivem em situação de pobreza no país, o que representa 43,4% de todas as crianças nessa faixa etária, situação que as afasta das oportunidades para um crescimento integral, em condições de liberdade e dignidade. Tal cenário atesta que, como sociedade, ainda temos muito trabalho pela frente", afirmou Katy.

Para o juiz Evandro Endo, da comarca de Itaporã, os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser comemorados principalmente em razão de o ECA não ter se tornado "letra morta", tratando-se de diploma normativo que vem se adaptando com o passar do tempo como, por exemplo, as alterações legislativas recentes que visaram à proteção integral dos menores de 18 anos.

"Imprescindível pontuar que, de maneira pioneira, o TJMS criou a Coordenadoria das Varas de Execução de Medidas Socioeducativas (COVEMS/GMF), seguindo a prática de sucesso da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (COVEP/GMF), buscando garantir de forma eficaz e contínua o desempenho de suas atividades de fiscalização e monitoramento, notadamente aquelas que dizem respeito à produção de informações e dados sobre o sistema de justiça juvenil", mencionou.

No entender do juiz de Itaporã, tal iniciativa do TJMS permitirá melhor gerenciamento de vagas em unidades de internação, acurada fiscalização das medidas socioeducativas e saudável inserção dos menores infratores no mercado de trabalho e no retorno aos estudos.

"Assim, é possível concluir que, apesar de ter completado 30 anos, o ECA vem se adaptando às novas realidades, reinventando-se para, dentro da realidade brasileira, continuar protegendo, priorizando e privilegiando a criança e o adolescente, seja em sua matriz protetiva, seja em sua vertente socioeducativa", concluiu.

O juiz Maurício Cleber Miglioranzi Santos, da comarca de Corumbá, aponta que o advento do ECA consolidou na sociedade a condição da criança/adolescente como pessoa em especial condição de desenvolvimento.

"Ao largo das críticas sobre a superproteção gerada, também vivemos o momento de reconhecer o já consagrado quem ama educa, e isso significa que pais, mães e responsáveis devem educar com moderação, pois têm o direito de exigir obediência dos filhos e a realização de tarefas compatíveis com sua faixa etária, o que não significa chancela aos maus tratos, à exploração do trabalho ou mesmo à palmada. Por outro lado, surgiram novos desafios: obesidade infantil, exploração comercial e uso abusivo de internet, bem como o abuso sexual intrafamiliar, que embora histórico, começa a ser desvelado e rechaçado pela sociedade", conclui o juiz de Corumbá.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Lançado protocolo brasileiro de entrevistas em depoimento especial - 16/07/2020

O Brasil agora tem um Protocolo de Entrevista Forense com Crianças e Adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. A novidade foi lançada nesta quarta-feira (15), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância no Brasil (UNICEF no Brasil) e pela Childhood Brasil.

O protocolo consiste em um método de entrevista semiestruturado, flexível e adaptável ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, para facilitar a escuta protegida sobre alegações de violência contra eles perante as autoridades. Importante lembrar que, agora lançado, o protocolo será incorporado como um procedimento no depoimento especial.

Conforme preconiza o art. 12 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o protocolo contribui para ampliar as oportunidades para que crianças e adolescentes sejam ouvidos em todos os processos judiciais e administrativos que lhes afetem. Ele também foi formulado em consequência da implementação da Lei nº 13.431/2017 e oferece uma metodologia de tomada de depoimento especial.

Para capacitar os técnicos que utilizarão esse protocolo dentro da escuta protegida, nos próximos dias o Conselho Nacional de Justiça deve abrir uma capacitação e, nesse primeiro momento, serão apenas 150 vagas para profissionais de todo o Brasil, contudo poderão participar somente os técnicos que participaram do curso de introdução aos direitos na infância e antigo curso de depoimento especial do próprio CNJ.

“A partir da capacitação começaremos a utilizar finalmente o protocolo brasileiro, cujo lançamento foi muito esperado. Antes usávamos o protocolo PEACE do Reino Unido. O brasileiro teve como parâmetro o NCAC, mas adaptado à realidade brasileira. Protocolo desenvolvido, testado e validado cientificamente no Brasil”, explicou a coordenadora de Apoio às Articulações Interinstitucionais da Coordenadoria da Infância do TJMS, Doemia Ceni.

A Desa. Elizabete Anache, que responde pela Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) em MS, destacou que Mato Grosso do Sul realiza o depoimento especial em todas as suas comarcas. “Os magistrados sempre compreenderam a importância da escuta especializada a fim de reduzir o dano causado às vítimas ou testemunhas de violência, sem que ocorra nova vitimização”, completou.

Ressalte-se que o depoimento especial é uma forma de garantir um depoimento sem constrangimentos para vítima e/ou testemunha, além de garantir uma abordagem diferenciada. A entrevista é conduzida por um servidor capacitado da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do TJMS, que fica em uma sala com a vítima/testemunha.

De outra sala, juiz, promotor de justiça, defensor público e demais presentes acompanham a transmissão de áudio e vídeo do depoimento. As perguntas são transmitidas por um ponto ao entrevistador, que as repassa em uma abordagem diferenciada.

Confira no arquivo anexo a íntegra do Protocolo de Entrevista Forense com Crianças e Adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Alcance: Vítima indígena aciona a justiça pelo Protetivas On-line - 17/07/2020

O projeto Protetivas On-line recebeu essa semana os primeiros pedidos de medidas protetivas de vítimas de violência doméstica, fazendo uso da nova solução tecnológica do TJMS. No entanto, um pedido registrado nesta sexta-feira (17) chamou a atenção: uma indígena que, pela primeira vez, solicitou uma medida protetiva de urgência.

Por serem pedidos que envolvem segredo de justiça e principalmente por respeito a quem busca o auxílio da justiça, não será possível identificar a vítima, bastando dizer que seu agressor já bateu nela, roubou suas coisas e tentou matá-la várias vezes.

A mulher chegou há pouco em Campo Grande, informou não saber onde está situada a Casa da Mulher Brasileira e nem ter condições financeiras para se deslocar até lá. A juíza que analisa a concessão ou não de medidas protetivas da Capital, Jacqueline Machado, é a idealizadora da proposta que permite às mulheres vítimas acionar a justiça on-line.

Ao saber do alcance da iniciativa, que implantou o projeto-piloto em Campo Grande, a juíza Helena Alice Machado Coelho, coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, comemorou. "O Protetivas On-line está possibilitando efetivamente o acesso das mulheres, sobretudo as mais excluídas socialmente à justiça. Estamos comemorando o sucesso".

A juíza Jacqueline Machado lembra que a possibilidade de solicitar medidas protetivas pela internet foi pensada justamente para atender casos em que as circunstâncias decorrentes da pandemia impeçam que muitas vítimas se desloquem em busca de ajuda. Ela aponta que, nesses casos, a ajuda pode ser acionada por celular, tablet, notebook ou computador – qualquer destes aparelhos com conexão com a internet e possibilite acessar o serviço, que está disponível no https://sistemas.tjms.jus.br/medidaProtetiva.

"A protetiva on-line facilita e democratiza o acesso à justiça para muitas mulheres que estavam invisibilizadas, cujos obstáculos para procurar a justiça, até então, eram intransponíveis. Mulheres que estavam sofrendo caladas e muitas vezes com uma vulnerabilidade dupla em razão da condição financeira precária. É a verdadeira concretização da expressão 'acesso à justiça'", afirmou.

Ressalte-se que o projeto Protetiva On-line abrange apenas Campo Grande e tem validade durante todo o período da pandemia, quando muitas mulheres estão mais tempo próximas dos agressores, dificultando, muitas vezes, o pedido de socorro.

Como solicitar – Para fazer o pedido de uma medida protetiva on-line, basta acessar o banner no site do Tribunal de Justiça (www.tjms.jus.br) ou, na página inicial, na parte "Serviços Online" clicar em "Protetivas On-line", que é o último serviço listado.

Um detalhe para quem acessar o site pelo celular: nesse caso, a versão mobile da página do TJ apresenta uma versão bastante resumida, e, ao clicar no link "versão clássica", uma nova janela se abrirá com a versão completa da página inicial.

Ao acessar o serviço, a vítima deve criar um login (ex: nome.sobrenome), inserir uma senha de 8 dígitos e informar um e-mail. Ao completar este cadastro inicial, abrirá uma próxima página onde a vítima deverá informar seus dados pessoais e os dados do suposto agressor, respondendo algumas perguntas importantes para que a juíza possa analisar o pedido.

A vítima poderá também contar como o fato aconteceu e, caso queira, no final do questionário é possível anexar fotos ou documentos. Por fim, ao clicar no botão azul onde está escrito "criar", a medida protetiva será enviada para análise. O pedido será analisado em até 48 horas. Mas, se for urgência, a vítima deve ligar para o 190.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS digitaliza primeiro lote de ações físicas em tramitação no interior - 20/07/2020

A Coordenadoria de Apoio Administrativo e Digitalização do Fórum de Campo Grande finalizou a digitalização do primeiro grupo de processos físicos remanescentes que estão em andamento nas comarcas do interior do Estado. Esta é a primeira etapa dos trabalhos decorrentes do Provimento nº 445 do TJ, que prevê a digitalização de autos físicos em tramitação em todo o primeiro grau de jurisdição de MS, de modo que estendeu para o interior do Estado o trabalho que já vinha sendo executado na Capital.

De acordo com a equipe, ainda em março, um pouco antes da decretação das medidas de segurança por conta da pandemia, eles receberam esse primeiro lote de autos físicos para serem digitalizados. Então, para que o material não ficasse parado, foi dado seguimento aos trabalhos, dividindo os servidores em dois grupos: um que ficou digitalizando as peças físicas no Fórum, em expediente interno, tomando todos os cuidados de prevenção, e o outro, em teletrabalho, que recebia estas peças digitalizadas e fazia a categorização dos autos para o meio digital.

E assim eles concluíram neste mês de julho a digitalização do acervo físico das comarcas de Aquidauana, Miranda e Anastácio, como também a 2ª e 3ª Varas Cíveis, além da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, as três da comarca de Corumbá.

Ao todo, foram digitalizados 139 processos físicos de Corumbá; outros 21 processos de Aquidauana; 16 da Comarca de Miranda e 50 de Anastácio, somando 226 ações, com 103.646 páginas físicas que foram transformadas em 112.125 páginas digitais.

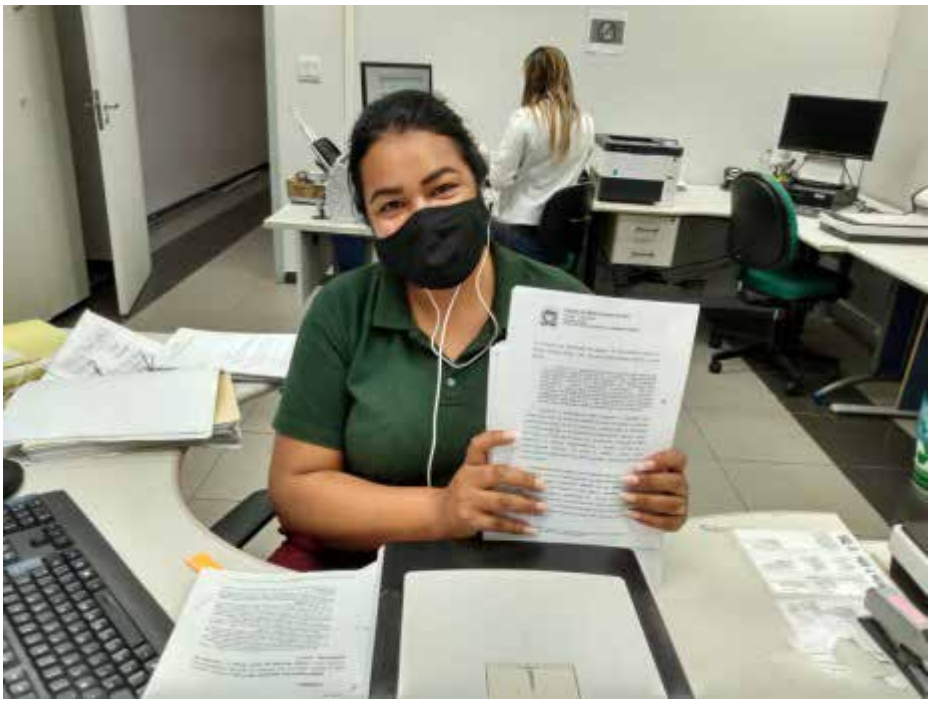
A medida traz maior eficiência e facilidade na consulta e na movimentação dos autos por parte dos jurisdicionados, como também para os trabalhos dos juízes e servidores.

O setor de Digitalização do Fórum de Campo Grande já foi responsável pela digitalização de mais de 25 mil processos desde que foi criado no ano de 2010 até o ano passado, aproximando-se de 5 milhões de páginas digitalizadas.

Saiba mais – A transformação de um processo físico para digital é uma tarefa minuciosa e que demanda bastante tempo para ser concluída, devido às condições de muitas ações antigas e de alguns processos bastante volumosos, e, até mesmo, pela especificidade da execução do trabalho.

Cada processo exige uma leitura de peça por peça, página a página, para fins de categorização no meio digital. Ou seja, primeiro é preciso conhecer o processo físico e tudo o que existe dentro dele, para só então torná-lo digital e disponibilizá-lo no novo formato a fim de que o respectivo cartório dê continuidade aos andamentos necessários.

TJMS digitaliza primeiro lote de ações físicas em tramitação no interior



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Aprovado Plano de Biossegurança do Judiciário de MS para enfrentamento da Covid-19 - 23/07/2020

Com objetivo de traçar diretrizes para o correto gerenciamento de seus prédios na tomada de medidas voltadas para prevenção, minimização ou eliminação de riscos, o Tribunal de Justiça elaborou um Plano de Biossegurança do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul para enfrentamento da Covid-19. O plano já foi

aprovado pela Secretaria do Estado de Saúde e a previsão inicial é de retomada gradual do trabalho presencial a partir de 3 de agosto, desde que os indicadores dos órgãos de saúde quanto ao nível de contágio e à ocupação de leitos hospitalares assim permitam, ressaltou o Presidente do TJMS, Desembargador Paschoal Carmello Leandro.

O Plano foi elaborado pelo Comitê de Análise das Condições para Retorno Gradual ao Trabalho Presencial no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, auxiliado por um grupo técnico de estudo, observando-se as medidas preventivas necessárias para garantir a saúde e o bem-estar de todos, partindo da premissa de que o distanciamento entre pessoas, além de medidas complementares, é a forma de reduzir risco de contaminação.

Foram consideradas abordagens distintas para os diferentes setores, levando em conta a natureza das atividades desenvolvidas, bem como as atividades consideradas essenciais e que não possam permanecer sem realização, mesmo diante da pandemia da Covid-19.

Para entrada nos prédios será obrigatório o uso de máscaras e será feita a higienização das mãos com álcool em gel 70%, além da aferição da temperatura de todos que adentrarem, não sendo permitida a entrada caso a temperatura exceda 37,5º C.

De acordo com o Plano, será mantida a modalidade de teletrabalho para os servidores que fazem parte do grupo de risco. Os demais permanecerão em sistema de revezamento no trabalho presencial x teletrabalho, sendo a ocupação máxima de cada sala de até 30% na primeira etapa.

A primeira etapa compreende:
- retorno presencial de até 30% dos usuários das salas, com o estabelecimento de rodízio semanal ou a critério do gestor;
- retorno parcial das atividades;
- manutenção do Regime Diferenciado de Trabalho para os usuários internos, quando não estiverem desenvolvendo suas atividades de forma presencial.

A segunda etapa compreende:
- retorno presencial de até 60% dos usuários das salas, com o estabelecimento de rodízio semanal ou a critério do gestor;
- retorno total das atividades;
- manutenção do Regime Diferenciado de Trabalho para os usuários internos, quando não estiverem desenvolvendo suas atividades de forma presencial.

A terceira etapa compreende:
- retorno presencial de 100% dos usuários internos;
- retorno total das atividades;
- extinção do Regime Diferenciado de Trabalho.

Na primeira e na segunda etapas não retornarão magistrados e agentes públicos que se enquadrem no grupo de risco, que compreende pessoas com: idade igual ou superior a 60 anos; doença cardiovascular; doença pulmonar crônica; imunodeprimidos; doença renal crônica; diabetes; obesidade; e gestantes.

O comitê tem como membros o Des. Nélio Stabile, que coordena os trabalhos; o juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury; o juiz auxiliar da corregedoria, César Castilho Marques, a juíza da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual, Joseliza Alessandra Vanzela Turine; a juíza diretora do Cijus, Sandra Artioli, o diretor-geral do TJMS, Marcelo Vendas Righetti; o diretor da Secretaria de Obras, Daniel Felipe Hendges; o médico Sérgio Cação de Moraes; Nilda Severino Pereira Ortis, que responde pela Coordenadoria de Saúde; e Marcelo Archanjo, assessor técnico especializado no TJMS.

Confira a íntegra do Plano de Biossegurança no link https://www.tjms.jus.br/scs/downloads.php.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ação Lives Mulheres falam Direito começa nesta quinta - 23/07/2020

A partir desta semana, o Tribunal de Justiça, por meio da Secretaria de Comunicação, está apoiando mais uma ação da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul) envolvendo as magistradas sul-mato-grossenses: realizar lives semanais para dialogar sobre variados temas com mulheres de diferentes carreiras profissionais.

A ação, idealizada pela desembargadora aposentada Maria Isabel de Matos Rocha, diretora da Mulher Magistrada da Amamsul, com total apoio do presidente da entidade, juiz Eduardo Siravegna, surgiu naturalmente, dentro do cenário de preocupações intensificadas em tempo de pandemia, quando esta expõe com especial acuidade temas como saúde, economia, educação e traz mais visibilidade ao papel das mulheres na sociedade e nas instituições.

As magistradas participarão de lives, em conversas informais sobre temas escolhidos com as convidadas. A primeira live será realizada nesta quinta-feira (23), às 16 horas (MS), no Instagram @amamsul, com Maria Isabel e a juíza Mariana Rezende Ferreira Yoshida, da comarca de Rio Brilhante. As duas falarão sobre o tema "Mulheres, Cidadania e Política", tema abrangente, urgente e necessário perante desafios do momento atual e do cenário desfavorável que se desenha como a realidade social esperada pós-pandemia.

A cada semana um tema diferente trará para o Instagram da Amamsul duas mulheres que exercem sua atividade em Mato Grosso do Sul para debaterem temas de interesse da sociedade. Não perca: nesta quinta-feira, às 16 horas, no Instagram @amamsul, o início da ação Lives Mulheres falam Direito. Anote na sua agenda e não perca.

Conheça – Mariana Rezende Ferreira Yoshida é graduada em Direito pela UFMS e ingressou na magistratura em 2011. Juíza Eleitoral da 11ª Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Atua na Vara Cível na comarca de Rio Brilhante.

Maria Isabel de Matos Rocha é graduada em Direito e mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (Portugal), pós-graduada em Direito e Antropologia Filosófica (Uniderp) e em Gestão Pública (UCDB). Ingressou na magistratura em 1985 e foi juíza nas comarcas de Eldorado, Camapuã, Cassilândia e

Campo Grande. Em 2012, tomou posse como desembargadora do TJMS, onde atuou até 2018. Atualmente é a diretora da Mulher da Amamsul, primeira magistrada a ocupar tal função desde que foi criada a Diretoria, em 2019.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Precatórios: 100% dos credores intimados aceitam cálculos do Acordo Direto - 23/07/2020

Desde o dia 22 de maio deste ano, a Procuradoria-Geral do Estado (PGE) está enviando por e-mail os cálculos e o respectivo Termo de Acordo para os credores que possuem precatórios com o Estado e aceitaram negociar o valor devido por meio do terceiro edital do Acordo Direto em precatórios. Nesta edição, a PGE recebeu quase duas mil propostas de negociação.

De acordo com dados da PGE, até o dia 7 de julho, 1.270 e-mails com os termos de intimação e informando os cálculos efetuados pelos tribunais parceiros – Tribunal de Justiça de MS, TRT 24ª Região e TRF da 3ª Região – foram enviados e todos os retornos tiveram resposta positiva para a pactuação do Acordo Direto.

Dessa forma, após a validação dos credores e assinatura dos termos, os documentos são encaminhados ao respectivo tribunal para a fase de homologação e efetivação dos pagamentos. A previsão de término do envio das intimações aos credores é até o final de julho. A média diária de propostas de Acordo Direto em precatórios protocolizadas, considerando apenas dias úteis, é de 40 processos.

A procuradora-geral da PGE/MS, Fabíola Marquetti Sanches Rahim, garantiu que todos os prazos serão cumpridos. Importante lembrar que a competência para gerir precatórios no TJMS é da Vice-Presidência, cujo cargo é de responsabilidade do Des. Carlos Eduardo Contar.

Economia – Grande parte dos credores possui valores pequenos a serem recebidos e a expectativa é que muitos devem injetar a quantia na economia local de Mato Grosso do Sul.

Esta é a terceira vez que a PGE elabora um edital de Acordo Direto em precatório (publicado em dezembro do ano passado) e estão disponíveis para a quitação dos créditos aproximadamente R$ 80 milhões. Em maio de 2019, na segunda edição, o número de acordos efetivados foi de 946 com o pagamento de R$ 41,7 milhões – com uma economia para os cofres públicos de R$ 16,8 milhões.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações Ascom PGE (Karla Tatiane)

Juíza faz balanço dos 180 dias na gestão da Coordenadoria da Mulher - 27/07/2020

"Estou muito feliz com a equipe, competente e dedicada; com o apoio recebido da Presidência do TJMS nas ações propostas e executadas, além do apoio da Escola Judicial (Ejud-MS), das secretarias de Comunicação e Tecnologia do Tribunal de Justiça e do Fonavid. Temos estabelecido parcerias muito importantes dentro e fora do Tribunal de Justiça e o balanço é muito positivo, embora o desafio seja grande nessa fase de pandemia. Somando tudo, o saldo é mais que positivo".

A declaração é da juíza Helena Alice Machado Coelho que completa, nesta segunda-feira (27), seis meses a frente da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS. Ela não esconde o contentamento, mesmo tendo sido este um tempo de muito trabalho.

A magistrada não tem medo de desafios, por isso, nesses primeiros seis meses respondendo pela Coordenadoria da Mulher do TJMS, deu continuidade a ações implantadas anteriormente e desenvolveu novos projetos – sempre focada no auxílio a mulheres vítimas de todo tipo de violência.

"Precisamos alcançar as mulheres vítimas de violência que estão sofrendo e não conseguem auxílio. É necessário que elas saibam que não estão sozinhas, por isso estamos sempre buscando meios de ajudá-las. Não é possível que, em pleno século XXI, tantas mulheres ainda sejam vítimas das mais variadas formas de violência e estejam à mercê de seus abusadores. Elas são a razão dos projetos e programas que a Coordenadoria trabalha. Nosso objetivo é alcançá-las e, enquanto houver uma mulher sendo vítima, continuaremos nossa luta", completou a juíza.

Infelizmente, uma das consequências do isolamento social – imposto à população como forma de evitar a contaminação e disseminação do coronavírus, foi o aumento de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e a redução de número de denúncias. E a juíza alerta: em Mato Grosso do Sul também foi possível perceber um sensível aumento dessa violência.

Por isso, a juíza coordenou um levantamento dos dados relativos à violência doméstica durante o período de 20 de março a 20 de abril deste ano, os primeiros dias de isolamento social em MS e os números apontam dois momentos diferentes: o anterior às restrições em razão da pandemia da Covid-19, abrangendo o período de 20 de fevereiro a 19 de março, e um segundo cenário com informações considerando o auge do distanciamento social, que foi o período de 20 de março a 20 de abril, além do comparativo entre os mesmos períodos dos anos de 2019 e 2020.

Com o mapa da violência em MS, a Coordenadoria da Mulher começou a trabalhar em diversas frentes para ajudar o maior número possível de vítimas. E a juíza Helena Alice faz um alerta importante: definitivamente as mulheres foram mais impactadas negativamente pela pandemia em comparação com os homens, porque o tempo de isolamento social ampliou o período em que elas ficam dentro de casa, preocupadas com crise econômica, desemprego, sobrecarregadas pelas tarefas domésticas e cuidados com os filhos, além dos cuidados para evitar a proliferação do vírus: tudo isso durante convívio permanente com o abusador.

Assim, diante dessa realidade, a Coordenadoria da Mulher iniciou diversas ações importantes e estabeleceu parcerias para divulgar formas de ajudar as vítimas e, ao mesmo tempo, aumentar o número de denúncias.

A Coordenadoria da Mulher elaborou uma cartilha com orientações para vítimas de violência de como proceder em tempos de Covid-19, distribuindo-a para comarcas do interior, além de tê-la disponibilizado no Portal do TJMS em formato digital, para possível impressão e futuro compartilhamento.

Além da cartilha, foram deflagradas campanhas educativas em condomínios para incentivar a denúncia por vizinhos que sabem de alguma situação envolvendo violência doméstica ou ajudar a vítima a quebrar o ciclo. Constantemente, são veiculadas nas redes sociais do Poder Judiciário informações imprescindíveis a quem precisa de ajuda.

Não se pode esquecer as parcerias com as redes de supermercados. A Rede Econômica disponibilizou estrategicamente em suas 32 lojas, na Capital e no interior, cartazes educativos, além de acrescentar as informações nos panfletos de ofertas e nas sacolas de compras. A rede Comper intensificou em suas redes sociais as peças da campanha do TJMS.

Foram elaborados spots de rádio com informações importantes para as vítimas e realizadas lives para difundir informações importantes sobre a temática, com nomes de destaque no cenário nacional.

A Coordenadoria está ainda trabalhando em um projeto-piloto, em parceria com a 3ª Vara de Violência Doméstica da Capital, que permite às vítimas de violência doméstica pedir medidas protetivas pela internet, sem sair de casa, diretamente ao Judiciário: o Protetivas On-line, e está em fase final um projeto voltado às comunidades indígenas, com cartilhas e mídias de rádio em línguas maternas indígenas (Guarani e Kadiwéu).

Além disso, a Coordenadoria da Mulher está participando da campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com os tribunais de justiça, associações, além de outros órgãos públicos e privados, que permite à vítima buscar ajuda em farmácias. Basta que a vítima faça um "X" vermelho na mão e mostre ao atendente, que este chamará a polícia.

Equipe – Com Helena Alice compõem a equipe da Coordenadoria da Mulher os servidores Rosimeire Batista, assessora jurídica; Sandra Salles, coordenadora; Vanessa Vieira, assistente social; Anne Mendes, coordenadora; Liliane Santos e Maria Papi, analistas judiciárias, e Rodrigo Souza, psicólogo; a estagiária Watuci de Oliveira da Silva e o mirim Wesley Frajado Moreno.

Questionados sobre como é integrar a equipe que acompanha e auxilia uma magistrada tão dinâmica, foram unânimes em garantir que é um privilégio fazer parte da equipe de uma gestora tão engajada e comprometida.

É consenso entre a equipe da Coordenadoria da Mulher que a gestão da juíza Helena Alice, nesses primeiros 180 dias, foi marcada pela determinação, avidez e eficiência, com foco em resultados alinhados às necessidades do público-alvo de seu trabalho.

Os integrantes da equipe apontaram que uma das primeiras ações da juíza foi realizar uma pesquisa para ouvir o público interno e, a partir disso, propor iniciativas para atender as expectativas sugeridas, além de dar continuidade às atividades implantadas em gestões anteriores.

Sobre a atuação da magistrada, foram unânimes em afirmar que é acessível, dialoga com a equipe, proporcionando uma comunicação efetiva e harmônica, além de possuir alta capacidade de articulação e mobilização, o que tem auxiliado significativamente na visibilidade das ações e no alcance dos objetivos da Coordenadoria.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça viabiliza audiência por videoconferência em aldeia de Bela Vista - 27/07/2020

Você já parou para pensar que, mesmo estando em teletrabalho e atuando para garantir os direitos dos cidadãos, magistrados e servidores do Poder Judiciário de MS enfrentam situações diferenciadas em que são obrigados a apresentar uma solução para o problema?

Você sabe como se faz uma audiência de instrução e julgamento por videoconferência? Alguma vez imaginou como fazer essa audiência em lugares remotos, onde a internet ainda não chegou e as pessoas não possuem os equipamentos tecnológicos para ser partes nas audiências?

Não? Então, se quiser saber como magistrados e servidores trabalham para garantir uma prestação jurisdicional de qualidade, essa matéria vai demonstrar a razão de a justiça sul-mato-grossense estar na vanguarda e destacar-se no Judiciário nacional.

Tudo começou na última semana, quando a juíza Adriana Lampert, da 1ª Vara de Bonito, atuou em substituição na comarca de Bela Vista e julgou uma ação proposta pelo Ministério Público contra um indígena pela prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 147, caput (ameaça), e no artigo 250, §1º, II, a (expor a perigo a vida) - ambos do Código Penal.

Até aqui não seria novidade o fato de a juíza de Bonito atuar em outra comarca, já que os juízes substituem em outros Foros, quando há necessidade, e dão continuidade aos trâmites dos processos para que os cidadãos que buscam a justiça para resolver seus problemas tenham uma prestação jurisdicional de qualidade.

No início seria apenas a audiência de instrução. Entretanto, algumas das pessoas a serem ouvidas eram residentes na aldeia indígena Pirakuá (buraco do peixe), distante 65 km da sede da comarca de Bela Vista, constituída por 130 famílias, 600 pessoas da etnia Guarani, enquadradas dentro do grupo de risco de contágio do novo coronavírus.

Todavia, para garantir a agilidade e eficiência pelas quais a justiça sul-mato-grossense se destaca, a juíza decidiu fazer a instrução completa: ouvindo a vítima, testemunhas e o interrogatório do réu por videoconferência. No próprio despacho em que designou a audiência, a magistrada destacou que a população indígena estaria dentro do grupo de risco, devendo ser realizado o ato por videoconferência, bem como conclamou o auxílio de entidades locais.

Assim, além de adotar os devido cuidados para evitar a proliferação do coronavírus, o Poder Judiciário reafirmou o compromisso com a Agenda 2030 e os seus 17 ODS. Importante lembrar que o ODS 17 é "fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável" – sendo inclusive a Meta 9 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a implementação da Agenda 2030 ao judiciário brasileiro.

A vítima e as testemunhas indígenas, residentes na aldeia Pirakuá, foram ouvidas por videoconferência, evitando-se o deslocamento para a cidade de Bela Vista, contudo, para que a audiência fosse realizada com sucesso, muitas pessoas do Judiciário e fora dele foram envolvidas.

O desempenho dos operadores da justiça: oficial de justiça, assessores, atendente da TI, foi de relevância ímpar para realização do ato, pois antes da designação da audiência foi necessário obter informações prévias a respeito da existência de condições mínimas na aldeia Pirakuá para realização da videoconferência.

Constatada a viabilidade, a decisão que designou a audiência fez diversas orientações e ressalvas, considerando possíveis limitações no acesso a aparelho celular e sinal de internet. Nesse sentido, foi orientado ao oficial de justiça que fizesse constar na certidão da intimação o número da linha telefônica para contato com a vítima e com as testemunhas de defesa, ainda que pertencessem a terceiros.

E, como previsto na decisão, as pessoas ouvidas não dispunham de meios próprios para participarem da videoconferência. Nesse instante entraram em ação outras pessoas que, com boa vontade, auxiliaram na realização do ato. A vítima foi ouvida mediante a colaboração de uma prima e as duas testemunhas de defesa, com o auxílio de uma professora, também filha de uma das testemunhas, residente na região central da aldeia, pois tais familiares possuíam aparelho celular e internet via satélite em suas residências.

Para concretizar a videoconferência, tais colaboradoras foram inicialmente contatadas por ligação telefônica e, posteriormente, foi mantido contato por mensagens de aplicativo de conversa e videochamada, para que fossem orientadas sobre a realização da videoconferência, bem como a baixarem o Google Meet, um serviço de comunicação por vídeo que permite unir em uma mesma chamada várias pessoas.

Baixado o Google Meet, as pessoas foram ensinadas a utilizar o aplicativo e vários testes foram realizados na sala virtual: tudo com a finalidade de verificar a estabilidade da conexão e assegurar o sucesso na realização

do ato processual. Ressalte-se que na audiência a conexão estava estável, com eventuais congelamentos de imagem, porém o áudio foi transmitido satisfatoriamente, possibilitando a compreensão e a colheita da prova oral. A juíza proferiu a sentença no dia seguinte.

Entenda o caso – De acordo com a denúncia, no dia 12 de março de 2020, por volta das 17 horas, na aldeia Pirakuá, município de Bela Vista, o homem ameaçou sua ex-convivente, de forma a causar-lhe mal injusto e grave. Além disso, causou incêndio na casa da vítima.

Segundo o MP, com uma faca tipo "machete", ele chegou na casa da vítima e a convidou para entrar, para que pudessem ter uma conversa particular. Diante da recusa da vítima, ele a ameaçou, afirmando que iria matá-la e enterrá-la em um lugar onde ninguém acharia seu corpo.

Ato contínuo, o homem ateou fogo na residência ao pegar um isqueiro e queimar a cobertura da casa, que era de capim, tendo o fogo se alastrado rapidamente e tomado toda a casa, destruindo-a por completo, bem como todos os pertences que se encontravam em seu interior.

Feitas as investigações pela autoridade policial competente, o Ministério Público denunciou o homem pela prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 147, caput (ameaça), e no artigo 250, §1º, II, a (expor a perigo a vida) - ambos do Código Penal.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cartilha aborda crimes sexuais contra mulheres e crianças - 28/08/2020

Uma parceria inédita entre a Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), comandada pela Desa. Elizabete Anache, e a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, sob a responsabilidade da juíza Helena Alice Machado Coelho, apresenta à sociedade uma cartilha para esclarecer e levar informações sobre crimes contra a dignidade sexual.

A ideia surgiu diante da onda dos movimentos exposed, como está sendo chamada a exposição de crimes e abusos sexuais em redes sociais, por meio de relatos das vítimas, e está sendo colocada à disposição da sociedade no mês de agosto, em razão do Agosto Lilás, outra data que merece atenção da população.

Em linguagem de fácil acesso, a cartilha explica o que é abuso sexual, cita atitudes e alerta à mulher para não deixar que tais fatos a impeçam de ser livre para ir onde quiser. Folheando a cartilha, quem ainda não sabia descobrirá que se houver emprego de violência física ou ameaça para a prática de sexo ou outro ato libidinoso é estupro e aprenderá que divulgar imagem de cena de sexo, nudez ou estupro; registrar cena de nudez, sexo, masturbação, em momento privado e íntimo, sem a autorização, mesmo que o material não seja divulgado, é crime.

Você sabia que o limite entre o que é crime ou não é o consentimento? Contudo, se a situação sexual ou ato libidinoso ocorrer com pessoa menor de 14 anos, mesmo que haja consentimento, é crime. De acordo com a Desa. Elizabete Anache, na grande maioria dos casos o abusador é do sexo masculino, embora esse papel criminoso possa ser exercido tanto pelo homem quanto pela mulher.

A desembargadora lembra que, por seus anos de magistratura, pode afirmar categoricamente: nos casos de abusos de crianças e adolescentes, na grande maioria o abusador é alguém em quem as vítimas convivem, como pai, padrasto, tio e até avô.

"Os últimos números divulgados pelo IPEA sobre o tema foram em 2014, apontando que, infelizmente, em cada 10 vítimas, apenas uma procura a polícia para denunciar. Não é mais possível conviver com dados tão alarmantes, por isso esperamos que essa cartilha leve à população informações importantes, auxiliando no combate ao abuso de crianças e adolescentes", acrescentou a desembargadora.

Para a Desa. Elizabete Anache, esta é a primeira de muitas parcerias com a Coordenadoria da Mulher em razão dos vários temas que ambas as áreas têm em comum, além do ótimo trabalho que as equipes técnicas das duas coordenadorias desenvolveram em conjunto. "Realmente foi muito proveitoso esse engajamento", disse ela.

A juíza Helena Alice também comemorou a edição da cartilha, lembrou que as transformações sociais atingiram fortemente a questão da igualdade de direitos entre homens e mulheres, inclusive no que se refere à sexualidade, e a falta de critérios na disseminação de informações pelas redes sociais resultou no trabalho conjunto das duas coordenadorias, como uma forma de levar esclarecimentos à sociedade sobre os crimes sexuais.

"É nossa primeira parceria e estou muito contente com os resultados. Os abusadores precisam saber que não é NÃO e as vítimas entenderem que não são culpadas. As pessoas precisam entender que é dever de todo cidadão denunciar situações que envolvam violação de direitos humanos de crianças e adolescentes de qualquer tipo, e isso inclui a violência sexual. E mais: conclamo a sociedade a praticar a sororidade, em uma rede de apoio mútuo. Já é tempo de os 'vilões' perceberem que estamos aqui, em defesa dessas vítimas", garantiu Helena.

Saiba mais – A cartilha tem ainda os principais canais de denúncia, os impactos do abuso sexual, os sintomas que podem ser considerados sinais de abuso, além de alguns relatos.

Nos próximos dias, a cartilha será disponibilizada no site do Tribunal de Justiça, na página da Coordenadoria da Mulher (https://www.tjms.jus.br/violenciadomestica/).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Novidade: Cejuscs de Campo Grande recebem pedidos pré-processuais via WhatsApp 31/07/2020

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Campo Grande estão com mais uma facilidade para a população resolver conflitos, sem a necessidade de abertura de ações judiciais e, agora, sem sair de casa. Apenas com uma mensagem de WhatsApp os interessados podem pedir a abertura pré-processual, por exemplo, de um divórcio.

Os telefones para ter acesso aos pedidos são:

- Cejusc - TJMS - (67) 98472-8046;
- Cejusc - Cijus- (67) 98478-2207;
- Cejusc - Defensoria Pública -Unidade Horto-(67) 98465-4062;
- Cejusc - Associação Comercial de Campo Grande-(67) 98467-4019

Basta gravar na agenda do seu celular algum destes Cejuscs e mandar uma mensagem.

Os pedidos pré-processuais são aqueles em que nenhuma das partes ingressou com um processo no Poder Judiciário e estão dispostos a passar pelos métodos de Conciliação ou Mediação, com profissionais capacitados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec).

Além de pedidos de divórcio, é possível pedir uma mediação ou conciliação para os seguintes casos: dissolução e reconhecimento de união estável, modificação de guardas e visitas e fixação de alimentos aos filhos.

Mandando um pedido de mediação ou conciliação pré-processual, via WhatsApp, é necessário documentação pessoal e comprovante de residência. A audiência será marcada posteriormente por um mediador e acontecerá por meio de videoconferência. Todas as dúvidas relacionadas ao procedimento podem ser retiradas, também, via WhatsApp.

Confira os requisitos necessários para fazer o pedido:

1- nome das partes (requerente e requerido)
2- pedido (assunto pretendido)

3- telefone celular das partes
4- comprovante de residência do requerente
5- identidade da parte requerente
6- certidão de nascimento dos filhos (caso houver)
7- certidão de casamento (caso for divórcio)

Os coordenadores do Nupemec, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Ruy Celso Barbosa Florence, respectivamente de conciliação e de mediação, são apoiadores da pacificação social e disseminação da política de tratamento adequado de resolução de disputas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ institui Programa Lar Legal MS para regularização de domínio de imóveis 05/08/2020

Está publicado no Diário da Justiça desta quarta-feira (5) o Provimento n. 488, que instituiu, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, o programa Lar Legal MS.

Após estudos elaborados pela Corregedoria-Geral de Justiça, demonstrando que o TJMS, por meio de legislação própria, seria capaz de criar o mecanismo ideal para instrumentalizar a regularização fundiária no Estado concedendo, nesta primeira etapa, a titulação de moradias carentes de legalidade jurídica, decidiu-se pela elaboração de um programa destinado à regularização urbana, por meio de procedimento de jurisdição voluntária, o Programa Lar Legal MS.

A Corregedoria-Geral de Justiça também considerou que a irregularidade do imóvel em que muitas famílias vivem, em especial de baixa renda, retira dessas mesmas pessoas a qualidade de efetivos cidadãos incluídos na ordem jurídica, além de ofender os fundamentos da República estabelecidos na Constituição Federal, bem como impossibilitar a concretização de vários dos direitos fundamentais.

O provimento estabelece que sua principal preocupação é garantir o reconhecimento do domínio sobre imóvel urbano ou urbanizado, integrante de loteamento ou desmembramento (fracionamento ou desdobro)

não autorizado ou executado sem a observância das determinações do ato administrativo de licença, localizado em área urbana consolidada, implantada e integrada à cidade, excluídas as áreas de risco ambiental ou de preservação permanente, em favor de pessoas preponderantemente de baixa renda.

Assim, aquelas famílias que tem sua residência vista como irregular diante do poder público e da sociedade, vivendo sob a sombra da insegurança jurídica e da fragilidade de sua permanência no lar, possuem a oportunidade de regularizar sua situação.

Para tanto, os interessados deverão, dentre outros requisitos, demonstrar, por quaisquer documentos hábeis, notadamente os provenientes do Poder Público, especialmente do Município, a ocupação, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, cinco anos, e a natureza das edificações existentes no lote. Tudo para restar comprovada a irreversibilidade de sua posse do imóvel, de forma que induza ao domínio sobre ele.

O pedido de reconhecimento do domínio do imóvel de que trata este provimento será especial de jurisdição voluntária e poderá ser formulado ao juiz de direito com competência em registro público, pelo município, pela associação de moradores, devidamente autorizada pelos representados, ou pelos interessados. O magistrado, por sua vez, o conduzirá sempre buscando a solução consensual dos eventuais pontos controvertidos para o reconhecimento do domínio e sob a incidência do princípio da celeridade, informalidade e instrumentalidade.

Ao fim do procedimento, o juiz deverá proferir sentença, na qual não está obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. Caso acolha o pedido, o magistrado deverá declarar adjudicada ou adquirida a propriedade dos imóveis pelos requerentes e incorporadas ao patrimônio público as vias e áreas públicas, sem prejuízo de eventuais direitos de terceiros ou isenção de responsabilidades dos proprietários, loteadores ou do Poder Público ou da adoção de outras medidas, cíveis, criminais ou administrativas, contra os faltosos. Também no caso de acolhimento, a sentença deverá reconhecer, prioritariamente, o domínio do imóvel em nome do casal ou da mulher, e ser transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis.

A seu turno, o setor responsável pelo Programa Lar Legal MS, com o auxílio do diretor do foro local, irá retirar a certidão no ofício do registro de imóveis com a averbação da sentença na matrícula do imóvel e efetuar sua entrega ao titular da propriedade, pessoalmente ou por procurador constituído, a qual poderá ser realizada em solenidade individual ou coletiva designada pelo coordenador do Programa Lar Legal MS, na comarca ou região de origem do processo.

Embora não se inclua nos objetivos do Programa Lar Legal MS a implantação de planos de regularização fundiária ou ambiental, o Provimento concedeu ao Presidente do Tribunal de Justiça autorização para firmar termos de cooperação, convênios e outros ajustes com os Estados e Municípios para a implantação de políticas públicas relacionadas ao Programa Lar Legal, com destaque para a regularização fundiária de interesse social; a legitimação da posse para fins de moradia, com o objetivo de conferir título de reconhecimento de posse às famílias de baixa renda; e a demarcação urbanística que consiste em procedimento administrativo destinado à regularização fundiária, no afã de identificar os ocupantes e o tempo das respectivas posses.

Confira a íntegra do Provimento no link https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=34685&original=1.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadora da Mulher fala sobre os 14 anos da Lei Maria da Penha - 07/08/2020

No dia 7 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340 entrou em vigor para proteger a mulher da violência doméstica e familiar. A norma tornou-se conhecida como Lei Maria da Penha, em referência a uma farmacêutica que lutou muito para ver seu agressor condenado.

Maria da Penha Maia Fernandes, a vítima emblemática da violência doméstica, tem três filhas e tornou-se defensora dos direitos das mulheres. Para marcar a data, a juíza Helena Alice Machado Coelho, que responde pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, convida à reflexão.

"Quando falamos em prevenção e combate à violência doméstica e familiar, a Lei Maria da Penha é a terceira melhor lei do mundo, no entanto, em um ranking de quase 90 países que mais matam mulheres no mundo, o Brasil ocupa a quinta posição. Vamos refletir sobre o que está acontecendo? Quais são os problemas em nossa sociedade que levam a essa verdadeira pandemia de violência doméstica? O que nós, como cidadãos, podemos fazer para combater a violência doméstica e familiar em nossas mulheres e meninas?", disse a juíza.

As principais novidades trazidas pela Lei Maria da Penha foram a prisão do suspeito de agressão; a violência doméstica passou a ser um agravante para aumentar a pena; não mais é possível substituir a pena por doação de cesta básica ou pagamento de multas; o surgimento da ordem de afastamento do agressor da vítima; obrigação de assistência econômica no caso de a vítima ser dependente do agressor.

Mesmo sendo criada para dar proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, a lei passou por mudanças ao longo dos anos e, ainda assim, continua a ser considerada uma das legislações mais avançada em relação ao tema. Entretanto, destaca a magistrada, é necessário investir em educação.

Recentemente, Helena completou seis meses respondendo pela Coordenadoria da Mulher do TJMS. Desde que assumiu tal responsabilidade, ela mostrou que não tem medo de desafios e, além de dar continuidade a ações implantadas anteriormente, desenvolveu novos projetos e está sempre focada no auxílio a mulheres vítimas de todo tipo de violência.

"É preciso dizer sempre que essas mulheres não estão sozinhas. Estamos aqui por elas, mas precisamos alcançar as mulheres vítimas que estão sofrendo e não conseguem quebrar o ciclo da violência, não conseguem

buscar auxílio. Como permitir que, em pleno século XXI, tantas mulheres ainda sejam vítimas de violência e não consigam se desligar de seus algozes, de seus abusadores", apontou Helena Alice.

A juíza lembrou que a Coordenadoria da Mulher do TJMS trabalha incansavelmente em projetos e programas que visam alcançar as vítimas, estejam elas onde estiverem, e avisou: "Enquanto houver uma mulher sendo vítima de violência doméstica e familiar, continuaremos nossa luta", completou.

Para conhecer as ações desenvolvidas pela juíza e a equipe da Coordenadoria da Mulher do TJMS, basta acessar a página https://www.tjms.jus.br/violenciadomestica/.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Julgamentos do 2º grau do Judiciário de MS crescem 7% em julho - 07/08/2020

Mesmo durante o período de plantão extraordinário, os órgãos julgadores do Tribunal de Justiça (2º grau do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul) registraram um aumento significativo no volume de processos distribuídos e julgados. A constatação foi comentada pelo Des. Marcos José de Brito Rodrigues, no final da sessão de julgamento desta semana da 1ª Câmara Cível, quando destacou a quantidade de processos que vem recebendo ao mês, que partem de 370 e em alguns meses superam os mais de 400 novos processos por desembargador.

Comparando os números deste mês de julho de todos os órgãos julgadores do TJMS, com o balanço do ano passado, constata-se que, mesmo durante a pandemia, a distribuição cresceu 6,7% em comparação a julho de 2019 e os julgamentos, no mesmo período comparado, registraram um aumento de 7,09%. Em quantidade de processos, foram julgados 523 feitos a mais em julho de 2020 (7.893) do que em julho do ano passado (7.370).

Na análise dos dados da distribuição, os órgãos julgadores do TJMS receberam 8.290 novos processos em julho de 2019, já neste ano o mês fechou com 8.844 processos distribuídos, isto é, 554 processos a mais.

O total da distribuição em julho de 2020 somente para as Câmaras Cíveis foi de 7.186, o que representa 81,25% do total de feitos distribuídos no mês aos órgãos colegiados do Tribunal. O total de julgados nas Câmaras Cíveis foi de 6.177 (julho/2020), destacando que estes julgamentos são realizados em sessões virtuais. Mesmo assim foi possível julgar 735 processos a mais em relação ao ano anterior, quando foram registrados 5.442 julgamentos nas Câmaras Cíveis (julho/2019).

Já as Câmaras Criminais receberam em julho deste ano 1.431 novos feitos e julgaram outros 1.453 processos, superando a distribuição. Os demais processos foram destinados e julgados pelas demais seções cíveis, criminais, órgão especial, seção especial civil e seção especial criminal.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mãos EmPENHAdas será expandido para barbearias - 17/08/2020

Barba, Cabelo e Bigode. Violência não pode. #Todos juntos contra a violência doméstica. Este é o slogan da nova proposta de trabalho da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, sob o comando da juíza Helena Alice Machado Coelho.

A ideia envolve salões de estética masculina e barbearias, que terão seus profissionais preparados para serem agentes multiplicadores de informação no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de reduzir os índices de violência e opressão em todos os espaços.

A proposta segue a mesma linha da ação implantada anteriormente, quando os profissionais de salões de beleza foram treinados para reconhecer e ajudar uma vítima de violência doméstica e familiar.

"O Mãos EmPENHAdas Contra a Violência, quando utilizado nos salões de beleza, teve reconhecimento nacional e internacional, mobilizando diferentes parceiros do segmento de beleza feminino. Queremos agora ampliar seu alcance e atuar também nos espaços voltados para o público masculino", explicou a juíza Helena Alice.

Começando nesta segunda-feira (17), serão realizadas capacitações de caráter preventivo e informativo com profissionais que atuam nos espaços de beleza e estética masculinos, promovendo a informação e principalmente reflexão sobre a violência contra a mulher, além de desmistificar estereótipos de gênero, paradigmas machistas presentes no discurso masculino, que trazem prejuízos tanto para o homem quanto para a mulher.

Assim como nos salões de beleza, os estabelecimentos parceiros receberão o selo do programa e os profissionais receberão certificado do curso, ao tornarem-se agentes multiplicadores de informação, no enfrentamento ao índice vergonhoso de violência contra a mulher em Mato Grosso do Sul.

Em razão da pandemia causada pelo coronavírus, a primeira capacitação será realizada por videoconferência, como preceituam as normas de biossegurança para evitar possível disseminação do vírus e contaminação dos participantes e da equipe formadora. Importante lembrar que a ampliação do Mãos EmPENHAdas atende ao movimento ElesPorElas, que busca o engajamento de homens na luta pelo fim da violência contra as mulheres.

Destaque-se que o programa "Mãos EmPENHAdas contra a Violência" capacita profissionais da área da beleza sobre os aspectos psicossociais e jurídicos da violência doméstica e familiar contra a mulher, para que possam orientar clientes que estejam em situação de violência doméstica e familiar sobre seus direitos e rede de atendimento, desmistificar esse fenômeno e multiplicar informações.

Saiba mais – Desde maio de 2019, quando o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, editou a Portaria nº 1.485, regulamentando a replicação do programa "Mãos EmPENHAdas", outras instituições de todo o país podem atuar no enfrentamento à violência contra a mulher utilizando todo o know-how do programa criado pelo Poder Judiciário de MS.

Dados das oito primeiras edições do programa em território sul-mato-grossense mostram que 220 profissionais foram capacitados, em 43 estabelecimentos de beleza e cerca de 3.500 mulheres receberam algum tipo de informação sobre o tema.

Pela Portaria, o programa "Mãos EmPENHAdas" poderá ser replicado por outras instituições, seja organização governamental ou não-governamental que atue no enfrentamento à violência contra a mulher e responsabilize-se pela execução do programa, por meio de técnicos multiprofissionais que tenham expertise no assunto.

Importante lembrar que a normatização da ação serve para garantir que tribunais e demais instituições repliquem da forma correta, como o programa foi criado, evitando o desvirtuamento de seus objetivos, que visam a prevenção de todas as formas de violência contra a mulher.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Destaque de juiz de MS provoca projeto de lei que muda o crime de feminicídio - 20/08/2020

No dia 12 de agosto deste ano, foi apresentado, na Câmara dos Deputados Federais, Projeto de Lei que visa alterar a redação do crime de feminicídio e passar a considerá-lo como crime autônomo dentro do Código Penal Brasileiro. Referido projeto foi posto para apreciação do Legislativo Nacional pelo deputado federal Fábio Trad, porém foi motivado, em grande parte, por iniciativa do magistrado do TJMS, Carlos Alberto Garcete de Almeida.

Em 9 de março de 2015, por força da Lei Federal nº 13.104, o Código Penal brasileiro recebeu, a título de qualificadora do homicídio, o crime de feminicídio. Embora tenha representado um marco histórico, as estatísticas atuais demonstram que a violência praticada contra a mulher só tem aumentado, evidenciando que a cultura da violência de gênero perdura até os dias atuais.

Deste modo, ao longo de debates em grupo de professores de direito penal e processual penal, no qual fazem parte tanto o deputado federal Fábio Trad, quanto o juiz Carlos Alberto Garcete de Almeida, o magistrado apresentou ao membro do legislativo a necessidade de evoluir o tratamento dado ao delito que vitima tantas mulheres no país. "Presto minha homenagem e agradeço ao amigo e ilustre professor e Juiz sul-mato-grossense Carlos Alberto Garcete que nos brindou com o envio da presente proposta e que mais uma vez contribui para a discussão e aperfeiçoamento das normas penais, principalmente no que tange ao crime de feminicídio", laureou o deputado na justificativa do Projeto de Lei de n.º 4.196.

Pela proposta, o crime de feminicídio deixa de ser uma qualificadora do crime de homicídio e se torna um crime autônomo previsto no art. 121-A, com pena base de 12 a 30 anos. O texto legal não mais usaria o termo "condições de sexo feminino", mas "condições de gênero feminino", em um claro aperfeiçoamento e adequação ao conceito jurídico da atualidade. Além dessas modificações no tratamento do crime de feminicídio, o novo artigo mantém as situações de aumento de pena e estipula a aplicação de pena de reclusão de 20 a 30 anos nos casos em que o delito ocorrer conforme uma das hipóteses das qualificadoras do crime de homicídio.

"É uma luta histórica. Em 2015 o Brasil teve um avanço com a inserção do feminicídio no ordenamento jurídico, mas o inserindo como uma qualificadora do crime de homicídio. Isso representou um avanço, mas acabou abrindo um debate no plenário do júri em todos os julgamentos de crimes contra a vida com vítimas mulheres, se foi ou não um feminicídio. Contudo, quando você o transforma num tipo penal independente,

o agressor já passa a ser denunciado pelo feminicídio, o juiz já pronuncia pelo feminicídio, se torna uma discussão superada no plenário", explanou Carlos Alberto Garcete de Almeida, juiz titular da 1ª Vara do Júri de Campo Grande.

Para o magistrado, que concluiu doutorado em Direito (área de concentração em Direito Processual Penal) pela PUC/SP e é Pós-doutorando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, esta alteração no Código Penal fortalece a estrutura de combate ao crime de violência contra a mulher. "Claro que a redução dos crimes se dá, em grande parte, por políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, mas a mudança legislativa deixa mais técnico o tratamento dado ao crime e reduz debates durante o julgamento", ressaltou.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Solenidade marca instalação da nova vara de execução de título extrajudicial - 20/08/2020

Com transmissão ao vivo no Youtube pelo canal oficial do TJMS, foi realizada na tarde desta quinta-feira (20), no plenário do Tribunal do Júri do Fórum de Campo Grande, a solenidade de alteração de competência, renomeação e de instalação da 2ª Vara de Execução de Título Extrajudicial, Embargos e demais incidentes da Capital. O evento contou com a presença do presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e demais autoridades, respeitando as regras de biossegurança definidas pela Organização Mundial da Saúde.

Em seu discurso, o presidente do TJ lembrou que muitos eram os planos de sua administração no Poder Judiciário estadual para o ano de 2020, os quais tiveram que ser adiados por conta da pandemia, mas, a alteração de competência de varas da comarca de Campo Grande e a instalação desta vara, foi algo que se tornou possível, "razão que motivou a presença de todos para marcar o início desta mudança que advém de longos estudos realizados sobre a movimentação processual, a distribuição e o acervo existente nas Varas Cíveis Residuais e nas Varas Cíveis Bancárias da Capital".

Esses levantamentos, acrescentou o presidente do TJMS, demonstraram um aumento considerável no movimento das varas cíveis residuais, com aproximadamente 4 mil processos em cada unidade e, por outro lado, as varas bancárias registraram uma redução do número de processos.

"Foi exatamente pela união desses fatores, buscando desafogar um pouco as Varas Cíveis Residuais, dar celeridade no momento da efetivação dos direitos e privilegiando a especialização como uma saída para a celeridade na prestação jurisdicional, é que o Tribunal de Justiça, em Resolução aprovada pelo Órgão Especial, transformou a 17ª Vara Bancária em 1ª Vara de Execução de Título Extrajudicial, Embargos e demais incidentes, além de ter autorizado a instalação da 2ª Vara de Execução de Título Extrajudicial e demais incidentes", explicou o presidente do TJMS.

Essas duas unidades jurisdicionais receberão cerca de 14.732 feitos e contarão com o apoio do Tribunal em investimentos em Inteligência Artificial e desburocratização de consultas patrimoniais.

A nova vara foi criada pela Resolução nº 229/2020, a mesma que transformou a competência da 17ª Vara Cível que, a partir da próxima semana, processará e julgará as execuções de título extrajudicial, seus embargos e demais incidentes processuais, com a denominação de 1ª Vara de Execução de Título Extrajudicial, Embargos e demais Incidentes, assumindo como titular o juiz Cássio Roberto dos Santos.

Em sua fala, o juiz Cássio Roberto dos Santos discorreu: "Agora, instaladas as novas varas, estamos diante de um grande desafio que será administrar o acervo de processos que serão remetidos para elas, mas quero registrar publicamente meu compromisso pessoal em engendrar todas as medidas, colocar em prática todo meu esforço, ferramentas, instrumentos e pessoas para que a eficiência seja alcançada por meio dessas varas".

As mudanças também atingiram outras três varas cíveis de competência especial que também passam a receber nova nomenclatura. Assim, a 18ª Vara Cível Especial se tornou a 1ª Vara Bancária; a 19ª Vara Cível Especial passa a ser a 2ª Vara Bancária; e a 20ª Vara Cível Especial atenderá como a 3ª Vara Bancária.

Encerrando a solenidade, o Des. Paschoal Carmello Leandro concluiu: "o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, mesmo diante da crise financeira e das medidas de restrições de despesas que tiveram que ser adotadas, com essa instalação da 2ª Vara de Execução de Título Extrajudicial, Embargos e demais incidentes, demonstra seu incansável compromisso com a boa gestão dos recursos públicos e com a entrega da prestação jurisdicional de forma célere e efetiva".

A solenidade contou com a presença do presidente da Assembleia Legislativa de MS, deputado estadual Paulo Corrêa; do juiz diretor do Foro de Campo Grande, Flávio Saad Peron, do promotor de justiça e chefe de gabinete do procurador-geral de justiça, Paulo Roberto Gonçalves Ishikawa, representando o Procurador-Geral de Justiça; o presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche; do defensor público-geral do Estado, Fábio Rogério Rombi da Silva; do juiz Juliano Rodrigues Valentim, representando o presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul, e do juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Fernando Chemin Cury.

Saiba mais – Com as novas mudanças, a partir de hoje, atendem a população no Fórum de Campo Grande as 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª e 16ª Varas Cíveis, as 1ª e 2ª Varas de Execução de Título Extrajudicial, Embargos e demais Incidentes, e as 1ª, 2ª e 3ª Varas Bancárias, além das varas da área criminal, de violência doméstica e familiar contra a mulher; da adolescência e da juventude, e do tribunal do júri.

Em razão das mudanças e da nova vara, as varas bancárias terão um cartório único e as varas de execução de títulos extrajudiciais, embargos e demais incidentes também serão atendidas por um único cartório. Entre este dia 20 de agosto e 4 de setembro ficam suspensos os prazos processuais referentes aos trâmites em todas as varas atingidas pelas mudanças.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS envia seu Guia de Boas Práticas para 1º juiz cego do Brasil - 24/08/2020

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul encaminhou um exemplar de seu Guia de Boas Práticas para Pessoas com Deficiência em Braile ao Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, com sede em Curitiba, no Paraná. O magistrado, aliás, se tornou o primeiro juiz cego do Brasil.

A cartilha foi elaborada pela Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão do TJMS e produzido pelo Instituto Sul-mato-grossense para Cegos Florivaldo Vargas. Na correspondência endereçada ao magistrado do Paraná, o ofício assinado pelo presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, teve o cuidado de ser confeccionado em braille e tinta, ou seja, permitindo a leitura também por quem não domina a escrita tátil utilizada por pessoas cegas ou com baixa visão.

De acordo com o servidor que elaborou o guia, Odair José de Melo, membro da Comissão de Acessibilidade do TJMS, "a finalidade de enviar a primeira cartilha ao desembargador Ricardo foi em razão dele ser um grande representante no Judiciário em relação à acessibilidade nacional. No Tribunal em que atua, ele também é o presidente da Comissão Permanente de Acessibilidade. Assim, em respeito a sua grande atuação no tema, entendemos que seria prudente compartilhar do nosso trabalho para ele que é um grande colaborador no mundo da acessibilidade".

Em resposta, o Desembargador Ricardo Tadeu da Fonseca relatou que ficou emocionado com a iniciativa do TJMS ao saber que instituiu sua Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão e elaborou o Guia de Boas Práticas. "A emoção se justifica pelo fato de que quando iniciei a carreira, nos anos 80, nada disso existia e a minha inserção em sociedade foi muito dificultada pela falta de compreensão das minhas necessidades. O engajamento dessa colenda corte na causa da pessoa com deficiência engrandece o Brasil e se revela como uma fonte de esperança para esse segmento de cidadãos, cuja vulnerabilidade deriva tão somente da falta de convivência em sociedade, a qual ensina, tranquilamente e de forma eficaz, os caminhos para a verdadeira inclusão das pessoas com deficiência. Uma nação que implementa a sua diversidade como valor fundante é uma nação mais rica", finaliza o desembargador.

O Guia de Boas Práticas para Pessoas com Deficiência, está disponível também no portal do TJ https://www.tjms.jus.br/_estaticos_/sc/publicacoes/GuiaBoasPraticasPessoasDeficienciaAcessivel.pdf, sendo o primeiro informativo do TJMS a contar com total acessibilidade.

Além do formato PDF para leitura geral, pessoas com qualquer deficiência visual e que façam uso de programas específicos em seus dispositivos eletrônicos podem baixar e ouvir o Guia, obtendo 100% das informações prestadas, uma vez que até mesmo as imagens utilizadas têm sua descrição.

O Guia de Boas Práticas foi desenvolvido para auxiliar magistrados, servidores, terceirizados e colaboradores, fornecendo orientações práticas com o objetivo de melhorar o atendimento em relação às pessoas com deficiência, contribuindo para aproximá-las ainda mais da Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário registra a maior produtividade dos últimos 11 anos em 2019 - 27/08/2020

O Conselho Nacional de Justiça divulgou na terça-feira (25) o relatório Justiça em Números 2020 e este apontou que o Poder Judiciário teve a maior produtividade dos últimos 11 anos em 2019.

O relatório mostra que cada magistrado baixou a média de 2.107 processos em 2019 e isso significa que cada juiz, desembargador e ministro solucionou 8,4 casos por dia útil, sem descontar períodos de férias e recessos.

Na verdade, o aumento da produtividade é uma tendência desde 2014, quando o número de processos solucionados por magistrado foi, em média, de 1.696. Em 2015, subiu para 1.748; em 2016, 1.727; em 2017, 1.783; e em 2018, 1.864.

Em Mato Grosso do Sul, segundo a Assessoria de Planejamento do TJMS, existem 726 mil processos em andamento no Poder Judiciário e em torno de 70 mil procedimentos, embora o número de processos em andamento já tenha atingido a marca de 760 mil. Os arquivamentos estão ocorrendo de forma mais gradativa.

Não se pode esquecer que o Tribunal de Justiça tem investido a questão de arquivamento processual, principalmente pela Central de Processamento Eletrônico (CPE) – uma proposta que está sendo copiada por muitos tribunais brasileiros. De acordo com os números da Assessoria de Planejamento, para a justiça sul-mato-grossense, atualmente com 55 comarcas, os números são considerados como um bom quantitativo, além de muito bom desempenho.

Um detalhe importante: o aumento da produtividade de magistrados e servidores no período de trabalho extraordinário, durante a pandemia. Essa constatação pode ser visualizada por qualquer pessoa: basta acessar o gráfico de produtividade, disponível no portal do TJMS para consulta.

Para o ministro Dias Toffoli, presidente do CNJ e do STF, o Poder Judiciário caminha no rumo certo, ao se aprimorar em eficiência, transparência e responsabilidade, conforme evidenciado pela melhora sem precedentes nos seus indicadores de desempenho e produtividade.

No entender de Dias Toffoli, quem ganha com as melhorias é o jurisdicionado e a sociedade brasileira como um todo, que podem contar com um Judiciário cada vez mais comprometido com a realização efetiva da justiça e da paz social.

“O relatório aponta que, apesar da vacância de 77 cargos de juízes no ano de 2019, houve aumento no número de processos baixados e, consequentemente, elevação da produtividade média dos magistrados em 13%, atingindo o maior valor da série histórica”, afirmou Dias Toffoli, na apresentação do estudo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS apresenta resultados positivos no relatório Justiça em Números 2020
27/08/2020

O Conselho Nacional de Justiça divulgou na manhã de terça-feira (25), em Brasília, o relatório Justiça em Números 2020 – ano-base 2019. Realizada em ambiente virtual, a reunião foi transmitida ao vivo pelo canal do CNJ no YouTube. Participaram da reunião, representando o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul o presidente do TJMS, Des, Paschoal Carmello Leandro, o juiz auxiliar da Presidência, Alexandre Branco Pucci, e o diretor de Planejamento, Newton Cesco Junior.

Durante a reunião foi lançado o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário SISBAJUD, do módulo de automação das execuções fiscais.

Sobre o Justiça em Números, diversos indicadores apresentaram números favoráveis conforme panorama:

- Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM), medida que representa a relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados que atuaram durante o ano na jurisdição: em 2019 foram 1.922 processos baixados. Este indicador apresentou uma melhora em comparação com o ano de 2018, quando o índice marcou 1.692 processos baixados, chegando, em 2019, a ser o terceiro melhor índice em comparação com os outros tribunais do mesmo porte.

- Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária (IPS-Jud), medida que representa a relação entre o volume de casos baixados e o número de servidores que atuaram durante o ano na jurisdição, também apresentou resultados mais expressivos no comparativo com o ano de 2018. O índice registrou a marca de 201 processos baixados por servidor, no 2º Grau, terceiro melhor índice do Poder Judiciário Estadual.

- Taxa de congestionamento, a taxa mede o percentual de processos que ficam represados sem solução, comparativamente ao total tramitando no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. O TJMS novamente apresentou resultados abaixo da média nacional de 67,8% de taxa líquida, registrando 64,9%. Com relevância, o 2º Grau atingiu uma taxa de congestionamento bruta de 37%, e obteve o 4º melhor índice dentre todos os Tribunais Estaduais.

- Índice de produtividade comparada da justiça (IPC-Jus), o índice mede a produtividade e a eficiência relativa dos tribunais em um escore único. A aplicação do modelo DEA tem por resultado um número que varia de 0 (zero) a 100%, que é a medida de eficiência do tribunal, denominada de IPC-Jus. Quanto maior seu valor, melhor o desempenho da unidade, significando que ela foi capaz de produzir mais com menos recursos disponíveis. O TJMS obteve um IPC-Jus de 94%, número bem acima da média nacional que foi de 85%.

Coube ao TJMS mais uma vez um destaque positivo quanto à integralidade de processos em formato eletrônico nos dois graus de jurisdição.

Ressalta-se ainda a métrica referente à recorribilidade interna (quantidade de ações que possuem recurso interno) no primeiro grau, que no ano de 2019, ficou em 0,5%. Ficando como quarta menor taxa do país na justiça estadual, cuja média ficou em 6%.

Outro ponto em que o TJMS sobressaiu-se foi alcançado no Índice de Conciliação total, incluída a fase pré-processual, com 22,6%, segundo melhor índice no segmento da Justiça Estadual.

Justiça em Números – Uma das principais publicações anuais sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro, o relatório Justiça em Números inclui os principais indicadores da Justiça no que diz respeito à sua estrutura, orçamento e litigiosidade. Número de processos novos, baixados e julgados, gastos com recursos humanos, receita, quantidade de magistrados e servidores são apenas alguns dos dados que fazem parte da pesquisa, que contém ainda informações detalhadas por ramo de Justiça, por tribunal e por instância.

Judiciário apresenta nova edição do mapa de violência contra a mulher em MS 31/08/2020

A Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, sob a responsabilidade da juíza Helena Alice Machado Coelho, acaba de realizar um novo Raio-X da violência doméstica durante a pandemia. Desta vez os dados foram levantados no período de 21 de abril a 21 de julho de 2020.

Mais uma vez, a magistrada lembra que, com o agravamento dos fatores de risco já existentes, aliados àqueles peculiares do período da pandemia, houve aumento mundial da violência doméstica e familiar contra mulher durante o isolamento social.

"Contudo, o fato de que em alguns Estados, incluindo o MS, os números de registros e de pedidos de medidas protetivas possam ter tido leve diminuição, não pode ser considerado, por si, indicativo de que a violência tenha diminuído, mas, sim, de que o acesso ao sistema de Justiça está prejudicado", destacou ela.

Não se pode esquecer que, em tempos de pandemia, houve tentativas legislativas de se conter o agravamento da violência doméstica e garantir a continuidade dos serviços de atendimento como, por exemplo, a Lei n. 14.022/20, em vigor desde 7 de julho, que garantiu o pleno funcionamento de órgãos de atendimento à mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e cidadãos com deficiência vítimas de violência doméstica ou familiar durante o afastamento social.

Como consequência direta da nova norma, os atendimentos foram considerados 'serviço essencial' e não poderão ser interrompidos. Foram criados ainda canais virtuais de atendimento nos órgãos de segurança, além da prorrogação automática das medidas protetivas de urgência e a possibilidade de que tais medidas possam ser solicitadas on-line.

"Devemos lembrar que durante a pandemia as mulheres estão sobrecarregadas com cuidados da casa e dos filhos, que estão fora da escola. Além disso, muitas mulheres perderam suas fontes de renda, já que são elas que majoritariamente trabalham na informalidade. Diante desse contexto, temos que olhar os números com muito cuidado, já que muitas mulheres têm deixado de denunciar nesse momento, mas podem vir a tomar alguma atitude após a volta à 'normalidade'", apontou Helena Alice.

Os dados compilados nesta segunda edição do informe técnico chamam a atenção para o descumprimento de medidas protetivas e para os atendimentos a casos de violência doméstica pela Guarda Metropolitana, da qual faz parte a Patrulha Maria da Penha, no período do levantamento; indicam aumento significativo e demonstram que a violência doméstica contra a mulher cresceu muito no período de pandemia.

"Entendemos que somente é possível fazer afirmações conclusivas sobre os índices de violência contra a mulher nesse período após o retorno à 'normalidade', quando teremos uma visão mais ampla de toda a situação vivenciada pelas mulheres em Mato Grosso do Sul. Por ora, podemos dizer que esse período particularmente, além de potencializar os fatores de risco já existentes e criar outros tantos peculiares, impõe às mulheres novos obstáculos, por vezes intransponíveis, ao já difícil caminho de denunciar o seu agressor", concluiu a juíza.

Raio-X – A nova edição do mapa da violência doméstica contra a mulher em MS durante a pandemia, elaborado pelo TJMS, por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, visa ampliar o anterior, além da análise de dados de violência doméstica contra a mulher em tempos de Covid-19 na realidade sul-mato-grossense, em comparativo aos mesmos meses de 2019.

A primeira edição analisou dados no período de 20 de março a 20 de abril deste ano e agora o novo levantamento aponta que de 21 de abril a 21 de julho houve a concessão de 1.106 medidas protetivas na Capital e 1.189 no interior. No mesmo período de 2019, foram 1.114 medidas protetivas em Campo Grande e 1.278 nas comarcas do interior.

Os dados apontam ainda 101 autos de prisão em flagrante na Capital e 474 no interior. Em 2019, os números mostraram 130 em Campo Grande e 465 no interior. Os casos de novos feminicídios assustam porque, mesmo com tantas ações de prevenção, não diminuíram. Na Capital foram constatadas seis novas mortes e 20 no interior. No ano passado, Campo Grande também registrou seis casos e 18 no restante do Estado.

Outro fator grave detectado, a quantidade de tornozeleiras eletrônicas instaladas em autores de violência doméstica: 226 no mesmo período de 2019 contra 253 este ano em território sul-mato-grossense.

Pode ser difícil visualizar o mapa da violência não sendo por gráfico, mas a realidade não deixa dúvidas de que o novo coronavírus escancarou, além da questão de gênero, a mistura dessa categoria com raça, etnia e classe social, tornando visível também o sexismo e o racismo, discriminações históricas vivenciadas por mulheres diariamente.

O medo de sair de casa em meio à pandemia e a intimidação constante do perigo na própria casa dificultam, quando não impossibilitam, a busca por ajuda. Por isso, visando possibilitar a essa mulher um canal de ajuda, de forma rápida e eficiente, o Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Mulher, implantou o Protetivas On-line.

A novidade tecnológica, que vem auxiliando as vítimas desse tipo de crime em MS, também consta do informe técnico e destaca o vanguardismo do TJMS quando o assunto é combate à violência doméstica. O sistema foi implementado no dia 8 de julho e até 12 de agosto recebeu 36 denúncias de mulheres em situação de violência. Destas, em 14 houve a concessão da medida protetiva, dois casos foram encaminhados para estudo psicossocial e três indeferidos por não tratarem de violência doméstica.

Houve ainda três casos de mulheres de outros estados – Morrinhos (Goiás), São Bernardo do Campo (SP) e Guarulhos (SP) - que procuraram ajuda. Essas vítimas foram encaminhadas às próprias comarcas, já que o serviço é exclusivo para quem mora em Campo Grande.

Outro ponto abordado foi a campanha Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica, criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com os Tribunais de Justiça, associações, além de outros órgãos públicos e privados do país.

Lançada em todo o país no dia 10 de junho, a proposta foi encampada pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, que vem trabalhando para ampliar o número de farmácias e drogarias engajadas nesse esforço concentrado para fornecer apoio e ajuda às vítimas de violência.

“A campanha reflete a preocupação de responsabilidade social, pois a violência contra a mulher é um problema macro, tornando fundamental o envolvimento de toda a sociedade na temática de proteção às nossas mulheres e meninas”, acrescentou Helena.

Em MS, a Coordenadoria da Mulher do TJMS vem intensificando esforços para divulgar a campanha e alcançar maior adesão de farmácias e drogarias do Estado, além de articular e firmar parcerias de extrema relevância, em uma união de esforços para ajudar a vítima desse tipo de violência a denunciar e ficar livre de seu agressor.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Live no youtube do TJ apresenta reflexão sobre o masculino de hoje - 02/09/2020

Palestra: Uma conversa sincera sobre o masculino nos tempos atuais

Pensar o masculino na sociedade atual, onde a questão de gênero é um movimento que vem ganhando força nos últimos tempos, vindo de uma caminhada muito longa, traz consequentemente uma releitura também sobre o papel do homem nos dias de hoje.

Essa "Conversa sincera sobre o masculino nos dias atuais" foi o tema da live desta quarta-feira (2) transmitida no canal do youtube do TJMS, com o jornalista Guilherme Valadares, fundador e diretor de pesquisa do Instituto Papo de Homem.

O evento foi uma realização da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, com o apoio da Escola Judicial de MS (Ejud/MS), e conduzido pela juíza Helena Alice Machado Coelho, responsável pela Coordenadoria da Mulher.

Trazendo uma série de pesquisas sobre o gênero, Guilherme Valadares cita, por exemplo, que o homem é ainda quem detém o poder na maioria das esferas públicas e privadas; quem mais mata e morre; é a grande parcela da população carcerária e de moradores de rua. Em meio a tantos esteriótipos do machismo, o jornalista focou em trazer aspectos de mudança dessa figura. E, como ele classifica, os principais gatilhos de transformação são o afeto, a paternidade, momentos de crise e espiritualidade.

Guilherme também elencou atitudes que podem ser adotadas por quem almeja uma masculinidade mais responsável, começando pelo equilíbrio emocional, por meio da terapia; assumir a liderança em tarefas domésticas e não apenas 'fazer o que a mulher pedir'. O palestrante também reforçou a lista com o exercício da paternidade, o antiassédio, o racismo e a homofobia, a responsabilidade ambiental, além da equidade de gênero e inclusão.

Destacando que o tema da masculinidade é muito ampla, já que a realidade para o homem branco é outra do que para o homem negro, valendo o mesmo para as mulheres, Guilherme Valadares destacou que a paternidade afetiva é revolucionária, em que um pai mostra ao filho que ele toma conta de tarefas domésticas, fala de seus sentimentos, pois 'o exemplo fala mais alto e educa um outro jeito de ser homem'. E este homem paterno da atualidade precisa também ter a coragem de quebrar a herança machista e quebrar até mesmo os

comentários e piadinhas dos amigos, onde a masculinidade é diminuída para quem adota conduta diferente do esteriótipo tradicional.

Ao final da palestra, o jornalista enalteceu o trabalho de vanguarda realizado pela Coordenadoria da Mulher do TJMS, seja por meio de projeto como o Mãos EmPENHAdas nas barbearias, seja por um prêmio para o jornalismo positivo sobre a temática, entre outras ações que, para ele, recarregam as energias para quem luta pela causa.

Para a juíza Helena Alice, a presença do convidado reflete que a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar não para e continua propondo novas ações em prol da equidade de gênero.

Saiba Mais – O Webinário "Uma conversa sincera sobre o masculino nos tempos atuais" começou às 16 horas, com transmissão pelo youtube @tjmsoficial e integra o plano de ação HeForShe, movimento criado pela ONU Mulheres para reunir pessoas de todos os sexos, gêneros, raças, etnias e classes sociais em um esforço global para a remoção das barreiras sociais e culturais que limitam as mulheres e as impedem de exercer plenamente os seus direitos humanos, compromisso assumido pelo TJMS com a ONU Mulheres, em junho de 2019.

O evento integra também o projeto IGUALDADE começa em CASA, que objetiva o combate e à prevenção a todas as formas de violência contra as mulheres.

O palestrante Guilherme Valadares é fundador e editor-chefe do PapodeHomem, o um portal-comunidade com 1,5 milhão de visitas únicas por mês, possuindo uma rede com mais de 800 autores e autoras voluntárias espalhadas pelo Brasil e pelo mundo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Des. Dorival Pavan inaugura atendimento on-line a advogados - 04/09/2020

Na tarde desta sexta-feira (4), o Des. Dorival Renato Pavan inaugurou o atendimento on-line de advogados. Por meio de audiências agendadas, os advogados puderam apresentar memoriais, cumprindo assim mais um dos ritos processuais mesmo em tempo de distanciamento social.

Des. Pavan destaca que esta evolução é muito importante. Os memoriais dos processos estavam chegando apenas por e-mail, porém, com apoio da tecnologia das salas virtuais, as alegações escritas, no gabinete do magistrado, agora também podem ser defendidas oralmente, como sempre ocorreu.

A adoção da nova prática se deu pela necessidade e funcionou muito bem, comenta o desembargador. Com o plantão extraordinário, esse atendimento ficou prejudicado, mas, com apoio da tecnologia, isso volta a fazer parte da rotina dos processos e, inclusive, deve continuar mesmo com o retorno presencial. Para o desembargador, o fato do advogado não precisar se deslocar até o gabinete já é uma evolução e os advogados gostaram muito da iniciativa.

Para o Des. Pavan, em tempos de pandemia mundial os advogados estavam e estão ainda sendo prejudicados por não poderem dialogar com o julgador, quer o recorrente, quer o recorrido. "Essa tecnologia toda que está à disposição de todos, também dos julgadores, tem de ser aproveitada e potencializada, tratando-se de um mecanismo que oportuniza aos advogados, defensores públicos e advogados públicos uma via de comunicação para que pontos relevantes do processo sejam destacados antes do julgamento, o que é salutar para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional".

"Espero que haja ampliação dessa forma de atendimento ao advogado em todo o Poder Judiciário, passando a ser rotina no dia a dia de trabalho de cada um", ressaltou.

Hoje o atendimento foi realizado a quatro advogados, que, com intervalos de 15 minutos, tiveram a oportunidade de apresentar todas as razões. A intenção é destinar dois dias da semana para esse tipo de atendimento e ampliar bastante o volume de agendamento.

Entenda – Um processo em grau recursal, em determinadas ocasiões é notório os advogados procurarem agendar com o desembargador relator e até com os demais integrantes do colegiado julgador, para entregar em mãos os memoriais, que podem trazer algum subsídio útil à formação da convicção de quem julgará o recurso.

Como fazer - O agendamento deve ser feito com o gabinete do desembargador, que fixará o dia e hora do atendimento. O advogado vai receber pelo seu email um link para a reunião, convidado para a sala virtual, com exclusividade, no dia e hora que lhe for informado.

TJMS registra 859 mil julgados, despachos e decisões durante teletrabalho - 14/09/2020

Ao longo de 25 semanas, magistrados e servidores do Tribunal de Justiça cumpriram sua rotina de atividades em teletrabalho. A medida que possibilitou o distanciamento social, adotada pelo Des. Pascoal Carmello Leandro, presidente do TJMS, visou resguardar a saúde de magistrados, servidores e do público que transita pelos prédios do Poder Judiciário, evitando a contaminação e proliferação do coronavírus.

A novidade para muitos começou no mês de março e, em um curto período de adaptação, os primeiros resultados já apontavam o aumento da produtividade. O balanço realizado até dia 6 de setembro, véspera do retorno gradual ao trabalho presencial, demonstra que a medida de segurança adotada para não interromper atividades e evitar a disseminação da Covid-19 garantiu uma grande eficiência e produtividade no cumprimento da prestação jurisdicional.

A contagem total de processos julgados, despachos e decisões proferidas em 1ª e 2ª instâncias totaliza 859.187 registros. De acordo com o levantamento da Assessoria de Planejamento do TJMS, de 16 de março a 6 de setembro, foram julgados 100.937 processos na justiça de 1º grau; 35.922 nos juizados especiais; 4.919 recursos nas turmas recursais, e 39.481 no 2º grau, totalizando 181.259 processos julgados.

O total de decisões nesse período foi de 225.123 e os despachos registram a quantia de 452.805. Nesse período também foram distribuídos 212.988 novos processos e 251.347 feitos foram arquivados.

Considerando que, de março a setembro de 2020, foram quase seis meses em teletrabalho, o ritmo de produtividade mostra que foram julgados uma média de 30 mil processos ao mês. Do mesmo modo, considerando o equivalente a um semestre, foram 37,5 mil decisões e 75,5 mil despachos proferidos por mês no período exclusivo de teletrabalho.

Biossegurança - Desde o dia 8 de setembro e enquanto perdurar o risco de contágio do coronavírus, o acesso às dependências do Poder Judiciário será prioritariamente para o público interno, mantido, preferencialmente, o atendimento virtual para o público externo, com ampla disponibilização e divulgação de canais de comunicação, por unidade judicial e administrativa, sem prejuízo da prestação dos serviços, adotando-se o atendimento presencial apenas quando estritamente necessário.

A presença física do público externo, que efetivamente tenha necessidade de atendimento presencial, quando inviável a realização pela via remota ou virtual, deverá ser previamente agendada com o setor competente, a fim de evitar aglomeração.

Para adentrar os prédios do Poder Judiciário, os públicos interno e externo serão obrigatoriamente submetidos às regras de segurança previstas na Portaria, aos protocolos sanitários vigentes das autoridades locais de cada comarca, com o objetivo de resguardo da saúde e da prevenção do novo coronavírus.

Os públicos internos e externos serão submetidos à descontaminação de mãos, com utilização de álcool 70º e a aferição de temperatura corporal como condição de ingresso e permanência nos prédios do Poder Judiciário.

Fica vedado o ingresso de pessoas sem máscaras faciais, que apresentem alteração da temperatura corporal igual ou superior a 37,8ºC, que recusarem submeter-se à aferição da temperatura corporal e/ou que apresentarem sintomas visíveis de doença respiratória, tais como tosse seca, prostração, dificuldade para respirar e demais características dos casos suspeitos de infecção pela Covid-19.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadoria da Mulher propõe adesão ao movimento HeForShe - 15/09/2020

Você já ouviu falar no Movimento HeForShe? Em português HeForShe significa EleParaEla e é um movimento da ONU Mulheres, lançado no dia em 20 de setembro de 2014, visando engajar pessoas de todos os sexos, gêneros, raças, etnias e classes sociais para novas relações de gênero sem atitudes e comportamentos machistas.

Para a ONU Mulheres, todas as vozes são poderosas para difundir ao mundo que a igualdade de gênero é uma causa de toda a humanidade. Na verdade, o movimento é um esforço global para envolver mais pessoas na remoção das barreiras sociais e culturais que impedem mulheres de atingir seu potencial, ajudando a construir uma nova sociedade mais justa.

O alcance da igualdade de gênero requer uma abordagem inclusiva, que reconheça o papel fundamental de todos como parceiros dos direitos das mulheres e detentores de necessidades próprias baseadas na obtenção deste equilíbrio.

Assistiu aos jogos da copa do mundo de futebol 2014? Lembra-se das ações do HeForShe com a torcida masculina? Naquela oportunidade, a ação foi concentrada no registro fotográfico de torcedores para expressar a adesão ao #HeForShe e incentivar imagens de igualdade e cuidado entre homens e mulheres.

Então, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, sob a responsabilidade da juíza Helena Alice Machado Coelho, em parceria com a equipe da Comunicação do TJMS, e com apoio do Des. Paschoal Carmello Leandro, presidente do TJMS, aderiu ao Movimento HeForShe e convida magistrados, servidores e sociedade em geral – homens e mulheres, a serem parceiros na implementação de uma visão comum da igualdade de gênero.

Para participar basta enviar um foto, preferencialmente na horizontal, segurando uma folha de papel com a inscrição #HeForShe, para rp@tjms.jus.br, depois de aceitar o convite para se comprometer com a causa, por meio do link https://www.heforshe.org/pt-br.

Para isso, a Secretaria de Comunicação disponibilizou um banner na página do Tribunal de Justiça que leva direto ao site onde é possível aceitar o convite. Leva apenas 10 segundos para se tornar parte deste movimento que pretende mudar a história sobre a igualdade de gêneros no país. E mais: as imagens serão divulgadas nas redes sociais do Poder Judiciário.

Disposto a demonstrar o seu apoio ao fim da violência contra as mulheres e a promoção da igualdade? A ONU Mulheres pretende garantir o compromisso de 1 bilhão de pessoas em todo o mundo de apoiar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres. Chefes de Estado, CEOs e celebridades já assumiram um compromisso com a igualdade de gênero. Falta você...

Ajude a ampliar o diálogo sobre os direitos das mulheres e acelerar os progressos para alcançar a igualdade de gênero. Aceite o convite, envie sua foto, faça parte dessa rede que pretende mudar a igualdade de gênero, fazendo com que a questão deixe de ser apenas das mulheres para se tornar uma união de pessoas, beneficiando toda a sociedade nos âmbitos social, político e econômico.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Artigo de juíza de MS é classificado em concurso nacional - 21/09/2020

Nesta segunda-feira (21), o artigo da juíza Thielly Dias de Alencar Pithan, da comarca de Amambai, foi publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico, por estar entre os melhores colocados no 1º Concurso de Artigos do Centro de Pesquisas Judiciais (CPJ/AMB).

Os artigos foram produzidos com base em duas pesquisas divulgadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros: "Estudo da imagem do Judiciário brasileiro", em colaboração com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), e "Quem somos. A magistratura que queremos". O tema era livre, desde que baseado nas pesquisas.

O artigo da juíza de MS, intitulado "Os precedentes vinculantes afetam a independência das magistradas e dos magistrados?", ficou em 19º lugar e reflete sobre as razões que fundamentam a preocupação da magistratura com a afetação de sua independência funcional pela vinculação a precedentes.

A magistrada utiliza no artigo a pesquisa bibliográfica, rememora o sentido e a importância da atividade judicante; ressalta a impossibilidade de cisão do ato de interpretar e de aplicar o Direito, analisa o ativismo judicial e a ampliação do campo de atuação judiciária, e discorre sobre o risco de esvaziamento da atividade judicante caso o sistema de precedentes seja mal utilizado.

Questionada sobre como é ser selecionada em um concurso nacional, com tantos magistrados concorrendo, ser classificada e ter seu trabalho divulgado em um site tão conceituado nos meios jurídicos, a juíza afirmou sentir-se honrada em ter o artigo selecionado neste concurso nacional, promovido pela AMB. "Feliz em contribuir com a reflexão acerca dos precedentes judiciais e seu impacto no exercício da judicatura", disse ela.

A íntegra do artigo pode ser lida no arquivo anexo.

Anexos:

Artigo - OS PRECEDENTES VINCULANTES AFETAM A INDEPENDÊNCIA DAS MAGISTRADAS E DOS MAGISTRADOS.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS passará a utilizar novo software em audiências e sessões virtuais - 22/09/2020

A partir do dia 30 de setembro, audiências e sessões de julgamento no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul passam a ocorrer, também, pelo aplicativo Microsoft Teams, modelo de comunicação oficial. A ferramenta virtual será utilizada em reuniões administrativas do Poder Judiciário, em substituição à solução Google Meet, atualmente usada, mas que tem sua licença para o PJMS expirada no final deste mês.

Após a justificativa técnica, da Secretaria de Tecnologia da Informação (STI), o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, decidiu por definir como padrão a ferramenta Microsoft Teams. Para a utilização em larga escala, foram criadas Salas de Virtuais de Primeiro Grau, que poderão ser acessadas no link https://www.tjms.jus.br/salasvirtuais/primeirograu.

É importante usar estes ambientes virtuais, pois facilitam o acesso à sala de audiências, padronizam as intimações de audiência de videoconferência e evitam problemas futuros nas intimações em caso de mudança de solução de TI.

A Secretaria de TI preparou os acessos, tutoriais e as capacitações necessárias para seus usuários, durante o mês de setembro, para a utilização do novo serviço, ficando disponível nesta segunda quinzena do mês de setembro. Magistrados, servidores, advogados, promotores, defensores e demais operadores do direito podem ter acesso a vídeos que orientam a como realizar audiências utilizando esta nova tecnologia no endereço https://sti.tjms.jus.br/confluence/pages/viewpage.action?pageId=191892676.

Neste momento, é necessário realizar adequações, como novas intimações remarcando as audiências designadas após a data de 29 de setembro de 2020, que ocorreriam no Google Meet, devendo colocar nestas intimações o novo endereço de acesso à sala virtual.

A medida também vale para videoconferências que tratam de temas administrativos, no âmbito do Poder Judiciário de MS, devendo os usuários não mais utilizarem o aplicativo Google Meet, passando a utilizar a solução Microsoft Teams.

O Microsoft Teams passa a ser a solução de TI oficial do Poder Judiciário de MS, contudo não será obrigatório, e os usuários poderão utilizar outros softwares que tenham licenças válidas para o ato que será realizado ou praticado.

Desde o início da pandemia de Covid-19, a Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS vem trabalhando para fornecer todos os recursos necessários para que servidores e magistrados possam desempenhar suas funções de forma remota, sendo um dos principais serviços de TI, utilizados neste período, é o de videoconferência, usado largamente para a realização de reuniões administrativas e audiências em todo o estado.

Em paralelo, desde o início do ano de 2020, a equipe técnica da STI empreendeu esforços para realização de estudos e avaliação de tecnologias para solução de escritório em nuvem para ser contratada pelo PJMS. Esta solução compreende serviços como: e-mail, armazenamento de documentos, videoconferência, mensageiro, dentre outros.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa Juvenil completa 10 anos ressignificando o conflito - 23/09/2020

A Justiça Restaurativa Juvenil está completando 10 anos de funcionamento no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Com um formato de trabalho diferenciado, o programa traz como objetivo principal a mudança dos paradigmas de convívio entre as pessoas para construir uma sociedade em que cada qual se sinta igualmente responsável pelas mudanças, resgatando o justo e o ético nas relações.

O Programa de Atendimento da Justiça Restaurativa – PAJUR foi instituído oficialmente no âmbito do Poder Judiciário Estadual no dia 22 de setembro de 2010, por meio da Resolução n. 569. Ele integra as ações da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) e atua sob a gestão compartilhada do TJMS com a Secretaria Municipal de Assistência Social (SAS) e a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (Sejusp).

A Justiça Restaurativa Juvenil atende adolescentes autores de atos infracionais, as vítimas e seus familiares. Os processos são encaminhados pelo juiz da Vara da Infância e da Adolescência. A implantação do programa em Campo Grande partiu da sugestão do então juiz da Vara da Infância e da Juventude, Danilo Burin (in memoriam).

De acordo com a analista de medidas socioeducativas e facilitadora da CIJ Ivana Assad Villa Maior, "considerando o desejo do juiz e contando com a experiência de técnicas que já atuavam com adolescentes em conflito com a lei nas medidas socioeducativas, fomos acolhidos por esta nova filosofia de vida, por assim dizer, a Justiça Restaurativa".

Ivana explica que o processo restaurativo inicia-se com o facilitador, que é a pessoa que vai conduzir as técnicas autocompositivas próprias da Justiça Restaurativa. "É uma ressignificação de vida, despertada internamente. Essa mudança começa por nossa linguagem e nossos métodos de comunicação, e proporciona uma oportunidade de aprendizagem vivencial por meio dos processos circulares. A Justiça Restaurativa promove o termo justiça como valor e não como poder. Ela traduz uma visão de como queremos conviver e nos incita a considerar o impacto de nosso comportamento sobre os outros e as obrigações geradas pelas nossas ações. Visa uma nova abordagem e aprendizagem social. Oportuniza aos participantes emergirem como protagonistas de um novo processo de evolução pessoal e social".

Após dois anos de funcionamento do Programa de Justiça Restaurativa Juvenil, houve a expansão para a implantação da Justiça Restaurativa Escolar, devido ao significativo número de conflitos escolares que a equipe vinha atendendo.

Neste histórico, todas as comarcas do Estado foram sensibilizadas sobre a Justiça Restaurativa, inclusive com início da Justiça Restaurativa Indígena no interior. Também houve a realização de procedimentos restaurativos com a comunidade em centros comunitários na Capital.

Além disso, ao longo da evolução do programa algumas ações se multiplicaram por meio do processo restaurativo, com o crescimento relevante de números de processos encaminhados pela Vara da Infância e da Adolescência; a realização de diversas parcerias na comunidade como rede de apoio; a diminuição de reincidência no cometimento de atos infracionais pelos adolescentes que realizaram o procedimento; a formação de instrutores em Círculos de Construção de Paz e Justiça Restaurativa; a formação de facilitadores, e outros.

A estimativa é que, ao longo desta década, o programa tenha atendido cerca de 30 mil pessoas, entre ofensores, vítimas, familiares e comunidade. Diante da necessidade de distanciamento físico neste ano de 2020 por conta da pandemia de Covid-19, os círculos, que proporcionam o encontro entre as partes, foram suspensos e teve início a proposta do Diálogo Restaurativo, pela internet, cujos atendimentos virtuais estão tendo um bom acolhimento pelos participantes.

Saiba mais – A prática restaurativa baseia-se na compreensão de que restaurar um relacionamento fará com que ambas as partes sintam que há equidade e respeito mútuo no convívio, buscando assegurar um futuro de bem-estar das partes e da comunidade como um todo.

Desse modo, a Justiça Restaurativa é uma oportunidade de transformar conflitos e violências na aprendizagem de valores humanos e de promoção de cultura da paz. Tanto os Diálogos Restaurativos, assim como os Círculos, possibilitam entender as necessidades da vítima e do infrator, o que faltou na sua vida quando houve o conflito e o que pode ser feito para que ele não reincida na violência.

Assim, a abordagem dialógica da Justiça Restaurativa não mede o resultado pelo "acordo", mas pela satisfação das necessidades das partes, da ideia de que o mais importante é ressignificar a experiência negativa, e não formalizar simplesmente um acordo que recompense.

Justiça Restaurativa Juvenil completa 10 anos ressignificando o conflito

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do STF e do CNJ reúne presidentes de tribunais e defende diálogo permanente - 30/09/2020

Foto: Divulgação/STF

Em reunião com presidentes dos tribunais brasileiros e de entidades representativas da magistratura realizada nesta terça-feira (29), o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Luiz Fux, defendeu o diálogo permanente entre os integrantes do Poder Judiciário. Durante o encontro, realizado por meio de videoconferência com a presença de mais de uma centena de participantes, o ministro apresentou os principais eixos de ação da Justiça brasileira no próximo biênio. O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e o presidente do TRE/MS, Des. João Maria Lós, participaram da reunião.

O presidente do TJMS destacou a disponibilidade do ministro Luiz Fux ao se colocar à disposição de todos os magistrados para qualquer diálogo em benefício do Poder Judiciário. "Um dos assuntos levantados que o Ministro se dispôs a resolver é a questão das audiências de custódia, admitindo-se a realização deste procedimento por videoconferência", ressaltou o Des. Paschoal Carmello Leandro.

"O objetivo de promover esse encontro colaborativo nesse momento do início minha gestão à frente do CNJ e do STF, é para que todos saibam que estamos abertos para trocarmos as nossas experiências e vencermos juntos as nossas dificuldades", afirmou. Luiz Fux lamentou as adversidades enfrentadas em virtude da pandemia da Covid-19, mas observou que, por outro lado, a conjuntura permitiu mostrar à população que os trabalhos não foram interrompidos. "Todos os processos relativos à pandemia, todos os processos relativos a conflito de competência, ao estabelecimento de posturas sanitárias, as causas inerentes à competência administrativa de cada entidade da federação, foram levados a efeito com seriedade por todas as Cortes numa demonstração inequívoca de que o nosso Poder Judiciário continua atuante em todos os setores", ressaltou.

Durante o encontro, o ministro apresentou projetos que serão implementados ou aperfeiçoados, tanto no âmbito do CNJ, quanto do STF. Ele anunciou a criação da nova Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), uma ferramenta tecnológica para a gestão da jurisdição digital. "Pretendemos integrar todos os tribunais do país, mantendo o PJe [Processo Judicial Eletrônico] como sistema patrocinado pelo CNJ. A colaboração entre os tribunais, que será gerada com o uso da PDPJ, certamente levará à redução substancial de custos e ao

aumento de entregas de soluções de tecnologia da informação", esclareceu. O PJe foi lançado em 2010 como sistema de tramitação de processos e, hoje, é uma plataforma digital desenvolvida pelo CNJ utilizada por mais de 70 tribunais.

Fux destacou o Programa Fazendo Justiça, cujo objetivo é fomentar o diálogo entre os atores do sistema penal e do sistema socioeducativo em todos os níveis da Federação. "Acreditamos que somente com a contribuição de todos, por meio de articulações interinstitucionais, será possível avançar na solução desse problema tão complexo que é a questão do sistema prisional em nosso país", destacou. Segundo ele, a iniciativa tem um espectro amplo, atinge todas as etapas do ciclo penal e socioeducativo e tem por escopo a promoção de ações que garantam os direitos das pessoas privadas de liberdade, bem como a redução da superpopulação prisional.

O presidente do CNJ e do STF destacou ainda a criação do Escritório Corporativo de Políticas Judiciárias Nacionais e de Projetos Institucionais, um centro de informações estratégicas para acompanhamento e suporte metodológico para execução das políticas judiciárias nacionais. "Nesse campo de projetos, temos o CNJ, que é a nossa instituição que permite o desenvolvimento de projetos mais criativos e de interesse nacional. O CNJ também se dedicará à criação de ordens normativas para programas emergentes ainda não versados na legislação", ressaltou.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agência CNJ de Notícias

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível

Des. Alexandre Bastos

Agravo Interno Cível nº 1402131-55.2020.8.12.0000/50000 – Dourados 6

Agravo de Instrumento nº 1401106-07.2020.8.12.0000 – Campo Grande 9

Ação Rescisória nº 1405488-77.2019.8.12.0000 – Três Lagoas 15

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Agravo de Instrumento nº 1407066-41.2020.8.12.0000 – Corumbá 21

Apelação Cível nº 0806525-51.2020.8.12.0002 – Dourados 28

Agravo de Instrumento nº 1413711-53.2018.8.12.0000 – Aquidauana 34

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança Cível nº 1411125-09.2019.8.12.0000 41

Agravo de Instrumento nº 1413925-10.2019.8.12.0000 – Amambai 54

Apelação Cível nº 0813079-73.2018.8.12.0001 – Campo Grande 59

Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1403100-70.2020.8.12.0000 – Corumbá 68

Mandado de Segurança Cível nº 1403781-40.2020.8.12.0000 71

Agravo de Instrumento nº 1405867-81.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante 76

Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1401777-30.2020.8.12.0000 – Dourados 80

Agravo de Instrumento nº 2000229-18.2020.8.12.0000 – Campo Grande 83

Apelação Cível nº 0839123-66.2017.8.12.0001 – Campo Grande 89

Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação Cível nº 0000652-73.2011.8.12.0017 – Nova Andradina 97

Apelação Cível nº 0830213-50.2017.8.12.0001 – Campo Grande 108

Apelação Cível nº 0830483-45.2015.8.12.0001 – Campo Grande 114

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação/Remessa Necessária nº 0500291-42.2014.8.12.0001 – Campo Grande 129

Apelação Cível nº 0033582-95.2011.8.12.0001 – Campo Grande 136

Agravo de Instrumento nº 1402044-02.2020.8.12.0000 – Corumbá 142

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Apelação Cível nº 0800297-21.2016.8.12.0028 – Bonito 153
Apelação Cível nº 0805531-33.2014.8.12.0002 – Dourados 160
Agravo de Instrumento nº 1403406-10.2018.8.12.0000 – Ponta Porã 168
Remessa Necessária Cível nº 0814178-20.2014.8.12.0001 – Campo Grande 177
Apelação Cível nº 0810195-39.2016.8.12.0002 – Dourados 185

Des. João Maria Lós

Agravo de Instrumento nº 1410606-68.2018.8.12.0000 – Campo Grande 198
Mandado de Segurança Cível nº 1414085-35.2019.8.12.0000 203
Apelação Cível nº 0803767-80.2018.8.12.0031 – Caarapó 222

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível nº 0838674-79.2015.8.12.0001 – Campo Grande 225
Agravo de Instrumento nº 1405532-62.2020.8.12.0000 – Ivinhema 232
Apelação Cível nº 0800018-37.2017.8.12.0016 – Mundo Novo 236

Des. Julizar Barbosa Trindade

Agravo de Instrumento nº 1406601-32.2020.8.12.0000 – Batayporã 248
Agravo de Instrumento nº 1407700-37.2020.8.12.0000 – Aquidauana 251
Apelação Cível nº 0836246-85.2019.8.12.0001 – Campo Grande 255

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravo de Instrumento nº 1406570-12.2020.8.12.0000 – Campo Grande 259
Apelação Cível nº 0805238-97.2013.8.12.0002 – Dourados 266
Agravo de Instrumento nº 2000524-55.2020.8.12.0000 – Paranaíba 280
Agravo de Instrumento nº 1410344-50.2020.8.12.0000 – Dourados 286

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Agravo de Instrumento nº 1409315-96.2019.8.12.0000 – Campo Grande 290
Apelação Cível nº 0806121-13.2014.8.12.0001 – Campo Grande 296
Apelação Cível nº 0810288-34.2018.8.12.0001 – Campo Grande 301

Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0801809-86.2017.8.12.0001 – Campo Grande 309
Apelação Cível nº 0802370-55.2018.8.12.0008 – Corumbá 313
Apelação Cível nº 0816447-56.2019.8.12.0001 – Campo Grande 321

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Direta de Inconstitucionalidade nº 1412581-28.2018.8.12.0000 – Tribunal de Justiça 328
Apelação Cível nº 0800135-27.2015.8.12.0039 – Pedro Gomes 343
Apelação Cível nº 0802672-50.2019.8.12.0008 – Corumbá 349

Des. Nélio Stábile

Apelação Cível nº 0808687-63.2013.8.12.0002 – Dourados....356
Apelação Cível nº 0817275-28.2014.8.12.0001 – Campo Grande....359
Agravo de Instrumento nº 1405033-78.2020.8.12.0000 – Campo Grande....363

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação/Remessa Necessária nº 0800436-80.2014.8.12.0015 – Miranda....368
Apelação Cível nº 0805213-16.2015.8.12.0002 – Dourados....386
Agravo de Instrumento nº 1409104-26.2020.8.12.0000 – Campo Grande....396

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1405001-73.2020.8.12.0000 – Campo Grande....403
Agravo de Instrumento nº 1408766-52.2020.8.12.0000 – Campo Grande....408
Agravo de Instrumento nº 1405878-13.2020.8.12.0000 – Campo Grande....414

Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível nº 0800639-64.2013.8.12.0019 – Dourados....421
Apelação Cível nº 0803028-79.2019.8.12.0029 – Naviraí....428
Remessa Necessária Cível nº 0807130-71.2019.8.12.0021 – Três Lagoas....431

Des. Vilson Bertelli

Apelação Cível nº 0808433-33.2018.8.12.0029 – Naviraí....436
Apelação Cível nº 0802739-55.2014.8.12.0019 – Ponta Porã....442
Apelação Cível nº 0800394-17.2012.8.12.0010 – Fátima do Sul....447

Des. Vladimir Abreu da Silva

Agravo de Instrumento nº 1414253-37.2019.8.12.0000 – Chapadão do Sul....452
Agravo de Instrumento nº 1405100-43.2020.8.12.0000 – Campo Grande....461
Agravo de Instrumento nº 1408286-74.2020.8.12.0000 – Campo Grande....467
Apelação/Remessa Necessária nº 0019483-57.2010.8.12.0001 – Campo Grande....470

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Agravo de Instrumento nº 1402059-68.2020.8.12.0000 – Três Lagoas....475
Apelação Cível nº 0800569-25.2018.8.12.0002 – Dourados....481
Agravo de Instrumento nº 1405766-44.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante....488

Jurisprudência Criminal

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Apelação Criminal nº 0356375-57.2008.8.12.0001 – Campo Grande 496
Apelação Criminal nº 0019107-32.2014.8.12.0001 – Campo Grande 514
Apelação Criminal nº 0013513-71.2013.8.12.0001 – Campo Grande 526

Desª Elizabete Anache

Habeas Corpus Criminal nº 1407900-44.2020.8.12.0000 – Campo Grande 533
Apelação Criminal nº 0000182-38.2018.8.12.0036 – Inocência 537
Habeas Corpus Criminal nº 1410382-62.2020.8.12.0000 – Campo Grande 548

Des. Emerson Cafure

Recurso em Sentido Estrito nº 0001899-05.2011.8.12.0045 – Sidrolândia 559
Apelação Criminal nº 0000990-12.2018.8.12.0014 – Maracaju 568
Recurso em Sentido Estrito/recurso ***Ex Officio*** nº 0900025-65.2020.8.12.0005 – Aquidauana 591

Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação Criminal nº 0805816-03.2013.8.12.0021 – Três Lagoas 602
Recurso em Sentido Estrito nº 0003395-34.2017.8.12.0021 – Três Lagoas 610
Apelação Criminal nº 0015898-79.2019.8.12.0001 – Campo Grande 618

Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0000428-12.2019.8.12.0032 – Deodápolis 628
Apelação Criminal nº 0008637-71.2017.8.12.0021 – Três Lagoas 638
Apelação Criminal nº 0016608-75.2014.8.12.0001 – Campo Grande 645

Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal nº 0002005-08.2013.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 650
Habeas Corpus Criminal nº 1409876-86.2020.8.12.0000 – Campo Grande 654
Apelação Criminal nº 0019193-27.2019.8.12.0001 – Campo Grande 661
Apelação Criminal nº 0000712-05.2013.8.12.0008 – Corumbá 665

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação Criminal nº 0002142-68.2017.8.12.0002 – Dourados 673
Apelação Criminal nº 0034835-74.2018.8.12.0001 – Campo Grande 682
Apelação Criminal nº 0003331-29.2019.8.12.0029 – Naviraí 692

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0003672-50.2017.8.12.0021 – Três Lagoas 701
Agravo de Execução Penal nº 0000696-89.2015.8.12.0005 – Campo Grande 715
Apelação Criminal nº 0002797-29.2016.8.12.0017 – Nova Andradina 721

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0008007-41.2018.8.12.0001 – Campo Grande 730
Habeas Corpus Criminal nº 1407771-39.2020.8.12.0000 – Três Lagoas 740
Apelação Criminal nº 0001528-64.2016.8.12.0013 – Jardim 744

Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0000311-31.2017.8.12.0019 – Ponta Porã 752
Apelação Criminal nº 0000873-77.2016.8.12.0018 – Paranaíba 757
Apelação Criminal nº 0003860-15.2018.8.12.0019 – Ponta Porã 762

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0000548-68.2017.8.12.0018 – Paranaíba 770
Apelação Criminal nº 0002486-25.2017.8.12.0010 – Fátima do Sul 796
Agravo Regimental Criminal nº 0806352-27.2020.8.12.0002/50000 – Dourados 802

Juiz Lúcio R. da Silveira

Apelação Criminal nº 0000049-37.2011.8.12.0037 – Itaporã 810
Apelação Criminal nº 0000008-70.2019.8.12.0011 – Coxim 818
Habeas Corpus Criminal nº 1409440-30.2020.8.12.0000 – Sonora 829

Juiz Waldir Marques

Apelação Criminal nº 0000725-55.2019.8.12.0020 – Rio Brilhante 844
Recurso em Sentido Estrito/recurso ***Ex Officio*** nº 0002076-46.2013.8.12.0029 – Naviraí 854
Habeas Corpus Criminal nº 1410586-09.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante 862

Índice de Assuntos

Jurisprudência Cível

Ação Civil Pública

Agravo de instrumento. Recebimento da inicial. Indícios suficientes da prática do ato de improbidade. In dubio pro societate.

Agravo de Instrumento nº 1407700-37.2020.8.12.0000 – Aquidauana.....251

Dano ambiental. Substituição de vegetação nativa por exótica. Suspensão da licença ambiental. Falha na concessão da autorização ambiental. Prevalência do dever de preservação do meio ambiente. Princípio da precaução. Súmula 618 do STJ.

Agravo de Instrumento nº 1402044-02.2020.8.12.0000 – Corumbá.....142

Procedimento licitatório. Inexistência de superfaturamento na aquisição de ambulâncias. Dispensa de licitação. Adoção do orçamento de menor valor.

Apelação Cível nº 0808687-63.2013.8.12.0002 – Dourados.....356

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Emenda à Lei orgânica do Município de Campo Grande. Atividade da guarda municipal. Alteração das funções e sua nomenclatura. Vícios formais e materiais.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1412581-28.2018.8.12.0000 – Tribunal de Justiça.....328

Ação de Cobrança

Cobrança bancária decorrente de contrato nulo. Golpe reconhecido. Responsabilidade da instituição pelo fortuito interno. Súmula 54 do STJ.

Apelação Cível nº 0803767-80.2018.8.12.0031 – Caarapó.....222

ECAD. Prescrição trienal. Direitos autorais. Tv por assinatura em quartos de hotel. Pagamento efetuado pela prestadora de serviços. Bis in idem. Quartos. Uso privativo. Não incidência.

Apelação Cível nº 0800297-21.2016.8.12.0028 – Bonito 153

Obra pública contratada. Descumprimento das cláusulas editalícias. Extinção contratual. Ausência de impugnação específica dos pagamentos realizados pela Administração Pública.

Apelação Cível nº 0033582-95.2011.8.12.0001 – Campo Grande 136

Questão de ordem pública. Ausência do Ministério Público. Nulidade. Rejeitada. Pagamento de despesas médico-hospitalares por serviços prestados por empresas terceirizadas. Hospital particular. Onerosidade excessiva.

Apelação Cível nº 0802739-55.2014.8.12.0019 – Ponta Porã.....442

Ação de Desapropriação

Desapropriação indireta. Perícia judicial. Laudo de engenharia e arquitetura. Honorários periciais. Justiça gratuita. Adequação do valor. Resolução 232 do CNJ.

Agravo de Instrumento nº 2000229-18.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....83

Utilidade pública. Realização de nova perícia. Lapso temporal demasiado. Prejuízo à justa indenização.

Agravo de Instrumento nº 1405867-81.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante 76

Valor da indenização da área desapropriada. Avaliação realizada por perito. Adoção da data do decreto expropriatório. Impossibilidade. Avaliação judicial. Validade.

Apelação/Remessa Necessária nº 0500291-42.2014.8.12.0001 – Campo Grande 129

Ação de Despejo

Rescisão de contrato. Falta de "habite-se". Documento indispensável para obtenção do alvará de funcionamento. Interdição do estabelecimento comercial. Notificação para regularização. Sucumbência mínima.

Apelação Cível nº 0805238-97.2013.8.12.0002 – Dourados 266

Ação de Evicção

Rescisão contratual. Indeferimento da tutela de urgência. Reembolso de quantia paga em leilão extrajudicial.

Agravo de Instrumento nº 1409315-96.2019.8.12.0000 – Campo Grande 290

Ação de Improbidade Administrativa

Contratação de produtos e serviços sem licitação. Inexistência de dano patrimonial. Inviabilidade de ressarcimento. Conduta dolosa. Multa.

Apelação Cível nº 0800639-64.2013.8.12.0019 – Dourados 421

Indisponibilidade dos bens. Requisitos presentes. Enriquecimento ilícito. Prejuízo ao erário. Não exclusão da multa civil.

Agravo de Instrumento nº 1403406-10.2018.8.12.0000 – Ponta Porã 168

Uso indevido de veículo oficial. Dolo caracterizado. Ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativas. Sanção de perda da função pública.

Apelação Cível nº 0800135-27.2015.8.12.0039 – Pedro Gomes 343

Ação de Indenização

Acidente ferroviário. Morte. Pensão civil por ato ilícito. Relação de dependência econômica não comprovada pelo convivente.

Agravo de Instrumento nº 1407066-41.2020.8.12.0000 – Corumbá 21

Decisão interlocutória. Pedido de realização de audiência por videoconferência. Indeferimento. Distância considerável entre a residência das partes e a comarca de tramitação do processo. Paralisação de atividades presencias. COVID-19.

Agravo de Instrumento nº 1401777-30.2020.8.12.0000 – Dourados 80

Festa realizada em chácara. Morte por afogamento em piscina. Aplicabilidade do CDC. Vítima sob efeito de álcool. Pensão mensal. Família de baixa renda. Dependência econômica presumida.

Apelação Cível nº 0830483-45.2015.8.12.0001 – Campo Grande 114

Fraude. Clonagem de chip de telefonia móvel por terceiro. Ativação em telefone diverso. Obtenção de quantia considerável. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno.

Apelação Cível nº 0810288-34.2018.8.12.0001 – Campo Grande 301

Morte de bovinos atacados por cães da propriedade vizinha. Responsabilidade objetiva. Ônus da prova demonstrado. Dano moral configurado.

Apelação Cível nº 0805213-16.2015.8.12.0002 – Dourados 386

PASEP. Saques indevidos. Indenização por ato ilícito. Competência da Justiça Estadual. Inaplicabilidade do Art. 1.013, § 3º, do CPC.

Apelação Cível nº 0803028-79.2019.8.12.0029 – Naviraí 428

Ação de Obrigação de Fazer

Aquisição de veículo em unidade da federação na qual os autores-adquirentes possuem domicílio. Cadastro da garantia do mútuo bancário diversa da qual ocorreu a aquisição. Obrigação da instituição financeira de corrigir o equívoco.

Agravo de Instrumento nº 1405001-73.2020.8.12.0000 – Campo Grande 403

Condenado por crime de tráfico de entorpecentes. Pena cumprida. Alegado Direito ao esquecimento. Obrigar o provedor de pesquisa de eliminar de seu sistema de busca a informação da vida pregressa. Impossibilidade. Direito à informação.

Apelação Cível nº 0813079-73.2018.8.12.0001 – Campo Grande 59

Direito à imagem. Divulgação de vídeos no canal do Youtube. Determinação de remoção dos vídeos com indicação dos endereços eletrônicos. Cumprimento da norma legal.

Apelação Cível nº 0802370-55.2018.8.12.0008 – Corumbá 313

Ação de Restituição

Indébito tributário. Tutela de urgência. Suspensão de cobrança. Taxa de lixo. Isenção legal. Ausência de Lei. Indeferido. IPTU. Imunidade tributária. Templo religioso. (1405532-62.2020.8.12.0000) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento nº 1405532-62.2020.8.12.0000 – Ivinhema 232

Ação de Usucapião Extraordinário

Imóvel público. Posse ilícita e clandestina. Proteção possessória. Ocupação irregular de bem público equivale a mera detenção.

Apelação Cível nº 0817275-28.2014.8.12.0001 – Campo Grande 359

Ação Monitória

Cédula de crédito bancário. Cobrança de IOF diluída sobre as parcelas. Admissibilidade. Capitalização mensal de juros. Legalidade. Tabela PRICE. Impossibilidade de substituição pela tabela GAUSS.

Apelação Cível nº 0810195-39.2016.8.12.0002 – Dourados 185

Ação Popular

Suspensão de Lei Municipal que concedia aumento de subsídios do prefeito e vice-prefeita. Possível reflexo em remunerações de servidores ocupantes de outros cargos na Administração pública municipal. Ausência de flagrante inconstitucionalidade ou ilicitude da Lei concessiva de majoração dos subsídios.

Agravo de Instrumento nº 1405033-78.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....363

Ação Rescisória

Ação civil pública de improbidade administrativa. Admissibilidade do juízo rescindendo. Inexistência de ato de improbidade. Acolhido.

Ação Rescisória nº 1405488-77.2019.8.12.0000 – Três Lagoas 15

Agravo de Instrumento

Ação de exigir contas. Sócio - administrador de sociedade empresária. Prestação de contas. Impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação. Negócio integralmente adimplido com aquisição da propriedade.

Agravo de Instrumento nº 1401106-07.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....9

Ação de regulamentação de visitas. Denúncia de estupro praticado por irmão unilateral. Descumprimento do genitor. Dever de preservação da criança.

Agravo de Instrumento nº 1405100-43.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....461

Empresarial e Direito Processual Civil. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Desnecessidade.

Agravo de Instrumento nº 1410606-68.2018.8.12.0000 – Campo Grande.....198

Execução. Bloqueio de numerário. Impenhorabilidade mitigada. Movimentação bancária com origem não só da atividade comercial do executado. Equívoco na individualização da área adjudicada. Erro sanável. Irregularidade no cálculo. Supressão de instância.

Agravo de Instrumento nº 1406601-32.2020.8.12.0000 – Batayporã 248

Objeção de pré-executividade. Inversão do ônus da prova. Inovação recursal. Cédula rural. Atualização monetária do saldo devedor. Legalidade. Súmula n.16-STJ.

Agravo de Instrumento nº 1406570-12.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....259

Posto de combustível abandonado ostentando elementos de imagem da marca e na posse de equipamentos cedidos em comodato. Depreciação do ponto de revenda associado à marca. Dever de restituição do bem cedido em comodato.

Agravo de Instrumento nº 1405878-13.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....414

Sucessão empresarial. Incidente de reconhecimento. Aquisição de fundo de comércio e o prosseguimento na mesma atividade econômica.

Agravo de Instrumento nº 1403100-70.2020.8.12.0000 – Corumbá.....68

Agravo Interno

Execução. Impenhorabilidade do imóvel onde o advogado exerce sua atividade profissional. Afastado. Direito ao parcelamento. Impossibilidade.

Agravo Interno Cível nº 1402131-55.2020.8.12.0000/50000 – Dourados 6

Apelação Cível

Ação civil pública ambiental. Construção em área de preservação permanente. Pesqueiro. Imóvel construído na década de 80. Artigo 61-A do Código Florestal.

Apelação/Remessa Necessária nº 0800436-80.2014.8.12.0015 – Miranda 368

Ação de resolução de contrato de locação. Honorários advocatícios contratuais. Descabimento da cobrança. Inaplicabilidade do Art. 62, inciso II, da Lei 8.245/91. Não purgação da mora.

Apelação Cível nº 0838674-79.2015.8.12.0001 – Campo Grande 225

Ação ordinária. Fraude praticada por terceiro. Ambiente digital disponibilizado pela instituição bancária. Falha na prestação do serviço. Súmula 479 do STJ. Ausência de causa excludente.

Apelação Cível nº 0830213-50.2017.8.12.0001 – Campo Grande 108

Contrato de participação financeira em programa comunitário de telefonia. Direito de receber ações após a doação do sistema telefônico e incorporação ao patrimônio.

Apelação Cível nº 0800394-17.2012.8.12.0010 – Fátima do Sul 447

Indenização. Concentre scoring. Inclusão de dados do consumidor. Atividade lícita. Dever de informação. Inexistência de prova.

Apelação Cível nº 0806121-13.2014.8.12.0001 – Campo Grande 296

Ofensas de cunho racial proferidas em grupo de aplicativo de Whatsapp. Dano moral caracterizado. Sucumbência recíproca. Súmula 326 do STJ.

Apelação Cível nº 0839123-66.2017.8.12.0001 – Campo Grande 89

Cumprimento de Sentença

Empresa em recuperação judicial. Crédito constituído posteriormente. Não submissão. Prosseguimento da execução. Atos de constrição ao patrimônio da recuperanda.

Agravo de Instrumento nº 1408286-74.2020.8.12.0000 – Campo Grande 467

Multa cominatória. Fase de conhecimento. Expressa previsão do artigo 513, § 2º, I, CPC. Inaplicabilidade da súmula n.410-STJ. Astreinte. Redução. Ausência de coisa julgada material.

Agravo de Instrumento nº 2000524-55.2020.8.12.0000 – Paranaíba 280

Direito de Resposta

Alegação de ocorrência de exceção da verdade. Não conhecida inovação recursal. Mérito. Programa exibido pela empresa com ofensa a imagem. Emissora deve ser responsabilizada.

Apelação Cível nº 0800018-37.2017.8.12.0016 – Mundo Novo 236

Direito Tributário

Imposto sobre prestação de serviço de qualquer natureza. Sujeito ativo da exação. Município onde foi prestado o serviço. Princípio da territorialidade.

Apelação Cível nº 0805531-33.2014.8.12.0002 – Dourados.....160

Indisponibilidade do bem. Averbação. Crédito tributário. Art. 186 do CTN. Indisponibilidade convalidada pela penhora.

Agravo de Instrumento nº 1402059-68.2020.8.12.0000 – Três Lagoas 475

Repetição de indébito. Incidência do ITCMD sobre a meação do cônjuge. Tributação indevida. Restituição do valor pago a maior.

Apelação/Remessa Necessária nº 0019483-57.2010.8.12.0001 – Campo Grande.....470

Embargos à Execução

Auto de infração. Irregular poda de árvores. Alegado conflito com a rede elétrica. Dano ambiental. Autorização administrativa que não permite a poda indiscriminada. Valor da multa. Aplicação acima do mínimo legal. Nulidade. (0802672-50.2019.8.12.0008) Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação Cível nº 0802672-50.2019.8.12.0008 – Corumbá 349

Cédula do crédito rural. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Descumprimento em razão de caso fortuito e força maior. Variações climáticas. Risco natural.

Apelação Cível nº 0800569-25.2018.8.12.0002 – Dourados.....481

Relação contratual entre cooperativa de crédito e associado. Cédula de crédito bancário. Consumidor por equiparação. Vulnerabilidade econômica. Incidência do Código de Defesa do consumidor.

Agravo de Instrumento nº 1408766-52.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....408

Execução de Título Extrajudicial

Adjudicação. Imóvel objeto de penhora. Execução diversa. Existência de registro de penhora também em favor de banco. Execução de honorários advocatícios. Natureza alimentar. Crédito privilegiado.

Agravo de Instrumento nº 1410344-50.2020.8.12.0000 – Dourados 286

Prescrição intercorrente. Provas. Livre convencimento motivado. Limitação da penhora à cota pertencente ao executado falecido.

Agravo de Instrumento nº 1413711-53.2018.8.12.0000 – Aquidauana.....34

Execução Fiscal

CDA. Emissão. Espólio. Dívida tributária. Devedor falecido antes do fato gerador. Defeito na notificação do lançamento. Ausência de título.

Apelação Cível nº 0806525-51.2020.8.12.0002 – Dourados.....28

Embargos à execução fiscal. Citação recebida por funcionário do banco. Validade. Cumprimento ao disposto no Art.2º, § 5º, da Lei 6.830/80.

Apelação Cível nº 0836246-85.2019.8.12.0001 – Campo Grande.....255

Exceção de pré-executividade. CDA. Lançamento de ofício. Dispensa de procedimento administrativo. Imposição de multa do PROCON. Exigência de processo administrativo. Nulidade reconhecida.

Agravo de Instrumento nº 1405766-44.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante 488

ICMS. Omissão. Ônus da prova. Presunção de legitimidade. Declaração anual de produtor. Multa fiscal. Obrigação acessória convertida em principal.

Agravo de Instrumento nº 1413925-10.2019.8.12.0000 – Amambai 54

Inventário

Ação de investigação de relação avoenga. Inventariante tem direito a maior parte do patrimônio. Reserva do quinhão dos pretensos herdeiros para resguardar seu patrimônio.

Agravo de Instrumento nº 1409104-26.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....396

Mandado de Segurança

Aplicação da teoria do fato consumado. *Distinguishing* ao tema 476, da repercussão geral do STF. Consolidação de situação já instalada.

Remessa Necessária Cível nº 0807130-71.2019.8.12.0021 – Três Lagoas 431

Ato de cobrança de diferencial de ICMS para compras não presenciais, destinadas a consumidores não contribuintes do imposto. Estatutos normativos que afrontam a Constituição Federal. Inconstitucionalidade.

Remessa Necessária Cível nº 0814178-20.2014.8.12.0001 – Campo Grande 177

Demissão de servidor a bem do serviço público. Prática de falta gravíssima. Desídia. Irregularidade na execução de contratos administrativos.

Mandado de Segurança Cível nº 1411125-09.2019.8.12.0000 41

ITCMD. Usufruto. Extinção pela morte da usufrutuária. Fato gerador. Não configurado. Consolidação plena da propriedade.

Mandado de Segurança Cível nº 1403781-40.2020.8.12.0000 71

Preliminar de ilegitimidade passiva do governador. Rejeitada. Portador de síndrome da imunodeficiência adquirida. Isenção de pagamento do imposto de renda. Redução da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Mandado de Segurança Cível nº 1414085-35.2019.8.12.0000 203

Recuperação Judicial

Créditos constituídos antes da inscrição. Empresário rural. Crédito constituído após o deferimento do processamento da recuperação judicial. Não submissão ao plano.

Agravo de Instrumento nº 1414253-37.2019.8.12.0000 – Chapadão do Sul.....452

Recurso Adesivo

Rescisão do contrato. Promessa de compra e venda de terreno. Retenção de valores. Abusividade. Bis in idem. Taxa de fruição. Lote não edificado. Impossibilidade. IPTU. Responsabilidade da construtora. Inaplicabilidade da Lei Federal 13.786/18.

Apelação Cível nº 0808433-33.2018.8.12.0029 – Naviraí 436

Responsabilidade Civil

Feto macrossômico. Pré-natal não realizado adequadamente. Óbito da criança. Perda de uma chance. Danos morais configurados.

Apelação Cível nº 0000652-73.2011.8.12.0017 – Nova Andradina 97

Paternidade biológica. Omissão. Ausência de comprovação de animosidade de enganar o consorte.

Apelação Cível nº 0801809-86.2017.8.12.0001 – Campo Grande 309

Telefonia

Telefone celular. Golpe perpetrado por Whatsapp. Linha cancelada por terceiro. Danos materiais e morais devidos.

Apelação Cível nº 0816447-56.2019.8.12.0001 – Campo Grande 321

Jurisprudência Criminal

Aborto

Aborto qualificado com ocultação de cadáver. Sentença de pronúncia. Necessidade de submissão ao Tribunal do júri. Revogação da prisão preventiva. Prescrição virtual ou antecipada. Súmula 438 do STJ.

Recurso em Sentido Estrito nº 0001899-05.2011.8.12.0045 – Sidrolândia 559

Agravo de Execução Penal

Pedido de progressão. Exame criminológico. Inaptidão. Súmula 439 do STJ. Súmula vinculante 26 do STF.

Agravo de Execução Penal nº 0000696-89.2015.8.12.0005 – Campo Grande 715

Agravo Interno

Habeas corpus. Ato normativo. Toque de recolher pelo prefeito municipal. Competência concorrente. Saúde pública.

Agravo Regimental Criminal nº 0806352-27.2020.8.12.0002/50000 – Dourados 802

Ameaça

Descumprimento de medidas protetivas. Violência doméstica. Desacato. Resistência. Princípio da consunção. Indenização por danos morais.

Apelação Criminal nº 0000428-12.2019.8.12.0032 – Deodápolis 628

Apelação Criminal

Funcionário público. Recebimento de salário sem prestação dos serviços correspondentes. Atipicidade da conduta em âmbito penal.

Apelação Criminal nº 0805816-03.2013.8.12.0021 – Três Lagoas 602

Furto de energia elétrica mediante fraude. Preliminar de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. Rejeitada.

Apelação Criminal nº 0000873-77.2016.8.12.0018 – Paranaíba 757

Venda de mercadoria com embalagem em desacordo com as prescrições legais. Alegada inépcia da denúncia. Não verificada. Atipicidade da conduta.

Apelação Criminal nº 0002005-08.2013.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 650

Crime Contra as Relações de Consumo

Preliminar. Nulidade do laudo de constatação de irregularidade. Afastada. Materialidade e autoria demonstradas. Redução da pena pecuniária substitutiva. Inviabilidade.

Apelação Criminal nº 0000725-55.2019.8.12.0020 – Rio Brilhante 844

Produto impróprio para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido.

Apelação Criminal nº 0001528-64.2016.8.12.0013 – Jardim 744

Crime Militar

Violação de sigilo funcional. Fornecimento a terceiro de senha de acesso ao sistema integrado de gestão operacional. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0019193-27.2019.8.12.0001 – Campo Grande 661

Descaminho

Militar. Preliminar de incompetência do juízo da auditoria militar. Rejeitada. Condenação mantida. Princípio da especialidade. Requisitos do Art. 44 do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0015898-79.2019.8.12.0001 – Campo Grande 618

Policial militar. Dolo caracterizado. Insignificância não demonstrada. Condenação mantida. Pena. Agravante do Art.53, § 2º, I, do Código Penal Militar. Exclusão. Perdimento dos bens utilizados na prática do crime.

Apelação Criminal nº 0034835-74.2018.8.12.0001 – Campo Grande 682

Direito Autoral

Violação. Nulidade de laudo pericial. Afastado. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Art.184, §§ 1º e 2º, do CP. Configurado.

Apelação Criminal nº 0000712-05.2013.8.12.0008 – Corumbá.....665

Estelionato

Princípio da consunção. *Non bis in idem*. Redução do quantum de exasperação em decorrência da continuidade delitiva. Admissível.

Apelação Criminal nº 0013513-71.2013.8.12.0001 – Campo Grande 526

Estupro

Laudo médico. Prática de crime por imputável na companhia de menor de 18 anos. Atos que transcendem o tipo penal. Súmula 500 do STJ.

Apelação Criminal nº 0000049-37.2011.8.12.0037 – Itaporã 810

Falsificação de Documento Público

Denúncia de fato ocorrido no ano de 2013. Aplicação de acordo de não persecução penal. Alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/2019. Irretroatividade da Lei processual penal. Punição na esfera trabalhista. Responsabilidades independentes.

Apelação Criminal nº 0016608-75.2014.8.12.0001 – Campo Grande 645

Falsidade Ideológica

Documento falso. Desclassificação. Continuidade delitiva. Farto conjunto probatório.

Apelação Criminal nº 0000311-31.2017.8.12.0019 – Ponta Porã 752

Furto Qualificado

Absolvição. Incabível. Crime continuado. Alegado crime impossível quanto ao delito tentado. Posse de fato da res furtiva. Súmula 567 do STJ. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0019107-32.2014.8.12.0001 – Campo Grande 514

Concurso de agentes. Atipicidade material da conduta. Princípio da insignificância. Gravidade dos fatos. Súmula 511 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0000182-38.2018.8.12.0036 – Inocência 537

Inversão da posse. Teoria da amotio. Reconhecimento ex officio do privilégio. Qualificadora de ordem objetiva. Súmula 511 do STJ.

Apelação Criminal nº 0003860-15.2018.8.12.0019 – Ponta Porã 762

Habeas Corpus

Execução penal. Reeducanda com autorização para frequentar curso de pedagogia no período noturno. Pandemia do coronavírus. Suspensão das aulas presenciais. Aula modalidade EAD. Impossibilidade de prisão domiciliar. Reintegração social.

Habeas Corpus Criminal nº 1407900-44.2020.8.12.0000 – Campo Grande 533

Prisão preventiva. Revisão a cada 90 dais. Superveniência de decisão. Tese de ilegalidade prejudicada.

Habeas Corpus Criminal nº 1407771-39.2020.8.12.0000 – Três Lagoas 740

Homicídio Qualificado

Atividade típica de extermínio. Emboscada, surpresa e superioridade numérica. Impossibilidade de decote. Dosimetria. Pena-base. Confissão qualificada.

Apelação Criminal nº 0000548-68.2017.8.12.0018 – Paranaíba 770

Citação por edital. Suspensão do processo. Produção antecipada de provas. Decretação de prisão preventiva. Garantia da ordem pública.

Habeas Corpus Criminal nº 1409876-86.2020.8.12.0000 – Campo Grande 654

Facções. Prisão preventiva. Ausência de revisão. Pedido de custódia domiciliar. Impossibilidade. Condições pessoais irrelevantes.

Habeas Corpus Criminal nº 1409440-30.2020.8.12.0000 – Sonora 829

Injúria Qualificada

Nulidade. Cerceamento de defesa. Ilicitude. Prova decorrente da juntada de telas do aplicativo Whatsapp. Inviabilidade. Dolo evidenciado.

Apelação Criminal nº 0008637-71.2017.8.12.0021 – Três Lagoas 638

Latrocínio

Processo eletrônico. Contagem de prazo. Violência voltada à subtração. Resultado morte. *Animus furandi* evidenciado.

Recurso em Sentido Estrito nº 0003395-34.2017.8.12.0021 – Três Lagoas 610

Organização Criminosa

Habeas corpus. Prisão preventiva. Materialidade e indícios suficientes de autoria. Risco à ordem pública. Paciente que integra facção criminosa e ocupa função de comando. Periculosidade.

Habeas Corpus Criminal nº 1410382-62.2020.8.12.0000 – Campo Grande 548

Peculato

Falsidade ideológica. Perda do cargo público. Conexão probatória. Arrependimento posterior. Inaplicável. Dolo evidenciado. Artigo 92, I, do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0356375-57.2008.8.12.0001 – Campo Grande 496

Porte Ilegal de Arma de Fogo

Atirador desportivo. Rota autorizada pela guia de tráfego. Desvio. Tipicidade da conduta. Restituição de bens apreendidos. Inviável.

Apelação Criminal nº 0002486-25.2017.8.12.0010 – Fátima do Sul 796

Posse irregular de arma de fogo e munições de uso permitido. Apreensão do aparelho de telefonia móvel. Mandado de busca e apreensão judicial. Pretensão de absolvição do crime por estado de necessidade ou excludente de culpabilidade. Descabimento.

Apelação Criminal nº 0000008-70.2019.8.12.0011 – Coxim 818

Racismo

Pedidos alternativos de desclassificação para os crimes de difamação ou de injúria racial. Pedido de absolvição não acolhido. Pena readequada. Redução da pena. Acolhida.

Apelação Criminal nº 0003672-50.2017.8.12.0021 – Três Lagoas 701

Recurso em Sentido Estrito

Aborto. Pronúncia mantida. Crime conexo de corrupção de menores. Indícios suficientes. Princípio do juiz natural. Súmula 500, do STJ.

Recurso em Sentido Estrito/recurso *Ex Officio* nº 0002076-46.2013.8.12.0029 – Naviraí 854

Delegado de polícia. Tráfico de drogas e peculato. Prisão preventiva convertida em domiciliar. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução penal. Restabelecimento da prisão preventiva.

Recurso em Sentido Estrito/recurso *Ex Officio* nº 0900025-65.2020.8.12.0005 – Aquidauana 591

Roubo

Desclassificação para o crime de receptação. Crime de roubo configurado. Vítimas idosas. Agravante genérica mantida. Pluralidades de causas de aumento.

Apelação Criminal nº 0002797-29.2016.8.12.0017 – Nova Andradina 721

Roubo majorado. Pedido de relaxamento da prisão em razão da condição de gênero. Transexual. Manutenção da preventiva. Determinação para transferência.

Habeas Corpus Criminal nº 1410586-09.2020.8.12.0000 – Rio Brilhante 862

Tráfico de Drogas

Acordo de não persecução penal. Art. 28 –A do CPP. Pacote anticrime. Norma material. Novatio legis in mellius. Retroatividade. Impossibilidade.

Apelação Criminal nº 0002142-68.2017.8.12.0002 – Dourados 673

Inversão do rito do Artigo 400 do CPP. Condenação mantida. Pena base inalterada. Decretação de perdimento do veículo. Art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. Suspensão condicional da pena. Impossibilidade.

Apelação Criminal nº 0000990-12.2018.8.12.0014 – Maracaju.....568

Organização criminosa. Registros de conversas no celular apreendido. Ausência de ofensa aos incisos X e XII da Constituição Federal. Depoimento de policiais. Art. 202 do CPP. Validade. Confirmação em juízo.

Apelação Criminal nº 0003331-29.2019.8.12.0029 – Naviraí.....692

Tráfico privilegiado. Droga apreendida com réu após abordagem e revista pessoal por guarda municipal. Prova ilícita. Inexistência de situação de flagrante.

Apelação Criminal nº 0008007-41.2018.8.12.0001 – Campo Grande 730