Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

# REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 218 - Outubro a Dezembro de 2020



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

# REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 218 - Outubro a Dezembro de 2020

# Expediente

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

Ano 41, n. 218

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. 218(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 ..... 497

Noticiário ..... 888

Índice Onomástico ..... 911

Índice de Assuntos ..... 917

# Jurisprudência Cível



## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Alexandre Bastos
## Apelação Cível nº 0801367-52.2016.8.12.0035 – Iguatemi

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL POR PUBLICAÇÃO OFENSIVA DA IMPRENSA – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Se há publicação pela imprensa extraído de Boletim de Ocorrência afeto a pleito eleitoral de candidato à vereança (apreensão na residência do autor de "colinhas" para eventual boca de urna), este fato não importa em abuso de direito do dever de informação pela imprensa (art. 197, CC/2002), mas sim, exercício regular de um direito (art. 188, I, CC/2002) atrelado ao dever de informações de fatos de interesse público, bem como, ainda que abuso houvesse, há culpa concorrente (art. 945 do CC/2002) em pautar comportamento vedado em período de pleito eleitoral.

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, 29 de setembro de 2020.

Des. Alexandre Bastos – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marcelo Carlos Gargantini Marques e outro em face da sentença de fls. 92/97, que julgou improcedente o pedido de dano moral por publicação jornalística ofensiva.

Marcelo Carlos Gargantini Marques e outro suscita no recurso de apelação de fls. 101/111, em apertada síntese: provimento do recurso para julgar procedente o pedido de dano moral, vez que ocorreu uso dos meios de comunicação para ofender a honra.

A parte recorrida, devidamente intimada (fls. 114), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (fls. 115/123).

É o breve relatório.

### VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marcelo Carlos Gargantini Marques e outro em face da sentença de fls. 92/97, que julgou improcedente o pedido de dano moral por publicação jornalística ofensiva.

Marcelo Carlos Gargantini Marques e outro suscita no recurso de apelação de fls. 101/111, em apertada síntese: provimento do recurso para julgar procedente o pedido de dano moral, vez que ocorreu uso dos meios de comunicação para ofender a honra.

A parte recorrida, devidamente intimada (fls. 114), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (fls. 115/123).

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que no dia 02/10/2016, a requerida veiculou na imprensa as notícias com as manchetes *"candidato a vereador pula muro para fugir de polícia e esposa acaba presa"*. Alegam no bojo da petição inicial que a matéria não condiz que a realidade, fato esse que ofendeu à honra subjetiva do requerente que é Servidor Público Estadual de grande respeito na cidade de Tacuru-MS.

A sentença acolheu a tese de defesa, no sentido do exercício regular de um direito, mais precisamente, na liberdade da imprensa, pois são matérias de interesse público, de toda a coletividade, não se restringindo à esfera privada dos Requerentes.

Tenho que a sentença deve ser mantida.

Explica-se.

Duas garantias fundamentais em rota de colisão neste feito.

Primeira, a 'liberdade de informação pela imprensa' e a 'manifestação de pensamento'. Eis a redação do inciso IV, IX do art. 5º c.c. art. 220, todos da Constituição da Republica Federativa do Brasil:

> *"(...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.*
>
> *IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (...).*
>
> *Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."*

Aqui, a atuação pública do agente político se sujeita à liberdade de imprensa e de pensamento em seu maior grau de expressão. Até porque, sua atuação é pautada na publicidade de seus atos (*caput* do art. 37 do Texto Constitucional). Veja-se pelo STJ:

> *"(...) 2. Em relação especificamente à imagem, há situações em que realmente se verifica alguma forma de mitigação da tutela desse direito. Em princípio, tem-se como presumido o consentimento das publicações voltadas ao interesse geral (fins didáticos, científicos, desportivos) que retratem pessoas famosas ou que exerçam alguma atividade pública; ou, ainda, retiradas em local público." (REsp 1594865/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 18/08/2017)*

A segunda, a 'vida privada e a imagem'. Com previsão no inciso V e X do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Veja-se:

> *"V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.*
>
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."*

Aqui, a atuação particular do agente político constitui limite à livre manifestação da imprensa; até porque, a vida privada não é albergada pelo princípio constitucional da publicidade.

Das duas garantias constitucionais, em colocando-as nos pratos afilados da balança podemos extrair que: I) A pessoa pública tem sua atuação liberada para a liberdade de imprensa (a atividade administrativa do particular – exercício da atividade funcional). II) A pessoa particular da pessoa pública tem sua garantia preservada e consiste em "lugar" onde a liberdade de imprensa e de expressão não pode tocar e não tem bilhete de ingresso para adentrar.

*In casu*, não assiste razão ao autor em pedir limitação da liberdade de imprensa por ser pessoa conhecida por ser "pessoa conhecida na cidade", vez que a atuação da imprensa avistou fatos da vida privada, mas sim, fatos da vida pública, vez que o autor, quando do fato, era candidato a vereador e por informações constante do SIGO havia Boletim de Ocorrência de excesso de entrada e saída na residência do autor e com apreensão com pessoas que tinham acabado de sair de sua residência com "colinhas" do candidato para eventual "boca de urna" e, colinhas estas, que foram encontradas na residência do autor.

Desta fato a improcedência do pedido de dano moral se impor por dois fundamentos.

O primeiro fundamento pela liberdade de imprensa que noticiou fato constante em Boletim de Ocorrência extraído pelo SIGO e atrelado umbilicalmente ao interesse público afeto à fato eleitoral. Portanto, exercício regular de um direito que, pelo art. 188, I, do Código Civil, não constitui ato ilícito. Veja-se pelo STJ:

> *"(...) 2. Segundo o entendimento jurisprudencial adotado por este Superior Tribunal de Justiça, no exercício do direito fundamental de liberdade de imprensa, havendo divulgação de informações verdadeiras/verossímeis e fidedignas, de interesse público, sem qualquer excesso/abusividade, não há falar em configuração de dano moral."* (AgInt no AREsp 897.347/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/08/2019, DJe 30/08/2019).

> *"(...) 3. Não configura ofensa à honra e à imagem do recorrente a matéria jornalística reproduzida em revista de circulação nacional, que, sem veicular palavras ou termos ofensivos à dignidade do autor, narra episódio de relevante interesse público, com a mera intenção informativa, não se podendo, nesses casos, cogitar em qualquer extrapolação ao exercício da liberdade de imprensa, concernente ao Estado Democrático de Direito, conforme preceitua a CF/88. 4. Só será configurada ofensa à honra e à imagem, no que respeita ao elemento subjetivo dos ilícitos ensejadores daquelas violações, se emergir clara a intenção de beneficiar-se ofendendo, de enaltecer-se diminuindo ou ridicularizando o outro, seja por mera emulação, retorsão, vingança, rancor ou maldade."* (REsp 1408120/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 03/10/2017).

O segundo fundamento é que ainda que houvesse abuso de direito o dever de indenizar seria afastado, vez que a conduta do autor contribui com esta publicação, vez que em período eleitoral foram encontradas pessoas que saíram da residência com "colinhas" com o nome do autor, bem como, encontradas estas "colinhas" na residência do autor, portanto, no mínimo culpa concorrente. Fato este que chama a aplicação do art. 945 do Código Civil:

> *"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."*

Então, estes são os fundamento que me levaram a formar convicção do art. 371 do CPC pela improcedência do pedido de indenização por dano moral.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso interposto por Marcelo Carlos Gargantini Marques e outro, para manter a improcedência do pedido de danos morais. Condeno a parte recorrente ao pagamento de honorários recursais do art. 85, § 11 do CPC no valor correspondente a 5% sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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

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

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Alexandre Bastos
## Conflito de Competência Cível nº 1600708-76.2020.8.12.0000 – Nova Andradina

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO PARA JULGAR AÇÃO ACESSÓRIA QUE DERIVOU DE AÇÃO DO JUIZADO EM POR ULTRAPASSAR O VALOR DE ALÇADA DO JUIZADO – ACOLHIDO COM O PARECER.

As normas cogentes do procedimento integram a garantia constitucional do devido processo legal do art. 5º, LXXVIII, da CF e, dentre os quais, a que distribui a competência perante o sistema processual e, justamente neste ponto deve ser acolhido o conflito negativo de competência, vez que o art. 3º, da Lei n. 9.099/95 atribui competência quanto ao valor da causa perante o microssistema, nas causas de até 40 salários mínimos e, portanto, em ultrapassando este limite, o Juizado passa a ser incompetente para apreciar e julgar a presente ação, nos termos do art. 51, I, do CPC.

Há obstáculo intransponível para que o magistrado remeta ação ao Juizado Especial Estadual em valor superior ao teto, consistente na regra gravosa à parte autora do § 3º, do art. 3º, da Lei n. 9.099/95, se o valor da causa extrapola os limites da alçada, o ajuizamento da ação anulatória junto ao Juizado Especial Cível implicaria ao autor, renunciar ao crédito excedente ao limite estabelecido na alçada, de forma que esta vontade de renúncia deve parir exclusivamente da parte autora, quem é titular do direito posto à apreciação.

Conflito acolhido. Com o parecer.

### 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, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do Relator, com o parecer ministerial.

Campo Grande, 20 de outubro de 2020.

Des. Alexandre Bastos - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

O juízo suscitado (Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina), às fls. 27, declinou a competência para o Juizado Especial Cível da Comarca de Nova Andradina, vez que os autos principais (Feito n. 0802621-56.2012.8.12.0017) tramitou perante este microssistema.

Já, o Juízo suscitante do presente Conflito Negativo (Juiz de Direito do Juizado Especial Adjunto Cível da Comarca de Nova Andradina), às fls. 01/02, teve o entendimento de que foge da sua competência quanto ao valor da causa, vez que o valor da causa ultrapassa em muito o teto de 40 (quarenta) salários mínimos do microssistema, bem como, as ações principais já foram extintas, portanto, não gera prevenção.

Informações prestadas às fls. 43/43 pela manutenção da decisão que declinou a competência para o Juizado Especial e, com parece da Procuradoria Geral de Justiça - PGJ às fls. 48/54, pelo conhecimento e

acolhimento do presente conflito, declarando-se competente o juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, para julgar e processar a Ação Anulatória de Arrematação (Feito nº 0806247-39.2019.8.12.0017).

## VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

O juízo suscitado (Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina), às fls. 27, declinou a competência para o Juizado Especial Cível da Comarca de Nova Andradina, vez que os autos principais (Feito n. 0802621-56.2012.8.12.0017) tramitou perante este microssistema.

Já, o Juízo suscitante do presente Conflito Negativo (Juiz de Direito do Juizado Especial Adjunto Cível da Comarca de Nova Andradina), às fls._01/02, teve o entendimento de que foge da sua competência quanto ao valor da causa, vez que o valor da causa ultrapassa em muito o teto de 40 (quarenta) salários mínimos do microssistema, bem como, as ações principais já foram extintas, portanto, não gera prevenção.

Informações prestadas às fls. 43/43 pela manutenção da decisão que declinou a competência para o Juizado Especial e, com parece da Procuradoria Geral de Justiça - PGJ às fls. 48/54, pelo conhecimento e acolhimento do presente conflito, declarando-se competente o juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, para julgar e processar a Ação Anulatória de Arrematação (Feito nº 0806247-39.2019.8.12.0017).

É o breve relatório. Passo a decidir.

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. vol. 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).

*In casu*, as normas cogentes do procedimento integram a garantia constitucional do devido processo legal do art. 5º, LXXVIII, da CF e, dentre os quais, a que distribui a competência perante o sistema processual e, justamente neste ponto deve ser acolhido o conflito negativo de competência, vez que o art. 3º, I, da Lei n. 9.099/95 atribui competência quanto ao valor da causa perante o microssistema, nas causas de até 40 salários mínimos (o autor deu à causa o valor de R$ 240.300,00) e, portanto, em ultrapassando este limite, o Juizado passa a ser incompetente para apreciar e julgar a presente ação, nos termos do art. 51, I, do CPC.

Ademais, há obstáculo intransponível para que o magistrado remeta ação ao Juizado Especial Estadual em valor superior ao teto, consistente na regra gravosa à parte autora do § 3º, do art. 3º, da Lei n. 9.099/95, se o valor da causa extrapola os limites da alçada, o ajuizamento da ação anulatória junto ao Juizado Especial Cível implicaria ao autor, renunciar ao crédito excedente ao limite estabelecido na alçada, de forma que esta vontade de renúncia deve parir exclusivamente da parte autora, quem é titular do direito posto à apreciação.

Por fim, não e porque duas ações são conexas que a reunião se impõe, vez que ela se sujeita às regra de competência, portanto, se há impedimento da ação conexa enquadrar na competência do juízo prevento, então, a conexão deve ser afastada.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e acolho o presente conflito negativo de competência, declarando-se competente o juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, para julgar e processar a Ação Anulatória de Arrematação (Feito nº 0806247-39.2019.8.12.0017).

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator, com o parecer ministerial.

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, 20 de outubro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Alexandre Bastos
## Agravo de Instrumento nº 1407069-93.2020.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO – ILEGITIMIDADE DE QUEM NÃO É O PROPRIETÁRIO DO BEM PENHORADO PARA PEDIR IMPENHORABILIDADE – POSSIBILIDADE – POSSIBILIDADE DE PENHORA DE BEM DE FIADOR EM IMÓVEL QUE NÃO GARANTE A OBRIGAÇÃO LOCATÍCIA – AFASTADO PARA MANTER A PENHORA – RECURSO IMPROVIDO.

Certo que o art. 18 do CPC veda que se defenda em nome próprio direito alheio, sob pena de carência da ação por ilegitimidade, nos termos do art. 485, VI do CPC. Contudo, a parte final do art. 18 do CPC excepciona a regra geral ao dispor que *"salvo nos casos previstos em lei"* e, portanto, se a lei permite, nada impede que se defenda em nome próprio direito alheio e é o que ocorre, também, ao magistrado, com as matérias de ordem pública que são imunes ao princípio da inércia ou do dispositivo ou da demanda do art. 2º, do CPC, o que ocorre com a questão processual da impenhorabilidade (art. 833 do CPC e Lei n. 8009).

É norma afeta ao devido processo legal de que um único imóvel residencial do devedor é bem impenhorável, a fim de que se cumpra o direito social previsto no art. 6º, da CF/88, consistente à moradia, nos termos do art. 1º, da Lei do Bem de Família - Lei 8.009 de 1990, mormente, se o bem imóvel dado em garantia para obrigação locatícia por fiador, é diverso ao bem imóvel alvo de constrição. Ademais, a prioridade de penhora é do bem dado à garantia, nos termos do § 3º do art. 835 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, 24 de novembro de 2020.

Des. Alexandre Bastos – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Euroquadros Indústria, Importação e Exportação LTDA em face da decisão proferida nos Autos da Execução de Título Extrajudicial n. 0003111-75.2007.8.12.0021 promovida pela agravante diante do contrato de locação inadimplido, que declarou a impenhorabilidade do imóvel de propriedade dos fiadores/agravados.

Euroquadros Indústria, Importação e Exportação LTDA suscita no agravo de instrumento de fls. 01/14, em apertada síntese: I - seja declarada a ilegitimidade passiva da agravante na alegação de impenhorabilidade por ser bem de família, vez que a agravante/proprietária não integra o polo passivo da execução, mas sim,

os executados/fiadores Antonio Carlos Nery e Elaine Siqueira Hernandes Nery; II - quanto ao mérito para reformar a decisão recorrida e manter a penhora do bem, vez que pede a impenhorabilidade como bem de família, vez que dado em garantia em contrato de locação por parte dos fiadores, nos termos do art. 3º da Lei n. 8009/90.

## VOTO (EM 27/10/2020)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Euroquadros Indústria, Importação e Exportação LTDA em face da decisão proferida nos Autos da Execução de Título Extrajudicial n. 0003111-75.2007.8.12.0021 promovida pela agravante diante do contrato de locação inadimplido, que declarou a impenhorabilidade do imóvel de propriedade dos fiadores/agravados.

Euroquadros Indústria, Importação e Exportação LTDA suscita no agravo de instrumento de fls. 01/14, em apertada síntese: I - seja declarada a ilegitimidade passiva da agravante na alegação de impenhorabilidade por ser bem de família, vez que a agravante/proprietária não integra o polo passivo da execução, mas sim, os executados/fiadores Antonio Carlos Nery e Elaine Siqueira Hernandes Nery; II - quanto ao mérito para reformar a decisão recorrida e manter a penhora do bem, vez que pede a impenhorabilidade como bem de família, vez que dado em garantia em contrato de locação por parte dos fiadores, nos termos do art. 3º da Lei n. 8009/90.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Ilegitimidade para sustentar a impenhorabilidade por terceiro.

Alega em relação à impenhorabilidade que, ao invés da Agravada, os Senhores Antonio Carlos Nery e Elaine Siqueira Hernandes Nery, constituir advogados, e se manifestarem acerca de uma possível impenhorabilidade do bem, todavia, quem se manifestou foi a agravada Bom Jesus Distribuição e Logística, em nome de direito alheio.

Sem razão quanto à ilegitimidade.

Explica-se.

Certo que o art. 18 do CPC veda que se defenda em nome próprio direito alheio, sob pena de carência da ação por ilegitimidade, nos termos do art. 485, VI do CPC. Contudo, a parte final do art. 18 do CPC excepciona a regra geral ao dispor que *"salvo nos casos previstos em lei"* e, portanto, se a lei permite nada impede que se defenda em nome próprio direito alheio e é o que ocorre, também, ao magistrado com as matérias de ordem pública que são imunes ao princípio da inércia ou do dispositivo ou da demanda do art. 2 do CPC.

Ocorre que o tema processual da "impenhorabilidade" é matéria de ordem pública. Veja-se pelo STJ:

> *"(...) 1. Opera-se a preclusão consumativa quanto à impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema, mesmo se tratando de matéria de ordem pública. Precedentes." (AgInt no AREsp 1687899/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 31/08/2020).*

> *"1. A decisão da Corte Estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que o imóvel que se enquadra como pequena propriedade rural, indispensável à sobrevivência do agricultor e de sua família, é impenhorável, consoante disposto no parágrafo 2° do artigo 4° da Lei n. 8.009/1990, norma cogente e de ordem pública que tem por escopo a proteção do bem de família, calcado no direito fundamental à moradia.* (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 222936/SP, de minha relatoria, Quarta Turma, DJe de

26/02/2014) (AgInt no AREsp 1355381/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020).

*(...)*

*3. na linha dos precedentes desta Corte, as matérias de ordem pública (e.G. impenhorabilidade, etc) não se sujeitam à preclusão, podendo/devendo ser apreciadas a qualquer momento e de ofício nas instâncias ordinárias. A saber: AgRg no REsp. n. 1.348.012 / MG, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 16.06.2015; REsp. n. 1.372.133 / SC, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 05.06.2014; REsp. n. 1.314.360 / MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07.02.2013; AgRg no AREsp. n. 223.196/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.10.2012."* (REsp 1809145/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020).

Então e por via de consequência, se o magistrado tem o dever de manifestar de ofício sobre matéria de ordem pública (sob pena de omissão do art. 1.022 do CPC), então, perde objeto a tese da ilegitimidade de quem a alegou e, ainda que assim não fosse, como se vê do pedido de impenhorabilidade de fls. 648 (dos autos principais), quem arguiu a impenhorabilidade do imóvel em discussão foram os proprietários do imóvel Antonio Carlos Nery e Elaine Siqueira Hernandes Nery.

Assim sendo, afasto a ilegitimidade.

Questão de mérito quanto à impenhorabilidade.

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). No mesmo sentido a respeito o caráter cogente nas norma de procedimento: HC 159342; HC 219422; CC 119318."

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 neste ponto que deve ser mantida a decisão recorrida, vez que é norma afeta ao devido processo legal de que um único imóvel residencial do devedor é bem impenhorável, a fim de que se cumpra o direito social previsto no art. 6º, da CF/88, consistente à moradia, nos termos do art. 1º, da Lei do Bem de Família - Lei 8.009 de 1990, ao dispor que:

> *"O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei."*

Quanto à alegação das partes Executadas de que não é possível a penhora de bem de família de fiador de contrato de "locação comercial", pois o Tema n. 295 é restrito ao contrato de "locação residencial", tem-se que a obrigação decorrente da fiança concedida no contrato de locação objeto deste feito diverge do imóvel penhorado nos autos.

O imóvel dado em garantia para o contrato em referência é o de Matrícula n. 21.955 do CRI da cidade de Ponta Porã/MS, conforme parágrafo primeiro da Cláusula Décima Terceira, às fls. 21 e, portanto e desta feita, sem aplicação ao caso do art. art. 3º, da Lei do Bem de Família - Lei 8.009 de 1990.

Então, se há bem imóvel dado em garantia outro que não este objeto deste recurso, então, é se manter a declaração de impenhorabilidade, vez que o bem dado em garantia é prioritário para constrição na execução, nos termos do § 3º do art. 835 do CPC:

> *"Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora."*

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso interposto por Euroquadros Indústria, Importação e Exportação Ltda, para manter a decisão que reconheceu a impenhorabilidade.

É como voto.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 24/11/2020 em face do pedido de vista do Des. Sideni, após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

## VOTO (EM 24/11/2020)

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

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame do elenco documental constante dos autos.

Compulsando os autos, verifica-se que Euroquadros Indústria, Importação e Exportação Ltda., ajuizou Ação de Execução de Título Extrajudicial contra Bom Jesus Distribuição e Logística Ltda., Antônio Carlos Ney e outros e Elaine Siqueira Hernandes Nery, tendo em vista o inadimplemento das obrigações contidas em contrato de locação, figurando os últimos executados como fiadores. Consta dos autos, ainda, que foi penhorado imóvel residencial dos fiadores/executados. Derradeiramente, o Juízo da causa reconheceu a impenhorabilidade desse bem, considerando tratar-se de bem de família e que o contrato de locação é comercial, o que afasta a aplicação do Tema 295 dos recursos repetitivos do STF.

Essa a decisão objeto do presente agravo de instrumento, onde se alega: *"1) ilegitimidade do principal devedor para arguir a impenhorabilidade de bens dos demais executados; e 2) a penhorabilidade do bem, considerando a existência de outros bens imóveis."*

O ilustre Relator votou pelo não provimento do recurso.

No que concerne à arguição de ilegitimidade, entendo, na mesma linha de raciocínio desenvolvida pelo ilustre Relator, pela sua rejeição.

Registro, em complementação à fundamentação invocada por Sua Excelência, que a legitimidade guarda pertinência com a capacidade de figurar como parte na ação executiva, sendo pouco ortodoxo e talvez teratológico que o exequente sustente a ilegitimidade da parte executada, pois foi o próprio exequente quem indicou o polo passivo e ao que consta não deseja a exclusão de qualquer dos litisconsortes passivos. Totalmente contraditório.

A insurgência parece aludir à falta de interesse de agir de um dos executados em arguição a impenhorabilidade dos bens de outro executado. E quanto ao aponto, entendo, igualmente, que o recurso não merece guarida.

Isto porque, os efeitos da execução sobre os bens pertencentes a executados garantidores, devedores solidários, pode impactar o patrimônio do devedor principal. Qualquer dos executados tem interesse em que a execução se processe da forma menos gravosa, na forma do art. 805, do NCPC[1].

Para além disso, é possível extrair do conteúdo dos autos que os executados possuem os mesmos patronos, conforme instrumentos de mandato de f. 76 e 252 dos autos originários. Importa observar, ainda, que a petição de arguição de impenhorabilidade (f. 648) indica faz alusão à "Parte Requerida", o que, a despeito da impropriedade técnica, permite concluir tratar-se de peticionamento conjunto do polo passivo da Ação de Execução.

À luz dessas considerações, rejeito a arguição, seja de ilegitimidade ou falta de interesse de agir.

Também no que concerne à impenhorabilidade decretada pelo Juízo da causa, pois entendo que a decisão não merece reparos, conforme assentado pelo ilustre Relator.

Primeiramente, tenho por bem ressaltar que a inexistência de outros bens imóveis em nome da parte executada não é condição *sine qua non* ao reconhecimento da impenhorabilidade.

Estabelece, com efeito, a Lei 8.009/90:

> *"Art. 1º* ***O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável*** *e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.*
>
> *Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.*
>
> *(...).*
>
> *Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei,* ***considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia*** *permanente.*
>
> *Parágrafo único.* ***Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor****, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil."* Destaquei

1 Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.
Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Assim, nos termos da lei, a impenhorabilidade recai sobre o imóvel utilizado com exclusividade como residência da família. E se o devedor possuir vários imóveis, e vários deles forem utilizados como residência, a impenhorabilidade não será afastada, apenas recairá sobre o de menor valor. Logo, o único requisito legal para impenhorabilidade é a comprovação de que o imóvel é destinado à moradia familiar (fato constitutivo da impenhorabilidade), ônus que compete a quem alega (devedor), nos termos do art. 373, I, do CPC. Ademais, em caso de êxito do devedor nessa prova, compete ao credor o ônus da prova de fatos desconstitutivos, como coexistência de moradia em imóvel diverso de menor valor, por exemplo, conforme art. 373, II, do CPC.

Por outro lado, não se pode olvidar que o instituto do bem de família tem o objetivo de garantir o direito à moradia da família, ou seja, é direito fundamental que tem íntima relação com a dignidade da pessoa humana, daí ser de rigor seu reconhecimento quando preenchidos os requisitos legais.

Ante o exposto, não tenho dúvidas em acompanhar integralmente o voto da lavra do ilustre 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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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, 24 de novembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
## Apelação/Remessa Necessária nº 0949041-97.2020.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA – TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – SENTENÇA REFORMADA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDO, CONTRA O PARECER.

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).

O Supremo Tribunal Federal, na votação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, ocorrida em 15 de abril de 2020, confirmou o entendimento de que as medidas tomadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020, para o enfrentamento do novo coronavírus, não tem o condão de afastar a competência concorrente e, muito menos, a tomada de providências normativas e administrativas pelos Entes Estatais, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário restringe-se ao exame de legalidade e moralidade, sendo vedado o controle do mérito administrativo, aqui compreendidas a conveniência e oportunidade do ato, sob pena de malferir a separação dos poderes.

## 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, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso de apelação e negaram provimento à remessa necessária, no mérito, julgo improcedente o pedido inicial, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de setembro de 2020

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

O Ministério Público Estadual interpõe Apelação Cível e o Juízo 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS submete à remessa necessária a sentença proferida na ação civil pública ajuizada em face do Município de Campo Grande, que indeferiu liminarmente a petição inicial por ausência de interesse processual e julgou extinto o processo, nos termos do art. 485, I do CPC.

Narram os autos que o MPE, ante a Pandemia devido ao Covid-19, ajuizou ação civil pública alegando que o Prefeito Municipal editou um decreto proibindo o funcionamento de templos religiosos.

Posteriormente, autorizou que estas atividades ocorressem desde que contassem, no máximo com a presença de 20 pessoas, e agora, no último decreto, permitiu o funcionamento sem limitação de pessoas, mas impôs alguns cuidados de higiene para se evitar contaminação.

O MPE buscou a imediata suspensão dos efeitos do Incs I e suas Alíneas, do Art.. 2º, do Decreto Municipal n. 14.219, de 26/03/2020 e do Art. 20, Inc.VII, do Decreto Municipal n. 14.195, de 18.03.2020, que foi posteriormente alterado pelo inc. VII do Decreto n. 14.202, DE 19.03.2020, vigente em relação as igrejas e templos religiosos, a fim de que se abstenham de permitir a realização de quaisquer atividades destinadas ao público/fiéis, durante o período da medida de quarentena, prevista atualmente no Decreto Municipal n. 14.200, de 19.03.2020 e também no caso de prorrogação do referido período de quarentena.

O magistrado *a quo* indeferiu a inicial, sob o fundamento de ausência de interesse processual.

O Ministério Público Estadual então interpôs apelação e protocolou a Petição n. 1403769-26.2020.8.12.0000, pleiteando a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, pedido este que foi deferido.

Foi impetrado pelo apelado Mandado da Segurança em que se concedeu liminar para o fim de sustar a eficácia do *decisum* proferido nos Autos n. 1403769-26.2020.8.12.0000.

Nas razões recursais o MPE discorre sobre os motivos que ensejaram o ajuizamento da presente ação e se insurge em face da sentença, defendendo que *"não há que se falar ainda, em impossibilidade do Estado (lato sensu) intervir nas liberdades individuais sob a forma de medidas restritivas de caráter coletivo, uma vez que é permitido ao Poder Público adoção de medidas administrativas de vigilância epidemiológica e sanitária, como meios de controle social que se revelem necessários para a tutela do bem jurídico maior em apreço (direito à vida)",* (f. 314).

Informa que a edição do Decreto Municipal n. 14.219 coincide com o Decreto n. 10.292 do Governo Federal, o qual alterou o Decreto nº 10.282, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6/02/2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, sendo que o decreto federal incluiu a atividade religiosa no rol das atividades essenciais, de forma que restou inalcançável pela regra do isolamento social/quarentena.

O Congresso Nacional, com o fito de organizar as medidas necessárias a serem tomadas no combate a Pandemia, aprovou a Lei nº 13.979, de 06.02.2020, que, por meio da Portaria nº 356, de 11/03/2020, estabeleceu que os gestores locais de saúde poderão adotar as medidas restritivas necessárias.

Ademais, cita que a Lei n. 8.080/90, também estabelece a competência do Município para executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica na esfera local, bem como lhe confere a responsabilidade pelo planejamento, controle, avaliação das ações e serviços público no âmbito de seu território.

Assevera que na decisão de 24/03/2020, o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341, entendeu que a competência entre os Entes Federal, Estadual e Municipal é concorrente para tomada de providências normativas e administrativas em matéria de saúde pública, ao apreciar a MP n. 926/2020.

Assim afirma que o STF entendeu que a adoção de medidas de restrição para o enfrentamento da Pandemia, não afronta direitos fundamentais, sendo totalmente aplicáveis.

Sustenta que cabe ao município a adoção das medidas, devendo *"(...), fazê-la atentando-se para os critérios técnicos/científicos e ao objetivo de, realmente, restringir o trânsito de pessoas em busca da diminuição da velocidade de transmissão do coronavírus, garantindo o funcionamento apenas das atividades essenciais",* (f. 318).

Ocorre que o ente municipal editou o Decreto nº 14.219, de 26/03/2050, no qual flexibilizou as medidas de restrição, excluindo a atividade religiosa da obrigação de quarentena, porém alega que tal medida padece de justificativa técnica ou científica.

Relata que o número de casos confirmados no Estado só vem aumentando, de forma que não existe motivo para a liberação de aglomerações em cultos religiosos, que, por sinal, não se trata de serviço essencial do Estado.

Argumenta que *"as missas e os cultos, como é fato notório, deflagram sempre uma ampla concentração de pessoas, manifestações de solidariedade através de contato físico, o que, como já exaustivamente explicitado, acabam por acelerar a velocidade de propagação do vírus, incrementando, portanto, o risco de colapso do sistema de saúde local público e Privado",* (f. 321).

Assevera que diante da situação de emergência em saúde pública, decorrente da Pandemia do novo coronavírus, é perfeitamente possível a medida de restrição excepcional e temporária das atividades de culto em Geral. Assim, patente o interesse processual do apelante diante da vulneração do interesse da coletividade pelo risco iminente de danos à saúde pública.

Menciona que o município de Campo Grande não possui estrutura hospitalar para atender a demanda, tanto que não vem cumprindo a liminar concedida na ACP n. 0831089-10.2014.8.12.0001, no sentido de aumentar o número de leitos gerais e de UTI na capital, isso sem mencionar a epidemia de dengue, que resultou em 18 mortes até 18/03/2020.

Faz um relato apurado acerca do crescente número de casos e de mortes que vem ocorrendo no Brasil e no Estado de Mato Grosso do Sul, discorrendo acerca do risco de dano não só aos frequentadores das atividades religiosas, mas também aos que por ventura possam contrair o vírus através do contato com esses frequentadores.

Defende a necessidade de reduzir a aglomeração de pessoas, com o objetivo de garantir a manutenção dos serviços de saúde local.

Ressalta a possibilidade de julgamento do mérito pelo tribunal, considerando que não há provas a serem produzidas nos autos.

Requer: *"(...) a reforma da sentença para o fim de condenar o Município de Campo Grande a todas as obrigações requeridas nos pedidos do tópico VI.1 da petição inicial da ação, consoante especificados na tutela de urgência, durante o período de quarentena fixado no art. 1º do Decreto 14.200/20 ( até o próximo dia 05 de abril)."*

Contrarrazões de fls. 357-367, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Manifestação de fls. 396-405, reiterando os pedidos formulados nas razões recursais. Juntou os documentos de fls. 406-436.

Parecer ministerial, pelo provimento do recurso (fls. 444-451.

## VOTO

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

O Ministério Público Estadual interpõe Apelação Cível e o Juízo 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS submete a remessa necessária a sentença proferida na ação civil pública ajuizada em face do Município de Campo Grande, que indeferiu liminarmente a petição inicial por ausência de interesse processual e julgou extinto o processo, nos termos do art. 485, I do CPC.

Narram os autos que o MPE, ante a Pandemia devido ao Covid-19, ajuizou ação civil pública alegando que o Prefeito Municipal editou um decreto proibindo o funcionamento de templos religiosos.

Posteriormente, autorizou que estas atividades ocorressem desde que contassem, no máximo com a presença de 20 pessoas, e agora, no último decreto, permitiu o funcionamento sem limitação de pessoas, mas impôs alguns cuidados de higiene para se evitar contaminação.

O MPE buscou a imediata suspensão dos efeitos do Incs. I e suas Alíneas, do Art. 2º, do Decreto Municipal n. 14.219, de 26/03/2020 e do Art. 20, Inc. VII, do Decreto Municipal n. 14.195, de 18.03.2020, que foi posteriormente alterado pelo inc. VII do Decreto n. 14.202, DE 19.03.2020, vigente em relação as igrejas e templos religiosos, a fim de que se abstenham de permitir a realização de quaisquer atividades destinadas ao público/fiéis, durante o período da medida de quarentena, prevista atualmente no Decreto Municipal n. 14.200, de 19.03.2020 e também no caso de prorrogação do referido período de quarentena.

O magistrado *a quo* indeferiu a inicial, sob o fundamento de ausência de interesse processual.

O Ministério Público Estadual então interpôs apelação e protocolou a Petição n. 1403769-26.2020.8.12.0000, pleiteando a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso, pedido este que foi deferido.

Foi impetrado pelo apelado Mandado da Segurança em que se concedeu liminar para o fim de sustar a eficácia do *decisum* proferido nos Autos n. 1403769-26.2020.8.12.0000.

Nas razões recursais o MPE discorre sobre os motivos que ensejaram o ajuizamento da presente ação e se insurge em face da sentença, defendendo que *"não há que se falar ainda, em impossibilidade do Estado (lato sensu) intervir nas liberdades individuais sob a forma de medidas restritivas de caráter coletivo, uma vez que é permitido ao Poder Público adoção de medidas administrativas de vigilância epidemiológica e sanitária, como meios de controle social que se revelem necessários para a tutela do bem jurídico maior em apreço (direito à vida)"*, (f. 314).

Informa que a edição do Decreto Municipal n. 14.219 coincide com o Decreto n. 10.292 do Governo Federal, o qual alterou o Decreto nº 10.282, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6/02/2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, sendo que o decreto federal incluiu a atividade religiosa no rol das atividades essenciais, de forma que restou inalcançável pela regra do isolamento social/quarentena.

O Congresso Nacional, com o fito de organizar as medidas necessárias a serem tomadas no combate a Pandemia, aprovou a Lei nº 13.979, de 06.02.2020, que, por meio da Portaria nº 356, de 11/03/2020, estabeleceu que os gestores locais de saúde poderão adotar as medidas restritivas necessárias.

Ademais, cita que a Lei n. 8.080/90, também estabelece a competência do Município para executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica na esfera local, bem como lhe confere a responsabilidade pelo planejamento, controle, avaliação das ações e serviços público no âmbito de seu território.

Assevera que na decisão de 24/03/2020, o Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341, entendeu que a competência entre os Entes Federal, Estadual e Municipal é concorrente para tomada de providências normativas e administrativas em matéria de saúde pública, ao apreciar a MP n. 926/2020.

Assim afirma que o STF entendeu que a adoção de medidas de restrição para o enfrentamento da Pandemia, não afronta direitos fundamentais, sendo totalmente aplicáveis.

Sustenta que cabe ao município a adoção das medidas, devendo *"(...), fazê-la atentando-se para os critérios técnicos/científicos e ao objetivo de, realmente, restringir o trânsito de pessoas em busca da diminuição da velocidade de transmissão do coronavírus, garantindo o funcionamento apenas das atividades essenciais",* (f. 318).

Ocorre que o ente municipal editou o Decreto nº 14.219, de 26/03/2050, no qual flexibilizou as medidas de restrição, excluindo a atividade religiosa da obrigação de quarentena, porém alega que tal medida padece de justificativa técnica ou científica.

Relata que o número de casos confirmados no Estado só vem aumentando, de forma que não existe motivo para a liberação de aglomerações em cultos religiosos, que, por sinal, não se trata de serviço essencial do Estado.

Argumenta que *"as missas e os cultos, como é fato notório, deflagram sempre uma ampla concentração de pessoas, manifestações de solidariedade através de contato físico, o que, como já exaustivamente explicitado, acabam por acelerar a velocidade de propagação do vírus, incrementando, portanto, o risco de colapso do sistema de saúde local público e Privado",* (f. 321).

Assevera que diante da situação de emergência em saúde pública, decorrente da Pandemia do novo coronavírus, é perfeitamente possível a medida de restrição excepcional e temporária das atividades de culto em Geral. Assim, patente o interesse processual do apelante diante da vulneração do interesse da coletividade pelo risco iminente de danos à saúde pública.

Menciona que o município de Campo Grande não possui estrutura hospitalar para atender a demanda, tanto que não vem cumprindo a liminar concedida na ACP n. 0831089-10.2014.8.12.0001, no sentido de aumentar o número de leitos gerais e de UTI na capital, isso sem mencionar a epidemia de dengue, que resultou em 18 mortes até 18/03/2020.

Faz um relato apurado acerca do crescente número de casos e de mortes que vem ocorrendo no Brasil e no Estado de Mato Grosso do Sul, discorrendo acerca do risco de dano não só aos frequentadores das atividades religiosas, mas também aos que por ventura possam contrair o vírus através do contato com esses frequentadores.

Defende a necessidade de reduzir a aglomeração de pessoas, com o objetivo de garantir a manutenção dos serviços de saúde local.

Ressalta a possibilidade de julgamento do mérito pelo tribunal, considerando que não há provas a serem produzidas nos autos.

Requer: *"(...) a reforma da sentença para o fim de condenar o Município de Campo Grande a todas as obrigações requeridas nos pedidos do tópico VI.1 da petição inicial da ação, consoante especificados na tutela de urgência, durante o período de quarentena fixado no art. 1º do Decreto 14.200/20 (até o próximo dia 05 de abril)."*

Contrarrazões de fls. 357-367, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Manifestação de fls. 396-405, reiterando os pedidos formulados nas razões recursais. Juntou os documentos de fls. 406-436.

Parecer ministerial, pelo provimento do recurso (fls. 444-451).

Sem oposição ao julgamento virtual (f. 395).

É o relatório. Decido.

O Ministério Público Estadual interpõe Apelação Cível e o Juízo 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS submete a remessa necessária a sentença proferida na ação civil pública ajuizada em face do Município de Campo Grande, que indeferiu liminarmente a petição inicial por ausência de interesse processual e julgou extinto o processo, nos termos do art. 485, I do CPC.

Da extinção do processo por ausência de interesse processual

A sentença guerreada extinguiu o processo, sob o argumento de ausência de interesse processual, alegando que há na Constituição Federal, procedimentos próprios para o enfrentamento de situações de crise como a que passa o País.

Merece reforma a sentença neste ponto. Explico.

O artigo 17 do Código de Processo Civil, normatiza: *"Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade."*

Portanto, inexistindo o interesse ou legitimidade para postular em juízo, a consequência prevista pelo art. 485, VI do CPC/2015, será o julgamento da lide, sem resolução do mérito. Vejamos:

> *"Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:*
>
> *(...);*
>
> ***VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;***
>
> *(...)." (G.n.)*

Assim, diante da ausência de interesse de agir ou de legitimidade, o CPC/15 expressamente prevê que o juiz não resolverá o mérito, consoante o mencionado artigo 485.

A Constituição Federal estabelece as funções do Ministério Público como instituição permanente. Confira-se:

> *"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e* ***individuais indisponíveis****.*
>
> *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
>
> *(...);*
>
> *II - zelar pelo efetivo* ***respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituiçã****o, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;*
>
> *III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros* ***interesses difusos e coletivos****."* (Destaquei)

Por sua vez, a Lei n. 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, ainda estabelece:

> *"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:*
>
> *(...);*
>
> *IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:*
>
> *a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos."*

Esclarecedora a lição de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade in "Interesses difusos e coletivos esquematizado", Editora Método, 5ª edição, p. 33-34, acerca dos interesses individuais homogêneos, vejamos:

> *"**Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, como o próprio nome indica, são interesses individuais: seus titulares são determináveis e seu objeto é divisível**. Seu ponto de contato com os difusos e coletivos é a possibilidade de sua defesa judicial dar-se por meio de ações coletivas. Sem embargo, enquanto uma ação coletiva ajuizada para tutela de direito difuso ou coletivo versa sobre uma única relação jurídica - determinado direito difuso ou determinado direito coletivo – não é possível ação coletiva para a defesa de um único direito indivisível homogêneo: toda ação coletiva sobre tal espécie jurídica buscará a defesa de um feixe de relações jurídicas individuais envolvidos. Por tais razões (principalmente pela divisibilidade de seu objeto), verificando que os interesses individuais homogêneos, em essência, distanciam-se dos difusos e coletivos, aqueles mesmos autores neles vislumbrando uma transindividualidade artificial (meramente formal), denomina-os como acidentalmente coletivos."* (G.n.)

Como se vê, não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público em ajuizar ação civil pública, para a defesa dos interesses individuais homogêneos de larga abrangência ou relevância social, como no caso em tela, a teor do inciso I[1], do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985.

A propósito, firmou-se no STF o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de direito individual homogêneo. Confira-se:

> *"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL COLETIVA – DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – DISTINÇÕES – LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ARTS. 127 E 129, III, DA CF – LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA – COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS – SEGURO DPVAT – AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. **Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).** 2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. 3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (an debeatur, quid debeatur e quis debeat); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o cuí debeatur e o quantum debeatur), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios. 4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender 'interesses sociais'. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, **há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade.***

1 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;

> ***Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas.*** *Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º). 7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ). 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento."* (STF; RE 631111, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014). (Destaquei).

Portanto, está evidenciado nos autos, que o direito é suscetível de ser tutelado pelo Ministério Público e resta evidente o interesse processual a ensejar o ajuizamento da presente demanda.

Desse modo, reformo a sentença guerreada neste ponto.

Mérito.

Considerando que a causa se encontra madura, adentro o mérito do presente feito, com fundamento nos artigos 1.013 e 1.014, do CPC, considerando que o feito comporta julgamento antecipado nos termos do art. 355, inciso I do CPC, tendo em vista que os fatos encontram-se suficientemente comprovados nos autos.

> *"Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:*
>
> *I - não houver necessidade de produção de outras provas;*
>
> *Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*
>
> *§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.*
>
> *§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.*
>
> *§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:*
>
> *I - reformar sentença fundada no art. 485;*

*II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;*

*III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;*

*IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.*

*§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.*

*§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.*

*Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior."*

O objeto do presente recurso cinge-se na anulação dos Decretos Municipais n. 14.195/2020 e n. 14.202/2020, na parte em que flexibilizou o funcionamento de igrejas e de templos religiosos durante o período da quarentena.

Importa destacar que a competência para determinar as regras de isolamento e quarentena, bem como, definir quais são as atividades enquadradas como essenciais (aquelas que não podem ficar paralisadas, mesmo durante a epidemia do novo Covid-19), é concorrente.

O Supremo Tribunal Federal, na votação ocorrida no dia 15 de abril de 2020, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, confirmou o entendimento de que as medidas tomadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020, para o enfrentamento do novo coronavírus, *"não tem o condão de afastar a competência concorrente e, muito menos a tomada de providências normativas e administrativas pelos Entes Estatais, pelo Distrito Federal e pelos municípios"*, vejamos:

*"SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

*(...) descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior.*

***Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios.*** *Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei Federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios."* Destaquei.

Além disso, é possível observar que os decretos e resoluções foram elaborados pelo município apelado de acordo com as notas técnicas e protocolos de segurança expedidos pelo Ministério da Saúde, bem como, está em conformidade com o que prevê a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 e o Decreto Federal nº 10.282/2020, de 20 de março de 2020.

Dessa forma, o indeferimento do pedido inicial é medida que se impõe. Isso porque, conforme entendimento jurisprudencial, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário restringe-se ao exame de legalidade e moralidade, sendo vedado o controle do mérito administrativo, sob pena de malferir a separação dos poderes.

Assim, uma vez respeitado o rito procedimental previsto na legislação pertinente, bem assim nas demais normas regulamentadoras, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo, sob pena de inequívoca afronta ao princípio da separação dos poderes. Colho precedentes:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR REMOVIDO EX OFFICIO –* ***CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO PODER CONCEDENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – CONTROLE MERITÓRIO PELO PODER JUDICIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES*** *– LEGALIDADE DO ATO ACOIMADO DE COATOR – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A Administração pode transferir seus servidores, mediante critérios de oportunidade e conveniência, desde que fundamentada no interesse coletivo, a fim de atender às exigências de necessidade do serviço público, não sendo aos servidores aplicável a garantia da inamovibilidade. 2. A remoção ex officio de policial militar, por interesse da Administração, é ato discricionário do Comandante Geral da Polícia Militar, efetivado no âmbito do Estado de Goiás, na forma dos artigos 44 e 45 da Lei Estadual nº 10.460/88, já que o Estatuto dos Policiais Militares não regula a questão da movimentação dos integrantes da carreira militar. 3.* ***Tratando-se de ato administrativo discricionário do poder concedente, em observância aos critérios de oportunidade e conveniência, é defeso ao Poder Judiciário interferir na análise do mérito administrativo.*** *4.* ***Uma vez respeitado o rito procedimental previsto na legislação pertinente, bem assim nas demais normas regulamentadoras, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo do ato acoimado de coator, sob pena de inequívoca afronta ao princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal****. 5. A denegação da segurança é medida que se impõe, uma vez que não houve violação a direito líquido e certo do impetrante. 6. Segurança denegada."* (TJ-GO - Mandado de Segurança Criminal: 05256132420188090000, Relator: Elizabeth Maria da Silva, Data de Julgamento: 28/06/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 28/06/2019). Destaquei.

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADMINISTRATIVO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES – EXISTÊNCIA DE CANDIDADOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO – ILEGALIDADE – LEI ESTADUAL 6.915/2007 – EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 279 DESTA CORTE – ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 280 DO STF – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO – POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS ABUSIVOS E ILEGAIS – AGRAVO IMPROVIDO. I - Inviável o recurso extraordinário quando sua apreciação demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como da legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. II - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. III - Agravo regimental improvido."* (RE 654.170-AgR/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 15.4.2013).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO – ATO ADMINISTRATIVO – NECESSIDADE DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA – CONTROLE JUDICIAL – LEGALIDADE E LEGITIMIDADE – RECURSO IMPROVIDO. A realização de atos concretos pela Administração Pública, como a construção de estabelecimentos penais, depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades determinado pelos governantes, faltando interesse ao Parquet em ajuizar de ação civil pública se não restar comprovada a existência de recursos financeiros designados para mencionada despesa.* ***O Poder Judiciário exerce o controle judicial sobre os atos administrativos***

***do Poder Executivo, porém a sua competência restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade, sem adentrar no mérito administrativo, ou seja, na conveniência, oportunidade ou eficiência do ato, constatação esta que somente cabe ao Poder Executivo.****"* (TJ-MS - AC: 16746 MS 2005.016746-0, Relator: Des. Rubens Bergonzi Bossay, Data de Julgamento: 10/04/2006, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 17/05/2006). (G.n.)

*"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRAINDICAÇÃO DO CANDIDATO APÓS INVESTIGAÇÃO SOCIAL – MÉRITO ADMINISTRATIVO (OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA) – ILEGALIDADE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. - Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, que se apresenta com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no ato da impetração.* ***O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário restringe-se ao exame de legalidade e moralidade, sendo vedado o controle do mérito administrativo, aqui compreendidas a conveniência e oportunidade do ato, sob pena de malferir a separação dos poderes****. - A idoneidade moral é requisito indispensável ao desempenho das funções de Agente Penitenciário, devendo ser o edital observado. - Ausente a prova pré-constituída do direito líquido e certo a ser tutelado, denega-se a segurança. V.V. 1. O art. 9º, inciso II, da Lei Estadual n. 14.695/2003, exige, para o ingresso do candidato na carreira de Agente de Segurança Penitenciário, a observância ao requisito da idoneidade moral. 2. A fase de investigação social integrante do processo seletivo para o exercício do cargo de Agente de Segurança Penitenciário pode ensejar a eliminação do candidato com base em sua vida pregressa, observados os ditames legais e editalícios. 3. Embora a reputação ilibada não se restrinja à inocorrência de condenação criminal, a inexistência de comprovação da prática de crime pelo impetrante, associada à baixa ofensividade da conduta que lhe foi imputada e, ainda, ao fato de que os acontecimentos ocorreram há mais de 12 anos, indicando ser um episódio isolado na vida do candidato, revela-se ilegal a sua desclassificação do certame na fase de investigação social."* (TJ-MG - MS: 10000190188060000 MG, Relator: José Eustáquio Lucas Pereira (JD Convocado), Data de Julgamento: 25/06/0019, Data de Publicação: 03/07/2019). (G.n.)

Assim, julgo improcedente o pedido inicial.

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

Pontuo 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.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso de apelação apenas para afastar a alegação de falta de interesse processual.

Nego provimento à remessa necessária.

No mérito, julgo improcedente o pedido inicial.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso de apelação e negaram provimento à remessa necessária, no mérito, julgo improcedente o pedido inicial, 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, 30 de setembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
## Apelação Cível nº 0831662-77.2016.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE CONSÓRCIO COM SEGURO DE VIDA PRESTAMISTA – MORTE DO CONSORCIADO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA AFASTADA – ALEGA AUSÊNCIA DE COBERTURA – INADIMPLÊNCIA QUE ENSEJOU O CANCELAMENTO/DESISTÊNCIA DO CONTRATO – NEGATIVA POR INADIMPLÊNCIA – NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – CANCELAMENTO – INOCORRÊNCIA – QUITAÇÃO DAS PARCELAS EM ABERTO NO PLANO DE CONSÓRCIO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO, RESSALVADO O DIREITO DE REGRESSO EM RELAÇÃO À SEGURADORA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

A legitimidade da Administradora de Consórcio para responder aos termos da ação em que se busca o recebimento do seguro prestamista de vida, em razão do óbito do consorciado, é verificada pelos próprios termos contratuais, pela a teoria do fornecedor por aparência, com respaldo dos arts. 7º, § único, 14, 18, 25, § 1º, todos do CDC.

Os herdeiros do consorciado falecido no curso do grupo têm interesse de agir e são legitimados para exigir o bem ou o valor em pecúnia quando evidenciada pela recusa da Administradora de Consórcio em restituir o valor do crédito consorciado.

A prova do óbito do consorciado falecido pode se dar por meio da Certidão emitida pelo Cartório de Registro de Pessoais Naturais e, de forma excepcional, por outros meios legais, como por exemplo, por meio de declaração de pagamento de pensão por morte emitida pelo INSS – Instituto de Seguro Social, tal como se deu no caso concreto.

Considerando que o seguro de vida prestamista tem por objetivo a quitação das parcelas vincendas, em caso de óbito do segurado, é garantido aos herdeiros o valor total do crédito, que tem como base o montante inicial e os respectivos aumentos no preço do bem consorciado, já acrescidos de taxa de administração e do fundo de reserva.

Aplica-se o Verbete 43 da Súmula do STJ no caso concreto, o qual diz que o valor principal deverá ser corrigido a partir do efetivo prejuízo.

Mostra-se abusiva a cláusula contratual que prevê a possibilidade de cancelamento automático do contrato de consórcio e, consequentemente, do seguro a ele vinculado, pela falta de pagamento, por ofensa ao disposto no art. 51, incisos IV e XI, do CDC

## 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, 15 de outubro de 2020

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Administradora de Consórcio Nacional Honda Ltda, em face da sentença proferida nos autos de Ação de Cobrança pelo juiz da 8ª Vara cível da Comarca de Campo Grande - MS, que julgou procedentes os pedidos da exordial condenando apelante juntamente com a seguradora Mapfre Vida S.A ao pagamento das parcelas remanescentes relativas à cota de consorcio do segurado falecido e ao pagamento em espécie do valor do bem objeto do consorcio.

Versa na origem o pedido dos herdeiros de Sr. Manoel Francisco, falecido em 08.12.2013, que requerem a quitação do saldo devedor do consorcio e a entrega do bem, ou a liberação do credito para pagamento do valor referente ao bem consorciado, conforme seguro financeiro do contrato.

Suscita preliminar de ilegitimidade passiva pois entende ser de responsabilidade total da seguradora tal ônus (de quitar o saldo e liberar a carta de credito), sendo a apelante apenas uma intermediadora entre o seguradora e a seguradora. E, no caso de falecimento devem os herdeiros enviar a documentação necessária para a Administradora para que esta repasse à seguradora contratada e esta sim proceda o pagamento.

Conta que o falecido "pediu" o cancelamento/desistência da cota do consorcio em 08/2013 (pois foi quando deixou de honrar as parcelas) e que na data de seu óbito sua desistência ao grupo já estava consolidada. Informa ainda que até a propositura da ação os apelados não havia noticiado à apelante e nem à seguradora o óbito do consorciado.

Narra ainda que a cota do *de cujus* foi contemplada em 13/07/2015 no sorteio dos excluídos, restando somente a restituição dos valores pagos pelo consorciado enquanto esteve ativo no grupo.

Demonstra que descontadas as taxas de administração, taxa de seguro, clausulas compensatórias e diante da inércia dos herdeiros o valor disponível passou a ser gerido pelo fundo de valores não procurados, sendo abatidos mensalmente o percentual de administração restando disponível atualmente a quantia de R$593,94 para ser restituído aos herdeiros.

Ao final requer o acolhimento da preliminar de ilegitimidade e no mérito requer a reforma da sentença tendo em vista a impossibilidade de quitação contratual após o óbito do consorciado que deixou de pagar o consorcio 4 meses antes de seu falecimento, afastando a cobertura de seguro por falta de pagamento.

Caso mantida a condenação requer seja a condenação no valor de hoje do bem base do plano que o mesmo aderiria, ou seja, o valor equivalente a uma motocicleta marca HONDA BROS 150 ESD, que corresponde ao valor do credito que o falecido teria direito hoje, sendo então excluídos impostos, correção e juros nela atribuídos.

Contrarrazões às fls. 443/455.

É o relatório.

## VOTO

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

Recebo o recurso e o mesmo não merece provimento.

Em se tratando de contrato de adesão a grupo consorcial com seguro em grupo, a súbita morte do segurado torna devida a entrega do bem ou o equivalente em espécie aos herdeiros. Fato incontroverso.

Preliminarmente A empresa apelante defende ser apenas administradora do consórcio e não seguradora, inexistindo responsabilidade sobre a contratação de seguro, suscitando assim preliminar de ilegitimidade passiva.

Debate ainda o apelante acerca da inadimplência do consorciado em 4 meses sem o pagamento que significa desistência tácita do consorciado à cota.

Sustentou ainda que a agravada não teria seguido os procedimentos a serem adotados quando um consorciado vem a óbito, pois não teria noticiado o fato à administradora do consórcio Assim, não teria ocorrido a possibilidade de abrir procedimento para analisar se a agravada teria, ou não, direito à cobertura.

E ainda, que se mantida a condenação, frisa que o fato do valor ser mantido em contas não reclamadas, sofreu redução considerável com as taxas administrativas aplicadas e ainda alternativamente requer seja o pagamento efetuado pelo valor da carta de credito atual referente à cota e grupo escolhido pelo consorciado.

Da preliminar de ilegitimidade.

Se o consórcio-estipulante divulga o seguro, realiza os contratos, cobra o valor do prêmio do seguro e ainda faz a intermediação da relação entre consorciado e seguradora, possui ele legitimidade passiva para responder por ação de indenização do referido seguro.

Ao contrário do que tenta fazer crer a recorrente, não se trata de seguro de vida individual, mas sim de seguro de vida em grupo de consorciados participantes. Afora isso, sequer restou demonstrado que o consorciado tinha ciência de qual era a seguradora contratada, uma vez que toda tratativa foi firmada com a Administradora do Consórcio.

Portanto, a parte ré é quem contratou o seguro em nome do consorciado, sendo de se destacar que do contrato sequer constou o nome de qual seguradora seria. Não bastasse isso, o contrato foi assinado com a parte ré, e não com a seguradora. Como se vê, está muito clara a parceria entre a parte ré, a administradora do consórcio - e a empresa seguradora.

Ora, está evidente que a parte ré, em casos como o dos autos, divulga o seguro, realiza os contratos, cobra o valor do prêmio do seguro e, ainda, faz a intermediação da relação entre o consorciado e a seguradora. Diante disso, não resta dúvida quanto à legitimidade passiva ad causam da parte requerida, ora apelante.

Nesse sentido, já decidiu o STJ, em decisão que, mutatis mutandis, se aplica ao caso em exame:

> *"SEGURO – BANCO – LEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA AD CAUSAM. É parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento do contrato de seguro o banco que divulga o produto, recebe o valor do prêmio, expede apólice e presta as informações necessárias ao segurado. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido."* (STJ - Erro! A referência de hiperlink não é válida, Relator Ministro Barros Monteiro, J. 13/12/2005, DJ 03.04.2006 p. 348).

Assim, sendo certo que das prestações mensais era descontado o valor do seguro de vida diretamente ao consórcio/beneficiário e, ainda, por se tratar de relação de consumo, inarredável a responsabilidade solidária da Administradora do Consórcio recorrente para figurar no polo passivo da presente demanda.

> *"APELAÇÃO CÍVEL – **CONTRATO DE CONSÓRCIO** DE IMÓVEL COM SEGURO DE VIDA PRESTAMISTA – MORTE DO CONSORCIADO – **ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA AFASTADA – INCIDÊNCIA DO** Erro! A referência de hiperlink não é válida. **–CONSUMIDOR QUE AJUÍZA AÇÃO CONTRA PESSOA JURÍDICA COM QUE CONTRATOU DIRETAMENTE** – MÉRITO – CONSÓRCIO QUITADO EM CASO DE FALECIMENTO – LIBERAÇÃO DA CARTA DE CRÉDITO AO HERDEIRO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **É parte legítima a administradora do consórcio para figurar no polo passivo da demanda quando o consumidor firma contrato com esta pessoa jurídica, sem nem ao menos ter ciência de qual seria a seguradora responsável pelo seguro**.*

> *Em caso de falecimento do consorciado antes do encerramento do grupo ou contemplação da cota, existindo seguro prestamista contratado pela administradora do consórcio, deve ser quitada a cota, bem como liberada a carta de crédito. Recurso conhecido e desprovido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0812278-62.2015.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 15/12/2017, p: 18/12/2017). (G.n.)

Pois bem, afastada a preliminar

Sabe-se que o seguro prestamista tem por objetivo garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer evento danoso, previsto contratualmente, ou seja, sinistros de natureza morte, morte acidental e invalidez total por acidente.

Da via Administrativa.

Em que pese a empresa apelante alegar que para fazer jus ao bem a agravada deveria ter comunicado o falecimento, tal fato não é razão suficiente para eximir a administradora da entrega do bem ou da carta de credito.

Ainda que se aceite que o pedido administrativo é essencial à configuração do interesse de agir, a defesa de mérito apresentada, suprime a necessidade do pedido prévio. A defesa apresentada pela administradora de consórcio demonstra, de forma inequívoca, sua resistência ao pagamento estabelecido em contrato, configurando, de forma superveniente, o interesse de agir.

Nesse sentido:

> *"SEGUROS PRESTAMISTA – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E REPARAÇÃO POR DANO MORAL – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM VERIFICADA – ESTIPULANTE E BENEFICIÁRIA DO SEGURO – ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA – NECESSIDADE – ENTENDIMENTO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, REPETITIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 631.240/MG – ENTRETANTO, SE A RÉ DEDUZ DEFESA DE MÉRITO, CONFIGURA SUPERVENIÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO – DANO MORAL – INOCORRÊNCIA – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO CORRETA – EQUIDADE – CAUSA DE PEQUENO VALOR – APLICAÇÃO DO § 4.º DO ART.* ***Erro! A referência de hiperlink não é válida.*** *DO* ***Erro! A referência de hiperlink não é válida.****/73. De rigor o reconhecimento da legitimidade passiva da instituição financeira que figurou como estipulante e beneficiária do seguro prestamista e que levou o contratante a crer que era ela responsável pela cobertura. Embora desnecessário o exaurimento da seara administrativa, mostra-se imprescindível a comprovação de que houve solicitação extrajudicial e a pretensão resistida, de forma a justificar a invocação do Poder Judiciário. Todavia, se apesar da ausência da resposta negativa da seguradora, ela deduz defesa de mérito, configurada está a superveniência do interesse de agir. O mero inadimplemento contratual por parte da seguradora não enseja dano moral indenizável. Honorários fixados corretamente por equidade por se tratar de causa de pequeno valor. Exegese do par.4.º do art.* ***Erro! A referência de hiperlink não é válida.*** *Do* ***Erro! A referência de hiperlink não é válida.****/1973. Apelação da corré conhecida em parte e, na parte conhecida, desprovida. Recurso adesivo desprovido.* [grifo nosso]." (Apelação nº 0000380-45.2013.8.26.0009, Rel. Gilberto Leme; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/07/2016).

Da inadimplência que caracteriza a desistência /cancelamento da cota.

Inexiste, em todos os documentos juntados ao caderno probatório, qualquer indicação de que o consorciado tivesse cancelado o seguro de vida. A não ser pela ausência dos últimos 4 pagamentos não há cancelamento ou desistência tácita a ser considerada até pelo fato de que, se existente, mostra-se abusiva tal cláusula contratual que prevê a possibilidade de cancelamento automático do contrato de consórcio e,

consequentemente, do seguro a ele vinculado, pela falta de pagamento, por ofensa ao disposto no art. 51, incisos IV e XI, do CDC.

Diante da situação de inadimplência, deve o segurado ser notificado previamente, a fim de lhe possibilitar a purgação da mora, evitando o cancelamento do seguro que garante a quitação do consórcio de imóvel por ele aderido. A inadimplência do segurado falecido, não resolve *ipso iure* o contrato de seguro, a ponto de afastar a obrigação de indenizar a respectiva beneficiária, devendo, entretanto, ser descontado da indenização o débito deixado em aberto pelo segurado.

De fato a tese recursal não encontra respaldo probatório, não passa de alegação vazia erigida em defesa e repetida no recurso.

Ressalto que o consorciado sofria de Neoplasia Maligna e provavelmente os pagamentos foram suspensos em detrimento sua patologia, ou seja, alheio a sua vontade e por isso não há prova de que sua intenção era o cancelamento ou a desistência do consorcio.

A Segunda Seção, quando do julgamento do REsp 316.449/SP, decidiu que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessário, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora.

Resolvo.

Nos termos da cláusula do contrato de adesão, quando do falecimento do consorciado, o seguro de vida deve efetuar a cobertura das parcelas vincendas do contrato, o que permite afirmar, nesse caso, que a cota consorcial fora quitada.

Com a morte do consorciado e a consequente quitação da cota, a inventariante tem o direito de receber o bem objeto do contrato, devidamente quitado, ou o seu valor em espécie. Não há que se falar em *"fundo de valores não procurados"*.

O ressarcimento deve ser integral, e considera-se abusiva clausula que propõe a retenção dos valores pagos pelo consorciado.

Se o contrato de seguro de vida foi apenas consequência do contrato, eis que parte integrante deste, tem a empresa agravante o dever de entregar o veículo objeto do consórcio ou a carta de crédito da cota contratada.

Nesse passo, aconselha a jurisprudência que, comprovada a contratação do seguro e a morte do segurado, é de rigor a imposição do pagamento da indenização para quitação do contrato de consórcio:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E RESTITUIÇÃO DE PRESTAÇÕES C/C PEDIDO DE DANO MORAL – CONTRATO DE CONSÓRCIO – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – MODALIDADE PRESTAMISTA – CONTRATAÇÃO COMPROVADA – MORTE DO SEGURADO – PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – NECESSIDADE. Considerando que o seguro prestamista tem por objetivo a quitação da dívida contraída pelo segurado junto a uma instituição financeira em caso de morte ou situação de invalidez que o impeça de cumprir com a obrigação assumida no contrato de empréstimo ou financiamento, tendo constado claramente da apólice a contratação do aludido seguro e, ainda, havendo prova nos autos do pagamento do valor referente ao prêmio pelo consorciado, bem como o seu falecimento, deve ser a seguradora apelante condenada ao pagamento da indenização para quitação do contrato de consórcio."* (TJMG. Apelação Cível 1.0123.15.000240-0/001, Relator (a): Des. (a) Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, julgamento em 24/07/2018, publicação da sumula em 26/07/2018)

Considerando-se que o consorciado falecido aderiu ao contrato de consórcio com seguro de vida prestamista, entendo que a indenização do contrato acessório deverá ser utilizada para saldar o débito do grupo

consorcial, ressalvado o direito de regresso da recorrida em relação à empresa seguradora apontada nos autos como responsável atual pelo seguro prestamista vinculado ao consórcio.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA –* ***SEGURO DE VIDA OBRIGATÓRIO PREVISTO EM CONTRATO DE CONSÓRCIO – OCORRÊNCIA DO SINISTRO, NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO INDEPENDENTE DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE – NO CASO, DEVE OCORRER A QUITAÇÃO DO CONSÓRCIO COM A DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELA AUTORA APÓS O ÓBITO DO CONSORCIADO*** *– VERBA SUCUMBENCIAL REDIMENSIONADA – APELO PROVIDO."* (Apelação Cível Nº 70034690123, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 10/06/2010). (G.n.)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PLEITO DE DECLARAÇÃO DE QUITAÇÃO DE CONTRATO, CUMULADO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –* ***CONTRATO DE CONSÓRCIO – CONTRATAÇÃO DE SEGURO – MORTE DA SEGURADA – QUITAÇÃO DA AVENÇA – PRECEDENTE*** *– NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DESCARACTERIZADA – APELO PARCIALMENTE PROVIDO."* (Apelação Cível Nº 70027549120, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Pereira da Costa Vasconcellos, Julgado em 19/02/2009). (G.n.)

Como se vê dos arestos jurisprudenciais, em caso de morte do segurado que aderiu ao contrato de consórcio vinculado à apólice de seguro prestamista, há de ser adimplido o saldo consorcial como condição para a existência da relação jurídica e da eficácia da cobertura prevista contratualmente.

Mantém-se, assim, a condenação imposta às rés quanto ao pagamento da indenização como prevista no contrato e não em valores relativos às cotas atuais.

Incumbia à apelante o encargo de comprovar o fato obstativo ao direito pleiteado na inicial, em observância ao inciso II do artigo 373 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego provimento mantendo a sentença em seus termos.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais, bem assim majoro os honorários sucumbenciais por ela devidos ao importe de 20% (vinte por cento) do valor total da condenação, nos termos do Erro! A referência de hiperlink não é válida. do artigo Erro! A referência de hiperlink não é válida. Do Erro! A referência de hiperlink não é válida..

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 15 de outubro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
## Apelação Cível nº 0805285-43.2015.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – NULIDADE DO REGISTRO POR ERRO DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS – IMPRESCRITIBILIDADE – ESCRITURA PÚBLICA DE DAÇÃO EM PAGAMENTO – TÍTULO PÚBLICO ASSINADO PELOS ENVOLVIDOS – REGISTRO NA MATRÍCULA DE IMÓVEL NÃO ESPELHOU A ÁREA CORRETA OBJETO DA ESCRITURA PÚBLICA – REGISTRO NULO DE PLENO DIREITO – NEGÓCIO POSTERIOR SIMULADO – APLICAÇÃO DO ART. 167 DO CÓDIGO CIVIL – SUBSTÂNCIA DO ATO VALIDADO PARA MANTER O DESMEMBRAMENTO DA MATRÍCULA N. 66.170, NAS MATRÍCULAS N. 66.171 (DE PROPRIEDADE DOS APELANTES) E N. 66.172, CORRIGINDO ESTA PARA CONSTAR A PROPRIEDADE CORRETA, DE ACORDO COM O TÍTULO (ESCRITURA PÚBLICA) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não existe prazo determinado para a invalidação de ato registral, nulo de pleno direito, podendo a retificação do erro cometido na transposição de qualquer elemento do título, se dar inclusive de ofício.

Na espécie, foi pactuada uma compra e venda de imóvel para corrigir erro cartorário, que poderia ser corrigido de ofício, porque nulo de pleno direito, mantidas as matrículas com a quantidade de área de cada verdadeiro proprietário.

### 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, 28 de outubro de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Aguinaldo Garcia e Dolores Bertoloto interpõem recurso de apelação contra a sentença de fls. 257/268, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nestes autos de Ação Anulatória de Contrato de Compra e Venda c/c Reparação de Danos Materiais e Morais, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais: *"para o fim de: 1) Decretar a nulidade da escritura pública de compra e venda efetivada entre os autores e a corré JS Empreendimentos (fls. 98/100), bem como, do registro respectivo, ou seja, 'R.02', constante na Matrícula de n.º 66.172, determinando-se, em consequência do erro Em suas razões recursais (fls. 271/329), praticado pela serventia extrajudicial, na forma do art. 213, I, 'a', da Lei 6.015/73, a retificação do registro 'R.09' constante na Matrícula de n.º 2.782, a fim de constar a dação em pagamento em favor dos autores, apenas em relação à 375 m2 do imóvel em questão, nos termos da escritura pública de fls. 86/89 e 2) Determinar o registro de propriedade da área do imóvel constante na Matrícula Desmembrada de n.º 66.172, em favor dos então proprietários à época da dação em questão, ou seja, Jefferson Jorge Salomão*

*e Helena Jorge Salomão Nery, bem como, o cancelamento do desmembramento constante na 'AV.03' desta Matrícula (n.º 66.172), cancelando-se/encerrando-se, também, as Matrículas Desmembradas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106)"*, e aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (fls. 271/329), alegam que a Magistrada não levou em consideração as inúmeras vezes que uma das testemunhas deixa claro que o terreno em questão tratava-se do lote 45/90, ou seja o terreno total dado ao Apelante Aguinaldo, bem como a Juíza de primeiro grau, retroagiu no tempo 15 anos, pois entendeu que houve erro na transmissão da totalidade da propriedade aos Apelantes.

Afirmam que sequer foi a mesma funcionaria (do Cartório de Registro de Imóveis), quem lavrou a matrícula correta e como bem mostrado pelos Apelados no tramite da ação, a Escritura de Dação em Pagamento foi feita em 2001, e lavrada em 01/04/2002, quando se arrumou o equívoco ocorrido na Dação em Pagamento feita em 14/03/2001.

Argumenta que o Apelado Jeferson deixou claro que em seu entendimento houve erro no negócio jurídico realizado com os Apelantes, ou seja, estava ao seu alcance a busca da retificação em tempo hábil, matéria que seria discutida se levada ao judiciário ou a via administrativa, mas permaneceu inerte.

Requer que o recurso seja recebido em ambos os efeitos, mantendo a tutela de averbação na matrícula do imóvel da existência da ação, e ao final, conhecido e provido para reformar a sentença recorrida para que sejam os apelantes devolvidos ao *status quo ante* restituindo-lhes a propriedade do bem objeto da lide em sua totalidade conforme Matrícula n. 2.782, lavrada em 10 de abril de 2002. E ainda, sejam os Apelados condenados ao pagamento de danos morais e materiais causados aos Apelantes no valor não inferior a 20 por cento do valor fictício a qual houve a simulação e indução ao erro por parte dos Apelados, e ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em contrarrazões (fls. 602/604), pugnam os apelados/requeridos pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO (EM 09/09/2020)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aguinaldo Garcia e Dolores Bertoloto contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais na presente Ação Anulatória de Contrato de Compra e Venda c/c Reparação de Danos Materiais e Morais, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais *"para o fim de: 1) Decretar a nulidade da escritura pública de compra e venda efetivada entre os autores e a corré JS Empreendimentos (fls. 98/100), bem como, do registro respectivo, ou seja, 'R.02', constante na Matrícula de n.º 66.172, determinando-se, em consequência do erro praticado pela serventia extrajudicial, na forma do art. 213, I, 'a', da Lei 6.015/73, a retificação do registro 'R.09' constante na Matrícula de n.º 2.782, a fim de constar a dação em pagamento em favor dos autores, apenas em relação à 375 m2 do imóvel em questão, nos termos da escritura pública de fls. 86/89 e 2) Determinar o registro de propriedade da área do imóvel constante na Matrícula Desmembrada de n.º 66.172, em favor dos então proprietários à época da dação em questão, ou seja, Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery, bem como, o cancelamento do desmembramento constante na 'AV.03' desta Matrícula (n.º 66.172), cancelando-se/encerrando-se, também, as Matrículas Desmembradas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106)"*, e aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais (fls. 271/329), alegam que a Magistrada não levou em consideração as inúmeras vezes que uma das testemunhas deixa claro que o terreno em questão tratava-se do lote 45/90, ou seja o terreno total dado ao Apelante Aguinaldo, bem como a Juíza de primeiro grau, retroagiu no tempo 15 anos, pois entendeu que houve erro na transmissão da totalidade da propriedade aos Apelantes.

Afirmam que sequer foi a mesma funcionaria (do Cartório de Registro de Imóveis), quem lavrou a matrícula correta e como bem mostrado pelos Apelados no tramite da ação, a Escritura de Dação em Pagamento foi feita em 2001, e lavrada em 01/04/2002, quando se arrumou o equívoco ocorrido na Dação em Pagamento feita em 14/03/2001.

Argumenta que o Apelado Jeferson deixou claro que em seu entendimento houve erro no negócio jurídico realizado com os Apelantes, ou seja, estava ao seu alcance a busca da retificação em tempo hábil, matéria que seria discutida se levada ao judiciário ou a via administrativa, mas permaneceu inerte.

Requer que o recurso seja recebido em ambos os efeitos, mantendo a tutela de averbação na matrícula do imóvel da existência da ação, e ao final, conhecido e provido para reformar a sentença recorrida para que sejam os apelantes devolvidos ao *status quo ante* restituindo-lhes a propriedade do bem objeto da lide em sua totalidade conforme Matrícula n. 2.782, lavrada em 10 de abril de 2002. E ainda, sejam os Apelados condenados ao pagamento de danos morais e materiais causados aos Apelantes no valor não inferior a 20 por cento do valor fictício a qual houve a simulação e indução ao erro por parte dos Apelados, e ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em contrarrazões (fls. 602/604), pugnam os apelados/requeridos pelo desprovimento do recurso.

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo a decidir.

A ação de origem foi ajuizada pelos apelantes em face de JS Empreendimentos Imobiliários Ltda. – EPP e Jefferson Jorge Salomão visando anular uma escritura pública de compra e venda em que os apelantes/autores teriam vendido um imóvel urbano com área de 3.409,50 m2, objeto da Matrícula n. 66.172 do Cartório de Registro de Imóveis de Três Lagoas/MS.

Tal negócio foi simulado, pois na verdade o requerido Jefferson se utilizou de tal subterfúgio para "corrigir" um erro ocorrido no registro de um imóvel, de sua propriedade, e de sua irmã.

Ele e a irmã, Helena Jorge Salomão Nery, deram (Dação) em pagamento somente 375,00 m2, de uma área maior, objeto da Matrícula n. 2.782, para o apelante Aguinaldo, casado, à época, com Dolores.

No entanto, a oficiala do Registro de Imóveis, ao invés de registrar somente a transferência de tal fração ideal, transferiu aos apelantes toda a área do imóvel objeto da Matrícula n. 2.782, ou seja, 3.784,50 m2 (fls. 198/200), erro ocorrido no Registro N. 09 de tal Matrícula, no Cartório de Registro de Imóveis (fls. 198/200).

Antes disso, os apelantes não juntaram qualquer documento formal, por escrito, de que o pai do requerido/apelado, Jefferson, tenha transferido qualquer propriedade aos apelantes a título de ressarcimento pelas verbas trabalhistas, de maneira que, infelizmente, se houve alguma promessa verbal do falecido patrão do apelante de que lhe deixaria a propriedade total objeto da Matrícula n. 2.782, de 3.784,50 m2, não há como por meio da presente ação fazer cumprir a promessa do *de cujus*, assim como não se trata de Usucapião.

Nem mesmo os depoimentos prestados pelas testemunhas são hábeis para tanto, porque não ilidem a prova documental correspondente à própria Escritura Pública de Dação em Pagamento, que não é refutada pelos apelantes.

Nesse sentido, assim expressou a sentença recorrida:

> *"**Vê-se, portanto, que não obstante o esforço dos requerentes em afirmar que a dação ocorrida para quitação de verbas trabalhistas, teria sido efetivada com a integralidade do imóvel, isso não é o que retrata a escritura pública respectiva, sendo certo e manifesto o equívoco ocasionado pela serventia do CRI, no registro 'R.09' constante na Matrícula de n. 2.782 (fls.92), quando constou o imóvel integral.***
>
> *Prudente consignar, também, que as testemunhas oitivadas em juízo, nada puderam acrescentar acerca da questão se era pretensão do genitor do requerido Jefferson, a dação*

*para quitação da dívidas trabalhistas, com a integralidade ou parte do imóvel de Matrícula de n.º 2.782. Veja-se:*

*(...).*

***Ocorre que, a despeito de tais afirmações, a questão é que a presente ação não se trata de usucapião, sendo certo que para se efetivar atos de transmissão da propriedade, como a que ocorreu em relação a compra e venda que os autores pretendem anular, era necessário que estes fossem os reais proprietários, o que não é o caso, haja vista que, como acima afirmado, a transmissão de propriedade aos autores da integralidade do imóvel constante da Matrícula de n.º 2.782, somente ocorreu por erro da serventia do CRI, conforme confessado pela própria Registradora às fls. 198/203.***

***Nesse contexto, em que se reconhece que os autores sequer eram os reais proprietários da integralidade do imóvel de Matrícula 2.782, não há falar em induzimento a erro em relação a área que foi objeto da compra e venda efetivada com a corré JS Empreendimentos.*** *"* (G.n.)

Todavia, insistem os apelantes para que se perpetue o erro comprovadamente ocorrido no Registro n. 09, da Matrícula n. 2.782.

Com efeito, por meio da Escritura Pública de Dação em Pagamento (fls. 86/88), de 17 de março de 2001, os proprietários (dentre eles, Jefferson), do imóvel determinado pela Matrícula n. 2.782 (com área de 3.784,50 $m^2$), deram em dação em pagamento para o apelante Aguinaldo, 375,00 $m^2$ (fração ideal), desse imóvel, e mais um imóvel de 625,00 $m^2$, matriculado sob 1.625 (não sendo, este último, objeto da ação):

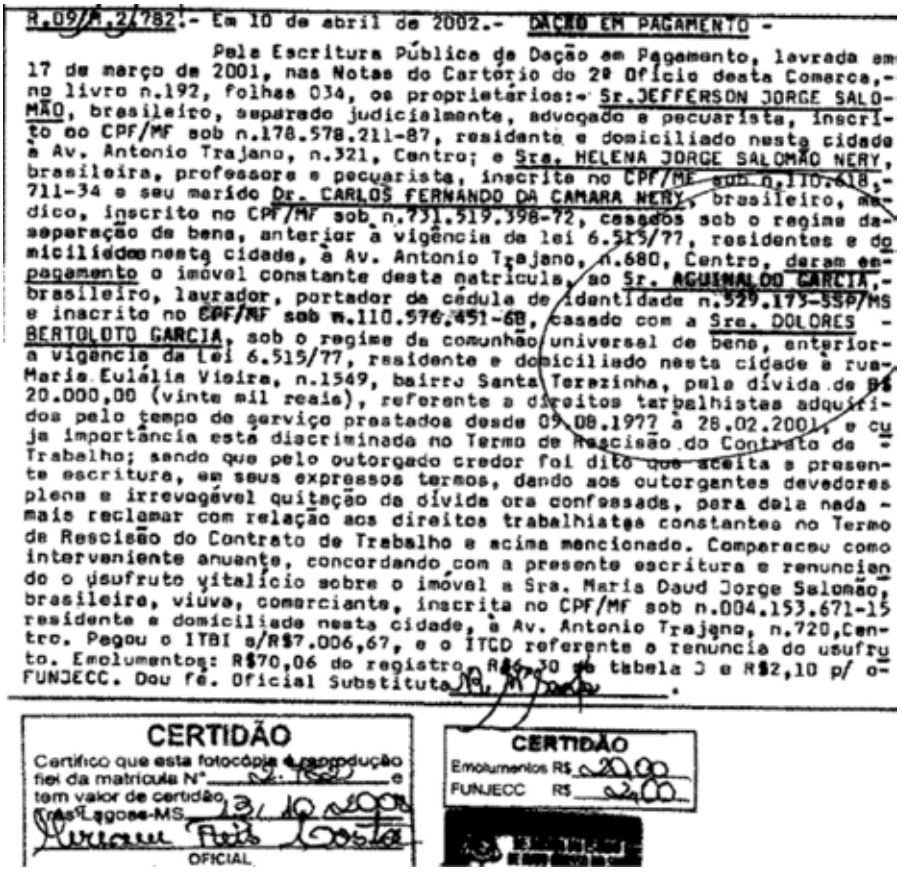
mencionado referente aos direitos trabalhistas, e não podendo efetuar o pagamento em dinheiro, dão os outorgantes devedores, em pagamento os imóveis a seguir descritos: Lote de Terreno sob nº **12(doze)**, da Quadra nº **13(treze)**, do loteamento **"Interlagos"**, localizado na terceira zona urbana desta cidade, com a área de **625,00m2(Seiscentos e Vinte e Cinco Metros Quadrados)**, medindo 12,50m(doze metros e cinquenta centímetros) de frente, ao Norte para a rua Boa Jesus da Lapa, por 50,00m(cinquenta metros) ditos da frente aos fundos, ao Sul, confrontando ao Nascente com os lotes 17, 18, 19 e 20 (dezessete, dezoito, dezenove e vinte), e ao Poente com os lotes de nºs 05, 06, 07 e 08 (cinco, seis sete e oito), sem benfeitorias; objeto da Matrícula nº **R.05/M.1.625, Livro nº 02, Folha nº 01**, do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, pelo valor de R$10.000,00(Dez Mil Reais); -- e Parte do Lote suburbano nº 65(sessenta e cinco), correspondente a Parte do Lote de Terreno sob nº **01(um)**, da Quadra "C", do loteamento **"Jardim Aeroporto"**, nesta cidade, com a área de **375,00m2 (Trezentos e Setenta e Cinco Metros Quadrados)**, sem benfeitorias, medindo 15,00m(quinze metros) de frente, ao Poente, para a rua João Silva (antiga rua "C"), por 25,00m(vinte e cinco metros) da frente aos fundos, ao Nascente, onde confina com parte restante do lote nº 01(um), pertencente ao Sr. Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery; confrontando-se pelos lados, ao Norte, com parte restante do lote nº 01(um), também pertencente ao Sr. Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery, e, finalmente, ao Sul, com parte do lote nº 03(três), pertencente ao Sr. João Rodrigues Lima; objeto da Matrícula nº **R.05/M.2.782, Livro nº 02, Folha nº 01**, do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, pelo valor de R$7.006,67(Sete Mil, Seis Reais e Sessenta e Sete Centavos); que os imóveis acima descritos e caracterizados acham-se livres e desembaraçados de todo e qualquer ônus judicial ou extrajudicial, foro, pensão e hipoteca de qualquer natureza, bem como quites de impostos e taxas; **3)** E assim, pela presente escritura e nos melhores termos de direito, os outorgantes devedores faz efetivamente dação em pagamento dos imóveis acima descritos pelos valores lá mencionados de R$10.000,00(Dez Mil Reais) pelo 1º imóvel, e R$7.006,67(Sete Mil, Seis Reais e Sessenta e Sete Centavos) pelo 2º imóvel, e desde já transferem ao outorgado credor a posse, jús, domínio, direitos e ações que sobre eles exerciam, para que o mesmo deles use, goze e disponha livremente, obrigando-se a fazerem esta escritura de dação sempre boa, firme e valiosa e a responderem pela evicção de direito na forma da lei; **4)** Pelo outorgado credor Sr. **Aguinaldo Garcia**, me foi dito que aceita a presente escritura, em seus expressos termos, dando aos outorgantes devedores plena e irrevogável quitação da dívida ora confessada, para dela nada mais reclamar com relação aos direitos trabalhistas constantes no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho e acima mencionado. Pelos outorgantes devedores, me foi dito que não são responsáveis pelo recolhimento de contribuições à Previdência Social, respondendo na forma da Lei por essa declaração e que estão isentos da apresentação da Certidão Negativa de Debitos, nos termos do Decreto Lei nº 2038 de 29.06.83.

A dação teria sido para quitação de dívida trabalhista do período de 05/08/1977 a 28/02/2001 (fl. 86), ou seja, quase 24 (vinte e quatro) anos, em nenhum momento refutado pelos apelantes:

[...] pelos outorgantes devedores me foi dito: **1)** Que devem ao Outorgado a importância de R$20.000,00(Vinte Mil Reais), referente a direitos trabalhistas adquiridos pelo tempo de serviços prestados desde 05.08.77 à 28.02.2001, e cuja importância discriminada no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho na seguinte forma: R$200,00, referente a 10/12 avos do 13º salário; R$2.000,40, referente a 120/12 avos do 13º sal. inden.; R$7.697,13, referente a Férias vencidas; R$116,69, referente a 07/12 avos de Férias proporc.; R$3.033,33, referente a 1/3 salário s/férias; R$200,00, referente a 28 dias de Saldo de salários; R$200,00, referente a Férias/2000; R$4.680,32, referente a FGTS 1977-2001; R$1.872,13, referente a 40% do FGTS-multa rescis. totalizando assim a importância de R$20.000,00 (Vinte Mil Reais); **2)** Que, não tendo pago o valor total acima

Portanto, de fato, a área dada para os autores/apelantes, em pagamento, foram objeto da Matrícula n. 1.625, total de 625 m² e uma fração ideal de 375,00 m² da área da Matrícula n. 2.782.

Entretanto, ao efetuar o registro da transferência de parte do imóvel (375,00m²), o Cartório Extrajudicial incorreu em erro grosseiro, ao constar como se a dação de pagamento tivesse sido do total do imóvel:



R.09/A.2.782:- Em 10 de abril de 2002.- DAÇÃO EM PAGAMENTO -

Pela Escritura Pública de Dação em Pagamento, lavrada em 17 de março de 2001, nas Notas do Cartório do 2º Ofício desta Comarca,- no livro n.192, folhas 034, os proprietários:- Sr.JEFFERSON JORGE SALOMÃO, brasileiro, separado judicialmente, advogado e pecuarista, inscrito no CPF/MF sob n.178.578.211-87, residente e domiciliado nesta cidade à Av. Antonio Trajano, n.321, Centro; e Sra. HELENA JORGE SALOMÃO NERY, brasileira, professora e pecuarista, inscrita no CPF/MF sob n.110.618,-711-34 e seu marido Dr. CARLOS FERNANDO DA CAMARA NERY, brasileiro, médico, inscrito no CPF/MF sob n.731.519.398-72, casados sob o regime da separação de bens, anterior à vigência da lei 6.515/77, residentes e domiciliados nesta cidade, à Av. Antonio Trajano, n.680, Centro, deram em pagamento o imóvel constante desta matrícula, ao Sr. AGUINALDO GARCIA,- brasileiro, lavrador, portador da cédula de identidade n.529.173-SSP/MS e inscrito no CPF/MF sob n.110.576.451-68, casado com a Sra. DOLORES - BERTOLOTO GARCIA, sob o regime da comunhão universal de bens, anterior-a vigência da Lei 6.515/77, residente e domiciliado nesta cidade à rua-Maria Eulália Vieira, n.1549, bairro Santa Terezinha, pela dívida de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), referente a direitos trabalhistas adquiridos pelo tempo de serviço prestados desde 09.08.1977 à 28.02.2001, e cuja importância está discriminada no Termo de Rescisão do Contrato de - Trabalho; sendo que pelo outorgado credor foi dito que aceita a presente escritura, em seus expressos termos, dando aos outorgantes devedores plena e irrevogável quitação da dívida ora confessada, para dela nada - mais reclamar com relação aos direitos trabalhistas constantes no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho e acima mencionado. Compareceu como interveniente anuente, concordando com a presente escritura e renunciando o usufruto vitalício sobre o imóvel a Sra. Maria Daud Jorge Salomão, brasileira, viúva, comerciante, inscrita no CPF/MF sob n.004.153.671-15 residente e domiciliada nesta cidade, à Av. Antonio Trajano, n.720,Centro. Pagou o ITBI s/R$7.006,67, e o ITCD referente a renuncia do usufruto. Emolumentos: R$70,06 do registro, R$47,30 da tabela J e R$2,10 p/ o-FUNJECC. Dou fé. Oficial Substituto.

CERTIDÃO
Certifico que esta fotocópia é reprodução fiel da matrícula Nº ____ e tem valor de certidão.
Três Lagoas-MS, 13/10/2020
OFICIAL

CERTIDÃO
Emolumentos R$ 20,00
FUNJECC R$ 2,00

Tal área corresponde à área em destaque, conforme croqui de fl. 151, após a "correção" adotada pelo requerido/apelado:

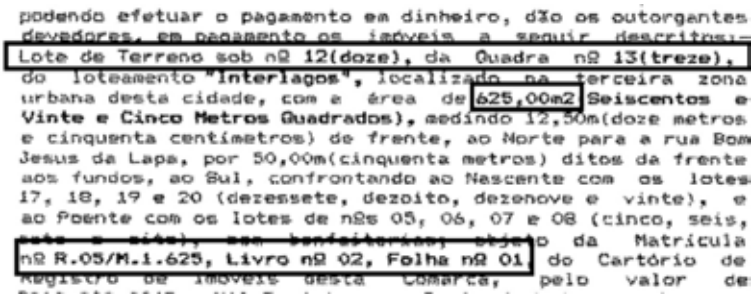



Veja-se também o documento de fl. 137, juntado pelos apelantes na Impugnação à Contestação, que a área objeto da dação em pagamento correspondia de fato à área de 375,00m², da Matrícula 2.782, pois sobre ela é que foi recolhido o ITBI.

Igualmente, os documentos juntados pelos apelantes na Impugnação à Contestação (fls. 138/141), comprovam que os débitos do apelante Aguinaldo Garcia, de acordo com o Boletim de Informações Cadastrais (BIC) n. 30985, corresponde à fração ideal de 375,00m², destacada da área maior.

O BIC n. 1348 (fl. 143), não encontra correspondência com a área em discussão, considerando o endereço como sendo Rua Madeu Falco (que no passado deve ter sido a Rua bom Jesus da Lapa), n. 887,

Interlagos, tratando-se do Lote 12 da Quadra 13, corresponde ao terreno urbano, objeto da Matrícula n. 1.625, que também foi dado em pagamento para o apelante:



podendo efetuar o pagamento em dinheiro, dão os outorgantes devedores, em pagamento os imóveis a seguir descritos:- Lote de Terreno sob nº 12(doze), da Quadra nº 13(treze), do loteamento "Interlagos", localizado na terceira zona urbana desta cidade, com a área de 625,00m2 Seiscentos e Vinte e Cinco Metros Quadrados), medindo 12,50m(doze metros e cinquenta centímetros) de frente, ao Norte para a rua Bom Jesus da Lapa, por 50,00m(cinquenta metros) ditos da frente aos fundos, ao Sul, confrontando ao Nascente com os lotes 17, 18, 19 e 20 (dezessete, dezoito, dezenove e vinte), e ao Poente com os lotes de nºs 05, 06, 07 e 08 (cinco, seis, sete e oito), sem benfeitorias; objeto da Matrícula nº R.05/M.i.625, Livro nº 02, Folha nº 01 do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, pelo valor de

O fato do apelante ter recebido a multa de fl. 25 (cujo pagamento não comprovou), não é suficiente para afastar a conclusão a que se chegou na sentença recorrida, e se contrapõe ao documento juntado as fl. 108, pelo requerido Jefferson, comprovando um pagamento referente ao mesmo Lote 150, Quadra C.

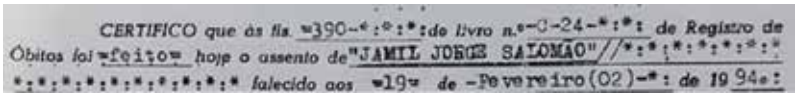
Também não favorece as alegações dos apelantes, de que antes da dação em pagamento de fls. 86/88 já eram proprietários de toda a área, porque assim o quis o patrão do apelante (pai do requerido Jefferson), considerando que a Matrícula n. 2.782, após ter sido adquirida por Jamil Jorge Salomão, de Waldomiro Mantovani, em julho de 1979 (data da Escritura Pública, conforme Registro n. 02/2.782, de abril de 1986 – fl. 90), justamente foi transferida por doação pelo patrão do apelante, pai de Jefferson, Sr. Jamil Jorge Salomão, aos seus filhos Jefferson Jorge Salomão (o requerido) e Helena Jorge Salomão Nery, em dezembro de 1993 (Registro n. 06 - fl. 91), permanecendo com usufruto vitalícia de Maria Daud Jorge Salomão (mãe de Jefferson e Helena), sobrevindo a Dação em 2001 (fls. 86/88), registrada em abril de 2002 na Matrícula 2.782 (fl. 92).

Ora, o Sr. Jamil Jorge Salomão que faleceu em fevereiro de 1994[1] (informação obtida nos autos de Sobrepartilha n. 0805971-30.2018.8.12.0021, e teve tempo suficiente (de seus 68 anos até seus 83 anos) para transferir o imóvel para Aguinaldo, desde a sua aquisição em 1979, se essa fosse a sua vontade. Ao invés disso, doou para seus filhos, toda a área, antes de sua morte.

Isso inclusive, refuta o depoimento da testemunha Plínio Mantovani Carriço, que é filho do antigo proprietário da área (Waldomiro Mantovani), vendida para o patrão do apelante em julho de 1979,

Assim, tenho que a sentença recorrida não merece reparos. Eis seu teor:

> *"Vistos, etc (...)*
>
> *Dolores Bertoloto e Aguinaldo Garcia, qualificados nos autos, propuseram a presente Ação de Nulidade de Negócio Jurídico c/c Danos Morais e Materiais e pedido de tutela antecipa em face de JS Empreendimentos Imobiliários Ltda EPP e Jefferson S Salomão, também qualificados, sustentando, em síntese, que o autor Agnaldo dedicou sua vida laboral por mais de 40 anos para o genitor do requerido Jefferson, em sua fazenda, trabalhando na lida rural; que o referido genitor não pagava os direitos trabalhistas e, quando o autor adquiriu o direito de aposentar, na tentativa de reparar os danos causados, o pai do requerido Jefferson transmitiu ao requerente um imóvel urbano de Matrícula 66.172, constituído pelo lote de terreno denominado 1B-2, da quadra designada pela letra C, com área de 3.409,50; que o empregador muito amigo e querido, sempre dizia ao requerente que havia deixado para este a título de indenização trabalhista o referido imóvel, mas o requerente pessoa simplória, nunca imaginou a proporção e a realidade do que o empregador dizia e tinha feito para reparar o erro; que à época do pagamento da indenização, o loteamento não tinha tamanha valorização; que após alguns anos da dação com o imóvel, foi procurado pelo Sr. Jefferson que lhe convenceu, levando-o a erro, assinando a escritura de compra e venda sem*

1 
CERTIFICO que às fls. 390 do livro nº C-24 de Registro de Óbitos foi feito hoje o assento de "JAMIL JORGE SALOMÃO" falecido aos 19 de Fevereiro (02) de 1994

*mesmo saber o que ocorreria, ou o que estaria escrito ali, com a promessa de que ajudaria o primeiro requerente a adquirir seu direito a aposentadoria pelos anos de dedicação e trabalho, bem como, tentando convencer o primeiro requerente que seu pai, na época seu empregador, havia apenas colocado o loteamento no nome dos requerentes por erro; que jamais imaginava que estaria assinando um escritura de compra e venda, tampouco que seria enganado, pois em verdade, os requerentes não tinham o desejo de vender o referido bem; que imediatamente a assinatura daquela escritura de compra e venda efetivada em favor da requerida JS Empreendimentos, sob a orientação do Sr. Jefferson, saiu sua aposentadoria por idade; que com referida negociação, o terreno recebido pelo falecido do patrão a título de indenização, foi alienado à primeira requerida, como se os requerentes houvessem realizado uma compra e venda pela bagatela de R$ 400.000,00; que referido valor jamais foi entregue aos requerentes, que após alguns meses comentaram com os seus filhos o ocorrido, e toda família sentiu-se lesada, enganada, abusada, todos sentiram profunda repudia pelo ato de induzimento ao erro realizado pelo requerido e pelo Sr. Jefferson, criando nos requerentes um profundo sentimento de que foram enganados, tapeados, ficando todos profundamente decepcionados com o ocorrido, tendo o segundo requerente ficado em profunda depressão; que diante desses fatos, por não ter existido a venda supostamente efetivada entre os autores e o primeiro requerido, pleiteiam a anulação do referido negócio, bem como, a reparação dos danos suportados, já que houve efetivo induzimento a erro e concretização do mal planejado pelos requeridos. Reivindicou liminar para o fim de determinar ao CRI a averbação da presente ação na matrícula do imóvel subjudice e, ao final, pugnou pela procedência dos pedidos iniciais, para o de se anular a escritura de compra e venda em questão, condenando-se os réus, ainda, ao pagamento dos danos morais experimentados. Atribuíram valor à causa, juntaram documentos e protestaram pela produção de provas.*

*Às fls. 42/43, a liminar pleiteada fora deferida.*

*Os requeridos, devidamente citados, apresentaram contestação às fls. 75/83, alegando, no mérito, em síntese, que, quando da dação em pagamento, para quitação das verbas trabalhistas que, de fato, eram devidas, o Sr. Jefferson fez o acordo de dar parte da área do imóvel de Matrícula 66.172 (antiga 2.782), no entanto, por um lapso, ou até mesmo por erro dos envolvidos, fora passada a totalidade da matrícula; que nem o segundo requerido e nem os autores tinham conhecimento que foi transferida a totalidade do bem; que os autores sempre foram da confiança do segundo requerido, pelo menos eram; que enxergando o erro do passado, concordaram, à época, em restituir, por meio de doação, a área dada em pagamento em excesso, por conta do vício acima apontado; que para tal regularização, os autores por livre e espontânea vontade, desmembraram o imóvel nas Matrículas n.º 66.171 (ainda de propriedade dos autores) e n.º 66.172 (também desmembrada e hoje de propriedade da primeira requerida); que a doação acima narrada deveria ocorrer na Matrícula de n.º 66.172, que era a área dada em excesso; que, contudo, fora lavrada escritura pública de compra e venda para, de fato, ser exprimida a vontade das partes, ou seja, 'passar o imóvel' para corrigir o equívoco do passado, ocasionado pela primeira escritura pública; que nesse interim, o Sr. Jefferson e o Sr. Joaquim, a fim de que fosse realizada compensações financeiras havidas entre eles, solicitou a 'doação' fosse realizada diretamente a JS Empreendimentos, porém como narrado acima, por um lapso foi realizada compra e venda; que, de fato, não ocorreu a compra e venda conforme escritura lavrada, objeto do presente processo, mas tão somente uma doação para corrigir o erro da escritura anterior; que os autores nunca pagaram o IPTU da área a maior, o qual foi pago pelo Sr. Jefferson; que os autores jamais utilizaram a área que foi dada em pagamento em excesso, seja para seu proveito ou de outrem; que o Sr. Joaquim é terceiro de boa-fé, pois quando recebeu o imóvel não havia nada que impedisse sua averbação, seja na certidão da matrícula, seja nos órgãos públicos, não podendo sequer ser prejudicado; que não há que se falar em vício de vontade ou erro substancial na escritura que se busca anular, pois houve vontade das partes em 'transferir o imóvel', porém se o método utilizado para transferir incorreu em erro formal, basta que seja ratificada a escritura pública e, por conseguinte, a matrícula do imóvel. Por fim, pugnaram pela total improcedência da pretensão do requerente, condenando-o ao pagamento de custas e honorários advocatícios.*

*Às fls. 113/166 a parte autora apresentou impugnação à contestação, reiterando os termos iniciais.*

*Instadas a especificar as provas que pretendiam produzir, as partes pugnaram pela produção de prova documental e oral (fls. 169/170 e fls.172/173).*

*Realizada audiência de conciliação, a mesma restou frustrada (fls. 189).*

*Às fls. 196/203, a parte requerida acostou os esclarecimentos do CRI, afirmando ter havido por aquela serventia erro no registro da escritura pública, onde houve a dação em pagamento ao autor, em relação às verbas trabalhistas, tendo a parte autora se manifestado às fls. 205/210, acerca de tal documento.*

*Às fls. 212/213, o feito fora saneado, sendo designada audiência de instrução, a qual foi realizada às fls.222, tendo sido oitivada 03 testemunhas arroladas pela parte autora.*

*Encerrada a instrução, vieram as alegações finais de fls.223/253 e fls. 254/256.*

*A seguir, os autos vieram-me conclusos.*

*É o relatório. Decido:*

*Trata-se de Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico c/c Indenização por Danos Materiais e Morais, na qual os requerentes pretendem a nulidade da escritura pública de compra e venda de um imóvel efetivada entre eles e a corré* ***JS Empreendimentos,*** *sob a alegação de que foram induzidos a erro na sua manifestação de vontade, sendo certo que não tinham consciência de que estariam assinando um documento de venda do imóvel do qual eram legítimos proprietários.*

*Considerando que não há preliminares a serem dirimidas, passo imediatamente a análise do mérito.*

*A gênese da celeuma posta subjudice impõe a saber, inicialmente, se em relação a dação em pagamento efetivada em favor do autor Agnaldo, para quitação de verbas trabalhistas, houve a transferência de parte ou da integralidade do imóvel constante na* ***Matrícula de n.º 2.782****.*

*Pois bem.*

*A despeito das alegações dos autores, no sentido de que a dação em questão fora feita com a integralidade da área do imóvel constante da Matrícula n.º 2.782, fato é que, na escritura pública acostada às fls.86/89, que retrata tal negócio, observa-se que fora dado parte do imóvel, especificamente 375 m2.*

***Importante registrar, nesse ponto, que em nenhum momento os autores impugnam a escritura pública em questão, sob a alegação de eventual falsidade ou inautenticidade dos termos e das assinaturas ali apostas.***

*Paralelamente, consoante esclarecimentos prestados às fls.198/203 pela serventia do Cartório de Registro de Imóveis respectivo, tem-se que houve manifesto erro no registro da referida escritura, tendo a serventia constado na ocasião que a dação se daria com a integralidade do imóvel, quando, em verdade, a mesma seria com parte da área do mesmo.*

***Vê-se, portanto, que não obstante o esforço dos requerentes em afirmar que a dação ocorrida para quitação de verbas trabalhistas, teria sido efetivada com a integralidade do imóvel, isso não é o que retrata a escritura pública respectiva, sendo certo e manifesto o equívoco ocasionado pela serventia do CRI, no registro 'R.09' constante na Matrícula de n. 2.782 (fls.92), quando constou o imóvel integral.***

*Prudente consignar, também, que as testemunhas oitivadas em juízo, nada puderam acrescentar acerca da questão se era pretensão do genitor do requerido Jefferson, a dação para quitação da dívidas trabalhistas, com a integralidade ou parte do imóvel de Matrícula de n.º 2.782. Veja-se:*

*A testemunha **Plinio Mantovani Carriço,** devidamente compromissado, relatou 'que não tem conhecimento sobre a venda do imóvel à corré JS Empreendimentos; que é filho do proprietário anterior do imóvel em questão, sendo que na época o Sr. Jamil mencionou que iria comprar o imóvel do seu pai para dar em pagamento a um funcionário seu; que o Sr. Jamil disse que iria passar o terreno; que não sabe dizer se o Sr. Jamil deu o terreno inteiro ou a metade; que isso aconteceu há quase 40 anos; que nos anos de 1985 e 1986, passou pelo imóvel e viu umas plantações na área; que existe uma casa, e viu o Sr. Agnaldo lá morando; que viu um plantio uniforme, completo; que o Sr; Agnaldo disse que ele que plantou no imóvel; que não sabe se o Sr. Agnaldo paga o IPTU de todo o imóvel; que ficou sabendo que o Sr. Agnaldo teria vendido parte da área do seu imóvel; que após a aquisição pelo Sr. Jamil, o imóvel inteiro se tornou uma chácara; que antes o imóvel se tratava de uma olaria; que o terreno se localiza em uma esquina da Av Rafael de Haro com a Rua Tupi; que por volta do ano de 1986 passou pela frente do imóvel; que quando retornou para essa cidade, por volta dos anos de 1985 a 1987 a terra já estava com plantação'.*

*Por sua vez, a testemunha **Maria Martins Vieira**, ouvida sem compromisso, por ser amiga íntima da parte autora, relatou 'que desde que conheceu o imóvel, há vinte e poucos anos, os requerentes residem no imóvel; que atualmente não tem nada no terreno; que havia plantações de frutas, mas foram derrubadas; que quem plantou esses pés de fruta foi o Sr. Agnaldo; que até pouco tempo sabia que o proprietário da chácara era o Sr. Agnaldo; que atualmente o povo comenta que quem é proprietário é o Sr. Jeferson que vendeu para o Sr. Joaquim; que havia comentários de que o Sr. Agnaldo recebeu o imóvel como pagamento de dívidas trabalhistas; que a D. Dolores sabe ler e escrever; que não se sabe se o Sr. Agnaldo sabe ler e escrever; que os requerentes cuidavam de tudo no imóvel; que não sabe se eles pagavam o IPTU da área; que tinha uma cerca na chácara, mas foi derrubada; que a chácara do Sr. Agnaldo era cercada, mas essa cerca foi derrubada; que as plantações todas eram dentro da cerca; que depois que dizem que venderam, foi tudo limpo e tiraram tudo; que tem uns 08 anos que o Sr. Agnaldo saiu da casa e ficou somente a D. Dolores; que sabe que o Sr. Agnaldo foi funcionário do Sr. Jamil por muitos anos, mais de 20; que sabe que houve uma reforma recente no imóvel, feita pela D. Dolores'.*

*Por último, a testemunha **Adão Francisco de Souza,** ouvido sem compromisso, por ser amigo íntimo da parte autora, informou 'que conhece o imóvel objeto da lide; que conhece os autores desde 1985 e os autores já moravam no imóvel; que o autor falava que o Sr. Jamil teria dado o imóvel para ele; que o imóvel era uma chácara, cuidada pelo Sr. Agnaldo; que havia plantações de várias frutas; que não sabe se as plantações foram feitas pelos autores; que no ano de 1985 já tinha essas plantações; que o autor cuidava de toda a área; que a área era cercada com cerca de arame; que a cerca abrangia tudo, a casa e as plantações; que o imóvel era todo plantado e o autor cuidada de tudo; que o autor cuidava como se fosse dono; que não sabe se o autor sabe ler, tampouco seu grau de instrução'.*

*Dos depoimentos acima transcritos, nota-se que as testemunhas apenas relatam ter conhecimento de que os requerentes, mais precisamente o Sr. Agnaldo, pareciam ser proprietários da integralidade do imóvel, relatando que estes cuidavam de toda área, dando-lhe finalidade produtiva.*

***Ocorre que, a despeito de tais afirmações, a questão é que a presente ação não se trata de usucapião, sendo certo que para se efetivar atos de transmissão da propriedade, como a que ocorreu em relação a compra e venda que os autores pretendem anular, era necessário que estes fossem os reais proprietários, o que não é o caso, haja vista que, como acima afirmado, a transmissão de propriedade aos autores da integralidade do imóvel constante da Matrícula de n.º 2.782, somente ocorreu por erro da serventia do CRI, conforme confessado pela própria Registradora às fls. 198/203.***

***Nesse contexto, em que se reconhece que os autores sequer eram os reais proprietários da integralidade do imóvel de Matrícula 2.782, não há falar em induzimento a erro em relação a área que foi objeto da compra e venda efetivada com a corré JS Empreendimentos.***

*Contudo, é fato que tal negócio (compra e venda efetivada entre os autores e a corré JS empreendimentos) deve ser declarada nula, face a ocorrência de simulação.*

*Com efeito, não se duvida que entre os vícios sociais o intuito seja o de ludibriar terceiros, tampouco que a simulação tenha objetivo de fraudar a lei. Nesse passo, o vício da simulação fora recebido pelo Código Civil atual na esfera dos atos nulos.*

*O art. 167 do Código Civil dispõe que:*

***Art. 167.** É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

*§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

*II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*

*III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados (...).*

*Nessa linha, sabe-se que a simulação, seja a relativa ou a absoluta, acarreta a nulidade do negócio simulado. Se relativa, subsistirá o negócio dissimulado, **se válido for na sua substância e na forma**. Não mais se distingue a simulação inocente da fraudulenta; ambas conduzem ao mesmo resultado: nulidade do negócio simulado, e subsistência do dissimulado, se for o caso.*

*Para **Pablo Stolze Gagliano** e **Rodolfo Pamplona Filho**, '(...) na simulação celebra-se um negócio jurídico que tem aparência normal, mas que, na verdade, não pretende atingir o efeito que juridicamente devia produzir. É um defeito que não vicia a vontade do declarante, uma vez que este mancomuna-se de livre vontade com o declaratário para atingir fins espúrios, em detrimento da lei ou da própria sociedade. Trata-se, pois, de um vício social, que, mais do que qualquer outro defeito, revela frieza de ânimo e pouco respeito ao ordenamento jurídico. (...)Cria-se uma situação juridica irreal, lesiva do interesse de terceiro, por meio da prática de ato jurídico aparentemente perfeito, embora substancialmente inefica'. (Novo curso de direito civil: parte geral – vol I, São Paulo: Saraiva, 2010 – 12ª ed. p. 417).*

*Diante de tais premissas, em síntese, vê-se que na simulação há conluio, um concerto de ideias entre os contraentes para proporcionar aparência exterior do negócio.*

***No caso dos autos, nota-se que os próprios requeridos afirmam textualmente em sua contestação que a compra e venda efetivada entre o autor e a corré JS Empreendimentos, não ocorreu, sendo certo que a mesma fora efetivada para o fim de ser restituído ao requerido Jefferson, o excesso da área que foi transmitida aos requerentes, repita-se, por erro da serventia do CRI.***

***Nesse ponto, aliás, pouco importa se havia um suposto acordo realizado entre as partes para a feitura de uma escritura pública de doação, em relação a área transmitida por erro aos autores, como afirmam os réus.***

*Ora, em ambos os casos, compra e venda ou doação, nos exatos termos técnicos desses institutos, jamais existiriam, sendo certo que tratar-se-iam de uma manobra efetivada pelas interessados para corrigir o erro do registro feito pelo serventia do CRI, o que, como afirmado pela própria Registradora (fls.198/203), poderia ter sido realizado com um simples pedido de correção por qualquer interessado, especialmente pelo requerido Jefferson.*

*Deveras, o art. 213, I, 'a' da Lei 6.015/73[2], é expresso ao instituir a possibilidade de retificação de qualquer registro, por erro cometido na transposição de qualquer elementos do título, circunstância que se aplica perfeitamente ao presente caso, já que houve pela serventia* ***erro de transposição*** *dos termos da escritura pública de fls.86/89, quando não constou no registro 'R.09' da Matrícula de n.º 2.782, que a dação se daria* ***apenas em relação a 375m2 do referido imóvel.***

*Diante desses elementos, é fato que a escritura pública de compra e venda que os autores pretendem anular, foi efetivada com vício da simulação, com o objeto de corrigir o erro cometido pela serventia e, ainda, em clara ofensa a lei e ao princípio da continuidade dos registros públicos, já que transmitiu diretamente à empresa* ***JS Empreendimentos****, a propriedade da área dada aos autores em excesso, quando, em verdade, tal área deveria retornar à propriedade de* ***Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery*** *e, somente após, ser transmitida a quem de interesse ou de direito.*

*Portanto, partindo do pressuposto que a compra e venda efetivada entre os autores e a corré* ***JS Emprendimentos*** *foi efetivada de forma simulada, com a exclusiva finalidade de corrigir o erro constante no registro 'R.09' da Matrícula de n.º 2.782 e, nessa dinâmica, compra e venda alguma existiu, conforme confessado pelos próprios requeridos, tenho que referido negócio deve ser declarado nulo, nos termos do art.167, II, do CC.*

*Por outro lado, diante dos esclarecimentos prestados às fls.198/203 e, com base nas disposições do* ***art. 213, I, 'a', da Lei 6.015/73****, que possibilita a correção de erro* ***até de ofício pela serventia extrajudicial****, agora declarada nula a escritura pública em questão, a retificação do erro praticado pelo serventia do CRI se impõe, a fim de constar no registro respectivo, a dação em favor dos autores de* ***apenas 375m2 da área constante do imóvel de Matrícula n.º 2.782, nos exatos termos da escritura pública datada de 17/03/2001, acostada às fls.86/89.***

*Do mesmo modo, tendo em vista que a Matrícula de* ***n.º 2.782*** *fora desmembrada e encerrada, gerando as Matrículas de n.º 66.171 e n.º 66.172, deverá também ser registrado na Matrícula de* ***n.º 66.172****, a qual se refere a área que não foi transmitida aos autores pela dação, que o imóvel retorna a propriedade dos então proprietários à época da dação de fls. 86/89, ou seja,* ***Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery****,* ***ficando, inalterada a Matrícula de n.º 66.171 (fls.96), a qual se refere exatamente a área dada aos autores na dação em questão.***

*Ainda, em consequência do decreto de nulidade da escritura de compra e venda realizada entre os requerentes e a requerida JS Empreendimentos, deverá também ser cancelado o desmembramento efetivado pela requerida* ***JS Empreendimentos****, constante na 'AV.03' da* ***Matrícula de n.º 66.172*** *(fls.102)****, cancelando-se/encerrando-se as Matrículas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106), as quais foram daquela desmembradas.***

***De outro lado, a despeito do reconhecimento da existência de simulação em relação à compra e venda que os autores pretendem declarar nula, fato é que, não se observa o ocorrência de danos morais, especialmente porque, como esclarecido, os autores sequer eram os reais proprietários da área que foi objeto de tal negócio.***

*Além disso, conquanto os autores possam ter se mantido como proprietários* ***de fato*** *da área em questão, por um período de tempo (a julgar pelos depoimentos prestados pelas testemunhas), também não foi comprovada, por esta circunstância ou condição, a existência de danos morais indenizáveis.*

*Com efeito, José Aguiar Dias esclarece que: 'os danos morais abrangem todo sofrimento ou dor humanas, que nascem de todo atentado à reputação da vítima, à sua*

2 Art. 213, I, "a", da Lei 6.015/73: "O oficial retificará o registro ou a averbação:
**I** - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:
**a)** omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; (...)

*autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc'.*

*Nessa linha, ao analisar o caso presente, constata-se que não há base fática ou delineamento de circunstâncias especiais que caracterizem a ofensa a direitos da personalidade, tampouco foram produzidas provas neste sentido, e este ônus cabiam aos autores (art. 373, I, do CPC).*

*Do mesmo modo, o pedido de reparação de danos materiais deve ser julgado improcedente, haja vista que sequer foi fundamentado, não havendo qualquer alegação de prejuízo econômico passível de reparação.*

*Por fim, entendo que os honorários sucumbenciais que derivam do presente provimento, devem ser fixados por equidade.*

*Com efeito, muito embora o § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil disponha que 'Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (...)', entendo que no presente caso, tal aplicação fria da lei, extrapola os limites da proporcionalidade e razoabilidade – princípios constitucionais, o que justifica plenamente a fixação dos honorários aquém do mínimo de 10% previsto no artigo retromencionado.*

*Digo isto porque, em se considerando que o valor da presente causa* ***(R$ 400.000,00 – quatrocentos mil reías),*** *é fato que os honorários mesmo fixados no mínimo de 10%, giraria em torno de* ***R$ 40.000,00 (quarenta mil reais),*** *valor que entendo extremamente desproporcional com as nuances e as circunstâncias da presente demanda, a rigor do que prevê os parâmetros prescritos nos incisos I, II, III, e IV, do § 2º, do art. 85, do CPC.*

*Assim, em se considerando que o fim almejado pelo artigo 85 do NCPC é remunerar o trabalho desenvolvido pelo advogado, bem como, que a presente causa não é dotada de extrema complexidade e o feito fora julgado em menos de 02 (dois) anos, já que foi distribuído em* ***25/08/2015,*** *utililizando-me dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fixo os honorários sucumbenciais por equidade, nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC, em* ***10.000,00 (dez mil reais).***

*Em caso análogo, já decidiu o E. Tribunal de Justiça deste Estado:*

***'(...) 2.3. Dos honorários sucumbenciais:***

*Sustenta a apelante que os honorários sucumbenciais arbitrados o foram de forma excessiva, pois se trata de execução cujo valor atualizado do débito(parâmetro fixado pelo juiz singular para fazer incidir os 10% da verba honorária arbitrada) ultrapassa R$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), sendo, portanto, aludida verba, de mais de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).Entende, portanto, desproporcional honorários em torno de R$400.000,00, em embargos de pouca duração e de matéria destituída de complexidade. Não obstante o § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil dispor que 'Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (...)', tenho que sua observação, in casu, sobretudo considerando o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (inciso IV do § 2º do artigo 85 do NCPC), extrapola os limites da proporcionalidade e razoabilidade – princípios constitucionais expressamente consagrados no diploma processual civil –, o que justifica plenamente a redução dos honorários fixados na sentença.*

*(...).*

*O fim almejado pelo artigo 85 do NCPC é remunerar o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte que precisou ingressar em juízo para a defesa de um direito supostamente*

*violado. A matéria versada no caso dos autos é destituída de complexidade e o trabalho desenvolvido pelos titulares do direito postulatório do embargante apelado o foi breve. O feito, distribuído no dia 07/10/2015, foi sentenciado no dia 18/07/2016), o que impõe, mormente para o fim de se buscar o 'meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão', a redução da verba honorária fixada(...)'. (Apelação - Apelante:* ***Locar Transportes Técnicos e Guindastes Ltda*** *- Nº 0806090-93.2015.8.12.0021 - Três Lagoas Relator designado: Exmo. Sr.* ***Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – j. 25/04/2017)****.*

***Pelo o exposto****, e por tudo mais do que autos constam,* ***julgo procedentes em parte os pedidos*** *iniciais, para o fim de:* ***1) Decretar*** *a nulidade da escritura pública de compra e venda efetivada* ***entre os autores*** *e a corré* ***JS Empreendimentos (fls. 98/100)****, bem como, do registro respectivo, ou seja,* ***'R.02'****, constante na Matrícula de* ***n.º 66.172****, determinando-se, em consequência do erro praticado pela serventia extrajudicial, na forma do* ***art. 213, I, 'a', da Lei 6.015/73****, a retificação do registro* ***'R.09'*** *constante na Matrícula de* ***n.º 2.782****, a fim de constar a dação em pagamento em favor dos autores,* ***apenas em relação à 375 m2 do imóvel em questão****,* ***nos termos da escritura pública de fls. 86/89*** *e* ***2)*** *Determinar o registro de propriedade da área do imóvel constante na Matrícula Desmembrada de* ***n.º 66.172,*** *em favor dos então proprietários à época da dação em questão, ou seja,* ***Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery****, bem como, o cancelamento do desmembramento constante na 'AV.03' desta Matrícula (n.º 66.172),* ***cancelando-se/encerrando-se, também, as Matrículas Desmembradas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106).***

*Dada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 86 do CPC vigente, fixo os honorários advocatícios em* ***R$ 10.000,00 (dez mil reais)****, nos termos do § 2º, do art. 85, do mesmo Códex,* ***nos termos da fundamentação supra,*** *devendo os autores, solidariamente, arcarem com o pagamento de 70% (setenta por cento) do equivalente desse valor, e os requeridos, também solidariamente, com os 30% (trinta por cento) remanescentes, além das custas e despesas processuais nessa mesma proporção,* ***ficando, contudo, suspensa a exigibilidade das verbas de sucumbência em relação aos requerentes, por serem beneficiários da justiça gratuita, nos termos do § 3º, do art. 98, do CPC****. Por fim,* ***julgo extingo*** *o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.*

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

***Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Tabelionato do 2º Ofício desta Comarca, para cancelamento da escritura pública de fls.98/100, bem como, ao Cartório de Registro de Imóveis, para a retificação, registros e cancelamentos dos atos de sua competência, nos estritos termos desta sentença, bem como, para cancelamento da averbação determinada na decisão de fls.42/43.***

*Oportunamente, observadas as formalidades de praxe, arquivem-se."* (G.n.)

Note-se que a alegação dos apelantes de que o empregador lhes transmitiu de fato o imóvel com Matrícula n. 66.172, por si só já não é plausível, pois a Matrícula de n. 66.172, sequer existia até 2013, como se constata na Averbação n. 12 da Matrícula n. 2.782 (fl. 125), pois a matrícula que existia até o falecimento do patrão do apelante era de n. 2.782, tanto que nela é que foi feito o ato registral nulo.

A Matrícula n. 66.172 só passou existir com 3.409,50 m$^2$, justamente porque foi destacada a Matrícula n. 66.170, de 3.784,50, para também dar origem à Matrícula n. 66.171, para constar neste última a área de 375,00 m$^2$, de fato pertencente aos apelantes (3.784,50-775=3.409,50), sendo que a área remanescente de 3.409,50 m$^2$. (Matrícula n. 66.172), deveria ter permanecido com os proprietários Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery.

A prescrição alegada pelos apelantes quanto ao erro registral não comporta guarida, na medida em que são imprescritíveis as pretensões à decretação de nulidade, as pretensões de cessação de comunhão comum e de sua divisão, as pretensões relativas a direitos de vizinhança, as pretensões de alteração de registros de imóveis.

Aquela Escritura Pública de Dação em Pagamento, a qual os apelantes insistem em ignorar, seria anulável de fato no prazo de 04 anos, da mesma forma que os apelantes estão exercendo a pretensão de anular a Escritura de Compra e Venda objeto do processo.

Como destacado da sentença:

> ***"Importante registrar, nesse ponto, que em nenhum momento os autores impugnam a escritura pública em questão, sob a alegação de eventual falsidade ou inautenticidade dos termos e das assinaturas ali apostas.***
>
> *Paralelamente, consoante esclarecimentos prestados às fls.198/203 pela serventia do Cartório de Registro de Imóveis respectivo, tem-se que houve manifesto erro no registro da referida escritura, tendo a serventia constado na ocasião que a dação se daria com a integralidade do imóvel, quando, em verdade, a mesma seria com parte da área do mesmo.*
>
> ***Vê-se, portanto, que não obstante o esforço dos requerentes em afirmar que a dação ocorrida para quitação de verbas trabalhistas, teria sido efetivada com a integralidade do imóvel, isso não é o que retrata a escritura pública respectiva, sendo certo e manifesto o equívoco ocasionado pela serventia do CRI, no registro 'R.09' constante na Matrícula de n. 2.782 (fls.92), quando constou o imóvel integral.****" (G.n.)*

Portanto, aquele ato praticado pelo Cartório Extrajudicial, que registrou erroneamente, em desconformidade com aquela Escritura Pública de Dação em Pagamento, é nulo de pleno direito, embora derivado de erro, e portanto, imprescritível.

Destaque-se que o erro não foi na Escritura Pública de Dação em Pagamento, não foi das partes, não sendo o erro-vício previsto no Código Civil, mas sim, erro do ato público do registrário, ao registrar os termos convencionados na Escritura Pública de Dação em Pagamento, no Registro n. 09 da matrícula do imóvel, à época.

Não é o ato negocial que é anulável, mas o ato público de efetuar o registro público, ou seja, o ato do delegatório, sendo obviamente possível a sua retificação com fundamento no art. 213, I, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73):

> *"Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:*
>
> *I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:*
>
> *a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título;"*

E, segundo o art. 214 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73): *"As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta."*

As nulidades de pleno direito são aquelas decorrentes de irregularidades no próprio ato registral, independentemente do título (que no caso é a Escritura Pública de Dação em Pagamento de fls. 86/88).

Nas palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes:

> *"São inerentes ao próprio registro imobiliário, ao ato considerado em seu próprio conteúdo, desligado, completamente, de qualquer nexo com o título causal. É a essa classe de nulidades que se refere o art. 229, isto é, as inerentes ao próprio registro, independentemente do título."* (Tratado dos registros públicos. 4. ed. Freitas Bastos, 1960. p. 357-358. v. IV.).

Por sua vez, o art. 169 do Código Civil: *"O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo."*

> *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito já firmou o entendimento de que os serventuários do Foro Extrajudicial, que exercem atividade registral e notarial por intermédio de delegação, não são considerados titulares de cargo público efetivo (servidores*

*públicos em sentido estrito), mas exercem atividade estatal. Portanto, os atos praticados por seus Oficiais ou prepostos sujeitam-se ao regime de Direito Público* (STF - ADI 1.800, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-6-2007, Plenário, DJ de 28-9-2007 e RE 556.504-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Julgamento em 10-8-2010, Primeira Turma, DJE de 25-10-2010).

Também no mesmo sentido:

*"REGISTROS PÚBLICOS – AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO – PRESCRIÇÃO – 1. As nulidades de pleno direito invalidam o registro (Lei nº 6.015/73, art. 214). Princípio da continuidade. 2. Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da 3ª Turma do STJ, 'Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescriçã'. (Resp n.12.511, DJ de 4.11.91). 3. Não se perde a propriedade pelo não-uso (Resp n. 76.927, DJ de 13.4.98). Não se extingue enquanto não se adquire, a saber, 'a prescrição extintiva não ocorre enquanto não se perfizer a prescrição aquisitiva que se lhe contrapõe' (RP-55/196). 4. Caso em que se entendeu imprescritível a pretensão. Inocorrência de afronta ao art. 177 do Cód. Civil. 5. Recurso especial não conhecido."* (STJ - REsp 89.768/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 04/03/1999, DJ 21/06/1999, p. 149)

Quanto à simulação, esta foi deveras reconhecida, tanto que a sentença é de parcial procedência:

*"Contudo, é fato que tal negócio (compra e venda efetivada entre os autores e a corré JS empreendimentos) deve ser declarada nula, face a ocorrência de simulação.*

*Com efeito, não se duvida que entre os vícios sociais o intuito seja o de ludibriar terceiros, tampouco que a simulação tenha objetivo de fraudar a lei. Nesse passo, o vício da simulação fora recebido pelo Código Civil atual na esfera dos atos nulos.*

*O art. 167 do Código Civil dispõe que:*

*(...).*

*Diante de tais premissas, em síntese, vê-se que na simulação há conluio, um concerto de ideias entre os contraentes para proporcionar aparência exterior do negócio.*

***No caso dos autos, nota-se que os próprios requeridos afirmam textualmente em sua contestação que a compra e venda efetivada entre o autor e a corré JS Empreendimentos, não ocorreu, sendo certo que a mesma fora efetivada para o fim de ser restituído ao requerido Jefferson, o excesso da área que foi transmitida aos requerentes, repita-se, por erro da serventia do CRI.***

***Nesse ponto, aliás, pouco importa se havia um suposto acordo realizado entre as partes para a feitura de uma escritura pública de doação, em relação a área transmitida por erro aos autores, como afirmam os réus.***

*Ora, em ambos os casos, compra e venda ou doação, nos exatos termos técnicos desses institutos, jamais existiriam, sendo certo que tratar-se-iam de uma manobra efetivada pelas interessados para corrigir o erro do registro feito pelo serventia do CRI, o que, como afirmado pela própria Registradora (fls.198/203), poderia ter sido realizado com um simples pedido de correção por qualquer interessado, especialmente pelo requerido Jefferson.*

*Deveras, o art. 213, I, 'a' da Lei 6.015/73. Diante desses elementos, é fato que a escritura pública de compra e venda que os autores pretendem anular, foi efetivada com vício da simulação, com o objeto de corrigir o erro cometido pela serventia e, ainda, em clara ofensa a lei e ao princípio da continuidade dos registros públicos, já que transmitiu diretamente à empresa* ***JS Empreendimentos****, a propriedade da área dada aos autores em excesso, quando, em verdade, tal área deveria retornar à propriedade de* ***Jefferson Jorge***

***Salomão e Helena Jorge Salomão Nery*** *e, somente após, ser transmitida a quem de interesse ou de direito.*

*Portanto, partindo do pressuposto que a compra e venda efetivada entre os autores e a corré* ***JS Emprendimentos*** *foi efetivada de forma simulada, com a exclusiva finalidade de corrigir o erro constante no registro 'R. 09' da Matrícula de n.º 2.782 e, nessa dinâmica, compra e venda alguma existiu, conforme confessado pelos próprios requeridos, tenho que referido negócio deve ser declarado nulo, nos termos do art.167, II, do CC."*

Nesse sentido, está de acordo com a jurisprudência do STJ:

*"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. 1. 'O negócio jurídico simulado pode ter sido realizado para não produzir qualquer efeito, isto é, a declaração de vontade emitida não se destina a resultado algum; nessa hipótese, visualiza-se a simulação absoluta. Diversamente, quando o negócio tem por escopo encobrir outro de natureza diversa, destinando-se apenas a ocultar a vontade real dos contraentes e, por conseguinte, a avença de fato almejada, há simulação relativa, também denominada de dissimulação. De acordo com a sistemática adotada pelo novo Código Civil, notadamente no artigo 167, em se tratando de simulação relativa - quando o negócio jurídico pactuado tem por objetivo encobrir outro de natureza diversa -, subsistirá aquele dissimulado se, em substância e forma, for válido.' (REsp 1102938/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 24/03/2015). 2. Consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, afigura-se admissível o recurso especial que demanda novo enquadramento jurídico dos fatos, sem que para isso seja necessário o reexame de provas contidas nos autos. Nessa hipótese, este STJ poderá atribuir ao caso consequências jurídicas diferentes daquelas estatuídas pelo tribunal a quo. 2.1. No caso em tela, a descrição dos fatos contida nos autos demandou a reforma do acórdão estadual, para adequar a qualificação jurídica do vício identificado no negócio jurídico, que tem contornos de simulação relativa. Não incidência das Súmulas 5/STJ e 7/STJ 3. Agravo interno desprovido."* (STJ - AgInt no AgInt no REsp: 1217876 RN 2010/0174020-6, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Julgamento: 10/04/2018, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 19/04/2018)

Logo, a sentença declarou a nulidade da simulação com fundamento no art. 167, § 1º, II, do CPC:

*"Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado,* ***mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma****.*

*§ 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*(...)*

*II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;" (G.n.)*

Mas manteve a validade da substância, ou seja, os apelantes não são proprietários do total da Matrícula 2.782, ou de sua Matrícula Derivada, n. 66.172, porque pertencente ao requerido Jefferson e sua irmã, Helena:

***"Pelo o exposto****, e por tudo mais do que autos constam,* ***julgo procedentes em parte os pedidos*** *iniciais, para o fim de:* ***1) Decretar*** *a nulidade da escritura pública de compra e venda efetivada* ***entre os autores*** *e a corré* ***JS Empreendimentos (fls. 98/100)****, bem como, do registro respectivo, ou seja,* ***'R. 02'****, constante na Matrícula de* ***n.º 66.172****, determinando-se, em consequência do erro praticado pela serventia extrajudicial, na forma do* ***art. 213, I, 'a', da Lei 6.015/73****, a retificação do registro* ***'R. 09'*** *constante na Matrícula de* ***n.º 2.782****, a fim de constar a dação em pagamento em favor dos autores,* ***apenas em relação à 375 m2 do imóvel em questão****,* ***nos termos da escritura pública de fls. 86/89*** *e* ***2)*** *Determinar o registro de propriedade da área do imóvel constante na Matrícula Desmembrada de* ***n.º 66.172,*** *em favor dos então proprietários à época da dação em questão, ou seja,* ***Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery****, bem como, o cancelamento do desmembramento constante na*

*'AV.03' desta Matrícula (n.º 66.172),* ***cancelando-se/encerrando-se, também, as Matrículas Desmembradas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106)****."* (G.n.)

Ante o exposto, conheço e **nego provimento** ao recurso, mantendo a sentença tal como lançada.

É como voto.

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

## VOTO (EM 28/10/2020)

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

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

Aguinaldo Garcia e Dolores Bertoloto ajuizaram ação de nulidade de compra e venda cumulada com danos morais e materiais em desfavor de JS Empreendimentos Imobiliários Ltda EPP, Joaquim Romero Barbosa e Jeferson S Salomão.

Narraram que era empregado do genitor de Jeferson S Salomão, tendo trabalhado na fazenda, transportando gado em comitiva, até fazer jus à aposentadoria por tempo de contribuição.

Disseram que como o empregador precisava rescindir seu contrato de trabalho e tinha ciência de que havia negligenciado seus direitos trabalhistas, como indenização trabalhista, transmitiu-lhe um imóvel urbano, matriculado sob on. 66.172, constituído pelo lote de terreno denominado 1B-2, da quadra designada pela letra C, do loteamento denominado Jardim Aeroporto, com área de 3.409,50m², localizado na quinta zona urbana da comarca de Três Lagoas/MS, sendo que sua esposa, à época, também foi incluída na matrícula do imóvel, pois casados pelo regime da comunhão universal de bens.

Aduziram que somente se deram conta de que o imóvel havia lhes sido transferido quando receberam a notificação de um auto de infração e multa expedida pela prefeitura em agosto de 2013 e quando tiveram conhecimento da ação de dívida ativa por atraso no IPTU.

Asseveraram que, após a morte do seu empregador, pai do requerido Jeferson J Salomão, este o procurou e, levando-o a erro, pois é *"'pessoa xucra', analfabeto sabendo escrever apenas o próprio nome, sem conhecimento das Leis e ainda a época dos fatos já possuía 77 anos"*, o fez assinar escritura de compra e venda, com a promessa de que o ajudaria a conseguir sua aposentadoria e mediante a alegação de que seu empregador havia colocado o loteamento no nome dos requerentes por erro.

Informaram que, sob a orientação do requerido Jeferson, aposentou-se por idade e não por tempo de contribuição, em 25.09.2014.

Esclareceram que, com a negociação, o terreno recebido pelo falecido patrão a título de indenização foi alienado ao requerido Jeferson pela bagatela de R$ 400.000,00, valor que jamais foi entregue aos autores, de modo que é flagrante a má-fé que geriu o ato jurídico.

Requereram:

> *"2. Requer que Vossa Excelência conceda Liminarmente In Naudita Autera Parts, oficiando o cartório de registro de imóveis da comarca de três Lagoas a fim de que faça constar na matricula e desmembramentos realizados após a data da compra e venda simulada que o bem é objeto da presente ação de anulação de compra e venda, proibindo qualquer anotação, alienação, demarcação, desmembramento ou qualquer ato que possa ferir ainda mais o direito pleiteado pelos Requerentes.*

*3. Requer seja condenado os Requeridos aos pagamentos de danos morais e materiais causados aos Requerentes no valor não inferior a 20 por cento do valor fictício a qual houve a simulação e indução ao erro por parte dos Requeridos.*

*4. Requer designação de audiência nos termos da legislação estatutário do idoso pelos Requerentes serem maiores de 65 anos.*

*5.* ***Requer seja ao final anulado a compra e venda bem como anulado referida escritura pública, restituindo aos Requerentes o estado a quo.****"* (G.n.)

Foi deferida a justiça gratuita e a tutela antecipada, *"a fim de se evitar futura alegação de desconhecimento por terceiros. Para tanto, oficie-se ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, com identificação das partes, para fins de averbação da presente ação na matrícula do imóvel objeto da lide (f. 17/18), tal averbação deverá ser feita também nas Matrículas Desmembradas, de n.º 71.047 e 71.048, conforme consta na Av. 03 de fls.18, nos termos do artigo 615-A do CPC, independentemente de emolumentos, por tratar-se de diligência do Juízo"*, (f. 42-43).

JS Empreendimentos Imobiliários Ltda e Jeferson Jorge Salomão apresentaram contestação, alegando que o autor trabalhou para o pai do requerido Jeferson e que as verbas trabalhistas em aberto foram quitadas por meio de dação em pagamento.

Aduziram que, em 17.03.2001, foi lavrada escritura pública de dação em pagamento, averbada na Matrícula n. 2.782 do CRI de Três Lagoas em 10.01.2002, com área total de 3.784,50m², na qual o segundo requerido e os outros proprietários dão em pagamento referida área aos autores, como quitação dos direitos trabalhistas devidos no período de agosto/1977 a fevereiro/2001.

Apontam que a Matrícula de n. 2.782 foi cancelada, dando lugar à Matrícula n. 66.170, em 12.08.2013, passados doze anos da propriedade dos autores.

Asseveram que *"quando da Dação em Pagamento para quitação das verbas trabalhistas, que de fato eram devidas, o Sr. Jefferson fez o acordo de dar parte da área do imóvel de Matrícula nº 66.170 (antiga no 2.782). No entanto, por um lapso, ou até mesmo por erro dos envolvidos, fora passada a totalidade da matrícula."*

Mencionaram que *"nem o segundo requerido e nem os autores tinham conhecimento que foi transferido a totalidade do bem, de modo que a primeira escritura onde se transferiu a totalidade do bem era ao menos anulável, pois eivada de vício de consentimento, por não consubstanciada a verdadeira vontade das partes."*

Esclareceram que os autores, ante o erro constatado, concordaram em restituir, por meio de doação, a área dada em pagamento em excesso, por conta do vício apontado.

Informaram que para tal regularização, os autores, por livre e espontânea vontade, desmembraram o imóvel nas Matrículas n.º 66.171 (ainda de propriedade dos autores) e n.º 66.172 (também desmembrada e hoje de propriedade da primeira requerida); que a doação acima narrada deveria ocorrer na Matrícula de n.º 66.172, que era a área dada em excesso; que, contudo, fora lavrada escritura pública de compra e venda para, de fato, ser exprimida a vontade das partes, ou seja, "passar o imóvel" para corrigir o equívoco do passado, ocasionado pela primeira escritura pública; que nesse interim, o Sr. Jefferson e o Sr. Joaquim, a fim de que fosse realizada compensações financeiras havidas entre eles, solicitou a "doação" fosse realizada diretamente a JS Empreendimentos, porém, por um lapso foi realizada compra e venda.

Aduzem que, de fato, não ocorreu a compra e venda conforme escritura lavrada, objeto do presente processo, mas tão somente uma doação para corrigir o erro da escritura anterior; que os autores nunca pagaram o IPTU da área a maior, o qual foi pago pelo Sr. Jefferson; que os autores jamais utilizaram a área que foi dada em pagamento em excesso, seja para seu proveito ou de outrem; que o Sr. Joaquim é terceiro de boa-fé, pois quando recebeu o imóvel não havia nada que impedisse sua averbação, seja na certidão da matrícula, seja nos órgãos públicos, não podendo sequer ser prejudicado; que não há que se falar em vício de vontade ou erro

substancial na escritura que se busca anular, pois houve vontade das partes em "transferir o imóvel", porém se o método utilizado para transferir incorreu em erro formal, basta que seja ratificada a escritura pública e, por conseguinte, a matrícula do imóvel. Por fim, pugnaram pela total improcedência da pretensão do requerente, condenando-o ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Impugnação à contestação à f. 113-166.

Instadas a especificar as provas que pretendiam produzir, as partes pugnaram pela produção de prova documental e oral (f. 169-170 e f.172-173).

Realizada audiência de conciliação, a mesma restou frustrada (f. 189).

À f. 196-203, a parte requerida acostou os esclarecimentos do CRI, afirmando ter havido por aquela serventia erro no registro da escritura pública, onde houve a dação em pagamento ao autor, em relação às verbas trabalhistas, tendo a parte autora se manifestado à f. 205/210, acerca de tal documento.

À f. 212/213, o feito fora saneado, sendo designada audiência de instrução, a qual foi realizada à f. 222, tendo sido ouvidas três testemunhas arroladas pela parte autora.

Encerrada a instrução, vieram as alegações finais de f. 223-253 e f. 254-256.

Sobreveio a sentença de procedência do pedido.

Confira-se o dispositivo (267-268):

> *"Pelo o exposto, e por tudo mais do que autos constam, julgo procedentes em parte os pedidos iniciais, para o fim de:*
>
> *1)* ***Decretar a nulidade da escritura pública de compra e venda efetivada entre os autores e a corré JS Empreendimentos (fls. 98/100), bem como, do registro respectivo, ou seja, 'R. 02',*** *constante na Matrícula de n.º 66.172,* ***determinando-se, em consequência do erro praticado pela serventia extrajudicial, na forma do art. 213, I, 'a', da Lei 6.015/73, a retificação do registro 'R. 09' constante na Matrícula de n.º 2.782, a fim de constar a dação em pagamento em favor dos autores, apenas em relação à 375 m² do imóvel em questão, nos termos da escritura pública de fls. 86/89 e***
>
> *2)* ***Determinar o registro de propriedade da área do imóvel constante na Matrícula Desmembrada de n.º 66.172, em favor dos então proprietários à época da dação em questão, ou seja, Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery, bem como, o cancelamento do desmembramento constante na 'AV. 03' desta Matrícula (n.º 66.172), cancelandose/ encerrando-se, também, as Matrículas Desmembradas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106).***
>
> *Dada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 86 do CPC vigente, fixo os honorários advocatícios em R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do § 2º, do art. 85, do mesmo Códex, nos termos da fundamentação supra, devendo os autores, solidariamente, arcarem com o pagamento de 70% (setenta por cento) do equivalente desse valor, e os requeridos, também solidariamente, com os 30% (trinta por cento) remanescentes, além das custas e despesas processuais nessa mesma proporção, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade das verbas de sucumbência em relação aos requerentes, por serem beneficiários da justiça gratuita, nos termos do § 3º, do art. 98, do CPC. Por fim, julgo extingo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*
>
> *Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Tabelionato do 2º Ofício desta Comarca, para cancelamento da escritura pública de fls.98/100, bem como, ao Cartório de Registro de Imóveis, para a retificação, registros e cancelamentos dos atos de sua competência,*

*nos estritos termos desta sentença, bem como, para cancelamento da averbação determinada na decisão de fls.42/43.*

*Oportunamente, observadas as formalidades de praxe, arquivem-se." (G.n.)*

Assim como o nobre Relator, entendo que a sentença deve ser mantida.

A escritura pública de dação em pagamento de f. 86-89, firmada em 17.03.2001, faz prova inequívoca de que os direitos trabalhistas do autor Aguinaldo Garcia foram quitados com a dação em pagamento dos seguintes imóveis:

*"- imóvel objeto da Matrícula 1.625, do CRI de Três Lagoas;*

*- **parte** do lote suburbano n. 65 (sessenta e cinco), correspondente a **Parte do Lote de Terreno sob nº 01 (um)**, da quadra 'C', do loteamento Jardim Aeroporto, com área de 375,00 m², sem benfeitorias, objeto da Matrícula n. 2.782, do CRI de Três Lagoas." (G.n.)*

Com a dação em pagamento em favor dos autores apenas da área certa de 375,00m² de um total de 3.784,20, os requeridos Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery, permaneceriam com 1.517,25m², correspondente à parte remanescente do lote 1, e com 1.892,25m² correspondente ao lote 2, do imóvel objeto da Matrícula n. 2.782 do CRI de Três Lagoas.

Ocorre que, por equívoco cartorário, a área dada em pagamento (375,00m²) não foi especificada no registro, ficando como transferida toda a área (3.784,50m²) do imóvel objeto da Matrícula 2.782 do CRI de Três Lagoas em favor do credor e da sua esposa, ora autores, consoante R.09/M2.782 (f. 92).

Os autores, embora subscritores de apenas 375,00m², promoveram a unificação dos lotes 1 e 2 da Matrícula n. 2.782, com área de 3.784,50m², conforme Matrícula 66.170. Após, promoveram o desmembramento do lote 1-2 da Matrícula 66.170, originando o lote 1-A, com área de 375,00m², conforme Matrícula 66.171, e o Lote n. 1B2, com área de 3.409,50m², conforme Matrícula 66.172.

Ato contínuo, em 03.09.2013, os autores firmaram com a requerida JS Empreendimentos Imobiliários Ltda EPP escritura pública de compra e venda da área de 3.409,50m², objeto da Matrícula n. 66.172.

Conquanto tenha sido reconhecida a nulidade da escritura pública de compra e venda firmada em 03.09.13, em face da simulação, certo é que a área pertencente aos autores é de apenas 375,00m², de modo que não merece reparos a sentença que determinou:

*"(...) a retificação do registro 'R.09' constante na Matrícula de n.º 2.782, a fim de constar a dação em pagamento em favor dos autores, apenas em relação à 375 m² do imóvel em questão, nos termos da escritura pública de fls. 86/89", bem como "o registro de propriedade da área do imóvel constante na Matrícula Desmembrada de n.º 66.172, em favor dos então proprietários à época da dação em questão, ou seja, Jefferson Jorge Salomão e Helena Jorge Salomão Nery, bem como, o cancelamento do desmembramento constante na 'AV.03' desta Matrícula (n.º 66.172), cancelando-se/encerrando-se, também, as Matrículas Desmembradas de n.º 71.047 e 71.048 (fls. 104 e 106)".*

Posto isso, acompanho o nobre Relator.

É como voto.

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

Acompanho o voto do relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 28 de outubro 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.

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

II – 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.

III – 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.

IV – 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.

V – 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 págs. 1 a 53, substituindo-a, depois, a título de emenda, pela petição de págs. 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"* (pág. 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:

1) 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).

2) 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:

a) 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;

b) 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"* (págs. 2.121-2.122);

c) 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"* (pág. 2.122);

d) 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"* (pág. 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 (pág. 1.035 do PAD);

e) 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;

f) 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;

g) 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.

3) 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.

4) 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:

a) 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;

b) 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;

c) 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;

d) 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;

e) 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;

f) 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;

g) 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;

h) 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;

i) 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;

j) 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;

k) 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);

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

m) 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;

n) 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 págs. 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****."* (Págs. 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 págs. 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 (págs. 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 págs. 1 a 53, substituindo-a, depois, a título de emenda, pela petição de págs. 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"* (pág. 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:

1) 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).

2) 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:

a) 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;

b) 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"* (págs. 2.121-2.122);

c) 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"* (pág. 2.122);

d) 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"* (pág. 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 (pág. 1.035 do PAD);

e) 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;

f) 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;

g) 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.

3) 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.

4) 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:

a) 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;

b) 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;

c) 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;

d) 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;

e) 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;

f) 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;

g) 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;

h) 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;

i) 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;

j) 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;

k) 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);

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

m) 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;

n) 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 págs. 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.****"* (Págs. 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 págs. 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 (págs. 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"* (págs. 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 (..)" - fls. 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 n2 1.102/1990 - fl. 1.528.* (Pág. 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

2 Recurso Especial Repetitivo n. 1.257.665/CE.

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 págs. 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 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"* (pág. 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 (...)"*** (pág. 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 pág. 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.

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.

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:

> *"(...) 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 fls. 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***

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. (G.n.)

> ***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.* (Págs. 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 págs. 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"* (pág. 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"* (pág. 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 fl. 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 (fls. 2009-2017)...".* (Pág. 2.190).

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 págs. 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 págs. 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 págs. 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 Dívida 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 (p. 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 (ps. 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 (p. 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 (ps. 379-82, dos autos de origem):

> *"(...) Luiz Alberto Prandini, qualificado nos autos, opôs exceção de pré-executividade à execução movida pelo Estado de Matogrosso 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 Divida 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 (p. 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)*

*"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.

1- 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.

2 – 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.

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 Código e Defesa do Consumidor, 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.

## 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." (p.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 fl. 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 p. 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." (p.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 fl. 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 p. 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 pólo 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)

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.*

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).*

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: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 96.) gn*

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)

*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) (destaquei)

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. NÃO CABIMENTO. 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 pólo 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
## Apelação Cível nº 0800327-15.2018.8.12.0019 - Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PEDIDO PARA LIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – POSSE NO IMÓVEL COMPROVADA – SERVIÇO ESSENCIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECURSO PROVIDO.

Comprovada a posse no imóvel, tem o apelante direito ao fornecimento de serviço de energia elétrica, não sendo cabível exigir a escritura pública do imóvel.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ligado à essencialidade da prestação do serviço público, fortalece o entendimento de que o acesso à energia elétrica é de caráter obrigatório, se sobrepondo claramente a Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica.

### 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, 23 de novembro de 2020

Des. Divoncir Schreiner Maran -Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Flávio Eustáquio Vieira Carneiro apela da sentença que julgou improcedente a Ação de Obrigação de Fazer proposta em desfavor da Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A.

Aduz que a sentença merece ser reformada, porque já havia sido proferida uma decisão concedendo a tutela de urgência requerida na inicial.

Sustenta que:

> *"O juízo extrapolou os poderes jurisdicionais ao fundamentar sua sentença à irregularidade da localização do imóvel do Recorrente que está localizado em área da União Federal que pertence ao DNIT, ocorre que, esse tema não é o objeto da ação judicial que tem como objetivo um mandamento jurisdicional de obrigação de fazer para à concessão do fornecimento de energia elétrica na residência do Recorrente, ou seja, não se discute nos autos a localização do imóvel ou a irregularidade de sua posse, mas a necessidade da pessoa humana em ter acesso aos serviços de energia elétrica em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1, III, da Constituição Federal, ora transcrito"*

Argumenta que a sentença contrariou o art. 141 do CPC, porque *extra petita*, visto que comprovou através do contrato particular de compra e venda que sua posse é legítima, fato este não impugnado pela recorrida.

Ressalta que a negativa do fornecimento de energia elétrica viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa e o seu direito social à saúde (art. 1º, inciso III, e art. 6º/CF), e deve ser considerado um ato ilegal.

Reverbera que a improcedência dos pedidos foi fundamentada em documento público produzido de forma unilateral, ou seja, ofício encaminhado pelo Município, esse documento não se presta a impor obrigações à concessionária ou a seus usuários.

Menciona que após a prolação da sentença, ocorreu um fato superveniente, qual seja, apresentação de Projeto de Lei Municipal n. 26/19 encaminhado pelo Prefeito Municipal de Ponta Porã/MS a Câmara Municipal desta comarca no dia 25 de julho de 2019, requerendo ao Poder Legislativo Municipal a regularização do loteamento Ferroviário, sendo aprovada a Lei Municipal n. 4404/2019, local onde se localiza o imóvel do Apelante.

Ao final, pede pela reforma da sentença nos termos da sua irresignação.

Contrarrazões às fls. 241-252, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

## VOTO

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

Flávio Eustáquio Vieira Carneiro apela da sentença que julgou improcedente a Ação de Obrigação de Fazer proposta em desfavor da Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A.

Em análise da inicial, verifica-se que o apelante ajuizou ação de obrigação de fazer cc/ tutela de urgência em face de Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia, objetivando que a ré promovesse a ligação de energia elétrica no imóvel situado na rua General Osório, nº 2060, Vila Ferroviária, na cidade de Ponta Porã.

No caso concreto, o juízo sentenciante entendeu que:

> *"Com efeito, a pretensão inicial recai sobre o fornecimento pela ré de serviço de fornecimento de energia elétrica em imóvel indicado pela parte autora".*

Nesse contexto, importante sublinhar, de início, que não se descura da essencialidade de referido serviço. Porém, essa característica, por si só, não é bastante a ensejar o acolhimento do pedido autoral.

Isso porque para que o imóvel seja abastecido pelo serviço de energia elétrica é imperioso que atenda às exigências traçadas pela ANEEL, as quais, dentre outras, estão dispostas na Resolução nº 414/2010, não se exigindo apenas a comprovação de posse ou propriedade sobre o bem, como defendido pelo autor.

Quanto a esse requisito, aliás, nota-se que a propriedade do imóvel não pertence à parte autora, uma vez que ausente título seu acostado aos autos.

Por sua vez, embora a posse do autor não tenha sido contestada, observa-se que a autora sequer delimitou a área que ocupa e não demonstrou estar o imóvel apto a receber o serviço em questão. E, nesse ponto, é irrelevante a situação dos imóveis lindeiros eventualmente estarem sendo abastecidos pelo serviço de energia elétrica, o que, frise-se, também não foi comprovado.

Ora, é de conhecimento comum que o local ocupado é área que vem sendo objeto de tentativa de regularização formal pelo Município de Ponta Porã, conforme demonstrado, inclusive, pelo documento trazido pelo próprio autor à f. 195, uma vez que invadida por populares que lá passaram a permanecer à

margem da ocupação regular do solo urbano, circunstância que determinou uma série de implicações sociais negativas naquele ambiente, dentre elas a ausência de infraestrutura no local para recebimento das famílias, e, justamente por tal, não se pode, aleatoriamente, autorizar o abastecimento de energia elétrica no imóvel do autor sem que minimamente demonstrado que aquele atende às normas municipais e da concessionária para respectiva ligação do serviço.

Nesses termos, cumpre ressaltar que, quanto o parcelamento de solo urbano, devem ser observados os ditames impostos pela Lei nº 6.766/1999, onde são estabelecidas condições para os loteamentos, não tendo sido apresentado pela parte autora aos autos qualquer documentação que demonstrasse a regularidade da titularidade do imóvel ou loteamento.

Ora, a essencialidade do serviço, repise-se, é reconhecida, porém, em se tratando de um serviço técnico, que envolve riscos não só ao consumidor, mas também a toda coletividade, não se pode indistintamente obrigar a ré ao fornecimento sem que demonstrado o atendimento às regras mínimas no imóvel para a respectiva instalação.

Assim, registre-se mais uma vez, que a simples juntada de fotos do local e a afirmação de sua ocupação por mais de dois anos não é suficiente para que se conclua pela adequação do imóvel às exigências formais para que seja atendido pelo serviço de energia elétrica e, sob esse prisma, a parte requerente sequer trouxe aos autos elementos outros de provas que evidenciassem a regularidade de seu imóvel.

Portanto, à míngua de outros elementos de prova, não há como se compelir a requerida a estender ao imóvel descrito na inicial o serviço de fornecimento de energia elétrica.

Além disso, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário não deve fortuitamente ingerir-se em políticas públicas, especialmente naquelas que disciplinam a ocupação do solo urbano, usurpando a competência do Poder Executivo, a fim de legitimar ocupações irregulares de áreas, sejam elas públicas ou particulares, unicamente em decorrência da essencialidade do serviço público. É necessário, todavia, que se realize uma ponderação de interesses, preservando as competências dos Poderes, a segurança da coletividade e o interesse do particular, o qual, no caso sob exame, não pode se sobrepor àqueles outros, especialmente porque, como já tido acima, não demonstrado que o imóvel se adequa aos requisitos necessários para ser atendido pelo serviço de energia elétrica.

Ante ao exposto, julgo improcedente o pedido formulado na inicial. (fl.197/198)

A questão cinge-se em analisar a legalidade da negativa da empresa concessionária do serviço público no fornecimento de energia elétrica.

O apelante sustenta que:

> *"O juízo extrapolou os poderes jurisdicionais ao fundamentar sua sentença à irregularidade da localização do imóvel do Recorrente que está localizado em área da União Federal que pertence ao DNIT, ocorre que, esse tema não é o objeto da ação judicial que tem como objetivo um mandamento jurisdicional de obrigação de fazer para à concessão do fornecimento de energia elétrica na residência do Recorrente, ou seja, não se discute nos autos a localização do imóvel ou a irregularidade de sua posse, mas a necessidade da pessoa humana em ter acesso aos serviços de energia elétrica em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1, III, da Constituição Federal, ora transcrito"*

Pois bem. O artigo 27, inciso II, alínea h, da Resolução n. 414/2.010 da ANEEL, a qual estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica de forma atualizada e consolidada, impõe obrigação às concessionárias de exigir prova da propriedade ou da posse do imóvel quando recebe solicitação do consumidor de fornecimento de energia elétrica, *in verbis*:

> *"Art. 27. Efetivada a solicitação do interessado de fornecimento inicial, aumento ou redução de carga, alteração do nível de tensão, entre outras, a distribuidora deve cientificá-lo quanto à:*
>
> *(...)*
>
> *II – necessidade eventual de:*
>
> *(...)*
>
> *h) apresentação de documento, com data, que comprove a propriedade ou posse do imóvel;"*

No presente caso, o autor comprovou a posse no imóvel, conforme demonstrados pelos documentos de fl. 13/39, fazendo jus ao serviço essencial. Até porque a legislação específica não exige prova da posse justa e de boa-fé, basta o consumidor provar sua posse atual, independentemente das demais características, para ter direito de exigir o serviço de distribuição de energia elétrica.

Portanto, comprovada a posse no imóvel, tem o apelante direito ao fornecimento de serviço de energia elétrica, não sendo cabível exigir a escritura pública do imóvel.

Ademais, o serviço de energia elétrica encontra-se no rol daqueles considerados essenciais - senão pela óbvia necessidade do ser humano em ter acesso a esse - pela definição legal contida na Lei n.º 7.783/89 (Lei de Greve) que traz em seu bojo aqueles serviços que são considerados essenciais a sociedade. Vejamos:

> *"Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:*
>
> *I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (...)"*

Destaque-se ainda que, para conferir eficácia à Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (aplicável ao caso), em seu art. 22, estabelece que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana, ligado à essencialidade da prestação do serviço público, fortalece o entendimento de que o acesso ao fornecimento de energia elétrica é de caráter obrigatório, se sobrepondo claramente a Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Nesse sentido, esta Corte assim se pronunciou:

> *"EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PEDIDO PARA LIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA POSSE OU PROPRIEDADE DO IMÓVEL – EXIGÊNCIA DESPROPORCIONAL E NÃO RAZOÁVEL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SERVIÇO ESSENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE NÃO SE VINCULA AO IMÓVEL – APELO CONHECIDO E PROVIDO. O acesso à serviços públicos – dentre esses o fornecimento de energia elétrica é condição mínima para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Ademais, o serviço de energia elétrica encontra-se no rol daqueles considerados essenciais - senão pela óbvia necessidade do ser humano em ter acesso a esse - pela definição legal contida na Lei n.º 7.783/89 (Lei de Greve) que traz em seu bojo aqueles serviços que são considerados essenciais a sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana, ligado à essencialidade da prestação do serviço público, fortalece o entendimento de que o acesso à energia elétrica é de caráter obrigatório, se sobrepondo claramente a Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica. A concessionária dispõe de meios adequados para a realização da cobrança, inclusive por meio da suspensão do serviço oferecido. A prestação do serviço se vincula ao solicitante, e não ao*

*imóvel. Recurso Conhecido e Provido. Erro! A referência de hiperlink não é válida.* (TJ/MS. Apelação n. 0800503-36.2015.8.12.0039, Pedro Gomes, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski  j: 13/12/2016, p: 31/01/2017)"

Ademais, há notícias nos autos que a área ocupada vem sendo objeto de tentativa de regularização formal pelo Município de Ponta Porã, qual seja, a promulgada à Lei Municipal n. 4.404/2019, requerendo ao Poder Legislativo Municipal a regularização do loteamento Ferroviário, local onde se localiza o imóvel do autor ora apelante, situação que corrobora a necessidade do fornecimento do serviço essencial.

Isso posto, dou provimento ao recurso, reformando a sentença, para que a apelada seja compelida a realizar a ligação de energia elétrica no imóvel indicado pelo apelante.

Os ônus sucumbências ficam invertidos, de modo que deverá a apelada suportar as despesas processuais e os honorários advocatícios no importe R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), tal como lançado na sentença singular.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 23 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
## Agravo de Instrumento nº 1413320-30.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA E DESPEJO – DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL – POSSIBILIDADE – MORTE DO LOCATÁRIO – PERMANÊNCIA NO IMÓVEL DE PESSOA ESTRANHA À RELAÇÃO CONTRATUAL – ART. 59, IX, LEI 8.245/91 – INADIMPLÊNCIA – DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Nos termos do artigo 59, § 1º, e incisos, da Lei n. 8.245/91, é admissível na ação de despejo a concessão de medida liminar para desocupação do imóvel locado independentemente de audiência da parte contrária quando o pleito se fundar exclusivamente em morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do artigo 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei.

Os documentos juntados com a inicial demonstram que o imóvel está sendo ocupado por terceiro estranho à relação contratual havida entre as partes e, nesse contexto, é evidente a possibilidade de concessão de medida idônea para assegurar o direito da parte agravante. Ainda, o Espólio de Ivo Ribeiro da Silva e Anorosval Pedro Leiria da Silva Sobrinho, informaram que não há objeção aos requerimentos do presente Agravo, vez que reconhecem que a ocupante do imóvel é terceiro estranho à relação contratual.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de novembro de 2020

Des. Divoncir Schreiner Maran

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Aurinete Florêncio da Silva, agrava da decisão proferida nos autos da Ação de Despejo c/c Ação de Cobrança**,** interposta em desfavor do Espólio de Ivo Dionizio Palazuelos Ribeiro da Silva e outro, que indeferiu, por ora, o requerimento da liminar de desocupação.

Relata que o processo tem como objeto a cobrança e despejo consubstanciada em contrato de aluguel de um imóvel residencial que está em mora desde abril de 2019, mês que o locatário veio a falecer.

Aduz que a moradora é pessoa estranha ao contrato de locação, que não tem responsabilidade nenhuma com o pagamento dos alugueres, impostos ou taxas condominiais e com a conservação do imóvel.

Sustenta que passados mais de 120 dias da notificação extrajudicial, o contrato encontra-se sem garantia, incidindo assim o permissivo do artigo 59, inciso VII. Alega que não pretende o imediato despejo dos ocupantes, mas sim a desocupação do imóvel em prazo hábil (30 dias) para que este encontre um imóvel mais condizente com sua realidade econômica.

Ao final, requer o conhecimento do presente recurso e o seu provimento, como autoriza o art. 1.019, I do CPC/15.

O recurso foi recebido em seu efeito suspensivo (fls. 64-65).

## VOTO

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

A apelante ingressou com ação de cobrança e despejo consubstanciada em contrato de aluguel de imóvel residencial, tendo em vista que a parte apelada está inadimplente desde abril de 2019, mês que o locatário veio a falecer.

Foi aberto inventário (proc. Nº 0811544-75.2019.8.12.0001) e, dentre os herdeiros, não consta o nome da ocupante do imóvel, pois conforme relatado pelo próprio advogado do espólio, o locatário nunca residiu no imóvel.

Ocorre que a Sra. Mayara Bibiano Neto Ferreira (em posse do imóvel), é pessoa estranha ao contrato de locação e não tem qualquer responsabilidade acerca do pagamento dos alugueres, impostos ou taxas condominiais e, mesmo assim, há mais de um ano está residindo no referido apartamento sem efetuar o pagamento de qualquer quantia.

Com a morte do locatário, o fiador manifestou que não há interesse em sub-rogar na fiança firmada no contrato *sub judice*. Frise-se que os possuidores estão inadimplentes desde abril de 2019, portanto**,** antes da pandemia.

Por tais razões, foi pleiteado ao juízo *a quo* o despejo dos ocupantes do imóvel, pedido que foi indeferido, em suma, por conta da pandemia instalada no país desde março de 2020.

Pois bem.

A concessão da tutela provisória é meio para propiciar à parte autora os efeitos da sentença de mérito, total ou parcialmente, antes que esta seja proferida. Assim, só há falar em antecipação dos seus efeitos se, diante da existência de prova inequívoca, o juiz se convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Acerca dos requisitos para a concessão da tutela provisória, dispõe os artigos 300 e 303 do CPC assim:

> *"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. [...]*
>
> *Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo."*

Nas lições de Cássio Scarpinella Bueno[1]:

> *"A concessão da "tutela de urgência" pressupõe: (a) probabilidade do direito e (b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art.300, caput). São expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas fumus boni iures e periculum in mora, respectivamente. É correto entender que o dispositivo afasta, por vez, o*

1 Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª Edição, Editora Saraiva.

*entendimento predominante no CPC de 1973 de que os requisitos cognitivos da aparência do direito para a concessão da tutela antecipada seria mais profundos que o das cautelares em geral. Com o CPC de 2015, independentemente da natureza da tutela provisória, se cautelar ou antecipada (art. 294, caput), o magistrado deverá se convencer da probabilidade do direito do requerente da medida e, porque se trata de medida de urgência, do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...).”*

Analisando os elementos constantes no presente recurso, tenho que deve ser deferida a tutela requerida pela agravante, eis que presentes os requisitos exigidos pelo supracitado art. 300. Nos termos do artigo 59, § 1º, e incisos, da Lei n. 8.245/91, é admissível na ação de despejo a concessão de medida liminar para desocupação do imóvel locado em 15 (quinze) dias, independentemente de audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a 3 (três) meses de aluguel, e ainda quando o pleito se fundar exclusivamente em:

a) descumprimento do mútuo acordo, celebrado por escrito e assinado pelas partes e duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de 6 (seis) meses para desocupação, contados da assinatura do acordo (artigo 9º, I);

b) extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário estiver relacionada com o seu emprego, devendo existir, na hipótese, prova escrita da rescisão do contrato de trabalho, ou, se for o caso, ser ela demonstrada em audiência prévia;

c) término do prazo da locação para temporada, desde que tenha sido proposta a ação de despejo em até 30 (trinta) dias após o vencimento do contrato;

d**)** morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do artigo 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei;

e) permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação celebrada com o locatário.

Ainda, o egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu: “*Para o ajuizamento de ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e acessórios, é despicienda a prévia notificação do locatário*” (STJ. Quinta Turma. REsp n. 834482. RN. Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Diário da Justiça de 22-10-2007, p. 356).

Num juízo de cognição sumária, tenho que os requisitos foram preenchidos, porquanto os documentos juntados com a inicial demonstram que o imóvel está sendo ocupado por terceiro estranho à relação contratual havida entre as partes e nesse contexto, é evidente a possibilidade de concessão de medida idônea para assegurar o direito do agravante. Ainda, em manifestação às fls. 68 e 69, o Espólio de Ivo Ribeiro da Silva e Anorosval Pedro Leiria da Silva Sobrinho, informaram que não há objeção aos requerimentos do presente Agravo, vez que reconhecem que a ocupante do imóvel é terceiro estranho à relação contratual.

Por fim, quanto ao argumento exarado em decisão de primeiro grau (fls. 58-60), o Decreto 14.479 de 29/09/2020, que determinou toque de recolher do dia 1º a 15 de outubro de 2020, das 01h00min às 05h00min do dia seguinte, para confinamento domiciliar obrigatório em todo território do Município de Campo Grande, não fora renovado, bem como é de conhecimento notório as medidas de flexibilização adotadas por esta Capital, razão pela qual o indeferimento da liminar por tais razões não merece prosperar, pois é possível que se cumpra as determinações adotando os cuidados necessários à preservação da saúde.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar a concessão de liminar para desocupação do imóvel objeto dos autos em desfavor dos habitantes do referido bem, nos termos do art. 59, IX, da Lei 8.245/91, contudo, tendo em vista o enfrentamento da Pandemia ocasionada pelo Novo Corona Vírus (Covid-19) e os impactos sociais causados por esta, concedo o prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento de tal determinação.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 23 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
## Apelação Cível nº 0842038-25.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INICIAL – TERMO *A QUO* – DATA DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA* – AUTOR QUE PODERIA TER AJUIZADO A AÇÃO DESDE O PAGAMENTO DAS PRIMEIRAS PARCELAS – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.

Com base no princípio da *actio nata*, o qual preconiza que o início do prazo prescricional ocorre com a efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, momento em que nasce a pretensão a ser deduzida em juízo, infere-se que, no presente caso, a pretensão para revisar o contrato em questão, realmente, surgiu desde a data da celebração do contrato, pois foi a partir desse momento que o compromissário-comprador teve a oportunidade de discutir as cláusulas contratuais.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

João Vicente e Barbária Maria Campo Vicente apelam da sentença que extinguiu o feito com resolução de mérito, após o reconhecimento da prescrição decenal, nos termos do art. 487, II, CPC, nos autos da Ação de Revisão de Contrato ajuizada em face da Associação de Empréstimo e Poupança – Poupex.

Relatam que firmaram com a apelada em 11/07/1989 Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda e Financiamento com pacto adjeto de hipoteca sob o nº 246/19 para financiamento do imóvel residencial, matrícula 137.717. No financiamento foi pactuado que os apelantes pagariam 288 parcelas mensais, com início da primeira em 11/08/1989 e a última em 11/07/2013.

Ainda, discorrem que após encerrado o prazo de execução do contrato (11/07/2013), correspondente a 288 parcelas descontadas através da folha de pagamento (consignação) a apelada enviou ofício 12/07/2013 (fls. 73-74) aos apelantes alegando desiquilíbrio financeiro do contrato e que ainda existia um saldo devedor residual de R$ 120.096,01 e prorrogaria por mais 72 meses, dando-lhe como opção a quitação com desconto do saldo devedor se os apelantes pagassem por serviço de avaliação do imóvel.

Com relação à prescrição, sustentam que a jurisprudência consagra que nos contratos com tratos sucessivos ou prestações continuadas o marco inicial da prescrição é o vencimento da última parcela, e para o caso em tela 11/07/2013.

Defende que da mesma forma que o valor da dívida pode ser cobrado integralmente a revisão do contrato entabulado é permitida devendo passar pelo crivo do judiciário, independente da data do pacto.

Ao final, requer o provimento do recurso a fim de ser afastada a prescrição e que, em seguida, seja revisado o contrato questionado.

Contrarrazões às fls. 236-253, pelo improvimento do recurso.

É como voto.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. Relator

Consta dos autos que os autores firmaram com a Associação de Empréstimo e Poupança – Poupex em 11/07/1989 Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda e Financiamento com pacto adjeto de hipoteca sob o nº 246/19 para financiamento do imóvel residencial, matrícula 137.717. No financiamento foi pactuado que os apelantes pagariam 288 parcelas mensais, com início da primeira em 11/08/1989 e a última em 11/07/2013.

Discorreram que após encerrado o prazo de execução do contrato (11/07/2013), correspondente a 288 parcelas descontadas através da folha de pagamento (consignação) a apelada enviou ofício 12/07/2013 (fls. 73-74) aos apelantes alegando desiquilíbrio financeiro do contrato e que ainda existia um saldo devedor residual de R$ 120.096,01 e prorrogaria por mais 72 meses, dando-lhe como opção a quitação com desconto do saldo devedor se os apelantes pagassem por serviço de avaliação do imóvel.

Diante disso, ajuizaram a presente ação revisional, a fim de ser declaradas nulas as cláusulas abusivas.

Na sentença, o juiz de primeira instância acolheu o pedido do réu para reconhecer a prescrição, sob o fundamento de que o prazo vintenário previsto no CC/16 tem como termo inicial a data de celebração do contrato.

Inconformados, os recorrentes interpuseram o presente recurso de apelação.

Pois bem. A prescrição consiste na extinção da pretensão em virtude do decurso do tempo estabelecido em lei para que se postule determinado direito em juízo. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior explica que:

> *"A prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto em lei, aquilo que os romanos chamavam de actio, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Em linguagem moderna, extingue-se a pretensão. Não há, contudo, perda da ação no sentido processual, pois, diante dela, haverá julgamento de mérito, de improcedência do pedido, conforme a sistemática do Código"* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 296).

A controvérsia dos autos não é quanto ao prazo prescricional, mas sim, ao termo inicial de contagem, se conta-se da data de celebração do contrato, consoante afirmado na sentença, ou se na data do último pagamento feito pelo compromissário-comprador, conforme argumentado na apelação.

No caso em exame, não assiste razão aos apelantes.

Isso porque, com base no princípio da *actio nata*, o qual preconiza que o início do prazo prescricional ocorre com a efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, momento em que nasce a pretensão a ser deduzida em juízo.

Aliás, nesse sentido, o artigo 189, do Código Civil, prevê: "*Violado o direito, nasce a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*".

Partindo dessa premissa, infere-se que, no presente caso, a pretensão para revisar o contrato em questão, realmente, surgiu desde a data da celebração do contrato, pois foi a partir desse momento que o compromissário-comprador teve a oportunidade de discutir as cláusulas contratuais.

Ao contrário do que argumentam os apelantes, não foi somente com o adimplemento da última parcela que exsurgiu a pretensão de revisar as cláusulas que, a seu ver, eram abusivas.

Na verdade, desde a assinatura do contrato e do pagamento das primeiras prestações, aqueles já poderiam ter vindo a juízo postular o afastamento das cobranças que entendia ilegais.

Assim, nada há que se alterar na conclusão exposta na sentença, já que o negócio jurídico em questão foi firmado em 1989 e a presente ação somente foi ajuizada em 2016.

Ademais, esclareço que as jurisprudências colacionadas no recurso não dão suporte para a pretensão dos apelantes, porquanto se tratam de ações em que se discutia a prescrição do caso de ação de cobrança ou execução, daí nesses casos o termo inicial, realmente, será a data da última parcela.

Dessa forma, o recurso interposto pelo autor não merece provimento, devendo ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão que reconheceu a prescrição da pretensão inicial e extinguiu o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, II, do Código de Processo Civil.

Isso posto, nego provimento ao recurso**.**

Como consequência do desprovimento da apelação, os honorários advocatícios arbitrados na origem devem ser majorados para 11%, a teor do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

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 doExmo. 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, 14 de dezembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Dorival Renato Pavan
## Agravo de Instrumento nº 1410964-62.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE SALÁRIO – MÓDICA REMUNERAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO MITIGADA DO ARTIGO 833, IV, CPC EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS – SITUAÇÃO NÃO VISLUMBRADA.

Segundo a mais moderna e abalizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "*é possível, em situações excepcionais, a mitigação da impenhorabilidade dos salários para a satisfação de crédito não alimentar, desde que observada a Teoria do Mínimo Existencial, sem prejuízo direto à subsistência do devedor ou de sua família, devendo o Magistrado levar em consideração as peculiaridades do caso e se pautar nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade*" (STJ, AgInt no AREsp 1386524/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 28/03/2019).

*In casu*, considerando os parcos rendimentos mensais da executada, não há margem interpretativa para mitigar a regra prevista no artigo 833, IV, da lei processual civil, porquanto inegável que comprometerá sua manutenção digna e da sua família.

EXECUÇÃO – VALORES PENHORADOS NOS AUTOS DECORRENTES DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO DEVEDOR – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 833, IV, DO CPC – DEMAIS VALORES PENHORADOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS VERBAS SÃO DECORRENTES DO RECEBIMENTO DE SALÁRIO – ÔNUS DO DEVEDOR – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – DECISÃO REFORMADA.

Não se admite a penhora de proventos do devedor, pois é vedada a constrição de montante pecuniário proveniente de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras verbas de natureza salarial, que são absolutamente impenhoráveis, na forma do inciso IV do art. 833 do CPC. Objetiva-se, com isso, preservar o devedor do patrimônio mínimo indispensável à sua existência decente (princípio da dignidade da pessoa humana).

Se a agravada não comprovou que parte dos valores bloqueados em conta são decorrentes do recebimento de salário, não há que se falar em impenhorabilidade de tais verbas. Inteligência do artigo 854, § 3º, do Código de Processo Civil.

Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão reformada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, Acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de outubro de 2020

Des. Dorival Renato Pavan

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento de Campo Grande E Região – SICREDI Campo Grande/MS agrava da decisão, proferida pelo douto juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Dr. Marcel Henry Batista de Arruda, nos autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial, por ela proposta em face de Maria Eulina Acosta de Freitas, que reconheceu a impenhorabilidade da totalidade dos valores bloqueados nos autos, bem como indeferiu a penhora de 30% dos proventos da executada.

Destaca que o Novo Código de Processo Civil privilegiou a efetividade processual, mitigando a taxatividade da impenhorabilidade disposta no art. 833, do referido diploma normativo.

Assevera que a agravada é servidora pública, além de aposentada, auferindo cerca de R$ 10.000,00 (dez mil reais) mensais, conforme documentação acostada pela própria devedora.

Aduz que não restou comprovado que o valor retido é oriundo de caderneta de poupança.

Sustenta que, conforme afirmado pela própria agravada, as verbas salariais são depositadas no banco Bradesco (Prefeitura) e Itaú (INSS), contudo, o valor foi bloqueado na conta do Banco do Brasil e também na própria Cooperativa agravante, não se tratando de remuneração, o que foi reconhecido pelo juízo *a quo*.

Ao final, pleiteia a concessão de efeito suspensivo e requer o provimento recursal para que seja autorizado o levantamento do valor bloqueado, bem como deferido o pedido de penhora do percentual dos rendimentos da recorrida.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo às fls. 41/42.

Contraminuta apresentada às fls. 45/59.

É o relatório.

## VOTO

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

Conforme relatado, Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento de Campo Grande e Região – SICREDI Campo Grande/MS agrava da decisão, proferida pelo douto juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Dr. Marcel Henry Batista de Arruda, nos autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial, por ela proposta em face de Maria Eulina Acosta de Freitas, que reconheceu a impenhorabilidade da totalidade dos valores bloqueados nos autos, bem como indeferiu a penhora de 30% dos proventos da executada.

Extrai-se que o feito executivo promovido pelo banco em face da agravada tem por desiderato a cobrança de débito no valor de R$ 65.091,47 (e que atualizado perfaz a monta de R$ 73.748,64 – planilha de fl. 51 dos autos de origem), oriundo de cédula de crédito rotativo, e que, deferido o pedido de penhora *on line*, foram bloqueadas as quantias de R$ 8.835,03 (Banco do Brasil), R$ 1.246,13 (Itaú Unibanco), e R$ 1.031,58 (CCLA de Campo Grande), todas pertencentes à agravada.

A executada/agravada apresentou petição nos autos de origem e alegou a impenhorabilidade dos valores, porquanto inferiores a 40 salários mínimos, ainda que não estejam alocados em conta poupança, conforme jurisprudências colacionadas.

O douto magistrado *a quo* determinou o levantamento integral dos valores penhorados e indeferiu a penhora de 30% do salário da agravada, consoante a decisão a seguir transcrita (fls. 90/92):

O extrato de f. 75 demonstra que a autora teve depositado pagamento do INSS em sua conta do ITAÚ UNIBANCO S.A., de R$ 1.747,93, em 06.07.2020, o qual, após amortização do saldo devedor de R$ 501,80, foi bloqueado, no montante de R$ 1.246,13.

Tal valor mostra-se impenhorável, por se tratar de proventos de aposentadoria, pensão ou pecúlio, o que se ajusta à previsão do inciso IV, do art. 833, do CPC:

> *"Art. 833. São impenhoráveis:*
>
> *(...)*
>
> *IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2° ;"*

O salário da executada, como funcionária pública municipal, é depositado no Banco Bradesco S.A., conforme demonstra o extrato de f. 72/74.

Quanto ao valor bloqueado de R$ 8.835,03, na conta da ora executada, no Banco do Brasil S.A., o extrato de f. 69 demonstra que a mesma possuía saldo de R$ 8,282,06, em 30.06.2020, que efetuou duas transferências, uma de R$ 1.820,00 e outra de R$ 1.200,00, tendo recebido crédito, referente a estorno/restituição da Caixa Econômica Federal, de R$ 3.567,48.

A executada não demonstrou a procedência da quantia de R$ 8.835,03, nem é possível inferir que o crédito efetuado pela Caixa Econômica Federal de R$ 4.567,48 se trate de verba salarial.

Também foi bloqueada a quantia de R$ 1.031,58, mantida perante a CCLA de Campo Grande e Região (f. 85), mas a respeito desta a executada não fez qualquer esclarecimento de sua procedência, o que desautoriza reconhece-la como verba salarial.

Em tal situação, a quantia de R$ 1.246,13, bloqueada perante o Itaú Unibanco S.A., é indubitavelmente impenhorável, por se tratar de verba percebida pela executada do INSS.

No tocante às demais, não demonstrou se tratarem de verbas salariais, o que torna inaplicável o disposto no inciso IV, do art. 833, do CPC.

No entanto, a executada também alega que mesmo referidos valores seriam impenhoráveis porquanto, independentemente de estarem depositados em conta poupança, seriam inferiores a quarenta salários mínimos.

De fato, há entendimento firmado do Superior Tribunal de Justiça, desde 2013, ampliando, portanto, a regra de impenhorabilidade do inciso X, do art. 833, do CPC, de que 'é possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda'.

Em tal situação, no caso concreto, mesmo o valor de R$ 9.866,61, que não provem de verba salarial, mostra-se impenhorável, diante do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, indefiro o pedido do exequente de penhora de 30% das verbas salariais da executada, porquanto o STJ entende possível tal medida apenas, dentre outros requisitos, se a execução versar crédito de natureza alimentar e se os vencimentos do devedor forem vultosos, hipóteses não verificadas no caso concreto, primo, por se estar excutindo crédito bancário nos autos e, secundo, porquanto os proventos da autora somam R$ 5.545,53, dos quais R$ 3.797,60 correspondem ao salário como funcionária municipal e R$ 1.747,93 ao benefício do INSS, quantia esta que não pode ser considerada avantajada para autorizar a relativização da impenhorabilidade prevista no art. 833, do CPC.

Isto posto, reconheço a impenhorabilidade da totalidade dos valores bloqueados/penhorados nos autos, determinando sua restituição à executada, após a preclusão da presente decisão.

Transcorrido in albis o prazo de recuso da presente decisão, fica desde logo autorizado o levantamento ou transferência bancária da totalidade do valor bloqueado pelo BACENJUD em favor da executada ou seu patrono, se tiver poderes especiais para receber e dar quitação, independentemente de nova conclusão.

O banco recorre e, em suma, requer que seja deferido o bloqueio de 30% dos valores do salário da executada, bem como mantidos os valores penhorados nos autos.

Da penhora de 30% do salário da agravada.

Conforme relatado, o agravante pretende o bloqueio de 30% do salário da agravada.

Nesse ponto, a decisão não merece reparos.

Revendo o entendimento anteriormente esposado, principalmente movido pelo espírito da efetividade processual que anseia o jurisdicionado ao se socorrer do Poder Judiciário, fui levado a refletir mais profundamente sobre a impenhorabilidade inserta no artigo 833, inciso IV[1], do Código de Processo Civil para conferir uma interpretação coadunada dos valores elencados no devido processo legal.

Como cediço, o processo é método de solução do conflito de interesses e se encontra a serviço do direito material.

Assim, em atenção a esse escopo do processo e em atendimento à efetividade da prestação jurisdicional, que direciona o processo para satisfação dos direitos daquele que tem um interesse legítimo não reconhecido voluntariamente, o mecanismo estatal deve se valer dos instrumentos capazes de proporcionar a implementação de solução que protege o titular da situação substancial, entre eles a mitigação da vedação genérica à impenhorabilidade dos vencimentos, proventos e subsídios do devedor.

No entanto, tal situação deve ser analisada de maneira atenta à particularidade de cada caso concreto.

Na hipótese, agiu com acerto o d. juiz *a quo* ao entender como impenhorável a integralidade do salário da executada, afastando a possibilidade do bloqueio de 30%, tendo em vista os parcos valores demonstrados nos holerites de f. 150/153, que perfazem o valor líquido de R$ 5.545,53, sendo R$ 3.797,60 correspondentes ao salário como funcionária pública municipal e R$ 1.747,93 relativos ao benefício do INSS.

Assim, ao contrário do alegado pelo agravante, conosante os documentos acostados aos autos, a agravada não aufere renda mensal superior a R$ 10.000,00.

Ora, o bloqueio de 30% do rendimento mensal, de aproximadamente R$ 1.650,00, não produzirá efeito significativo para o pagamento da dívida, que é de alta monta, ao passo que é inegável que comprometerá a manutenção digna da executada e da sua família.

Desse modo, não se afigura razoável a intelecção conferida ao óbice legal da penhora, que deve ser mantido, uma vez que o devedor não possui alta contraprestação mensal, restrita, ao que tudo indica, para sua subsistência e de sua família, não podendo dispor livremente de parte dessa quantia sem comprometer sua mantença básica.

Nesse sentido, aliás, caminha o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, como bem exemplificado nos julgados abaixo:

---

1 Art. 833 do CPC "São impenhoráveis:
(...)
IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º"

*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE 30% DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015 – NÃO CABIMENTO NA HIPÓTESE – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*

*1. O Tribunal de origem adotou solução em consonância com a jurisprudência do STJ, segundo a qual é possível, em situações excepcionais, a mitigação da impenhorabilidade dos salários para a satisfação de crédito não alimentar, desde que observada a Teoria do Mínimo Existencial, sem prejuízo direto à subsistência do devedor ou de sua família, devendo o Magistrado levar em consideração as peculiaridades do caso e se pautar nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*

*(...)*

*4. Agravo interno improvido.* (STJ, AgInt no AREsp 1386524/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 28/03/2019) (g.n.)

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO – RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE – POSSIBILIDADE.*

*1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.*

*2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.*

*3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes.*

*4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ.*

*5. Recurso especial conhecido e não provido.* (STJ, REsp 1658069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017) (g.n.)

É de se observar, ademais, o respeito do princípio da execução de maneira menos onerosa à devedora, o qual no caso concreto aparentemente também restou violado, eis que não se tem notícia nos autos de origem que tenha sido perquirida a penhora de outros bens imóveis ou automóveis que satisfizessem de melhor maneira o crédito e não comprometesse a subsistência da executada.

Portanto, a mitigação da regra contida no dispositivo enfocado não se revela possível no caso concreto, de modo que a decisão deve ser mantida nesse ponto.

Dos valores bloqueados nos autos.

Aduz o agravante que não restou comprovado que o valor retido é oriundo de caderneta de poupança.

Sustenta que, conforme afirmado pela própria agravada, as verbas salariais são depositadas no banco Bradesco (Prefeitura) e Itaú (INSS), contudo, o valor foi bloqueado na conta do Banco do Brasil e também na própria Cooperativa agravante, não se tratando de remuneração, o que foi reconhecido pelo juízo *a quo*.

Assiste-lhe parcial razão.

Primeiramente, devem ser feitas algumas considerações sobre a situação fática existente nos autos.

Por meio de penhora on-line, foram bloqueadas as quantias de R$ 8.835,03 (Banco do Brasil), R$ 1.246,13 (Itaú Unibanco), e R$ 1.031,58 (CCLA de Campo Grande), todas pertencentes à agravada.

A verba no valor de R$ 1.246,13 é decorrente de proventos de aposentadoria, sendo tal questão incontroversa nos autos, pois a referida verba é recebida na conta do Itaú Unibanco.

Venho reiteradamente entendendo pela impenhorabilidade absoluta da verba salarial percebida mensalmente pelo trabalhador ou, como no caso, pela aposentadoria, que tem por desiderato a satisfação das necessidades primárias do devedor e sua família.

Por exemplo, veja-se este *recente decisum*, de 12.02.2019:

> *Agravo de Instrumento nº 1401462-36.2019.8.12.0000 - 12.02.2019.*
>
> *"(...) A penhora pode recair sobre outras espécies de ativos do devedor. Não, contudo, sobre os proventos de sua aposentadoria, ainda que em 15% do respectivo valor, como decidiu o douto magistrado de primeiro grau.*
>
> *Sobre esse tema – mitigação da regra contida no anterior artigo 649, IV, do CPC/73 e atual art. 833, IV, do CPC/15, há realmente divergência no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Todavia, essa questão já foi por mim enfrentada anteriormente, devendo ser transcrito o teor deste acórdão:*
>
> Processo: 1403988-10.2018.8.12.0000 - Classe: Agravo de Instrumento
>
> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRETENSÃO DE PENHORA DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO DEVEDOR DIRETO NA FONTE – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 833, IV, DO CPC – PEDIDO QUE SE ENQUADRA NA RESTRIÇÃO ADMITIDA PELO STJ – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *I) Não se admite a penhora de proventos do devedor, pois é vedada a constrição de montante pecuniário proveniente de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras verbas de natureza salarial, que são absolutamente impenhoráveis, na forma do inciso IV do art. 833 do CPC.*
>
> *Objetiva-se, com isso, preservar o devedor do patrimônio mínimo indispensável à sua existência decente (princípio da dignidade da pessoa humana). Caso que, ademais, não se enquadra na restrição admitida pelo STJ* (REsp nº. 1.230.060-PR. Informativo 547).
>
> *II) Recurso improvido.*

No voto fiz os seguintes destaques sobre esse tema, refletindo meu pensamento:

> *Acontece que, buscando-se tutelar o mais supremo valor constitucional, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), o Código de Processo Civil Brasileiro arrolou em seu artigo 833 bens considerados absolutamente impenhoráveis por lei, dentre eles, no inciso IV, "os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por*

*liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º", de modo que a conclusão trazida pela análise do precitado dispositivo é de que a lei teve por intuito proteger como impenhorável a remuneração do indivíduo, presumindo ser essa indispensável para o seu sustento e sobrevivência.*

*É verdade que o C. Superior Tribunal de Justiça confere interpretação restritiva ao indigitado inciso IV do art. 833, no sentido de que a remuneração a que se refere o dispositivo é a última percebida, perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Ou seja, na hipótese de qualquer quantia salarial se mostrar, ao final do período (isto é, até o recebimento de novo provento de igual natureza), superior ao custo necessário ao sustento do titular e de seus familiares, essa sobra perde o caráter alimentício e passa a ser uma reserva ou economia, tornando-se penhorável* (STJ. REsp nº. 1.230.060-PR. Informativo 547)[2].

Trata-se de posição defendida há muito tempo pela doutrina majoritária, conforme ensina o processualista Leonardo Greco:

*"Até a percepção da remuneração do mês seguinte, toda a remuneração mensal é impenhorável e pode ser consumida pelo devedor, para manter padrão de vida compatível com o produto do seu trabalho. Mas a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável como qualquer outro bem do seu patrimônio."* (O Processo de Execução. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21).

O caso, entretanto, não reflete a hipótese de restrição à impenhorabilidade permitida pelo C. STJ, eis que o exequente/agravante pretende a efetivação de penhora dos proventos do executado/agravado direto na fonte, o que não se pode admitir, sob pena de vilipendio da lei.

Por isso que deve aqui imperar a impenhorabilidade dos proventos do executado, a qual se presume ser indispensável para o seu sustento.

Acerca do fundamento da impenhorabilidade do salário, e com o brilhantismo que lhe é peculiar, ensina Dinamarco:

*"O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. Não se trata de excluir da responsabilidade executiva os próprios direitos da personalidade, porque estas nada têm de patrimonial e, por si próprios, não são suscetíveis de qualquer constrição jurisdicional executiva; são declarados impenhoráveis certos bens sem os quais o obrigado não teria como satisfazer as necessidades vitais de habilitação, alimentação, saúde, educação, transporte e mesmo lazer, nos limites do razoável e proporcional - esses, sim, direitos da personalidade. A execução visa à satisfação de um credor, mas não pode ser levada ao extremo de arrasar a vida de um devedor. As normas que estabelecem as impenhorabilidades constituem limitações políticas à execução forçada; integram-se no quadro do devido processo legal, que é um sistema democrático de limitações ao exercício do poder estatal, na medida em que proíbem o juiz de exercer atos de constrição sobre esses bens impenhoráveis."*[3]

*Em última análise, comporta dizer que a legislação em vigor erigiu a verba decorrente de emprego como bem impenhorável, como forma de concretização do preceito constitucional da dignidade humana. Nessa extensão, tem-se a impenhorabilidade absoluta da verba salarial percebido mensalmente pelo trabalhador com o desiderato de satisfazer as suas necessidades primárias e de sua família.*

2 https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-547-stj.pdf

3 Op. cit. p. 340

> *E ainda que se admita uma certa relativização com base na jurisprudência do STJ, como se viu, a verba salarial não poderá, em hipótese alguma, ser objeto de penhora na fonte, autorizado apenas o bloqueio do que remanescer na conta e não for utilizado para o sustento do devedor e sua família."*

Assim também decidi no julgamento do Processo: 1403523-98.2018.8.12.0000, Classe: Agravo de Instrumento, pelo que devo obediência aos meus próprios precedentes.

Logo, é verossímil a alegação do agravante de que são impenhoráveis os seus proventos de aposentadoria, tendo em vista que é vedada a constrição de montante pecuniário proveniente de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras verbas de natureza salarial, que são absolutamente impenhoráveis, na forma do inciso IV do art. 833 do CPC.

Objetiva-se, com isso, preservar o devedor do patrimônio mínimo indispensável à sua existência decente (princípio da dignidade da pessoa humana). Caso que, ademais, não se enquadra na restrição admitida pelo STJ (REsp nº. 1.230.060-PR. Informativo 547).

O periculum in mora, finalmente, é indubitável, pelo só fato de se tratar de constrição patrimonial e de uso do valor respectivo para manutenção e subsistência do agravante e sua família.

Como visto, tenho posicionamento firme quanto à impossibilidade de penhora de verba alimentar, motivo pelo qual entendo que a penhora de R$ 1.246,13 deve ser levantada, tal como determinado pelo juízo *a quo*.

Nesse sentido, segue recente entendimento deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA DE PARTE DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA – COMPROMETIMENTO DA SUBSISTÊNCIA DO DEVEDOR. Incabível a penhora de parte dos proventos de aposentadoria, para a satisfação de crédito não alimentar, quando a medida comprometer a subsistência do devedor. Recurso conhecido e provido.* (TJMS – Agravo de Instrumento n.º 1410741-12.2020.8.12.0000 - Relator Des. Vilson Bertelli – 2ª Câmara Cível – Julgamento em 06/10/2020 – Publicado em 08/10/2020)

No entanto, em relação às quantias de R$ 8.835,03 (Banco do Brasil) e R$ 1.031,58 (CCLA de Campo Grande), melhor sorte assiste ao agravante.

Isso porque, além de tais contas não serem classificadas como poupança, a agravada limitou-se a alegar que são verbas de natureza salarial, contudo, não comprovou suas alegações.

Em relação aos valores penhorados no Banco do Brasil, a agravada alega que parte é referente à restituição recebida da Caixa Econômica federal, e parte relativa a salário, enquanto nada aduziu acerca da verba proveniente da conta do Banco CCLA de Campo Grande.

O extrato bancário de fl. 69 dos autos de origem demonstram que, dos R$ 8.829,54, a quantia de R$ 3.567,48 é oriunda de restituição da CEF, enquanto o restante não seria originado de transferência de seu salário:

| Data Movim. | Dep. Origem | Histórico | Documento1 | Valor | Saldo |
|---|---|---|---|---|---|
| 30/06/2020 | | Saldo Anterior | | 8.282,06 C | 8.282,06 C |
| 01/07/2020 | | Transferência Agendada 30/06 3929 5201-9 ARISTIDES BORG | 392.900.000.005.201 | 1.820,00 D | 6.462,06 C |
| 02/07/2020 | | TED 237 5247 10660119153 MARIA EULINA ACOS | 70.201 | 1.200,00 D | 5.262,06 C |
| 03/07/2020 | | TED Estornos,Restituições 104 0000 360305000104 CAIXA ECONOMIC | 35.084.799 | 3.567,48 C | 8.829,54 C |
| 06/07/2020 | 2951-3 | DEBITO BLOQ. JUDICIAL | 1 | 8.829,54 D | |
| 06/07/2020 | 9115-4 | Pagamento de Ourocap | 46.301 | 106,80 D | |

Contudo, não houve qualquer comprovação nesse sentido, bem como não foi argumentado sobre a natureza da restituição recebida.

Nesse contexto, diferentemente do entendido pelo juízo a quo, não vislumbro qualquer óbice legal à penhora dos referidos valores, em razão da ausência de provas quanto à origem, o que foi inclusive reconhecido na decisão agravada (fl. 91):

> No tocante às demais, não demonstrou se tratarem de verbas salariais, o que torna inaplicável o disposto no inciso IV, do art. 833, do CPC.

Vale ressaltar que o ônus de comprovar a impenhorabilidade é da agravada, nos termos do art. 854, § 3º, do Código de Processo Civil:

> *"Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.*
>
> *§ 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.*
>
> *§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.*
>
> *§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:*
>
> *I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;*
>
> *II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros".* (g.n)

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul possui entendimento nesse sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE VALORES ENCONTRADOS EM CONTA CORRENTE – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE EM RAZÃO DA NATUREZA SALARIAL – NÃO COMPROVAÇÃO – IMPENHORABILIDADE DE VEÍCULOS – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. A questão que não foi objeto da decisão agravada não pode ser analisada pelo juízo ad quem, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Se o agravante não comprovou que os valores bloqueados em conta são decorrentes do recebimento de salário, não há falar em impenhorabilidade de tais verbas.* (TJMS – Agravo de Instrumento n.º 1411538-

85.2020.8.12.0000 - Relator Des. Eduardo Machado Rocha – 2ª Câmara Cível – Julgamento em 05/10/2020 – Publicado em 08/10/2020) (g.n)

*EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE VALORES EFETIVADO VIA BACEN JUD – POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE NUMERÁRIO DA CONTA CORRENTE – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS VALORES SEJAM CONTA POUPANÇA OU PROVENIENTES DAS ATIVIDADES LABORAIS DO AGRAVANTE – ÔNUS DA PROVA QUE LHE CABIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Consoante dispõe o art. 854, § 3º, inc. I, do CPC/2015, incumbe ao executado comprovar que as quantias tornadas indisponíveis por ordem do juízo da execução são impenhoráveis, na forma do art. 833 do mesmo diploma legal. Na espécie, não tendo a parte agravante demonstrado que o valor bloqueado se referia à conta poupança, impõe-se que seja mantida a constrição realizada.* (TJMS – Agravo de Instrumento n.º 1403067-17.2019.8.12.0000 - Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida – 1ª Câmara Cível – Julgamento em 11/06/2019 – Publicado em 17/06/2019) (g.n)

*EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE NUMERÁRIO DA CONTA CORRENTE – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS VALORES SEJAM EXCLUSIVAMENTE PROVENIENTES DAS ATIVIDADES LABORAIS DA AGRAVANTE (DENTISTA) – ÔNUS DA PROVA QUE LHE CABIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO".* (TJMS – Agravo de Instrumento n.º 1401928-30.2019.8.12.0000 - Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – 4ª Câmara Cível – Julgamento em 20/05/2019 – Publicado em 21/05/2019)

Por conseguinte, o recurso deve ser parcialmente provido para reformar a decisão agravada e determinar a manutenção da penhora referente aos valores de R$ 8.835,03 (Banco do Brasil) e R$ 1.031,58 (CCLA de Campo Grande).

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento do Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento de Campo Grande e Região – SICREDI Campo Grande/MS e lhe dou parcial provimento para reformar a decisão agravada e determinar a manutenção da penhora referente aos valores de R$ 8.835,03 (Banco do Brasil) e R$ 1.031,58 (CCLA de Campo Grande).

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Dorival Renato Pavan
## Agravo de Instrumento nº 1410189-47.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR – PUBLICAÇÕES COM INTENÇÃO PURAMENTE DIFAMATÓRIA CONTRA A HONRA, IMAGEM, E NOME DO AUTOR – COMPORTAMENTO A SER COIBIDO PELO PODER JUDICIÁRIO – DEFERIMENTO DE MEDIDAS APTAS A COMPELIR OS REQUERIDOS A REMOVEREM PUBLICAÇÃO COM ESSE TIPO DE CONTEÚDO CONTRA O AUTOR – LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONFLITO COM DIREITO À HONRA, À IMAGEM E À INTIMIDADE – PONDERAÇÃO DE VALORES – ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR – RECURSO PROVIDO.

Verificando-se, de uma análise contextual dos fatos, que os requeridos publicaram notícias depreciativas, ainda que de caráter humorístico, atacando a honra, a imagem e o nome do autor, impõe-se uma atuação enérgica do Judiciário, por meio de medidas aptas a coibir o prosseguimento desse tipo de comportamento.

A liberdade de manifestação de pensamento, em especial dos meios de comunicação social, não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada, à honra e à intimidade das pessoas, com o objetivo de preservar os valores éticos e sociais da pessoa, física ou jurídica, respeitando-a no seu bem mais profundo, inalienável e impostergável, que é sua honra, moral, dignidade e imagem.

Os meios de comunicação social não estão acima do bem e do mal, e devem obediência, antes de tudo, à Constituição Federal, que protege o direito à intimidade e à honra como valores inalienáveis do homem, como se constata do artigo 5º, X, da Magna Carta de 1988.

O direito à liberdade de informação (CF, art. 5º, IX e 220), cede lugar à proteção de outros valores objeto de proteção constitucional, que se referem à dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, tal como consta do artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Viola os artigos 1º, III e 5º, X, da Magna Carta, a publicação de comentários depreciativos na rede mundial de computadores, travestidos de "humor" com a finalidade de atacar pessoas, instituições públicas e privadas e homens que, embora sejam detentores de cargos públicos, não podem ser devassados com ataques desmedidos, com propósitos escusos, com incidência pessoal e visando o seu desprestígio e exposição ao ridículo, culminando em violação da ética jornalística.

Agravo de instrumento provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, 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 outubro de 2020

Des. Dorival Renato Pavan

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Marcos Marcello Trad interpõe agravo de instrumento em face de Facebook Servicos Online Do Brasil Ltda. e Demetrius Brasil Faria da Silva, insurgindo-se contra a decisão de fls. 39-40 do douto juiz da 13ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS, Dra. Mariel Cavalin dos Santos, que, em ação de obrigação de fazer ajuizada pelo agravante (autos n. 0825756-67.2020.8.12.0001), indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo agravante em ação de obrigação de fazer em que postula a remoção de postagens ofensivas.

Sustenta que vem sendo vítima de várias postagens nas redes sociais do primeiro requerido e no site de propriedade do segundo com conteúdo gravemente ofensivo, os quais vinculam a imagem do agravante à corrupção, com finalidade aparentemente eleitoral.

Defende que as postagens extrapolam a liberdade de expressão e são revestidas com roupagem de "humor", relacionando o agravante à prática criminosa de corrupção, sendo que, mesmo que o site informe que não tem compromisso com a verdade não deve haver isenção de responsabilidade.

Argumenta que não se pode admitir ofensas a honra e a imagem de qualquer cidadão, seja ele membro de Poder ou não, utilizando o manto do humor, pois ofensas a honra e a imagem devem ser rechaçadas por todos, em especial pelo Poder Judiciário.

Afirma que, fixar a pecha de "corrupto" em qualquer pessoa que seja, mesmo que em tom de "brincadeira" ou "sem compromisso com a verdade", afronta os direitos fundamentais indicados na inicial, motivo pelo qual a decisão agravada merece reforma.

Requer seja o presente agravo conhecido e recebido em seu efeito suspensivo e ativo, a fim de determinar que os Agravados procedam a imediata remoção das postagens realizadas nas URLs:

http://campograndefakenews.com.br/politica/disputa- quem-roubamais-trads-e-azambuja-entram-em-guerra-nessa-corrida/;

http://campograndefakenews.com.br/destaque/azambuja-aparece-no-fantastico-e-tradprotesta-tambem-sou-um-corrupto-tao-bom-quanto/;

http://campograndefakenews.com.br/uncategorized/agencia-espacial-chinesa-studatreinar-taikonautas-nas-ruas-de-campo-grande/;

http://campograndefakenews.com.br/lado-b/da-serie-hora-de-devolver-senador-nelsinhotrad-consegue-r-14-mi-para-o-ms/ e

https://www.facebook.com/111482520256559/posts/151755359562608/?sfnsn=scwshmo&extid=jz6X8bch2135I7Og.

O recurso foi recebido e deferido o pedido de antecipação da tutela recursal, conforme decisão de fls. 47-59.

O réu, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., manifestou-se às fs. 69-71 informando o cumprimento da decisão e, às fls. 90-99 apresentou contraminuta.

O agravado Demetrius Brasil Faria da Silva não foi intimado para apresentação de contraminuta, tendo em vista que a AR retornou com a informação "desconhecido" (fl. 102).

## VOTO

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

Conforme relatado, o agravado Demetrius Brasil Faria da Silva não foi intimado para apresentação de contraminuta, tendo em vista que a AR retornou com a informação "desconhecido" (fl. 102).

Porém, considero desnecessária a intimação do agravado para apresentar contraminuta, uma vez que, conforme se constata dos autos de origem, ainda não integrou a relação jurídica processual.

Ora, a decisão agravada foi proferida antes da citação, de modo que a decisão a ser proferida neste Tribunal de Justiça tem o efeito substitutivo, o que nos faz concluir que também pode ser proferida antes da devida citação e sem a regular intimação, em que pese ser ideal a oitiva do agravado.

Assim, a despeito da norma contida no artigo 932, V, que exige a prévia oitiva do agravado antes de se dar provimento ao recurso, e do artigo 9º do novo CPC, segundo a qual não se profere decisão contra a parte "*sem que ela seja previamente ouvida*", penso que, no caso, deve ser dispensada a oitiva do agravado, uma vez que se trata de decisão proferida em sede de liminar.

Ou seja, trata-se de questão a ser analisada antes da devida citação, o que, da mesma forma, nos leva à conclusão de que a intimação do agravado está dispensada.

Insta anotar, que a decisão poderá ser questionada pelo agravado assim que tiver conhecimento de seu conteúdo, não havendo o que se falar em preclusão da matéria que será decidida.

Essa é a doutrina de Alexandre Freitas Câmara[1]:

> *Fica, porém, o caso do agravo de instrumento, recurso que é interposto diretamente no tribunal ad quem, para ser examinado. É que nesse caso o recurso é interposto e imediatamente distribuído ao relator, a quem incumbe determinar a intimação do agravado para oferecer contrarrazões (artigo 1.019, II) e, se for o caso, julgar monocraticamente (ou, não sendo o caso, submeter a causa à apreciação do órgão colegiado). Pois é aqui que se põe (ao menos principalmente, pois há desdobramentos em outros recursos que não podem ser desconsiderados, como seria o caso de recurso especial contra a decisão proferida nesse mesmo agravo de instrumento) a questão objeto deste pequeno texto: seria possível, em alguma hipótese, ao relator do agravo de instrumento dar provimento ao recurso sem previamente ouvir o agravado? Buscarei demonstrar que sim, sem que daí resulte qualquer violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *Como sabido, um dos efeitos do julgamento do mérito de um recurso é o assim chamado efeito substitutivo. Significa dizer que, uma vez julgado o mérito do recurso, a decisão aí proferida substitui o pronunciamento recorrido, passando a ocupar seu lugar no procedimento. É o que resulta do artigo 1.008 do novo CPC, segundo o qual "[o] julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso". Assim, por exemplo, proferida uma decisão sobre tutela provisória pelo juízo de primeiro grau, a decisão prolatada pelo tribunal em grau de recurso — seja ela monocrática, do relator, ou colegiada — passa a ser a decisão sobre tutela provisória, substituindo a decisão proferida pelo juízo originário. Isto se dá, perceba-se, mesmo naqueles casos em que no tribunal nega provimento ao recurso ("confirmando-se a decisão", como muitas vezes se lê na prática).*
>
> *Isto que acaba de ser dito aplica-se a qualquer espécie de recurso. Pense-se, por exemplo, no caso de ser proferida sentença de improcedência do pedido. Interposta (e desprovida) a apelação, a decisão de improcedência agora é a do tribunal, e não mais a do juízo de primeira instância. É contra esta nova decisão que se pode agora recorrer. É ela que, se nenhum recurso admissível for interposto, alcançará a autoridade de coisa julgada. É a*

1 In http://www.conjur.com.br/2016-fev-28/alexandre-camara-cpc-permite-provimento-previa-oitiva. Acesso em 12 de abril de 2017.

*decisão do tribunal — e não a do juízo de primeiro grau — que poderá vir a ser rescindida, caso se venha a propor ação rescisória.*

*Pois é aqui que se encontra a chave para a solução da questão ora enfrentada. Há decisões judiciais que devem ser proferidas inaudita altera parte, isto é, sem prévia oitiva da outra parte. É o caso, por exemplo, da decisão que concede tutela de urgência, ou da que defere o benefício da gratuidade de Justiça para o autor. Pois no caso de a parte não obter a decisão que postulou, poderá ela (caso se trate de uma decisão interlocutória agravável, nos termos do artigo 1.015) interpor agravo de instrumento para obter um pronunciamento de segundo grau que substitua a decisão de indeferimento prolatada em primeiro grau.*

*Nesses casos, não faria qualquer sentido exigir-se que antes do provimento do agravo de instrumento se tivesse de ouvir o agravado. Figure-se o seguinte exemplo: o autor postula uma medida de urgência, afirmando expressamente na petição inicial que a prévia oitiva do réu retiraria toda a eficácia da medida, como seria, por exemplo, o caso de se ter postulado o arresto cautelar de um bem que o demandado poderia facilmente alienar se fosse ouvido antes da decisão sobre a concessão ou não da tutela de urgência. Indeferida a medida pelo órgão de primeiro grau, e interposto o agravo de instrumento, não faria qualquer sentido exigir-se a prévia oitiva do agravado para só depois prover o recurso. Afinal, soa bizarro — para dizer o mínimo — afirmar que seria preciso ouvir o réu antes de decidir se é ou não o caso de se conceder uma medida que se postulou inaudita altera parte.*

*Evidentemente, decisões — seja qual for o grau de jurisdição em que proferidas — prolatadas inaudita altera parte são provisórias. E no caso de que ora se trata, essa provisoriedade resulta — inclusive — do fato de não ter havido a prévia manifestação do demandado sobre a matéria nela versada, o que faz com que para ele seja perfeitamente possível suscitar depois a mesma matéria, não se podendo cogitar aí de qualquer tipo de preclusão.*

*(...)*

*No regime do novo CPC, já não é mais assim que se procede na apelação, ainda que proferida contra sentença de indeferimento da petição inicial (artigo 331, parágrafo 1º) ou no caso de improcedência liminar (artigo 332, parágrafo 4º). Porém, no agravo de instrumento, é exatamente assim que funciona o sistema: só se cogita de intimação do agravado antes da prolação de decisão de provimento do agravo de instrumento (para que se manifeste, oferecendo contrarrazões) se o recurso tiver sido interposto após sua citação. Tendo sido a decisão proferida inaudita altera parte, porém, o mérito do agravo de instrumento será julgado — e, se for o caso, se deverá dar provimento ao recurso — sem prévia oitiva do agravado, mas sem que daí resulte qualquer violação ao princípio constitucional do contraditório. Nada impedirá, porém, que posteriormente citado o réu, ele questione essa decisão, buscando sua reforma ou cassação. E será até mesmo possível que o juízo de primeiro grau, diante dos argumentos agora trazidos pelo réu (e que não foram anteriormente apreciados nem pelo tribunal), revogue a decisão anteriormente prolatada pelo órgão superior. Não haverá aqui qualquer ofensa à autoridade do tribunal, já que se terá feito cognição mais ampla e mais profunda, apta a permitir a revogação da decisão de caráter provisório anteriormente prolatada.*

*(...)*

Pois é exatamente isso. O artigo 932, V, do novo CPC, ao exigir a prévia oitiva do agravado antes de se dar provimento a um recurso, só se aplica aos agravos de instrumento interpostos contra decisão interlocutória proferida após a citação do demandado. No caso das decisões que devem ser proferidas inaudita altera parte, não há essa exigência, e é perfeitamente possível o provimento do recurso sem prévia abertura de prazo para oferecimento de contrarrazões.

Extrai-se dos autos que Marcos Marcello Trad ajuizou ação de obrigação de fazer em face de Facebook Servicos Online do Brasil Ltda. e Demetrius Brasil Faria da Silva, objetivando a remoção de conteúdo a ele ofensivo publicado pelos réus em *site* na *internet*.

A tutela de urgência foi indeferida pelo douto juiz *a quo*, o que ensejou a interposição do presente recurso pelo autor.

O recurso deve ser provido para confirmar a liminar concedida às fls. 47-59.

É sabido que por meio do instituto da antecipação da tutela jurisdicional obtém a parte a antecipação dos efeitos de um eventual julgamento favorável de mérito, tendo esse instituto fundamento no princípio da efetividade do processo e com seus requisitos delineados no atual artigo 300 do Código de Processo Civil.

Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, é necessária a presença de alguns requisitos sem os quais a parte deverá aguardar o provimento jurisdicional final que resolva a questão, uma vez que aquela é medida excepcional que adianta os efeitos da tutela definitiva, mediante cognição sumária.

O referido dispositivo estabelece:

> *Art. 300, caput, do NCPC: "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. "* (g.n.)

Verifica-se que o dispositivo exige a presença cumulativa dos dois requisitos que devem estar presentes em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, sendo a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sem os quais a medida pleiteada não deve ser concedida.

O perigo de dano é o elemento de risco pela literalidade da expressão.

Ressalto que o conceito de probabilidade do direito, a exemplo da anterior previsão de verossimilhança da alegação do artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 nos leva ao juízo de probabilidade, ou seja, é certo, é quase certo ou bastante provável que o autor tenha razão e o pedido formulado na inicial será fatalmente acolhido ao final da ação.

Assim, a menção à "probabilidade do direito" feita pelo dispositivo legal refere-se não à certeza do direito, mas sim à sua aparência de verdade, exigindo a lei uma prova que corrobore a afirmação feita pelo autor. É um juízo, como a literalidade da palavra expressa, de probabilidade quanto a ter o autor razão nos seus argumentos, que podem levar eventualmente ao acolhimento da pretensão deduzida na inicial. Diz-se "evidenciem" porque esse juízo é emitido antes da oitiva do réu, o qual, com suas razões, pode apontar fatos e circunstâncias que evidenciam a existência de situação adversa àquela mencionada na inicial, a ser sopesada, então, na sentença.

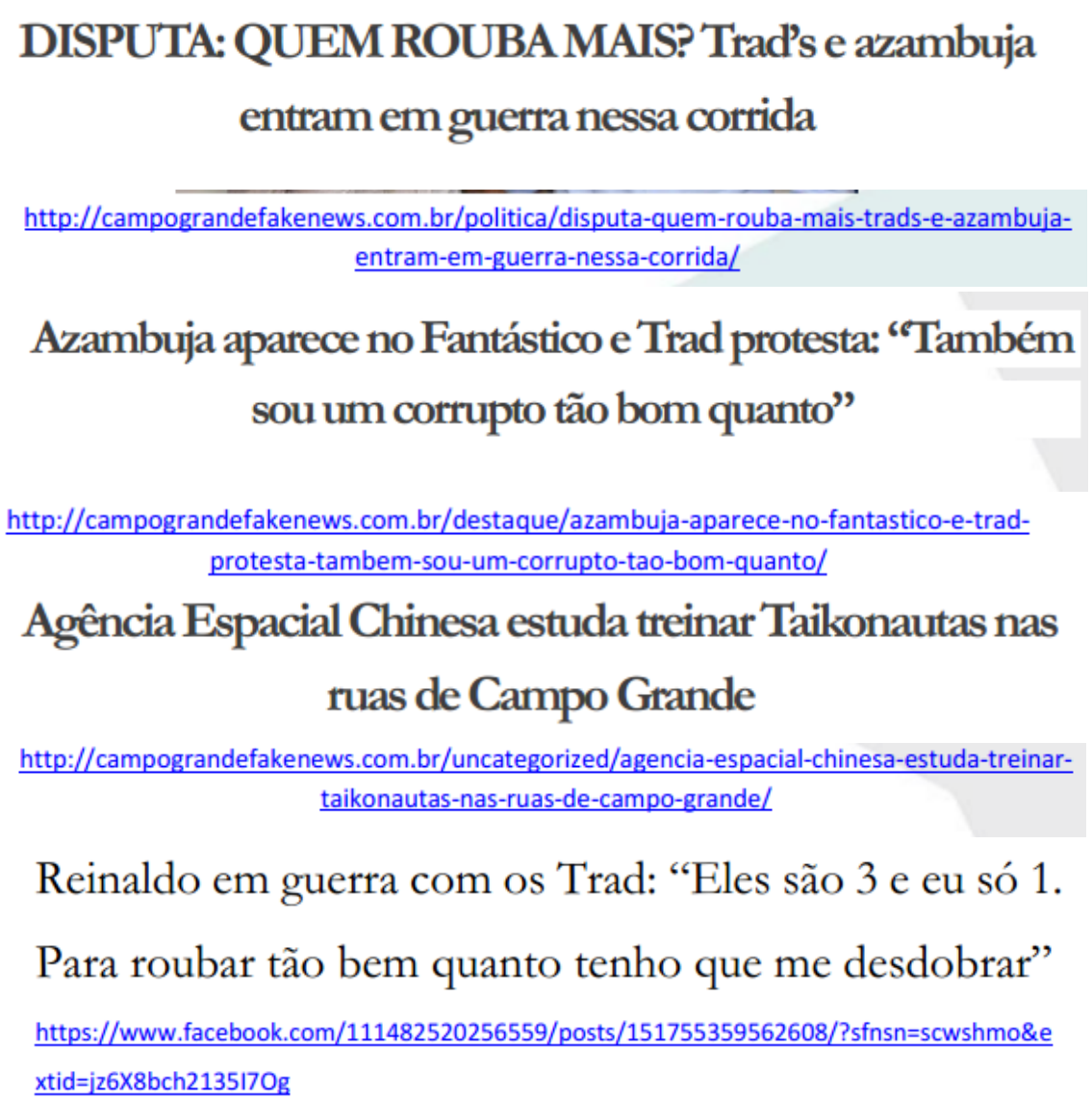
Feito esse destaque, importa analisar o cerne do recurso em apreço.

Assim como consignado na decisão de recebimento do recurso, a cuja fundamentação me reporto para embasar este julgamento, não visualizo a probabilidade do direito:

> *"Analisando o conjunto probatório trazido com a inicial e reproduzido neste agravo, infere-se que o agravado nem de longe se vale do direito de imprensa para noticiar, informar, que é o direito natural assegurado pela Constituição Federal, mas sim para promover verdadeiro assaque contra a honra, o nome e a reputação do agravante, ainda que disfarçadamente sob o manto do humor, mas, ao que parece, com fins eminentemente políticos.*

*Utiliza de site com identidade visual que é cópia de um conhecido site de notícias do Estado (https://www.campograndenews.com.br/) e, de fato, menciona em letras minúsculas: "Um site de humor. As notícias desse site não condizem com a verdade".*

Vejam-se as notícias publicadas, descritas na inicial da ação em curso em primeiro grau:


DISPUTA: QUEM ROUBA MAIS? Trad's e azambuja entram em guerra nessa corrida

http://campograndefakenews.com.br/politica/disputa-quem-rouba-mais-trads-e-azambuja-entram-em-guerra-nessa-corrida/

Azambuja aparece no Fantástico e Trad protesta: "Também sou um corrupto tão bom quanto"

http://campograndefakenews.com.br/destaque/azambuja-aparece-no-fantastico-e-trad-protesta-tambem-sou-um-corrupto-tao-bom-quanto/

Agência Espacial Chinesa estuda treinar Taikonautas nas ruas de Campo Grande

http://campograndefakenews.com.br/uncategorized/agencia-espacial-chinesa-estuda-treinar-taikonautas-nas-ruas-de-campo-grande/

Reinaldo em guerra com os Trad: "Eles são 3 e eu só 1. Para roubar tão bem quanto tenho que me desdobrar"

https://www.facebook.com/111482520256559/posts/151755359562608/?sfnsn=scwshmo&extid=jz6X8bch2135I7Og

A intenção é produzir opiniões próprias, pejorativas, difamatórias e até criminosas contra o agravante e sua família, ao taxá-lo, em diversas oportunidades, como corrupto, o que resulta induvidoso dos textos publicados, ainda que o site divulgue que "não tem compromisso com a verdade".

Para além de ridiculizar no humor escrachado, as notícias postadas revelam imputação de prática de crime de corrupção por parte do agravante, estendendo a notícia para os demais familiares do agravante, o que é frontalmente contrário ao texto constitucional que protege, com a cláusula pétrea, a inviolabilidade da honra e da imagem.

O que se deve coibir, a meu ver, é esse propósito de difamar uma determinada pessoa, muitas vezes por interesses escusos.

A constituição federal assegura a liberdade de expressão ao estabelecer:

> *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:*
>
> *[...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*

Todavia, o direito de alguém termina quando começa de outrem, regra secular.

Bem por isto que a Constituição Federal, no mesmo artigo 5º, direito fundamental portanto, estabelece em seu inciso X que:

> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

Nesse sentido é que o ordenamento dispõe que aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado, conforme consta tanto do artigo 5º, X, da Constituição Federal, quanto dos artigos 186 e 187 do Código Civil/2002, este último tratando da figura do *abuso de direito*, que, de igual forma, leva ao dever de indenizar pelo dano causado em razão da mesma conduta.

Verdade é que se está diante de um confronto de direitos de igual estatura (liberdade de expressão x direitos à honra e à imagem), ambos integrantes do rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, em que o julgador, dentro do poder de cautela que lhe é exigível, deve analisar as circunstâncias do caso concreto com extremo cuidado.

Nessa extensão, não se questiona que a o direito da liberdade de expressão, notadamente as veiculadas pela mídia social.

No entanto, esse louvável mister só ocorre quando o cidadão usa de suas prerrogativas constitucionais para não macular a honra alheia, que também é direito fundamental plasmado na Constituição Federal, como se viu.

O direito assegurado ao cidadão é o de livremente manifestar seu pensamento, não, todavia, o de, por meio dela, criar e propagar comentários próprios e desonrosos em relação à conduta das pessoas que são mencionadas em suas postagens, maculando-lhes a honra e sua dignidade.

Em se tratando de direito de imprensa o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, tem anotado com muita propriedade que, nessas hipóteses, de colisão de direitos fundamentais, deve-se proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto para, após um juízo pautado na razoabilidade e proporcionalidade, ser possível chegar a uma conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro.

A liberdade de expressão, assim como todo direito, ainda que garantido em sede constitucional, não é absoluto, encontrando limite no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

Assim, aquele que, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado.

A presente demanda tem por objeto pedido de tutela inibitória, ou seja, aquela destinada à cessação do ilícito causador do dano experimentado reiteradamente.

É cediço, outrossim, que em ações como a do caso presente, o julgador, dentro do poder de cautela que lhe é exigível, deve analisar as circunstâncias do caso com extremo cuidado, pois se está diante de hipótese em que há uma evidente colisão de direitos fundamentais, supostamente de igual estatura.

Na espécie dos autos, por exemplo, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, os direitos à honra e à imagem.

Ou seja, dois direitos constitucionalmente protegidos encontram-se em aparente conflito no caso sob exame, pois, se de uma parte, o autor quer obter uma tutela jurisdicional que, em sede de cognição sumária, proíba o réu de publicar determinadas postagens, porque alega estar sendo violado em sua honra e em sua

imagem, por outro, o réu tem direito à liberdade de expressão, inclusive as veiculadas em postagens sob o tom do humor.

Mas o abuso do direito de liberdade de expressão, a meu ver, no caso dos autos, foi demonstrado, uma vez que as postagens não têm qualquer conteúdo de informar, mas a intenção única de caluniar o agravante, uma vez que as afirmações de corrupção não estão embasadas em fatos noticiados.

No caso, entre o direito de liberdade de expressão e o direito de proteção à honra do cidadão, deve prevalecer induvidosamente o segundo (princípio da razoabilidade) ao se constatar, como no caso, que não se está diante de um réu - o segundo réu, que esteja exercendo efetivamente o jornalismo – que é essencial à democracia -, mas se utilizando de humor para apontar a prática de crimes (calúnia), também através do *faceboook* (primeiro réu), arvora-se em titular de uma liberdade que a Constituição confere dela abusando.

É certo que o chamado *animus jocandi* – que seria a intenção de fazer uma brincadeira – exclui a possibilidade de calúnia, o que muitas vezes isenta os humoristas de qualquer responsabilidade.

O problema é que essa intenção precisa ser clara, ou por que dita por um comediante ou pelas circunstâncias em que é dita ou, ainda, pelo seu conteúdo exagerado. Não me parece ser esse o caso dos autos.

O site em questão se diz humorístico, mas imputa crimes supostamente cometidos pelo agravante com ares de notícia. Há dubiedade nas publicações, o que dá ensejo à prevalência do direito do agravante.

O fato de ser o agravante pessoa que exerce cargo público não significa que seu nome possa ser manipulado e usado de forma indevida, fora do contexto dos atos e fatos por ele praticados no exercício de seu mandato, mormente quando não se trata de direito de imprensa, mas direito à liberdade de se expressar através do humor/arte sem que o conteúdo combatido tenha os elementos artísticos a ele inerentes.

O agravado apenas atacam, assacam, extravasando sob todos os aspectos o direito de manifestar o pensamento ou de criticar.

São atos passíveis de controle pelo Judiciário, sem que se possa falar de ocorrer censura prévia, porque se coibirá, simplesmente, que esses atos que extrapolam do dever de informar, que ultrapassam os umbrais do direito de expressar livremente um pensamento, estes sim protegidos pela Constituição, possam continuar a ofender bens e valores também protegidos pela Constituição Federal, de idêntica ou superior estatura até, que é o Direito à Honra e à Imagem.

Aplica o julgador, em casos assim, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, no sentido de sopesar, entre dois valores de idêntica estatura constitucional, qual haverá de prevalecer no caso concreto.

E, *in concreto*, não tenho dúvidas em pronunciar-me a favor da preservação e da proteção da imagem e da honra do agravante, porque os agravados não se utilizam das prerrogativas da liberdade de expressão, mas estão travestidos de "humor" com a finalidade de atacar pessoas, instituições públicas e privadas e homens que, embora sejam detentores de cargos públicos, não podem ser devassados com ataques desmedidos, com propósitos escusos, com incidência pessoal e visando o seu desprestígio e exposição ao ridículo.

No agravo Agravo - nº 2012.014822-8, de que fui relator, e em que era agravante a empresa privada PLAENGE, de Campo Grande, um jornal local sofreu de igual forma reprimenda pelo uso desmedido do suposto direito de informar, tendo sido lavrado aresto com a seguinte ementa:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – LIBERDADE DE IMPRENSA – ABUSO DE DIREITO – EMISSÃO PRÓPRIA DE INFORMAÇÃO DEPRECIATIVA QUE EXTRAPOLA O ANIMUS NARRANDI – ANIMUS INJURIANDI CONFIGURADO – DIREITO À HONRA – DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PARA ABSTENÇÃO DE REPORTAGENS E INFORMATIVOS ENVOLVENDO O NOME DA AGRAVANTE – DEMONSTRAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA*

*DAS ALEGAÇÕES – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 273 DO CPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*

*1. O art. 273 do Código de Processo Civil, por prever medida excepcional de urgência, exige a presença cumulativa de dois requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, de modo que, constatando-se a presença da prova inequívoca da verossimilhança das alegações da requerente e também do periculum in mora, a medida deve ser mantida.*

*2. Viola os artigos 1º, III e 5º, X, da Magna Carta, a divulgação de notícia em site jornalístico, dotada de sensacionalismo, com emissão de juízo próprio e depreciativo, apartado da realidade fática.*

*3. A liberdade de manifestação de pensamento, em especial dos meios de comunicação social, não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada, à honra e à intimidade das pessoas, com o objetivo de preservar os valores éticos e sociais da pessoa, física ou jurídica, respeitando-a no seu bem mais profundo, inalienável e impostergável, que é sua honra, moral, dignidade e imagem.*

*4. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.*

Na Apelação Cível n. 0006392-39.2011.8.12.0008, contra um jornal de Corumbá foi dado também provimento ao recurso, tendo sido a ementa assim lavrada:

*"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LIBERDADE DE IMPRENSA – VEICULAÇÃO DE NOTÍCIAS DIFAMATÓRIAS E INJURIOSAS EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO MUNICIPAL E EM REDE SOCIAL TWITTER – LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO COM DIREITO À HONRA – PONDERAÇÃO DE VALORES – ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAR – EMISSÃO PRÓPRIA DE INFORMAÇÕES DEPRECIATIVAS QUE EXTRAPOLAM O ANIMUS NARRANDI – ANIMUS INJURIANDI CONFIGURADO – FATO QUE REFLETE NEGATIVAMENTE NA VIDA PESSOAL, FAMILIAR, POLÍTICA E SOCIAL DO APELADO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.*

*A liberdade de manifestação de pensamento, em especial dos meios de comunicação social, não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada, à honra e à intimidade das pessoas, com o objetivo de preservar os valores éticos e sociais da pessoa, física ou jurídica, respeitando-a no seu bem mais profundo, inalienável e impostergável, que é sua honra, moral, dignidade e imagem.*

*Os meios de comunicação social não estão acima do bem e do mal, e devem obediência, antes de tudo, à Constituição Federal, que protege o direito à intimidade e à honra como valores inalienáveis do homem, como se constata do artigo 5º, X, da Magna Carta de 1988.*

*O direito à liberdade de informação (CF, art. 5º, IX e 220), cede lugar ao dever de indenizar a ofensa aos valores maiores objeto de proteção constitucional, por se referirem à dignidade da pessoa humana, erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito, tal como consta do artigo 1º, III, da Constituição Federal.*

*Viola os artigos 1º, III e 5º, X, da Magna Carta, a divulgação de notícias em jornal de circulação municipal e em rede social, dotada de sensacionalismo, com emissão de juízo próprio e depreciativo acerca das atividades do apelante, atribuindo-lhe também a prática de atos ilícitos que teriam sido perpetrados enquanto estava no exercício do cargo Prefeito da cidade de Corumbá/MS, submetendo-o publicamente à situação vexatória, com repercussão em todos os segmentos da sociedade da cidade em que exercia cargo político.*

*A lesão aos direitos de personalidade, cometidos no exercício de liberdade de informação com abuso, merece ser rechaçada mediante a fixação de indenização que repare efetivamente o dano sofrido.*

> *O valor respectivo há de ser apurado in concreto, porquanto sua fixação depende das circunstâncias e peculiaridades da espécie, levando o julgador em consideração a gravidade da informação veiculada, a sua repercussão, o momento em que ocorreu, a quantidade e períodos das publicações, a qualidade pessoal da vítima do ato ilícito, as possibilidades econômicas do ofensor, e demais elementos que podem compor o valor a ser objeto de indenização.*
>
> *O quantum indenizatório deve assegurar a justa reparação da dor moral sentida pelo ofendido, sem lhe proporcionar enriquecimento indevido e deve traduzir um valor que desestimule o ofensor a praticar atos de idêntica natureza, forçando-o a retomar a verdadeira função e papel do meio de comunicação social, que é o de informar os fatos com fidelidade, isenção e imparcialidade, que são partes integrantes do Código de Ética da profissão, sem difamar, sem injuriar, sem caluniar.*
>
> *Recurso conhecido e improvido, com manutenção integral da sentença, inclusive quanto aos danos morais, (...).”*

Em casos análogos, como antes afirmei, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem anotado com muita propriedade que nessas hipóteses, de colisão de direitos fundamentais, o magistrado deve proceder à *ponderação* das circunstâncias do caso concreto para, após um juízo pautado na *razoabilidade e proporcionalidade*, ser possível chegar a uma conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro.

Como bem salientou a eminente Ministra Nancy Andrighi em voto proferido no julgamento de um caso semelhante ao dos autos:

> *“A questão insere-se na apreciação conjunta da liberdade de imprensa e do direito ao segredo da vida privada, ambos assegurados pela Constituição Federal – a primeira no art. 5º, IV, IX e XIV e no art. 220; o segundo no art. 5º, X. Nenhum dos princípios mencionados é absoluto, ou seja, eles encontram limite no próprio sistema constitucional no qual estão inseridos. Controvérsia semelhante já foi apreciada pela 3ª Turma do STJ, tendo o i. Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito ressaltado a necessidade de se “ponderar as duas pontas da liberdade, aquela da preservação da dignidade da pessoa humana e aquela da livre circulação da informação pela mídia”. (REsp 403.639/PR, DJ: 10/3/2003). Na ponderação e aplicação concomitante dos princípios constitucionais mencionados devem ser analisadas as peculiaridades do caso posto à apreciação judicial.”* (STJ. REsp 613374/MG. Ministra Nancy Andrighi. DJ 12/09/2005).

Trata-se, pois, do denominado juízo de ponderação, cujo propósito é a flexibilização de interesses jurídicos que entram em conflito no caso concreto, e que, muito embora sejam todos válidos, um deverá preponderar sobre o outro, mediante técnica em que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ganha fundamental importância.

Sobre referido princípio constitucional, principal parâmetro nos casos de ponderação, muito bem acentuou Inocêncio Mártires Coelho[1] que:

> *“(...) o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.”*

O princípio da proporcionalidade, então, consubstancia-se na principal ferramenta para o balizamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos, quando se encontram eles em estado de *aparente* contradição, tudo através de uma ponderação feita à luz do caso concreto.

Ao meu modo de ver, não há qualquer impedimento à concessão de tutela de urgência, desde que presentes os requisitos para tanto. E, no caso, estão presentes.

1 In: TJMG. AC n. 1.0056.06.132269-1/001(1). Rel. Des. NEPOMUCENO SILVA. Data do Julgamento: 06/12/2007.

O *periculum in mora* é evidente, porque se não houver coibição da continuidade da prática de atos que se constituem em verdadeiros atos criminosos, posto que repulsivos e ofensivos à honra e à imagem do agravante, não haverá direito que possa ser no futuro reparado ou, quiçá, seja de difícil e incerta reparação.

A exemplo do que acontece com a liminar em mandado de segurança, que foi uma das primeiras espécies de antecipação de tutela previstas pelo ordenamento jurídico nacional, a antecipação da tutela, também na ação de conhecimento, como no caso, deve ser conferida quando se afere, na lição de Cássio Scarpinella Bueno2, que deve ser valorado pelo julgador a conservação da possibilidade de fruição in natura do bem questionado, se concedida, tendo em vista a pretensão deduzida na inicial, exatamente como no caso presente.

Portanto, diante de todos os elementos, verificada a presença simultânea da probabilidade do direito e do perigo de dano, deve ser concedida a tutela de urgência, demandando a reforma da decisão de primeiro grau.

Posto isso, conheço do recurso de Marcos Marcello Trad e lhe dou provimento para reformar a r. decisão do juízo de primeiro grau, confirmando a tutela de urgência concedida às fls. 47-59, deferindo a antecipação da tutela ali pleiteada com a finalidade de determinar aos agravados - Facebook Servicos Online Do Brasil Ltda. e Demetrius Brasil Faria da Silva - que removam de suas plataformas, em 24 horas, as URL's indicadas na inicial, sob pena de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), bem assim como responderem seus representantes legais pelo crime de desobediência, sem prejuízo das sanções processuais civis cabíveis na espécie, a saber:

http://campograndefakenews.com.br/politica/disputa-quem-rouba-mais-trads-eazambuja-entram-em-guerra-nessa-corrida/,

http://campograndefakenews.com.br/destaque/azambuja-aparece-no-fantastico-e-tradprotesta-tambem-sou-um-corrupto-tao-bom-quanto/,

http://campograndefakenews.com.br/uncategorized/agencia-espacial-chinesa-estuda-treinar-taikonautas-nas-ruas-de-campo-grande/,

http://campograndefakenews.com.br/lado-b/da-serie-hora-de-devolver-senador-nelsinhotrad-consegue-r-14-mi-para-o-ms/ e

https://www.facebook.com/111482520256559/posts/151755359562608/?sfnsn=scwshmo&extid=jz6X8bch2135I7Og

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(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Dorival Renato Pavan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Dorival Renato Pavan

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 30 de outubro de 2020.

***

2 Liminar em Mandado de Segurança. São Paulo: RT, 1994 p. 103.

## 3ª Câmara Cível
## Relator Designado Des. Dorival Renato Pavan
## Apelação Cível nº 0836470-23.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL – MULHER CASADA – PRETENSÃO DE SUPRESSÃO DO SOBRENOME MARITAL EM SEU REGISTRO CIVIL DE CASAMENTO – CONCORDÂNCIA DO MARIDO – NOME DE SOLTEIRA PELO QUAL É ELA RECONHECIDA SOCIALMENTE – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A segurança jurídica, que se extrai do registro, cede lugar ao dever de respeito à própria individualidade do ser humano, consectário da sua personalidade, que se explicita, em grande parte, pelo nome com o qual o indivíduo é reconhecido socialmente (REsp nº 1.279.952/MG, 3ª T/STJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 12/2/2015).

A Lei n. 6.015/1973 não proíbe a alteração dos dados constantes de qualquer registro, como se vê, por exemplo, do artigo 57 que em seu *caput* admite a alteração posterior do nome – por exceção e motivadamente – mediante sentença do juiz.

A supressão do patronímico do marido na constância da sociedade conjugal é possível, quando as circunstâncias do caso evidenciam a ausência de prejuízo a direitos de terceiros ou à identificação social da autora.

Recurso conhecido e provido, com o Parecer.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencidos o Relator e o 2º Vogal. Julgamento de acordo com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 11 de novembro de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator designado

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Maysa Andrade Yazbek Espindola interpõe Recurso de Apelação inconformada com a sentença (fls. 28/29) proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, na Ação de Retificação de Registro Civil, julgou improcedente o pedido formulado pela autora para exclusão do sobrenome do cônjuge, acrescido em razão do casamento. A requerente ainda foi condenada ao pagamento das custas processuais, diferidas por ser a parte beneficiária da justiça gratuita. Sem honorários advocatícios.

A apelante, em suas Razões Recursais (fls. 56/63), alega, em síntese, que embora vigore a regra da imutabilidade do nome, por outro lado é permitida a sua alteração de forma excepcional e de maneira motivada, conforme previsto no artigo 57 da Lei de Registros Públicos, devendo ser permitida a supressão do nome "Espíndola" acrescido em razão do casamento.

Sustenta que:

> *"A presente causa se enquadra na hipótese do art. 57, mas não somente nele: exige do Judiciário a equidade necessária para - considerando uma norma de 1973 (elaborada para uma realidade social vivida há 47 anos) – aplicar o Direito com o entendimento contemporâneo, livre dos dogmas familiares pretéritos, dos conceitos patriarcais retrógrados e há muito descartados, entregando à sociedade e, em especial neste caso à Apelante, a máxima jurídica a que se faz jus no direito privado, qual seja, "o que não está proibido pela lei é permitido"."* (fls. 59)

Assevera que a supressão do patronímico marital não acarretará qualquer prejuízo a terceiros e, ainda que:

> *"(...) é jovem, conta com apenas 32 anos. Relegá-la à obrigação – esta sim imotivada – de passar toda sua vida utilizando um sobrenome que não reconhece como seu, viola um sem número de normas – art. 57 da Lei n. 6.015/1977, art. 16 do Código Civil – mas principalmente, afronta a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF)." (fls. 61)

Requer, ao final, o provimento do presente recurso, com a reforma integral da sentença:

> *"(...) para que se proceda a reforma da sentença, autorizando a remoção do sobrenome ESPÍNDOLA outrora acrescido ao nome da Apelante na ocasião do casamento, o que atende à dignidade da pessoa humana, à lógica e ao bom senso, posto que já descartado qualquer risco de dano a terceiros."* (fls. 63)

A procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (fls. 96/99), opina pelo provimento do recurso.

É o Relatório.

## VOTO

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

Maysa Andrade Yazbek Espindola interpõe Recurso de Apelação inconformada com a sentença (fls. 28/29) proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, na Ação de Retificação de Registro Civil, julgou improcedente o pedido formulado pela autora para exclusão do sobrenome do cônjuge, acrescido em razão do casamento. A requerente ainda foi condenada ao pagamento das custas processuais, diferidas por ser a parte beneficiária da justiça gratuita. Sem honorários advocatícios.

A apelante, em suas Razões Recursais (fls. 56/63), alega, em síntese, que embora vigore a regra da imutabilidade do nome, por outro lado é permitida a sua alteração de forma excepcional e de maneira motivada, conforme previsto no artigo 57 da Lei de Registros Públicos, devendo ser permitida a supressão do nome "Espíndola" acrescido em razão do casamento.

Sustenta que:

> *"A presente causa se enquadra na hipótese do art. 57, mas não somente nele: exige do Judiciário a equidade necessária para - considerando uma norma de 1973 (elaborada para uma realidade social vivida há 47 anos) – aplicar o Direito com o entendimento contemporâneo, livre dos dogmas familiares pretéritos, dos conceitos patriarcais retrógrados e há muito descartados, entregando à sociedade e, em especial neste caso à Apelante, a máxima jurídica a que se faz jus no direito privado, qual seja, "o que não está proibido pela lei é permitido"."* (fls. 59)

Assevera que a supressão do patronímico marital não acarretará qualquer prejuízo a terceiros e , ainda que:

> *"(...) é jovem, conta com apenas 32 anos. Relegá-la à obrigação – esta sim imotivada – de passar toda sua vida utilizando um sobrenome que não reconhece como seu, viola um sem número de normas – art. 57 da Lei n. 6.015/1977, art. 16 do Código Civil – mas principalmente, afronta a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)." (fls. 61)*

Requer, ao final, o provimento do presente recurso, com a reforma integral da sentença, "*(...) para que se proceda a reforma da sentença, autorizando a remoção do sobrenome ESPÍNDOLA outrora acrescido ao nome da Apelante na ocasião do casamento, o que atende à dignidade da pessoa humana, à lógica e ao bom senso, posto que já descartado qualquer risco de dano a terceiros*." (fls. 63)

A procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (fls. 96/99), opina pelo provimento do recurso.

É a síntese do necessário. Passo ao voto.

Consta dos autos que Maysa Andrade Yazbek Espindola ingressou com a presente demanda:

> *"(...) alegando em síntese que, casou-se em 06/04/2017 com Gustavo Menezes Espindola; que, optou pela inclusão do sobrenome Espindola do cônjuge; que, não se adaptou à inclusão do novo sobrenome; que, não se reconhece ao ser nominada de Maysa Espíndola. Requer seja excluído o sobrenome do cônjuge Espindola do seu nome." (fls. 28)*

Os pedidos iniciais foram julgados improcedentes nos termos da sentença de fls. 28/29.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados, conforme se verifica às fls. 47/48.

Diante disso, foi interposto o presente recurso em que a apelante almeja a reforma da sentença para que lhe seja permitida a supressão do sobrenome acrescido com o casamento.

Todavia, em que pesem argumentos apresentados, o entendimento adotado na sentença deve ser mantido na sua integralidade.

Inicialmente, importante frisar que, apesar de possível a alteração do nome, no caso do sobrenome, acrescido com o casamento, a modificação somente ocorrerá em situações excepcionais e de maneira motivada, conforme determina o artigo 57, da Lei de Registros Públicos n. 6.015/73[1].

Ou seja, vigora a regra da imutabilidade do nome em prestígio à segurança jurídica e, desse modo, somente em casos excepcionais é que se autoriza a retificação do nome da pessoa como, por exemplo, para proteção de testemunhas, exposição a ridículo, inserção de apelidos notórios, erros manifestos de grafia.

Cabe frisar que o mero descontentamento não é causa hábil a autorizar a alteração do registro civil, sendo este o entendimento jurisprudência, a exemplo dos julgados abaixo colacionados, vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ALTERAÇÃO DE PATRONÍMICO – JUSTO MOTIVO – AUSÊNCIA – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A modificação do nome somente é admitida em caráter excepcional, mediante justa motivação, conforme o disposto no artigo 57, caput, da Lei nº 6.015/1973. Para dar ensejo a alteração do nome, não basta o simples descontentamento da pessoa, sendo imprescindível que ele seja imoral, vexatório, capaz de expor aquele que o leva ao ridículo."* (TJMS. Apelação n. 0831296-72.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 21/02/2017, p: 22/02/2017)

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DE NOME – SUPRESSÃO DE PRENOME – INOVAÇÃO RECURSAL – ALTERAÇÃO DE PRENOME – AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO – RECURSO*

1 Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei."

*CONHECIDO E IMPROVIDO. A Lei de Registros Públicos prevê a regra geral de imutabilidade do nome, que diante da ausência de elementos probatórios capazes de afastar a exclusão, e em respeito à proteção à segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, mostra-se descabida pretensão da parte autora de retificação do prenome constante do registro civil. (...)" (*TJMS. Apelação n. 0801273-74.2015.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 16/08/2017, p: 16/08/2017)

*"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO OU SUPRIMENTO OU RESTAURAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO DO AVÔ MATERNO E ACRÉSCIMO DO DA AVÓ MATERNA. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de retificação do registro público civil. A regra é a inalterabilidade do registro civil (tanto do prenome quanto do patronímico), somente excepcionada em casos sobejamente justificados, não sendo possível admiti-la por questão de ordem meramente pessoal. Não estando configurados os requisitos legais para a alteração de registro civil, torna-se inviável a pretensão, em razão do princípio da imutabilidade consagrado na Lei de Registros Públicos."* (TJMS. Apelação n. 0805575-87.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 22/01/2019, p: 24/01/2019)

No caso dos autos, a autora casou-se em 06/04/2017 e, naquele momento, espontaneamente, acresceu ao seu sobrenome o do marido[2]. Agora pretende renunciar ao nome de casada, ainda que assim permaneça.

Como anteriormente afirmado, a regra vigente é a da imutabilidade do nome, que apenas pode ser alterado em situações excepcionais e com a apresentação de justificativas, não sendo o mero descontentamento motivo hábil para tal.

Ocorre, todavia, que a apelante não trouxe aos autos elementos que poderiam autorizar a exclusão pretendida.

Não se mostra suficiente a alegação de que não teria se adaptado ao sobrenome do marido, pelo qual passou a ser conhecida, mesmo porque o apelido marital já vem sendo utilizado desde o casamento e agora a parte apresentou seu descontentamento, não sendo este um motivo plausível para se efetivar a pretendida supressão do sobrenome marital, como anteriormente afirmado.

Como bem ressaltou o magistrado singular:

*"(...) A requerente não excluiu seu sobrenome de familia, conforme p.06, mas acrescentou os do marido, fato este que não impediria seu reconhecimento no meio social. E mesmo que impedisse tal identificação no meio social, tal fato também aconteceria caso fosse suprimido apenas um sobrenome marital, uma vez que permaneceria com o nome de casada."* (fls. 29)

Assim, como vigora no ordenamento jurídico a regra da imutabilidade do nome civil e não tendo a apelante apresentado razões convincentes para retificação do registro, bem como inexistindo demonstração de possível prejuízo em sua atividade social, familiar e pessoal, deve ser mantido o entendimento adotado na sentença relativo à impossibilidade de exclusão do sobrenome do marido.

Ou seja, fundamento apresentado pelo recorrente de que não se adaptou ao nome de casa, não se mostra suficiente para a retificação do seu registro civil, tendo em vista o seu mero descontentamento não se tratar de argumento relevante ou de hipótese excepcional, configurando-se em mera conveniência da apelante em alterar o seu sobrenome, o que não se pode admitir.

Em face do exposto, cotra o parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Maysa Andrade Yazbek Espindola mantendo inalterada a sentença proferida em primeira instância que julgou improcedente o pedido de alteração do sobrenome da autora.

2 Art. 1.565. (...) § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator, acompanhado pelo 2º vogal, contra o parecer, negar provimento ao recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Maysa Andrade Yazbek Espíndola objetivando a reforma da sentença proferida às f. 28-29 que, nos Autos da Ação de Retificação de Registro Civil, julgou improcedente o pedido inicial obstando a requerente da supressão do sobrenome marital "Espíndola" em seu registro civil.

A recorrente alega, em suma, que é permitida a alteração e forma excepcional e motivada, devendo ser permitida a supressão do sobrenome acrescido em razão do casamento.

O eminente Relator –Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – proferiu voto e negou provimento ao recurso, pois entendeu que o mero descontentamento com o nome não é motivo suficiente para ensejar a exclusão do patronímico marital.

Pedi vista dos autos e, após detida análise**,** respeitosamente divirjo do entendimento externado pelo Relator e dou provimento ao recurso.

Com a devida vênia, tenho que o entendimento adotado tanto pelo douto Relator quanto pelo juiz de primeiro grau excede o formalismo e vai de encontro à contemporânea interpretação dada ao regramento referente às mudanças de nome e sobrenome pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, vez que *"a segurança jurídica, que se extrai do registro, cede lugar ao dever de respeito à própria individualidade do ser humano, consectário da sua personalidade, que se explicita, em grande parte, pelo nome com o qual o indivíduo é reconhecido socialmente."*[1]

Deveras, a Lei n. 6.015/1973 não proíbe a alteração dos dados constantes de qualquer registro, como se vê, por exemplo, do artigo 57 que em seu *caput* admite a alteração posterior do nome – por exceção e motivadamente – mediante sentença do juiz.

A referida lei prevê ainda em seu artigo 109 que "*quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório*".

Sendo assim, a lei de registros públicos, bem se vê, abre exceções para as alterações no registro civil, o qual não fica a todo tempo imutável, mas que pode sofrer mutações em face da relevância do motivo.

É de se ver que a mencionada lei não traz critérios objetivos para apontar quais seriam os motivos autorizadores de eventuais mudanças, relegando à interpretação judicial de cada caso concreto.

Na situação em apreço a requerente/apelante justifica seu pedido no fato de não ter se adaptado ao nome de casada e de não fazer uso dele, sendo, ainda, reconhecida, em seu meio social pelo nome de solteira. Traz, ainda, certidões cíveis e criminais para demonstrar que a supressão do patronímico marital não acarretará prejuízos a terceiros (f. 20-22) e também anuência expressa de seu cônjuge com o pedido feito (fls. 09).

Dentro desta perspectiva, não vislumbro qualquer prejuízo advindo pela singela retirada do sobrenome "Espíndola" do nome da requerente. Ao contrário, a autorização assegurará o exercício pleno de um direito de personalidade.

1 REsp nº 1.279.952/MG, 3ª T/STJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 12/2/2015

Aliás, com o máximo respeito ao entendimento contrário, a aplicação de um rigor formal da lei, sem qualquer demonstração de prejuízo ou interesse público envolvido, é desarrazoada e desproporcional, e não implementa à proteção ao direito de personalidade, expressamente previsto na Constituição Federal.

Em arremate, consigno que a possibilidade de exclusão do sobrenome familiar vem sendo reconhecida pelos Tribunais pátrios, conforme se infere dos arestos do Tribunal de Justiça de São Paulo abaixo colacionados:

> *APELAÇÃO – RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE REGISTRO CIVIL – EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO MARITAL E INCLUSÃO DE PATRONÍMICO AVOENGO – POSSIBILIDADE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO – ACOLHIMENTO*
>
> *Ausência de violação à cadeia registral e de prejuízo a terceiros pelo acréscimo do sobrenome oriundo da linha familiar da avó paterna da autora e que melhor identifica a parte no seu meio social – Faculdade da autora em renunciar o patronímico marital com anuência expressa do cônjuge – Sentença reformada - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.* (TJSP; Apelação Cível 1070862-09.2019.8.26.0100; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 09/03/2020; Data de Registro: 09/03/2020)
>
> *RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PLEITO DE EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO CÔNJUGE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO. Manutenção do sobrenome de casada, derivada dos direitos de personalidade, que não tem natureza absoluta ou irrestrita. Pedido possível. Imprescindível, contudo, garantir que a pretensão à mudança não esteja atrelada à fraude, tampouco violará direito público ou causará prejuízo a outrem. Inicial instruída apenas com a certidão de casamento e documentos de identificação civil da requerente. Conversão do julgamento em diligência para que sejam apresentadas certidões negativas em relação ao nome cuja alteração se requer. Exame do recurso prejudicado.* (TJSP; Apelação Cível 1096747-25.2019.8.26.0100; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 05/08/2020; Data de Registro: 02/03/2020)
>
> *RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO MARIDO NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. Circunstâncias do caso que evidenciam a ausência de prejuízo a direitos de terceiros ou à identificação social da autora. Nestas condições, ademais ausente abuso, preservação do sobrenome do cônjuge que incumbe ao outro deliberar. Sentença revista. Recurso provido.* (TJSP; Apelação Cível 1006495-72.2019.8.26.0068; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/02/2020; Data de Registro: 05/02/2020)

Por fim, para colocar uma pá de cal sobre a discussão, trago a baila parte do bem elaborado parecer ministerial do douto Procurador de Justiça Mauri Valentin Ricioti (f. 96-99):

A jurisprudência tem admitido a supressão do patronímico do cônjuge quando há devida fundamentação e resguardando direito de terceiros.

Vejamos:

> *EMENTA: PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE CASAMENTO - SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO CÔNJUGE - RESTABELECIMENTO DO NOME DE SOLTEIRA- MEDIDA EXCEPCIONAL - INEXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES - IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *Não é irrenunciável o direito do uso do sobrenome do marido, não havendo óbice para que a esposa requeira a retificação do registro civil para o restabelecimento do nome de solteira, desde que apresente motivação relevante, até mesmo porque o registro é garantia de segurança jurídica e sua alteração não deve gerar prejuízo a terceiros. Como a autora não demonstrou nos autos, a existência de razões excepcionais para autorizar a nova mudança*

*de sobrenome e nem a ausência de prejuízo a terceiros, impõe-se a improcedência do pedido.* (TJ-MG - AC: 10035180009199001 MG, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 08/11/2018, Data de Publicação: 14/11/2018)

Ocorre que o requisito da motivação exigido pela lei supra não estabelece critério objetivo para sua caracterização, portanto, considera-se que o fato de não se adaptar ao patronímico marital, como exposto pela requerente, é razão suficiente para requerer a supressão do sobrenome incluído.

O pedido da apelante se fundamenta na sua íntima vontade de voltar a ser reconhecida pelo nome de solteira, e a despeito do princípio da imutabilidade do nome, e, sobretudo, porque não se verifica nos autos, hipótese de prejuízo de qualquer ordem, entende-se que não comporta a vedação do juízo primevo.

Assim, deve ser reconhecida a possibilidade de retificação do registro civil, tal como pedido pela apelante.

Tecidas tais considerações, divirjo respeitosamente do entendimento externado pelo douto Relator e, com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso de  Maysa Andrade Yazbek Espindola para o fim de reformar a sentença e autorizar supressão do sobrenome marital "Espíndola" em seu registro civil.

É como voto.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º Vogal )

Acompanho a divergência.

Conclusão de julgamento adiada, em face da necessidade de convocação de novo membro para voto de desempate, nos termos do art. 942 do cpc, após o relator e o 2º vogal negarem provimento ao recurso e os 1º e 3º vogais darem provimento ao recurso. Declarada suspeição pelo des. Paulo alberto de oliveira.

## VOTO (EM 11/11/2020)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (4º Vogal)

Peço vênia aos eminentes relator e segundo vogal para deles também discordar e acompanhar o entendimento firmado pelo Des. Dorival Renato Pavan, pelos fundamentos por ele explicitados em seu voto.

Registro, por amor ao debate, que a disciplina determinada pelo antigo Código Civil facultava à contraente do matrimônio a alteração do seu patronímico para nele incluir o sobrenome do seu esposo.

Com o passar do tempo, tal foi admitido até mesmo para que a mulher convivente assim também o fizesse em relação ao seu companheiro.

O Código Civil de 2002 passou a facultar tal proceder a ambos os cônjuges, de tal sorte que, hodiernamente, qualquer deles pode alterar e acrescer aos seus o patronímico do outro cônjuge.

No caso concreto, a apelante assim agiu quando do seu casamento, e exerceu a faculdade.

Agora, pretende reverter este quadro, e excluir o patronímico do seu esposo, e para isso conta com a aquiescência deste.

Anoto, primeiro, que o direito de acrescer o patronímico é facultativo.

Apesar disto, pessoalmente, e até por conta da realidade que vivenciamos, na prática isto era imposto à mulher, sempre tratada de forma desigual e em inferioridade.

A marca do casamento era esta: a adoção do sobrenome do marido.

De outra parte, a marca do desquite, da separação judicial ou do divórcio, era justamente a exclusão do patronímico do marido.

A mulher, infelizmente, a pretexto de exercer um direito que lhe era facultado, marcava ser de alguém com a adoção do sobrenome do marido.

Esta a verdade.

E o Novo Código Civil, ao invés de acabar com esta excrecência – que atinge um direito da personalidade vinculado ao próprio nome da pessoa humana – findou por "socializá-lo", estendendo tal faculdade e permitindo o seu exercício por ambos os cônjuges.

A jurisprudência atual admite até mesmo que a viúva exclua o patronímico do marido falecido, como garantia do seu direito de personalidade e justamente porque o casamento se extinguiu com a morte.

Até mesmo o regime de bens do casamento, agora pode ser alterado, como prevê a legislação.

Considerando, pois, todas estas questões pinceladas genericamente, e tendo em vista que o nome é o mais expressivo direito da personalidade da pessoa humana, que assim é conhecida e reconhecida no meio social, aliado ao fato de que a alteração pretendida não importará em qualquer dificuldade de identificação e qualificação futura da parte apelante, inclusive para fins criminais, não vejo qualquer óbice ao deferimento da pretensão, restituindo à apelante o *satus quo ante* quanto ao mesmo.

Assim, pelos fundamentos expostos pelo eminente Desembargador Dorival Renato Pavan, aos quais somo as presentes considerações, com a vênia dos demais pares, acompanho o entendimento divergente e dou provimento ao recurso para o fim de permitir a exclusão do patronímico marital, na forma do pedido inicial.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal. Julgamento de acordo com o art. 942 do CPC.

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, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 11 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Eduardo Machado Rocha
## Apelação Cível nº 0015165-96.2008.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINARES – PRECLUSÃO ALEGADA EM CONTRARRAZÕES – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – VÍCIO NA DIGITALIZAÇÃO DOS AUTOS – PEÇAS PROCESSUAIS INCOMPLETAS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA – NULIDADE DA CDA EM RAZÃO DAS NOTAS FISCAIS ESTAREM ILEGÍVEIS – INOVAÇÃO RECURSAL – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – TRIBUTOS RELACIONADOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA SUSPENSÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA NÃO DEMONSTRADOS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Não está presente a preclusão suscitada em contrarrazões se a alegação de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa somente poderia ocorrer após a prolação do *decisum*.

Em conformidade com o princípio da instrumentalidade das formas e *pas de nullité sans grief*, os atos processuais somente serão considerados nulos se houver prova do efetivo prejuízo. Se a parte não demonstrou o prejuízo processual em razão da incompleta digitalização da manifestação sobre documentos juntados e do agravo retido, não há nulidade a ser declarada.

Em se tratando de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação, o início do cômputo do prazo decadencial ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do CTN) enquanto o prazo prescricional tem seu curso iniciado no dia subsequente à data do vencimento indicado na notificação para pagamento ou impugnação administrativa do crédito tributário. Ainda, havendo impugnação administrativa, o prazo prescricional ficará suspenso, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN.

Não se conhece da matéria relacionada à nulidade da CDA em razão das notas fiscais estarem ilegíveis, uma vez que a matéria não foi suscitada no curso da lide, havendo inovação recursal que ofende aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

São devidos os tributos relacionados a fatos geradores ocorridos antes do pedido de suspensão das atividades ou de baixa da inscrição estadual.

Se o contribuinte teve o mais amplo acesso aos autos do processo administrativo, sendo intimado de todos os atos praticados, inclusive apresentando manifestações e recurso, não há violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de outubro de 2020.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Nilson Leite Barbosa interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 7.ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou improcedente o pedido formulado nos *embargos à execução fiscal* opostos em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul.

Em suas razões recursais (f. 937-950), o recorrente alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, considerando que houve falha na digitalização dos autos, de modo que alguns documentos não foram reproduzidos integralmente. Mencionou que *"o provimento judicial não analisou a impugnação à contestação, por ausência desta peça e não há como se manifestar, neste momento, também, quanto ao agravo retido"* (f. 940).

Quanto ao mérito, mencionou que: (i) restou operada a decadência para a constituição do crédito tributário, uma vez que, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial para sua constituição é o dia seguinte ao vencimento do imposto, conforme decidido no REsp n.º 1.120.295/SP; (ii) a CDA é nula em razão de estarem ilegíveis as notas fiscais, sendo a tese de nulidade alegada desde a inicial; (iii) o próprio Fisco confessa o pedido de "baixa" feito pelo embargante e a retenção da documentação fiscal na repartição fiscal, corroborando o cerceamento do direito de defesa e a nulidade da CDA.

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso.

Em contrarrazões (f. 955-964), o Estado defendeu a ocorrência da preclusão para a alegação de vício na digitalização de documentos, uma vez que a questão deveria ter sido suscitada no primeiro momento que o embargante falou nos autos. Ademais, defendeu o desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Nilson Leite Barbosa interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 7.ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou improcedente o pedido formulado nos *embargos à execução fiscal* opostos em desfavor de Estado de Mato Grosso do Sul.

Em suas razões recursais (f. 937-950), o recorrente alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, considerando que houve falha na digitalização dos autos, de modo que alguns documentos não foram reproduzidos integralmente. Mencionou que *"o provimento judicial não analisou a impugnação à contestação, por ausência desta peça e não há como se manifestar, neste momento, também, quanto ao agravo retido"* (f. 940).

Quanto ao mérito, mencionou que: **(i)** restou operada a decadência para a constituição do crédito tributário, uma vez que, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial para sua constituição é o dia seguinte ao vencimento do imposto, conforme decidido no REsp n.º 1.120.295/SP; (ii) a CDA é nula em razão de estarem ilegíveis as notas fiscais, sendo a tese de nulidade alegada desde a inicial; (iii) o próprio Fisco confessa o pedido de "baixa" feito pelo embargante e a retenção da documentação fiscal na repartição fiscal, corroborando o cerceamento do direito de defesa e a nulidade da CDA.

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso.

Em contrarrazões (f. 955-964), o Estado defendeu a ocorrência da preclusão para a alegação de vício na digitalização de documentos, uma vez que a questão deveria ter sido suscitada no primeiro momento que o embargante falou nos autos. Ademais, defendeu o desprovimento do recurso.

Passo à análise individualizada das matérias debatidas no apelo.

Da preclusão e da nulidade da sentença por vício na digitalização dos autos

O apelante defendeu a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, considerando que houve falha na digitalização dos autos, estando incompleta a manifestação de f. 799 e o agravo retido de f. 805.

Por sua vez, o Estado alegou a ocorrência de preclusão para a alegação do vício na digitalização dos autos. Porém, vislumbro que apesar de haver manifestação do embargante nos autos após a digitilização, o vício de cerceamento do direito de defesa somente poderia ser agitado após a prolação da sentença, de modo que não resta caracterizada a preclusão alegada.

Contudo, também não é o caso de acolhimento da preliminar suscitada pelo apelante.

De fato não se pode negar que houve uma falha no momento da digitalização dos autos físicos, de modo que tanto a manifestação do embargante sobre a juntada do processo administrativo quanto o agravo retido estão incompletos.

Mas apesar da existência deste vício, a digitalização parcial dos documentos questionados não causou nenhum prejuízo ao autor quando do julgamento do mérito dos seus embargos. Explico.

O primeiro documento visivelmente incompleto é o de f. 799 e, ao contrário do que alegou o recorrente, não se cuida da réplica – ou impugnação à contestação – mas sim de manifestação sobre o processo administrativo juntado aos autos pelo Estado à f. 211-795. Na verdade, a réplica à impugnação ofertada pelo embargado foi digitalizada na íntegra e consta à f. 193-197.

É de se destacar que caso houvesse alguma questão relevante ao deslinde da lide e suscitada na peça processual e que não foi enfrentada pelo julgador *a quo* em razão da sua supressão parcial, caberia ao apelante novamente suscitá-la ainda que em grau recursal, providência esta que não foi adotada.

No que diz respeito à supressão das razões do agravo retido, verifica-se também inexistir qualquer prejuízo causado ao embargante e que autorize a declaração de nulidade.

Apesar de não termos conhecimento do teor integral daquele recurso (f. 805), é plenamente possível aferir que foi ele manejado contra a decisão de f. 800, que reconheceu a insuficiência da garantia, suspendendo os autos dos embargos até que fosse efetivada garantia razoável da execução.

Após esta decisão, o embargante manejou agravo retido, inclusive de forma equivocada, ficando os autos paralisados de agosto/2009 até outubro/2013. Com a retomada de seu curso, foi proferida sentença terminativa, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, justamente em razão da insuficiência da garantia (f. 839-841), mesma matéria da decisão que ensejou o agravo retido.

Entretanto, no recurso de apelação, esta Corte entendeu ser o caso de tornar insubsistente a sentença, manifestando-se pela relativização da exigência da garantia. Confira-se o julgado em questão:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – GARANTIA DO JUÍZO – RELATIVIZAÇÃO – HIPOSSUFICÊNCIA DO EMBARGANTE CABALMENTE DEMONSTRADA – PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E ACESSO À JUSTIÇA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO A insuficiência da garantia do juízo não é causa bastante para, por si só, determinar o não recebimento dos embargos à execução fiscal. Em atenção aos princípios constitucionais da igualdade e acesso à justiça, a regra da inadmissibilidade dos embargos à execução antes de garantida a execução vem sofrendo relativização pela jurisprudência, sendo dispensada a sua obrigatoriedade*

*quando demonstrada a impossibilidade do devedor garantir o juízo em decorrência da sua hipossuficiência. Desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais e constitucionais mencionados ao longo do processo, bastando que o julgador aprecie os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito. Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento"* (TJMS. Apelação Cível n. 0015165-96.2008.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 21/01/2020, p: 22/01/2020).

Nesse contexto, a questão discutida no agravo retido, a toda evidência, foi solucionada quando da interposição do recurso de apelação, não persistindo qualquer interesse do embargante em reiterar o pedido de julgamento do agravo. Frise-se, a única matéria que poderia ser discutida no agravo retido seria a suficiência ou não da garantia do juízo, o que já foi analisado por esta Corte.

Assim, não existem motivos para declarar a nulidade de atos processuais, na forma como pretende o recorrente, mormente porque todos eles atingiram a sua finalidade, não acarretando nenhum prejuízo e/ou cerceamento do direito de defesa, devendo ser prestigiado o princípio da instrumentalidade das formas.

A respeito, assim estabelece o CPC/2015: *"Art. 283. (...) Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte".*

No mesmo sentido:

*"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE JUDICIAL DO ENTE PÚBLICO.* ***ALEGAÇÃO DE NULIDADE AFASTADA POR FALTA DE EFETIVO PREJUÍZO****. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Observados os princípios da instrumentalidade e da economia processual, uma vez atendida a finalidade da norma positivada no art. 38 da LC 73/93 e, principalmente, ante a ausência de efetivo prejuízo para a recorrente, não há falar em nulidade por falta de intimação pessoal. 2.* ***A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada, conforme dispõe o art. 249, § 1º. do CPC, o que, de fato, não ocorreu no presente caso,*** *consoante expendido pelo Tribunal de origem. 3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem consignou que a despeito da ausência de intimação para contestação das novas contas apresentadas pela Contadoria Judicial, inexiste razão para anular o ato, uma vez que não houve prejuízo à Autarquia, já que os novos cálculos, tão somente, excluíram da conta os valores referentes ao período de férias do mês de junho/91, o que beneficia o ora Agravante, por diminuir o valor devido. 4. Agravo Regimental do DNOCS desprovido"* (STJ - AgRg no REsp: 1426995 CE 2013/0419699-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 14/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2014) – destacado.

*"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL.* ***NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF****. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. CUSTAS PROCESSUAIS. 1.* ***Consoante os princípios da instrumentalidade das formas e da pas de nullité sans grief, os atos processuais somente serão considerados nulos se houver prova do efetivo prejuízo à parte****. A autarquia previdenciária não logrou êxito em demonstrar que a ausência de intimação para manifestar-se sobre o laudo pericial lhe tenha causado efetivo prejuízo. Precedentes do STJ. (...) 10. Apelação do INSS e remessa providas em parte"* (TRF-1 - AC: 60708 MG 2009.01.99.060708-0, Relator: Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Data de Julgamento: 03/09/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.133 de 04/10/2012) – destacado.

Sendo assim, rejeito estas preliminares.

Mérito recursal

Da decadência

O recorrente sustentou que restou operada a decadência para a constituição do crédito tributário, uma vez que, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial para sua constituição é o dia seguinte ao vencimento do imposto, conforme decidido no REsp n.º 1.120.295/SP.

Analisando atentamente as razões defendidas no recurso, é possível afirmar que o apelante faz certa confusão entre os institutos da decadência e da prescrição tributária.

Na hipótese dos autos, trata-se de cobrança de ICMS, cujo lançamento é realizado por homologação, também classificado como autolançamento, que é aquele no qual o sujeito passivo arca com o ônus procedimental de verificação do fato gerador, cálculo e recolhimento do montante devido. Ao sujeito ativo resta apenas a conferência dos dados e a homologação posterior, inclusive passível de lançamento tácito, conforme disposto no artigo 150, § 4.º, do CTN.

O início do prazo decadencial, que se refere à constituição do crédito tributário, conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o imposto poderia ter sido lançado, a teor do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, vejamos:

> *"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...)".*

Esta matéria, a propósito, já possui interpretação definida pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial n.º 973.733/SC, afetado ao procedimento dos recursos repetitivos, assim decidiu:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 973.733/SC, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que* ***a decadência para a constituição de tributo sujeito a lançamento por homologação deve ser contada na forma do art. 173, I, do CTN, para os casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado ou quando, existindo tal previsão legal, o recolhimento não é realizado*** *(...)"* (STJ; AgRg nos EDcl no REsp 1264479/SP; Rel. Min. Gurgel de Faria; Primeira Turma; julgado em 23/06/2016; DJe 10/08/2016) – destacado.

No caso vertente, como não houve a antecipação de pagamento pelo contribuinte, impõe-se concluir que o termo inicial da contagem do prazo decadencial de 05 anos rege-se pelo disposto no artigo 173, inciso I, do CTN.

E referido prazo decadencial exaure-se ou no seu termo (findo os 05 anos) ou no momento em que o contribuinte é intimado para realizar o pagamento ou apresentar defesa administrativa, a teor do que estabelece o artigo 250, § 1.º, da Lei Estadual n.º 1.810/1997:

> *"Art. 250. O direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, extingue-se em cinco anos, contados: (...) § 1.º O direito a que se refere este artigo, extingue-se, definitivamente, com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".*

Uma vez encerrado o prazo para pagamento ou para a defesa administrativa, o crédito tributário é definitivamente constituído pelo lançamento, aí então iniciando a contagem do prazo prescricional de 05 anos para a cobrança do crédito tributário (artigo 174, do CTN), tal como restou decidido no REsp n.º 1.120.295/SP, também julgado sob o rito dos recursos repetitivos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO. 1.* ***O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional*** *(Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005). (...) 3.* ***A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.*** *(...) 19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008"* (REsp 1120295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, Julgado Em 12/05/2010, DJE 21/05/2010) – Destacado.

Assim, para o início do cômputo do prazo decadencial deve ser considerado o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado enquanto o prazo prescricional inicia-se no dia subsequente à data do vencimento indicado na notificação para pagamento ou impugnação administrativa do crédito tributário.

E havendo impugnação administrativa, o prazo prescricional ficará suspenso, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN. Vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO.* ***PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA, EM RAZÃO DA IMPUGNAÇÃO AO LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DA FLUÊNCIA DO PRAZO****. ALÍNEA "C'. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. ESTABELECIMENTO, NA CORTE LOCAL, DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. DECISÃO QUE REJEITOU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIMENTO. 1.* ***De acordo com a pacífica orientação jurisprudencial do STJ, a apresentação de impugnação ao lançamento, nos termos do art. 151, III, do CTN, suspende a fluência do prazo prescricional, o qual somente tem início após a intimação do resultado definitivo do julgamento na instância administrativa.*** *(...)"* (STJ - REsp: 1762602 AP 2018/0205968-5, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 13/11/2018, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 12/03/2019) – destacado.

No caso dos autos, o fato gerador mais antigo foi apurado em janeiro/1999 (f. 84), de modo que o início do prazo decadencial ocorreria em janeiro/2000 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), findando-se em janeiro/2005.

O devedor foi notificado para pagamento ou apresentação de defesa administrativa em 19.11.2004 (f. 87), motivo pelo qual neste momento foi colocado termo ao prazo decadencial.

Em seguida, em 13.12.2004, o contribuinte apresentou impugnação ao ALIM-E n.º 0004398 (f. 97-98), o que suspendeu o curso do prazo da prescrição, sendo retomada somente em janeiro/2007, quando foi julgado o recurso administrativo (f. 167).

Observe-se, então, que sendo o feito executivo proposto em 2008, não ocorreu a alegada decadência ou prescrição.

Da nulidade da CDA

O apelante também aduziu a nulidade da CDA em razão de estarem ilegíveis as notas fiscais, sendo a tese de nulidade alegada desde a inicial.

Também afirmou que o próprio Fisco confessa o pedido de "baixa" feito pelo embargante e a retenção da documentação fiscal na repartição fiscal, corroborando o cerceamento do direito de defesa e a nulidade da CDA.

A discussão relacionada à nulidade da CDA em razão de estarem ilegíveis as notas fiscais não foi objeto de insurgência na petição inicial dos embargos à execução, de modo que sua alegação apenas em grau recursal constitui inovação na lide.

É de se destacar que tal argumentação não constou da sentença apelada e nem mesmo foi arguida perante o juiz singular, caracterizando a inovação recursal. Sendo assim, encontra óbice de conhecimento por ofender o duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido:

> *"EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICABILIDADE DO CPC/73. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA INOVAÇÃO RECURSAL. MÉRITO PUBLICIDADE ENGANOSA VERIFICADA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DOS CORRETORES AFASTADA. RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA VALOR PRÉ FIXADO DOS DANOS MORAIS AFASTADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO. (...)* ***Ao Tribunal de Justiça não é dado conhecer de matérias, em sede de recurso, que não foram objeto de análise pelo juízo a quo, sob pena de supressão de instância, ofensa ao efeito devolutivo e ao princípio do duplo grau de jurisdição****. (...)"* (TJMS. Apelação n. 0002397-10.2009.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 27/09/2018, p: 01/10/2018) – destacado.

Destarte, não conheço desta parte do recurso.

Quanto à alegação de que houve o pedido de "baixa" da inscrição estadual, em consulta ao site da sefaz.ms.gov.br constata-se que a situação cadastral da pessoa jurídica está como baixado desde 03.09.2002. Inclusive, o próprio recorrente informou que *"após período de inatividade, pediu sua baixa de inscrição estadual, em 29/08/2002"* (f. 40). Sendo assim, resta estreme de dúvida que os tributos relacionados a fatos geradores ocorridos antes do pedido de suspensão das atividades são devidos.

Finalmente, não se evidencia o alegado cerceamento de defesa no processo administrativo em razão da ausência de devolução da documentação fiscal.

Analisando atentamente o PAD juntado aos autos, é possível concluir que o contribuinte teve o mais amplo acesso aos autos, sendo intimado de todos os atos praticados, inclusive apresentando manifestações e recurso administrativo, não havendo que se falar em violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Aliás, o documento de f. 157 demonstra que houve sim a devolução dos livros e documentos pertencentes ao contribuinte, sendo tudo entregue ao contador da empresa em 22.12.2004.

Sendo assim, a manutenção da sentença de improcedência dos embargos à execução fiscal é medida que se impõe.

Conclusão

Ante o exposto, conheço em parte do recurso interposto por Nilson Leite Barbosa, rejeito as preliminares de preclusão e nulidade da sentença e, quanto ao mérito, nego-lhe provimento. Por força do artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro a verba honorária devida ao patrono da parte adversa para 12% sobre o valor atualizado da causa, observando-se a regra do artigo 98, § 3.º, do CPC/2015.

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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 13 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Eduardo Machado Rocha
## Agravo de Instrumento nº 1401601-51.2020.8.12.0000 - Naviraí

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO NAS DEMANDAS PROPOSTAS CONTRA O PARTICULAR – APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SÚMULA 634 DO STJ – IMPRESCRITIBILIDADE QUANDO FUNDADA EM CONDUTA DOLOSA – RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos da Súmula 634 do STJ, ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público.

São, por outro lado, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso, nos moldes do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 852475, em repercussão geral.

No caso em apreço, por qualquer ângulo que se examine a conduta de cada um dos envolvidos, se dolosa ou culposa, não há que falar na ocorrência de prescrição

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, 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, 28 de outubro de 2020

Des. Eduardo Machado Rocha

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Eduardo Machado Rocha.

SEFE - Sistema Educacional Família e Escola Ltda interpõe agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, recebeu a petição inicial e afastou a prejudicial de prescrição.

Defende a ocorrência de prescrição, sustentando que os fatos que supostamente afrontam a Lei de Improbidade Administrativa aconteceram em 23/01/2014 e a ação só foi proposta em 18/02/2019, ou seja, há mais de cinco anos. Explica que *"aplica-se a regra prevista no artigo 21 da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), cujo prazo prescricional de 5 (cinco) anos a contar da data do fato jurídico (ato administrativo inquinado de ilegalidade)"*. Assevera que o STF restringe a imprescritibilidade a ação de ressarcimento fundada na prática de ato doloso, situação diversa do autos em *"que na petição inicial o Ministério Público não imputou a ocorrência de conluio entre agentes públicos e a empresa, também não imputou à empresa nenhum fato objetivo que configurasse ato doloso"*.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Em contraminuta, a parte agravada pugna pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pela manutenção da decisão agravada.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator(a)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SEFE - Sistema Educacional Família e Escola Ltda em face da decisão que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, recebeu a petição inicial e afastou a prejudicial de prescrição.

Nas razões recusais defende a ocorrência de prescrição, sustentando que os fatos que supostamente afrontam a Lei de Improbidade Administrativa aconteceram em 23/01/2014 e a ação só foi proposta em 18/02/2019, ou seja, há mais de cinco anos. Explica que *"aplica-se a regra prevista no artigo 21 da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), cujo prazo prescricional de 5 (cinco) anos a contar da data do fato jurídico (ato administrativo inquinado de ilegalidade)"*. Assevera que o STF restringe a imprescritibilidade a ação de ressarcimento fundada na prática de ato doloso, situação diversa do autos em *"que na petição inicial o Ministério Público não imputou a ocorrência de conluio entre agentes públicos e a empresa, também não imputou à empresa nenhum fato objetivo que configurasse ato doloso"*.

Pois bem, dispõe a Lei 8.429/92 que:

> *"Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*
>
> *I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;*
>
> *II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.*
>
> *III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei."*

Especificamente quanto a agravante, pessoa jurídica de direito privado sem vínculo com a Administração, mas em face da qual o Parquet imputa ter cometido ato de improbidade administrativa, pois teria o processo licitatório nº 001/2014, na modalidade de pregão presencial, sido realizado de maneira direcionada para que se sagrasse vencedora, com participação de dois agentes públicos, sujeita-se, nos termos do art 3º da Lei 8.429/92[2], às mesmas regras de prescrição a que se submete o agente público, consoante entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *"Súmula 634: Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público."*

Adota-se ao particular o mesmo prazo prescricional da Lei de Improbidade Administrativa, porque é imprescindível a concorrência do agente público na prática do ato de improbidade administrativa.

2 "*As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*"

Tratando-se, portanto, de particular que supostamente participou do ato ilícito que deu causa ao ajuizamento da ação civil pública, a ele se estende o prazo prescricional previsto para o agente público.

Nesse sentido, colaciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. DESVIO DE MEDICAMENTOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. DELITOS PRATICADOS DURANTE O PERÍODO DE 2004 A 2006, PROPOSTA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM 2012. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. INEXISTENTE. MESMO PRAZO. MESMA SISTEMÁTICA ATRIBUÍDA AOS AGENTES PÚBLICOS PARA FINS DE FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. I - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de servidor público militar da Aeronáutica e de pessoa jurídica supostamente favorecida por desvio de medicamentos da farmácia de hospital público. II - Parecer do Ministério Público Federal pela negativa de provimento do recurso especial. III - Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, quando o aresto a quo decide plenamente a controvérsia e se apresenta devidamente motivado, sem omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas, não sendo necessário que o magistrado efetue o prequestionamento numérico dos dispositivos legais aplicáveis ao caso ou que se manifeste sobre cada um dos argumentos apresentados pela parte. IV - A petição inicial descreve com clareza os fatos pelos quais estão sendo processados os acusados, bem como indica os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa reputados violados, quais sejam, arts. 9º, caput, 10, caput e incisos I e XII, e 11, caput, da Lei n. 8.429/92, apresentando, ainda, pedidos congruentes com as causas de pedir próxima e remota delineadas. Dessa forma, assegurou-se o exercício dos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório. V - Não prospera a tese da prescrição. A ação de improbidade administrativa centrou-se na penalidade ressarcimento dos danos causados ao erário, bem como, ao se julgar procedente a pretensão em questão, o provimento jurisdicional foi coerente ao impor como sanção tal prestação pecuniária. VI - Constata-se, ainda, que a imposição da pena de multa não se encontra prescrita. Isso porque o ato de improbidade administrativa foi tipificado como crime de receptação, nos termos do art. 251 do Código Penal Militar. VII - Logo, considerando a reprimenda penal máxima prevista no referido codex, a presente pretensão de responsabilização civil se daria no prazo de 12 (doze) anos, conforme art. 125 do Código Penal Militar, a contar da ciência do ato reputado ímprobo. Assim, tendo os supostos delitos sido praticados durante o período de 2004 a 2006, e proposta a presente ação civil pública em 2012, não há se falar em caracterização da prescrição. VIII - O prazo prescricional aplicável ao terceiro que pratica ato de improbidade administrativa, em conjunto com agente público, rege-se pelo lapso temporal incidente a esse último. Conforme a jurisprudência desta Corte, "nos termos do artigo 23, I e II, da Lei 8.429/92, aos particulares, réus na ação de improbidade administrativa, aplica-se a mesma sistemática atribuída aos agentes públicos para fins de fixação do termo inicial da prescrição". (STJ, AgRg no REsp 1.541.598/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/11/2015). Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp 1.607.040/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 10/4/2017; STJ, AgRg no REsp 1.510.589/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje de 10/6/2015; REsp 1.433.552/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5/12/2014; REsp 1.405.346/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/8/2014; AgRg no REsp 1.159.035/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje de 29/11/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.066.838/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 26/4/2011. IX - Agravo interno improvido."* (AgInt no AREsp 986.279/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRESCRIÇÃO. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE TERIAM SIDO PRATICADOS POR PARTICULAR, EM CONLUIO COM AGENTES PÚBLICOS, NÃO OCUPANTES DE CARGO OU EMPREGO EFETIVO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART.*

*23, I, DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDEU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto contra decisão publicada em 11/10/2016, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem negou provimento a Agravo de Instrumento, interposto pela ora agravante de decisão que, afastando a preliminar de prescrição, recebeu a inicial de Ação Civil Pública, na qual o recorrido, com fundamento nos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92, postula a condenação dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes de irregularidades (superfaturamento por sobrepreço e impropriedades em processo licitatório) na aplicação de recursos federais destinados à implantação do Sistema Produtor de Pirapama e de interligação dos Sistemas Pirapama e Gurjaú, no Município do Cabo de Santo Agostinho/PE. III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. IV. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, "nos termos do artigo 23, I e II, da Lei 8.429/92, aos particulares, réus na ação de improbidade administrativa, aplica-se a mesma sistemática atribuída aos agentes públicos para fins de fixação do termo inicial da prescrição" (STJ, AgRg no REsp 1.541.598/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/11/2015). Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.510.589/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/06/2015; REsp 1.433.552/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 05/12/2014; REsp 1.405.346/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 19/08/2014; AgRg no REsp 1.159.035/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 29/11/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.066.838/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 26/04/2011. V. No caso, a empresa agravante submete-se ao mesmo prazo prescricional aplicável aos agentes públicos indicados na inicial. Como nenhum deles era ocupante de cargo ou emprego efetivo, a ação poderia ter sido ajuizada em até cinco anos após terem deixado os seus cargos, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.429/92. Além disso, em sendo diversas as datas em que os demais réus deixaram seus cargos de direção na COMPESA, levando em consideração os objetivos da Lei 8.429/92 e os princípios que a regem, deve ser adotado, como termo inicial do prazo prescricional, a data em que o último deles tenha se desligado da empresa pública. VI. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo" (STJ, AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. p/ acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 17/12/2014). VII. A improcedência das imputações de improbidade administrativa, em juízo de admissibilidade da acusação - como pretende a agravante -, constitui juízo que, no caso, não pode ser antecipado à instrução do processo - como no caso, em que o acórdão recorrido concluiu pela existência de indícios de ato ímprobo -, mostrando-se necessário o prosseguimento da demanda, de modo a viabilizar a produção probatória, necessária ao convencimento do julgador, sob pena, inclusive, de cercear o jus accusationis do Estado. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23/04/2015; REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/09/2014; AgRg no AREsp 491.041/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18/12/2015. VIII. Tendo o Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, concluído pela existência de indícios suficientes para o recebimento da petição inicial, que imputa, à agravante, a prática de atos de improbidade administrativa, entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1.384.491/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 25/03/2013; EDcl no Ag 1.297.357/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 06/10/2010. IX. Agravo interno improvido."*

(AgInt no REsp 1607040/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 10/04/2017)

E desta Corte Estadual:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO AFASTADA – MÉRITO (QUESTÃO DE FUNDO) – RECEBIMENTO DA INICIAL – REQUISITOS PRESENTES – ADMISSIBILIDADE – §§ 6º E 8º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92 – INDÍCIOS DE ATO FRAUDULENTO À LICITAÇÃO – SUPERFATURAMENTO – PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I.* ***Diante da ausência de regramento específico, deve ser aplicada aos particulares acusados da prática de ato de improbidade administrativa a mesma regra atribuída aos agentes públicos para fins de fixação do termo inicial da prescrição (art. 23, I e II, Lei nº 8.429/1992). Precedentes do STJ****. II. A decisão que rejeita a petição inicial da ação de improbidade administrativa exige a demonstração das razões do convencimento do julgador da inexistência do ato ímprobo, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (Lei nº 8.429/92, art. 17, § 8º). A contrário sensu, a decisão que a recebe não demanda fundamento outro que não a simples existência de indícios da prática do ato de improbidade, presentes as condições de ação e os pressupostos processuais. III. A existência de indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa permite a admissibilidade da ação e o recebimento da petição inicial. Aplicação da regra do art. 17, §§ 6º e 8º, Lei n. 8.429/92. Prevalência do princípio in dubio pro societate."* – destaquei (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1414086-54.2018.8.12.0000, Agua Clara, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 12/06/2019, p: 17/06/2019)

Sendo assim, o início do prazo prescricional é contado a partir da exoneração dos agentes públicos envolvidos, ocorrido em 2015, enquanto a ação civil pública foi ajuizada em 2019, antes, portanto, do prazo prescricional.

De outro lado, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas em conduta doloso, segundo o RE 852475, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral. Confira:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5 º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5.* ***São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.*** *6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento."* – destaquei (RE 852475, Relator(a): Alexandre De Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-058 Divulg 22-03-2019 Public 25-03-2019)

Logo, por qualquer ângulo que se aprecie a questão não há que falar em prescrição.

Ademais, o exame da conduta, se dolosa ou culposa, de cada um dos envolvidos somente poderá ser apreciada com a instrução do processo, não sendo o recebimento da inicial de ação civil pública o momento processual adequado para tanto.

A respeito, colhe-se o seguinte julgado deste Sodalício:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE PROCESSUAL DO ADVOGADO QUE PATROCINA A CAUSA DOS REQUERIDOS – AFASTADA, VEZ QUE NÃO ANALISADA PELO JUÍZO RECORRIDO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL – AFASTADO POR SER PROCESSO ELETRÔNICO – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO POR DANO AO ERÁRIO PÚBLICO POR AUSÊNCIA DE DOLO – AFASTADO – REJEIÇÃO DE PLANO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO. COM O PARECER. I - O pedido de irregularidade de representação do advogado dos requeridos, como não foi apreciada pelo juízo recorrido, então, há obstáculo processual de sua apreciação por saltos neste tribunal, por aplicação do efeito devolutivo por extensão do caput do art. 1012 do CPC, que veda a supressão de instância. II – Por regra expressa do §5º do art. 1017 do CPC, somente exige a juntada dos documentos essenciais no agravo de instrumento em se tratando de processo físico, portanto, não se aplica ao processo eletrônico, o que ocorre neste caso. III -* ***Em sistema de precedentes do STF, a prescrição das ações de ressarcimento ao erário em ato de improbidade é condicionada à existência de dolo. Em outros termos, se for conduta culposa, a pretensão se torna prescritível e aqui faz nascer o afastamento da apreciação da prejudicial neste momento processual, vez que impossível aferir o elemento volitivo quando do recebimento da inicial de ação civil pública, o que somente será possível quando da instrução probatória.*** *IV - O cerne da ação funda-se em irregularidades quanto ao recolhimento de tributos referentes aos exercícios de 2004 a 2006, retidos de empresas contratadas para a prestação de serviços à EGRHP e desviados a terceiros, sendo que ambos os recorrentes estão presentes nestes fatos da causa de pedir e, portanto, se estão atrelados aos fatos, deve haver recebimento da ação civil pública por suposto ato de improbidade (já que a dúvida seve ser pelo recebimento e, não, pela rejeição da ação), a fim de que seja apurada a conduta de cada um no curso da instrução probatória, quando então, poderá ser haveria a existência ou não da ilegalidade qualificada, de forma que se houver ilegalidade sem a qualificação importará em eventual sentença de improcedência, o que não ocorrerá diante da ilegalidade qualificada somada ao elemento volitivo querido e desejado para tanto. V - Recurso improvido. Com o parecer."* – destaquei (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1412137-92.2018.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 17/07/2019, p: 19/07/2019)

Destarte, é de rigor a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, conheço do recurso e com o parecer, nego-lhe provimento

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Eduardo Machado Rocha

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 28 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Eduardo Machado Rocha
## Apelação/Remessa Necessária nº 0817906-59.2020.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS – POSSE INDEFERIDA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO – AUSÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

Em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores, viola o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a negativa de posse de candidato em razão da existência de ação penal em andamento.

Enquanto não houver o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, o acusado não deve sofrer qualquer outra sanção, de ordem civil ou administrativa, como a nomeação em cargos públicos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de novembro de 2020

Des. Eduardo Machado Rocha

Relator(a) do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Município de Campo Grade em face da sentença que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Antônio Cardoso de Jesus, concedeu a segurança:

> *"(...) para declarar a nulidade do ato administrativo que excluiu a impetrante do Concurso Público para provimento do cargo de Professor do Quadro permanente do Município de Campo Grande e confirmar a liminar que determinou que ele fosse convocado para tomar posse no cargo de Professor de Educação Infantil, independente de estar sendo processada nos autos do Processo nº 0037612-71.2014.8.12.0001, que está tramitando perante o Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desta Comarca, se outros motivos não a impedir. Sem custas ou honorários".*

Em suas razões, o ente municipal defende que a sentença se fundamenta em premissa equivocada, posto que o previsto no Edital do concurso público de Professor não configura exigência desproporcional, mas

sim medida preventiva, uma vez que o fato de o candidato aprovado estar respondendo a processo criminal não condiz com o cargo que exige o trato com pessoas.

Afirma que "*deve-se lembrar que não apenas a lei faz norma para fins de concurso público, mas também o Edital eleva-se a condição de norma válida e eficaz para fins de definir as regras aplicáveis a cada concurso público*."

Roga pelo provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença.

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator(a))

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Município de Campo Grade em face da sentença que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Antonio Cardoso de Jesus, concedeu a segurança:

> *"(...) para declarar a nulidade do ato administrativo que excluiu a impetrante do Concurso Público para provimento do cargo de Professor do Quadro permanente do Município de Campo Grande e confirmar a liminar que determinou que ele fosse convocado para tomar posse no cargo de Professor de Educação Infantil, independente de estar sendo processada nos autos do Processo nº 0037612-71.2014.8.12.0001, que está tramitando perante o Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desta Comarca, se outros motivos não a impedir. Sem custas ou honorários".*

Em suas razões, o ente municipal defende que a sentença se fundamenta em premissa equivocada, posto que o previsto no Edital do concurso público de Professor não configura exigência desproporcional, mas sim medida preventiva, uma vez que o fato de o candidato aprovado estar respondendo a processo criminal não condiz com o cargo que exige o trato com pessoas.

Afirma que "deve-se lembrar que não apenas a lei faz norma para fins de concurso público, mas também o Edital eleva-se a condição de norma válida e eficaz para fins de definir as regras aplicáveis a cada concurso público."

Roga pelo provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença.

Os recursos serão analisados concomitantemente.

A questão objeto do presente mandamus cinge-se em saber se o impetrante possui direito líquido e certo à posse no concurso público diante da existência de ação penal em trâmite sem o trânsito em julgado.

Com efeito, estabelece o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

> *"LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;"*

Por sua vez, o art. 1º da Lei n. 12.016/09 prescreve que:

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

Pelo que se observa, condiciona-se a impetração do mandado de segurança a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

A respeito do tema, leciona Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 3.ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A. p. 2466:

> *"Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.*
>
> *O direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprevisão e incerteza recai sobre os fatos que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato de que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, a interpretação do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança, pois exige-se a pré-constituição das provas em relação às situações fáticas ensejadoras de seu ajuizamento, pois como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o "direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe e em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável".*

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, p. 813-814:

> *"O mandado de segurança, previsto no mesmo art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição, respectivamente consagradores das modalidades individual e coletivo, e regulado pela Lei 1.533, de 31.12.51, é a providência sumamente expedita adequada para proteger direito líquido e certo não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.*
>
> *Considera-se "líquido e certo" o direito "independentemente de sua complexidade", quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis "de plano"; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitadas pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.533). (...)."*

No caso vertente, o impetrante foi impedido de tomar posse no concurso público decorrência de ter apresentado certidão de Antecedentes Criminais onde consta que está respondendo o processo-crime por suposta prática dos crimes de Ameaça e Injúria.

Reputo que a previsão editalícia e, por consequência, o ato coator que decidiu pela impossibilidade de o candidato tomar posse no concurso público, ofendem o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto expressamente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Ademais, em consulta ao SAJ, infere-se que em 8 de outubro de 2020 foi proferida sentença decretando a extinção da punibilidade do ora Apelado, conforme consulta realizada aos autos nº 0037612-71.2014.8.12.0001.

Ressalte-se que os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento no sentido de que o candidato de concurso público não pode ser excluído do certame somente com base na existência de registro de ocorrência policial, inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. Confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. 2. Agravo regimental não provido."* (STF - AI 829186 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal consolidaram entendimento no sentido de que, em obediência à estrita ordem classificatória, não pode a administração deixar de nomear candidato que teve êxito em todas as fases do concurso público, por responder a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.*
>
> *2. Agravo regimental improvido."* (STJ - AgRg no RMS 25.257/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015)
>
> *"DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO. CANDIDATO. INSTAURAÇÃO. INQUÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PROTEÇÃO. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. STF E STJ. 1. A mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação. Jurisprudência. 2. A decisão monocrática que confirma essa jurisprudência para dar a preceito legal estadual interpretação a ela conforme não ofende o postulado da reserva de plenário estabelecido no art. 97 da Constituição da República tampouco ofende o teor da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental não provido."* (STJ - AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

Esta Corte de Justiça também vem decidindo nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL – ANULAÇÃO DE CONVOCAÇÃO À NOMEAÇÃO – TRANSAÇÃO PENAL EM CURSO – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – NÃO OBSERVADO – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Implica em ato ilegal a anulação da convocação da candidata tão somente pela existência em seu desfavor de ação criminal suspensa pela transação penal. Portanto, há direito líquido e certo da impetrante à convocação e nomeação ao cargo de concurso público no qual foi aprovada, se preenchidos os demais requisitos."*(TJMS. Apelação / Remessa Necessária

n. 0839882-30.2017.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 27/09/2018, p: 28/09/2018)

*"EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – ATO COATOR – INDEFERIMENTO DE NOMEAÇÃO E POSSE – PROCESSO CRIMINAL EM TRÂMITE – IMPOSSIBILIDADE – PREDOMINÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA – INCISO LVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. Inviável indeferir nomeação e posse do cidadão aprovado em concurso público em razão de figurar no polo passivo de ação penal, por gozar ele da presunção de inocência (inciso LVII, art. 5º, CF)."*(TJMS. Remessa Necessária n. 0821335-44.2014.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 24/04/2018, p: 25/04/2018)

*"EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO EM TODAS AS PROVAS – ATO DE NOMEAÇÃO REVOGADO – CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – AÇÃO PENAL EM TRÂMITE – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO PELA VIA MANDAMENTAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Incorre em flagrante inconstitucionalidade a negativa de nomeação, por inidoneidade moral, de aprovado em concurso público com base na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no pólo passivo de ação penal em curso."*(TJMS. Remessa Necessária n. 0824685-74.2013.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 28/11/2016, p: 30/11/2016)

Enquanto não houver o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória de ação penal, o acusado não deve sofrer qualquer outra sanção, de ordem civil ou administrativa, como a nomeação em cargos públicos.

Portanto, no caso em tela, a anulação da convocação do impetrante para a posse no cargo público em razão de este "estar sendo processado por crime" ofende direito líquido e certo a ser amparado por meio do *mandamus*.

Logo, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Diante do exposto, com o parecer, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Eduardo Machado Rocha

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 5 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
## Agravo de Instrumento nº 1407698-67.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR INDEFERIDA – PROCESSO LICITATÓRIO DE TOMADA DE PREÇO – INABILITAÇÃO DO PARTICIPANTE POR NÃO APRESENTAR CERTIDÃO DE REGULARIDADE DE SEGURO GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO, CONFORME EXIGE O EDITAL – PROVA DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO E APRESENTAÇÃO DOS DEMAIS DOCUMENTOS EXIGIDOS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO – PRECEDENTE STJ – EXCESSO DE FORMALISMO NO CASO – LIMINAR PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA PERMITIR A PARTICIPAÇÃO NO CERTAME, CASO SEJA CONSIDERADO HABILITADO NAS PRÓXIMAS FASES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Conforme entendimento do STJ: *"A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta"* (STJ: MS n. 5.869/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.10.2002).

A Jurisprudência pátria tem prestigiado o princípio do formalismo moderado, que garante a possibilidade da correção de falhas ao longo do processo licitatório, isso sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tratando-se apenas de uma solução em caso de conflito de princípios.

Pelo princípio do formalismo moderado, no curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve adotar formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, fazendo prevalecer o conteúdo sobre o formalismo extremo, sem deixar de lado as medidas essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

No caso, embora o participante não tenha apresentado a certidão de regularidade de seguro garantia de participação, conforme exige o Edital regulador do certame, deve ser aplicado o princípio do formalismo moderado, quando ele comprova a contratação do seguro e apresenta os demais documentos exigidos, sob pena de desvirtuar a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta, implicando ainda excesso de formalismo, conforme precedente do STJ.

Não se pode olvidar ainda do caráter precário da medida liminar, o que impede a possibilidade de dano inverso, a prejudicar a administração pública.

## 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, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de setembro de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de agravo de instrumento interposto por Souzafranco Construções Ltda Epp contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos de Mandado de Segurança, impetrado em face do Diretor Presidente da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos- Agesul, que indeferiu a liminar pretendida.

Alega, em síntese, que atua na área de obras e construções e que participou da Licitação na modalidade Tomada de Preço – tipo menor preço, promovida pela autoridade apontada como coatora, por meio do Edital n. 065/2020 e Processo Administrativo n. 57/003.539/2019.

Diz que o certame teve início no dia 08.05.2020, tendo sido aberto o primeiro envelope, momento em que a impetrante foi considerada inabilitada, porque não apresentou a certidão de regularidade do seguro garantia de participação, deixando de atender ao subitem 2.11.3 do edital regulador, informação que, segundo alega, poderia ser obtida no site da SUSEP, conforme autoriza o art. 43, § 3º, da Lei de Licitação.

Diz que o ato praticado pela autoridade coatora é ilegal, por excesso de formalismo, já que contratou o seguro, conforme prevê o Edital do certame, apresentando todos os outros documentos exigidos, sendo que o recurso administrativo interposto contra a referida decisão foi rejeitado, sendo mantida a sua inabilitação. .

Ressalta que a sua exclusão do processo licitatório, por não ter apresentado a certidão de veracidade do seguro gaarantia, fere seu direito líquido e certo, por não se tratar de documento indispensável à comprovação da capacidade financeira da impetrante, ainda quando houve a juntada da apólice, com o comprovante de pagamento do seguro, devendo neste caso ser resguardada a finalidade precípua do certame que é a ampla concorrência.

Pede a concessão da tutela antecipada recursal, para autorizar a recorrente a participar das próximas etapas do certame licitatório, como habilitada, inclusive da reunião de abertura das propostas no dia 24.06.2020 às 14 h, e caso sua proposta seja considerada a melhor para a administração pública que o processo licitatório seja suspenso até o julgamento do mérito do mandamus.

No mérito, pede o provimento do recurso, confirmando a tutela concedida.

Foi concedida parcialmente a tutela antecipada recursal (f. 26-31).

Em contrarrazões, o agravado rebate todos os argumentos do agravante e pede o desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de agravo de instrumento interposto por Souzafranco Construções Ltda Epp contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos de Mandado de Segurança, impetrado em face do Diretor Presidente da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos- Agesul, que indeferiu a liminar pretendida.

Conforme relatado, a recorrente afirma que impetrou mandado de segurança em face da autoridade apontada como coatora, porque foi considerada inabilitada em processo licitatório de tomada de preço – Edital n. 065/2020, por não ter apresentado a certidàо de regularidade do seguro garantia de participação, deixando, por isso, de atender à exigência contida no subitem 2.11.3 da referida norma reguladora.

Segundo informa a impetrante, embora não tenha apresentado a certidão mencionada, juntou comprovante da contratação e do pagamento do seguro em questão, tendo ainda apresentado todos os demais documentos exigidos, que demostram a sua capacidade financeira.

Ressalta que sua inabilitação se deu por excesso de formalismo, cabendo no caso a aplicação do princípio da ampla concorrência.

Em análise ao Edital regulador do certame, observa-se que o subitem 2.11.3 assim dispõe:

> *"A garantia realizada na forma de seguro garantia ou fiança bancária, deverá ter prazo de validade mínima de 90(noventa) dias contados da data da abertura da licitação, e deverão ser emitidas, respectivamente, em conformidade com as normas da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e Banco Central do brasil (BCB), sendo obrigatória a comprovação do mesmo através das devidas certidões de regularidade, sob pena de inabilitação."*

Nesse passo, conforme entendimento do STJ: *"A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta"* (STJ: MS n. 5.869/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.10.2002).

A Jurisprudência pátria tem prestigiado o princípio do formalismo moderado, que garante a possibilidade da correção de falhas ao longo do processo licitatório, isso sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tratando-se apenas de uma solução em caso de conflito de princípios.

Pelo princípio do formalismo moderado, no curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve adotar formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, fazendo prevalecer o conteúdo sobre o formalismo extremo, sem deixar de lado as medidas essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Sobre o tema esta Corte já se posicionou:

> *"EMENTA APELAÇÃO CÍVEL DECLARATÓRIA E DEVER DE FAZER CONCURSO PÚBLICO APROVAÇÃO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO POSTERIORMENTE À INSCRIÇÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DO FORMALISMO MODERADO. 01. Mediante interpretação teleológica do edital e do Decreto n. 3.298/99, e em observância ao princípio da proporcionalidade, deve ser assegurado ao candidato a comprovação da situação de deficiência física, ainda que posteriormente ao ato de inscrição no concurso público. 02. Medida em consonância com o princípio do formalismo moderado, que rege a atividade administrativa, tendo em vista que poderá ser atendida a finalidade do ato sem causar prejuízos. Recurso provido.* (TJMS. Apelação n. 0800130-44.2016.8.12.0047, Terenos, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 18/07/2018, p: 18/07/2018)

No caso, o Julgador singular indeferiu a liminar em favor do agravante, sob o fundamento de não existir direito líquido e certo.

Em que pesem seus judiciosos fundamentos, tenho que em sede liminar exige-se tão somente que os fundamentos lançados pelo impetrante sejam relevantes, conduzindo à fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Nesse passo, em cognição sumária, tenho que se a recorrente comprovou a contratação e o pagamento do seguro garantia, juntou a cópia da apólice e os demais documentos exigidos no Edital regulador, vejo que, *a priori*, parece que a declaração de sua inabilitação, somente pelo fato de não ter apresentado a certidão de regularidade do seguro garantia, se mostra dessarazoada e contrária *à "própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta", como* entendimento do Superior Tribunal de Justiça, suso citado.

Nesse passo, tenho que seus fundamentos são relevantes e indicam a presença da fumaça do bom direito. Já o perigo da demora consiste no fato de que, não concedida a liminar, o agravante estará fora do certame, considerando que o processo licitatório se encontra em trâmite

De outro lado, não há perigo de dano inverso, tendo em vista a precariedade da decisão proferida em sede liminar.

Por todas essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de conceder parcialmente a liminar pretendida pelo agravante, apenas para permitir sua participação na reunião de abertura de propostas antes agendada para o dia 24.06.2020, na data estipulada pela comissão do certame, e nas demais fases do processo licitatório de tomada de preço – Edital n. 065/2020, casa seja considerado habilitado em cada uma, até decisão de mérito do *mandamus*.

## 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, 8 de setembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
## Apelação Cível nº 0011370-59.2011.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPLORAÇÃO DE JAZIDAS DE MINÉRIO DE FERRO E MANGANÊS POR EMPRESA MINERADORA EM SOLO DE TERCEIRO – CONCESSÃO DA AVERBAÇÃO DA CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DO DECRETO DE LAVRA PELO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA – AGRAVO RETIDO – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA E PRESCRIÇÃO AFASTADAS – NÃO CONHECIMENTO DAS PRELIMINARES DE COISA JULGADA E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS – COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO SOLO DA AUTORA – DIREITO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL A RECEBER A PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DA EXPLORAÇÃO DA LAVRA – MULTA APLICADA PELO NÃO CUMPRIMENTO DA NORMA LEGAL – TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS CORRETO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A comprovação inicial da propriedade se faz pela matrícula imobiliária acostada nos autos, bem como pelos registros da AGRAER. Pelas provas apresentadas na inicial há elementos suficientes para demonstração das alegações da autora de forma abstrata, sem adentrar na análise meritória dos pedidos da ação. Com base em precedentes da Corte da Cidadania, a decisão que reconheceu a autora como parte legítima ativa *ad causam,* considerando as assertivas descritas na inicial, sem fazer qualquer juízo de mérito da ação deve ser mantida pela Teoria da Asserção.

No caso houve a interrupção da contagem do prazo prescricional pela citação da empresa agravante na ação nº 429/94, cuja decisão transitada em julgado se deu em 03.11.2008, já vigente o atual código civil que prevê o prazo específico previsto no art. 206, §3º, inciso V, não havendo como dar interpretação diferente, pois o prazo prescricional se iniciou a partir de 03.11.2008, e a presente ação foi ajuizada em 18/10/2011, atendendo o prazo de três anos.

Não se conhece da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em razão de haver confusão com o mérito da ação, considerando que nas razões recursais da apelação contém os mesmos argumentos acerca de não ser devida a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra – Royalties por alegação de inexistência de prova de que o imóvel onde foi realizada a extração mineral seja de propriedade de terceiro.

Preliminar de coisa julgada do pedido não conhecida por inexistência de reiteração expressa nas razões de apelação, ausência de cumprimento do § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil/1973. Agravo retido conhecido em parte e nessa extensão desprovido.

Há coisa julgada quando se repete a mesma questão em processo anteriormente ajuizado e já decidida a matéria. No caso a apelante arguiu a mesma preliminar afirmando ser a apelada carecedora do direito de ação, sob a tese de que o lote da exploração da lavra se encontra encravado em faixa de fronteira, devendo sua inscrição imobiliária ser ratificada pelo órgão do INCRA. Sobre tal argumentação há coisa julgada por ter sido indeferido o pedido de deslocamento da ação para Justiça Federal no recurso de Agravo de Instrumento nº 63.723-8, cuja decisão transcorreu o trânsito em julgado. Prefacial afastada.

Nos termos do art. 370 do CPC o julgador é o destinatário das provas cabendo-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, determinar aquelas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. No caso o Magistrado expôs com maestria suas razões

para indeferir o pedido de produção da prova testemunhal e levantamento topográfico, não havendo cerceamento de defesa, devendo ser mantida tal decisão.

A prova técnica concluiu pela identificação do imóvel e estudo sobre a origem da transcrição imobiliária, havendo informações suficientes para comprovar a legitimidade da propriedade em nome da autora. Embora a apelante tenha questionado o trabalho desenvolvido pelo Perito Judicial, ela não apresentou prova contrária capaz de afastar o laudo conclusivo.

É cediço que os atos praticados pelo Cartório de Registro Imobiliário tem presunção de veracidade, admitindo-se prova em contrário desde que haja pela parte interessada o ajuizamento de ação própria para se anular o registro, o que não foi feito no caso dos autos.

Ao contrário do entendimento da apelante há provas capazes de confirmar a sentença de que o imóvel "Lote Belvedere" é de propriedade da autora, estando em localização exata nos termos da conclusão da perícia judicial, obedecendo a cadeia dominial do bem, segundo a transcrição imobiliária que tem presunção de veracidade e legitimidade.

Há documentos demonstrando a autorização de pesquisa pelo órgão competente em 1940 a favor da empresa Sociedade Brasileira de Mineração, tendo sido concedido através dos Decretos nº 11.221, 11.222 e 11.223, de 04/01/1943. Em 17/02/1975, constou o cancelamento da averbação do Contrato de Arrendamento, que somente retornou a execução da lavra por parte da empresa METAMAT – Companhia Mato-grossense de Mineração, publicado no D.O.U em 30/06/1975, havendo a averbação da cessão e transferência para empresa apelante conforme publicação no D.O.U. em 08/09/1980. Portanto, a apelante recebeu a concessão da lavra nos termos do Decreto Estadual nº 2.044/74 em data posterior ao ano de 1967, como já declaradas nas Certidões dos órgãos competentes do Ministério Minas e Energia-MME e Delegacia do MME/MS. Assim há legislação permissiva desde a Constituição de 1967, que na época estava em vigência o Código de Mineração – Decreto-Lei nº 227/67, prevendo o direito à participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, estabelecida no artigo 11, alínea 'b'.

Desde a aquisição do imóvel em 1949 até a edição do Decreto nº 2.044/74, a autora, ora recorrida, exerceu a posse direta do imóvel de forma plena sem qualquer oposição, nem mesmo por parte dos confrontantes houve contestação da propriedade e posse do imóvel, inexistindo prova de abandono do imóvel pela proprietária, visto que havia um ato administrativo do Poder Público do Estado de Mato Grosso autorizando a exploração das jazidas por terceiro, cujo Decreto concedeu a extração de minério de ferro e manganês nos termos das concessões autorizadas desde 1975 pelo Departamento Nacional do Ministério de Minas e Energia. Logo, a empresa exploradora de minérios está obrigada a pagar a participação à proprietária da terra nos resultados da lavra.

A aplicação de multa pecuniária se trata de uma compensação devida ao proprietário do solo por não ter a empresa exploradora cumprido sua obrigação legal de pagar a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra. A norma legal prevista no art. 11, alínea 'b', §3º do Decreto nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 - Código de Mineração, que foi alterado pela Lei nº 8.901, de 30/06/1994, editada para regulamentar o § 2º do art. 176 da Constituição Federal prevê ao proprietário do solo o seu direito à participação nos resultados da exploração da lavra e o seu não cumprimento implica em correção do débito, juros de mora de um por cento ao mês e multa de até dez por cento sobre o montante apurado. Logo, acertada tal questão, em que o Magistrado acolheu os embargos definindo que a multa de 10% prevista no art. 11, 'b', §3º do Código de Minas deve incidir sobre o montante da dívida apurado após a vigência da Lei 8.901/1994. Sobre o termo *a quo* referente à incidência de juros de mora desde a citação no processo nº 0001894-90.1994.8.12.0008 o Magistrado fundamentou que houve interrupção do prazo prescricional e constituiu a apelante em mora (art. 219 do CPC/1973), devendo ser confirmada tal decisão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, conheceram em parte do agravo retido e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. Quanto ao recurso, afastaram as preliminares e negaram provimento.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Mineração Corumbaense Reunida S.A. contra decisão proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação de Cobrança movida por Sociedade Brasileira de Imóveis Ltda.

Argui, preliminarmente:

a) matéria de ordem e prefacial de carência de ação, sob o fundamento de que o lote Belvedere está localizado em faixa de fronteira que tem domínio da União;

b) cerceamento do direito de defesa em razão da necessidade de produção de prova testemunhal e levantamento topográfico do imóvel em discussão;

c) que sejam apreciados os agravos retidos interpostos em face da decisão interlocutória que rejeitou as preliminares e a prejudicial de mérito invocadas na contestação de: i) ilegitimidade ativa da autora sob o fundamento da inexistência de prova concreta da propriedade do solo no qual se desenvolve a lavra; ii) impossibilidade jurídica do pedido em razão de ser devida ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra exclusivamente às concessões outorgadas após 14.03.1967; iii) existência de coisa julgada, visto que o acórdão julgou improcedente a ação de cobrança anteriormente proposta nº 0001894-90.1994.8.12.0008; iiii) prescrição da ação pela não aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil, pois de acordo com o referido dispositivo ou se aplica o Código Civil de 1916, ou se aplica o Código Civil de 2002, e no presente caso, deverão ser aplicados os dois estatutos levando-se em consideração o vencimento de cada parcela.

No mérito, alega que:

I) não há nos autos prova de que a empresa apelante exerce atividade minerária em área superposta ao imóvel de propriedade da apelada, visto que as premissas em que se baseiam a sentença não se sustentam ao exame da prova produzida no feito;

II) é indevida a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra – *royalties,* face a inexistência de prova de que o imóvel onde foi realizada a extração mineral é de propriedade de terceiro, não havendo se falar em direito ao recebimento pela simples coincidência entre os polígonos do imóvel de propriedade de terceiros e de títulos minerários de concessão de lavra;

III) inexistência de conduta negligente da apelante, sendo que o que se extrai dos autos é que a apelada, tendo se tornado titular por meio de operação de compra e venda do domínio de um suposto lote de terras denominado Belvedere em 31.01.1949, não exerceu a faculdade de usar, gozar, fruir ou dispor do bem, não havendo nos autos mínimos indícios do exercício de posse;

IV) deve ser mantido o *status* fático apurado na prova pericial nos autos de nº 0001894-90.1994.8.12.0008, visto que no presente feito inexistem elementos novos capazes de alterar a situação constatada anteriormente pela perícia ali realizada;

V) na vistoria não há constatação de elementos que possam identificar a área de operação da empresa apelante no lote Belvedere, havendo inconsistências do laudo pericial, que não foi capaz de comprovar que o lote é superficiário das áreas onde ocorreram as atividades de extração mineral;

VI) não há indicação precisa na prova pericial da real localização do lote Belvedere, motivo pelo qual se insurge sobre a rotação do norte geográfico, da alegação da localização do imóvel com base no título primitivo de 1900 e da ausência da indicação da Fazenda Piraputangas como confrontante da área e nos marcos da Fazenda Urucum estabelecidos em 1949;

VII) não há que se falar em pagamento ao proprietário do solo referente à participação nos resultados da lavra relativa à concessões de lavra promovidas pela União antes de 1967;

VIII) indevida a condenação ao pagamento da multa prevista no art. 11, "b" do Decreto 227/1967, bem como do descabimento da incidência de juros de mora desde a citação no processo nº 0001894-90.1994.8.12.0008.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Mineração Corumbaense Reunida S.A. contra decisão proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da Ação de Cobrança movida por Sociedade Brasileira de Imóveis Ltda.

Por questão de prejudicialidade analiso primeiramente o recurso de agravo retido (f. 535/555).

*Ab initio,* cumpre anotar que a modalidade de agravo na forma retida foi excluída com o advento do Código de Processo Civil de 2015, no entanto, em observância ao disposto no art. 14 do mesmo Diploma Legal, deve ser conhecido, já que incide a norma processual vigente quando da prática do ato.

E consoante disciplinava o § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil/1973, o apelante, em suas razões de apelação, deveria requerer a apreciação do agravo retido pelo Tribunal.

Na decisão interlocutória de f. 507/518, o julgador singular rejeitou as preliminares arguidas em contestação de: ilegitimidade ativa da autora; impossibilidade jurídica do pedido; existência de coisa julgada; prescrição da ação pela não aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil; saneou o feito delimitando a questão controvertida dos autos, deferiu a prova pericial requerida pela autora com a nomeação da empresa VCP - Consultoria e Perícias Ltda, oferecendo os quesitos do juízo a serem respondidos pelo Perito.

A requerida pleiteou a apreciação nas razões de apelação, consoante determina o art. 523, §1º, do CPC de 1973 referente as preliminares de ilegitimidade ativa da autora, impossibilidade jurídica do pedido e pela ocorrência de prescrição da ação (f.1.374/1.387).

1 - Preliminar de ilegitimidade ativa da autora.

Sobre tal prefacial, o entendimento do Magistrado foi pela aplicabilidade da teoria da asserção, como assim ponderou:

> *"Segundo a teoria da asserção, as condições da ação são analisadas apenas com base nas alegações iniciais das partes, de sorte que não se permite o produzir de provas para fins de comprovar as condições da ação. (...) O que se discute, no caso vertente, é a legitimidade ativa, uma vez que a parte requerida argumenta que a autora deve fazer prova de plano que as jazidas estão sendo exploradas em área de sua propriedade, sob pena de ser considerada parte ilegítima. (...) À luz da teoria da asserção comprovar ou não se a morraria urucum, notadamente a região das lavras, está ou não situada na área de propriedade da autora é matéria de mérito. É indevido exigir que a autora faça prova cabal nesse sentido, de início, sob pena de inviabilizar a própria propositura da demanda. Incumbe a parte autora, com a inicial, para fins de demonstrar legitimidade, asseverar que em terras de sua propriedade estão sendo exploradas jazidas de minério desde o ano de 1976 e, ainda, trazer elementos mínimos hábeis a evidenciar que tal versão é potencialmente possível. (...) A autora não está reivindicar propriedade de imóvel ou demarcação, o que pretende, vale repetir, é comprovar que a área do morro do urucum que concentra jazidas de ferro e mangânes, exploradas desde 1976, encontra-se em sua propriedade, o que verifico ser possível frente a coerente narrativa inicial e a documentação de pág. 30/40, 84/89, laudo pericial de pág.138/155 e registros da AGRAER de pág. 316/320. Não falta a inicial documento essencial, portanto, de modo que a parte autora respeitou os arts. 283 e 396 do CPC. Comprovar se as jazidas estão sendo exploradas em área de sua propriedade (lote Belvedere), portanto, é questão de fundo, matéria de mérito. A autora é parte legítima a demandar, porquanto narra e traz prova inequívoca de que os fatos deduzidos são possíveis, ao menos de início, pois comprova a propriedade de área de 1.004 hec, no mínimo, contígua ao morro do urucum.*
>
> *Vale dizer, que como bem frisou o autor em sua impugnação, nos termos do que dispõe o art. 1.245, §2º do CC, enquanto não há prova em contrário, presume-se o adquirente como proprietário do imóvel. Apenas a prova colhida em instrução revelará se a lavra desenvolve-se nos limites da propriedade do autor. Com base nesses argumentos, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa."*

Desse modo nessa fase processual, o que se deve averiguar inicialmente é a propriedade do imóvel em nome da autora nos termos do art. 1.245, §2º do Código Civil.

Portanto, a comprovação inicial da propriedade se faz pela matrícula imobiliária acostada nos autos, bem como pelos registros da AGRAER (f. 30/40, 316/320), havendo assim a presunção da legitimidade no registro imobiliário.

Sobre o princípio da presunção no registro imobiliário, Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra leciona (Registro de Imóveis – Coordenador Christiano Cassetari, 4º ed., 2020, Editora Foco, Indaiatuba-SP, p. 83):

> *"O princípio da presunção consiste na eficácia atribuída pelo sistema aos direitos inscritos no registro de imóveis. O princípio da presunção busca a segurança jurídica por meio da estabilidade dos direitos inscritos. (...) tendo o Brasil adotado a presunção relativa de veracidade, o que significa dizer que com a inscrição ocorre uma inversão do ônus da prova em relação a esses direitos, ou seja, os direitos inscritos são considerados válidos e eficazes, a não ser que se prove o contrário. Essa presunção está prevista no §2º do art. 1.245 do Código Civil, que assim dispõe: "Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel". (...) Assim, a fé pública se refere as declarações feitas pelo registrador no tangente aos direitos inscritos, as quais são tidas como verdadeiras. Assim, a fé pública visa transmitir à sociedade confiança sobre a verdade dos assentos feitos pelo registrador e sobre as informações por este fornecidas".*

Logo, acertada a decisão do Magistrado que discorreu pela aplicabilidade da Teoria da Asserção ao caso.

Nesse sentido os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL.*
>
> *1. Se a controvérsia é decidida dentro dos limites delineados na petição inicial, não há falar em julgamento extra, citra ou ultra petita. 2. A jurisprudência desta Corte Superior adota a teoria da asserção, segundo a qual a presença das condições da ação, entre elas a legitimidade ativa, deve ser apreciada à luz da narrativa contida na petição inicial, não se confundindo com o exame do direito material objeto da ação, a ser enfrentado mediante confronto dos elementos de fato e de prova apresentados pelas partes em litígio. (...) 5. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO." (AgInt no REsp 1710937/DF, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/10/2019, DJe 18/10/2019)*
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS MEDIANTE FINANCIAMENTO. INCLUSÃO E CÁLCULO DO VALOR DA DENOMINADA "TAXA DE RETORNO". CONDIÇÕES DA AÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AFERIÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. 1. Ação coletiva de consumo na qual se pleiteia que a recorrente seja coibida de cobrar, na aquisição de veículo por meio de financiamento, a rubrica "taxa de retorno".*
>
> *2. Recurso especial interposto em: 26/07/2017; conclusos ao gabinete em: 11/03/2019; aplicação do CPC/15.*
>
> *3. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; e b) a concessionária é parte legítima para figurar no polo passivo de ação coletiva de consumo na qual se questiona a cobrança de "taxa de retorno" na aquisição financiada de veículos.*
>
> *4. Ausentes os vícios dos arts. 535 do CPC/73 e 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.*
>
> *5. As condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade ativa, os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o autor e o réu podem ser os titulares da relação jurídica exposta ao juízo.*
>
> *Precedente.*
>
> *6. Na hipótese em exame, a causa de pedir deduzida na inicial atribui à recorrente as condutas de i) atuar indevidamente como agente financeiro; e ii) ao negociar os termos do contrato de financiamento com o consumidor, inserir no contrato de financiamento a "taxa de retorno" e estipular seu valor.*
>
> *7. De um exame abstrato das alegações da inicial, verifica-se que a parte que teria, em tese, ligação direta com o direito material deduzido em juízo é a recorrente, pois, da forma como argumentado pela autora, pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo dos consumidores, o que evidencia sua legitimidade passiva e a viabilidade do processo para amparar o direito material deduzido em juízo.*
>
> *8. Recurso especial desprovido."* (REsp 1671315/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019)

Pelas provas apresentadas na inicial, há elementos suficientes para demonstração das alegações da autora de forma abstrata, sem adentrar na análise meritória dos pedidos da ação.

Destarte, com base em precedentes da Corte da Cidadania, deve ser mantida a decisão agravada que reconheceu a autora como parte legítima ativa *ad causam,* considerando as assertivas descritas na inicial, sem fazer qualquer juízo de mérito da demanda.

2 - Da impossibilidade jurídica do pedido

Pelas razões apresentadas pela agravante no agravo retido de f. 1377/1380, verifica-se que tal prefacial se confunde com o mérito da pretensão do apelo, visto que reiterou tais razões no item VI, de f. 1388/1393, alegando não ser devida a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra – Royalties por inexistência de prova de que o imóvel onde foi realizada a extração mineral seja de propriedade de terceiro.

Portanto, tal prefacial de impossibilidade jurídica do pedido será analisada com o mérito da ação.

3 - Da Coisa Julgada.

A agravante alegou que o acórdão prolatado na ação de cobrança anteriormente proposta nº 0001894-90.1994.8.12.0008 julgou improcedente os pedidos da autora, havendo coisa julgada.

Tenho que tal preliminar não deve ser conhecida, visto que a agravante não requereu expressamente nas razões da apelação sua apreciação (f. 1.374-1.387), deixando de cumprir o § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil/1973.

4 - Da prescrição da ação

A agravante defende que ocorreu a prescrição da ação sob o fundamento de que o recebimento de participação do proprietário do solo no resultado da lavra é verba que possui natureza compensatória, periódica e não reparatória, por se tratar de direito pessoal do proprietário do solo, motivo pelo qual não se aplica a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicado o art. 178, §10 do Código Civil anterior, que previa o prazo de cinco anos para as prestações de rendas temporárias ou vitalícias, como é o caso dos autos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do vencimento de cada uma das parcelas. Nesse raciocínio, as parcelas vencidas antes de 18.07.1989 estão prescritas. Já as parcelas vencidas no período entre 18.07.1989 e 18.07.1994 – data em que houve a interrupção da prescrição pelo ajuizamento da ação anterior – será aplicado o prazo prescricional de cinco anos, e para as parcelas vencidas a partir de 18.07.1994 o prazo é o previsto no art. 206, §3º do atual Código Civil, ou seja, de três anos.

Assim, na hipótese dessa Corte entender que o imóvel sobre o qual exerce seus trabalhos de lavra seja de propriedade da autora, não fará jus ao recebimento das parcelas vencidas entre o período de 1976 a 17.07.1989, devendo ser reconhecida a ocorrência da prescrição desse lapso temporal, ser reformada a decisão do juízo *a quo* e ser parcialmente extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso IV do CPC.

Sobre tal prefacial o Magistrado *a quo* decidiu:

> *"Independente da natureza jurídica afeta a participação que o proprietário da área tenha direito, seja ela compensatória ou reparatória, o fato é que a partir do momento que houve o inadimplemento, a pretensão que o credor busca é o recebimento de quantia que julga ter deixado indevidamente de receber, logo, a pretensão é mesmo reparatória e o prazo que se aplica a partir da data de 03.11.2008 é o lapso do código civil de 2003, previsto no art. 206, §3º, V. A presente demanda respeitou tal prazo, logo não há que se falar em prescrição.*
>
> *Por óbvio, data venia, o prazo interrompido pela ação proposta em 1994 era o previsto pelo Código Civil de 1916 e não é razoável a tese arguida pela requerida de que é possível retroagir para que se faça aplicar o código de 2003 e o prazo de 3 anos, àquela época. A empresa requerida alega, ainda, subsidiariamente, presumo que a pretensão de recebimento das parcelas compreendidas entre 1976 e 17.07.1989 estariam prescritas, pois no caso teria que ser aplicado o prazo previsto no art. 177, §10 II do CC/1916. Como já dito, a pretensão*

*em tela é reparatória e para tal o prazo previsto no Código de 1916 era de 20 anos, nos termos do que sustenta a autora.*

*Considerando que a ação 429/94 foi propugnada no ano de 1994, sob a égide do código civil de 1916, não há que se cogitar prescrição em relação a pretensão de recebimento de eventuais valores devidos entre os anos de 1976 e 1989, pois a citação daquela ação, tempestivamente, interrompeu o prazo prescricional."*

Após análise desse entendimento, não há como reformar a decisão do juízo singular, visto que quando a autora ingressou com a primeira demanda em 1994, a norma civil vigente era de 1916, ou seja, o estatuído no art. 177 para as ações pessoais que prescreviam, ordinariamente, o prazo de 20 (vinte anos), que venceria em 1996, pois a autora pretende o recebimento da participação na lavra explorada pela agravante na sua propriedade desde o ano de 1976.

No caso, houve a interrupção da contagem desse prazo pela citação da empresa agravante na ação nº 429/94, cuja decisão transitada em julgado se deu em 03.11.2008, quando já vigente o atual Código Civil, que prevê o prazo específico previsto no art. 206, §3º, inciso V: *Prescreve: (...)§ 3º Em três anos: (...)V - a pretensão de reparação civil.*

Sobre o tema da interrupção da prescrição colaciono o ensinamento de Flávio Tartuce (Manual de Direito Civil, 2018, p. 315-316):

*"A respeito dos casos de interrupção da prescrição, repise-se que esses envolvem condutas do credor ou do devedor. Ademais, relativamente aos seus efeitos, é cediço que a interrupção faz com que o prazo retorne ao seu início, partindo do seu ponto zero. Prevê o art. 202, caput, do atual CC que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez, novidade que traz alguns problemas práticos, conforme será analisado. Vejamos as suas situações concretas: Como primeira hipótese de interrupção (art. 202, I, do CC), esta pode ocorrer "por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual". É interessante confrontar esse dispositivo, novidade parcial, com o art. 219 do CPC/1973, que preceituava: "A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1.º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação". Restava a dúvida: há realmente um conflito entre tais normas ou antinomia? O Código Civil de 2002 revogou o Código de Processo Civil? Sempre acreditamos que não. A melhor resposta era dada por Carlos Roberto Gonçalves, entre os civilistas; e Flávio Luiz Yarshell, entre os processualistas. Entendiam esses autores que não houve revogação. Na verdade, os dois artigos deveriam ser interpretados sistematicamente e em complemento. O que se procurava fazer era um diálogo de complementaridade entre as duas leis, outra aplicação da festejada tese do diálogo das fontes, de Erik Jayme e Claudia Lima Marques. A solução, então, era a seguinte: a interrupção dar-se-ia com o despacho do juiz (Código Civil), retroagindo essa interrupção ao momento da propositura da ação (Código de Processo Civil). Seguindo a ideia, na V Jornada de Direito Civil, em 2011, aprovou-se enunciado com o seguinte teor: "O art. 202, I, do CC, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1.º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição, produzido pelo despacho que ordena a citação, possui efeito retroativo até a data da propositura da demanda" (Enunciado n. 417). Essa tese parece ter sido adotada pelo Novo Código de Processo Civil, pois o seu art. 240 preceitua: "A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz b) litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1.º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação"*

Desse modo, não há como dar interpretação diferente, tendo em vista que com a interrupção da ação anteriormente proposta em 1994, o prazo prescricional se iniciou a partir de 03.11.2008, data da decisão transitada em julgado, e tendo a presente ação sido ajuizada em 18/10/2011 não ocorreu a prescrição.

Assim, conheço em parte o agravo retido de f. 535-555, e nessa extensão, desprovejo-o.

Passo analisar as preliminares arguidas em sede recursal:

a) Carência da ação.

A tese levantada pela apelante de haver carência de ação sob o fundamento que o lote Belvedere está localizado em faixa de fronteira que tem domínio da União já foi analisada no Recurso de Apelação nº 100.075706-8/0000-00.

Conforme consta no citado feito (f. 70), a apelante já havia arguido a mesma preliminar afirmando que a mineradora está encravada em faixa de fronteira, não podendo ser considerada propriedade particular sem que antes tenha a sua inscrição imobiliária ratificada pelo INCRA.

Desse modo, sobre tal argumentação há coisa julgada por ter sido afastado o pedido de deslocamento da ação para Justiça Federal no recurso de Agravo de Instrumento nº 63.723-8, em razão de suposto interesse da União, cuja decisão transcorreu o trânsito em julgado.

Destarte, havendo nova decisão estar-se-ia violando o citado instituto previsto no art. 467 do CPC/1973: "*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário"* ou art. 502 (atual CPC*): "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso"*.

A respeito da coisa julgada, discorre Daniel Assumpção Amorim Neves:

> *"A imutabilidade gerada pela coisa julgada material impede que a mesma causa seja novamente enfrentada judicialmente em novo processo. Por mesma causa entende-se a repetição da mesma demanda, ou seja, um novo processo com as mesmas partes (ainda que em polos invertidos), mesma causa de pedir (próxima e remota) e mesmo pedido (imediato e mediato) de um processo anterior já decidido por sentença de mérito transitada em julgado, tendo sido gerada a coisa julgada material. O julgamento do mérito desse segundo processo seria um atentado à economia processual, bem como fonte de período à harmonização dos julgados. Na realidade, mesmo que a segunda decisão seja no mesmo sentido da primeira, nada justifica que a demanda prossiga, sendo o efeito negativo da coisa julgada o impedimento de novo julgamento de mérito, independente do seu teor"*(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 799).

Assim, afasto a preliminar de carência de ação.

b) Do cerceamento de defesa.

Referente à preliminar de cerceamento de defesa sobre a a tese arguida pela apelante de haver necessidade de produção de prova testemunhal e levantamento topográfico, tenho que não merece amparo.

Isso porque o julgador é o destinatário das provas, nos termos do art. 370 do CPC, cabendo-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, determinar aquelas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Dessa forma, compete ao Juiz, como dirigente do processo e prestador da tutela jurisdicional, a análise do conjunto argumentativo e da realidade concreta do feito para balizamento da pertinência das provas requeridas, podendo indeferir aquelas que se mostrem protelatórias ou inúteis para o deslinde da questão, assegurando os direitos constitucionalmente previstos.

No caso o Magistrado expôs com maestria suas razões para indeferir o pedido da apelante de produção da prova testemunhal e levantamento topográfico, não havendo cerceamento de defesa. Veja-se parte dessa decisão:

> *"(...) O contexto probatório existente nos autos é suficiente para julgamento do feito, razão pela qual a prova testemunhal revela-se inócua pois não teria o condão de afastar as conclusões obtidas por meio da perícia e documentos, únicas provas pertinentes para resolução da controvérsia aqui instaurada, conforme já havia exposto na decisão de pág. 507/518. Quanto ao pedido de produção de levantamento topográfico georreferenciado da área em que a requerida realiza suas atividades, a prova também é desnecessária, uma vez que a perícia efetivada nos autos restou suficientemente clara, precisa e apta a sanar as dúvidas apontadas pela requerida. Inclusive, houve o esclarecimento de todas as insurgências apresentadas pela imprensa, conforme laudos acostados aos autos. Outrossim, referida dilação probatória pretendida seria produzida unilateralmente pela requerida e não seria hábil a afastar as conclusões periciais, eis que desprovida de imparcialidade, pressuposto de legitimidade da prova técnica. Diga-se, ainda que a requerida poderia ter juntado o levantamento topográfico georreferenciado com a sua contestação, porém assim não o fez, inclusive manifestou-se contrariamente à produção dessa prova nos autos do Agravo de Instrumento nº 4007463-61.2013.8.12.0000, conforme ressaltou a autora em pág. 1214 e conforme se denota da petição inicial do agravo, nos itens "3.5" de pág. 06 e "3.7" de 07, onde a requerida expressamente afirma que "a questão referente à localização da jazida também pode ser dirimida, sem a necessidade de se realizar levantamento topográfico georreferenciado". Desse modo, a pretensão de produção de tal perícia unilateral, após a realização da perícia técnica do juízo, além de inepta, seria contraditória em relação a comportamento anterior manifestado pela requerida. Portanto, indefiro o pedido de dilação probatória e a passo ao julgamento do feito."* (f. 1.288 v.-1.289).

Logo, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Afastadas tais preliminares, passo a analisar o mérito recursal.

Do mérito

Segundo consta da inicial a autora, ora apelada, pretende o recebimento de participação pela exploração de jazidas de minério de ferro e manganês, por estar a lavra em parte do terreno de sua propriedade, "Lote Belvedere" (área total de 1.004 hectares e área explorada de 564,73 hectares), adquirido por meio de escritura pública datada de 31.01.1994 lavrada no 1º Tabelionato de Notas da Comarca de Corumbá, Livro 123 f. 151-155, objeto da matrícula nº 5.166, f. 267, do Livro 3-F do Cartório de Registro de Imóveis de Corumbá (f. 30-32, 156-158).

O julgador decidiu pela procedência dos pedidos da autora com a condenação da requerida nos moldes pleiteados:

> *"(...) Diante do exposto, julgo procedentes as pretensões iniciais e o feito extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, para:*
>
> *I- condenar a empresa requerida ao pagamento da participação devida à autora pela exploração das minas localizadas na área de sua propriedade, calculada da seguinte forma:*
>
> *a) 10% (dez por cento) do Imposto Único sobre Mineração recolhido pela requerida desde o início da exploração em 1976 até 04/10/1988;*
>
> *b) 10% (dez por cento) sobre o ICMS recolhido a partir de 05/10/1988 até 30/06/1994;*
>
> *c) 50% (cinquenta por cento) do valor total devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União, a título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais, conforme previsto no caput do art. 6º da Lei nº 7.990/89 e art. 2º da Lei nº 8.001/90;*
>
> *d) os valores devem ser corrigidos pelo IGPM desde a data em que deveriam ser realizados os pagamentos mensais e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação.*

*II- Condenar a requerida ao pagamento de multa no valor correspondente a 10% do montante apurado, conforme disposto no § do art. 11, "b", do Código de Minas.*

*III- Condenar a requerida a realizar os pagamentos mensais à autora, da quantia correspondente a 50% do valor total devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União, a título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais, enquanto perdurar a exploração das lavras em questão.*

*IV- Condenar a requerida ao pagamento de custas e honorários, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 85, §2º do CPC. Ponderados a complexidade da causa, os valores em debate e o trabalho desenvolvido pelos causídicos.*

Contra a sentença foram opostos Embargos de Declaração pelas partes havendo o acolhimento parcial dos recursos, com ratificação e retificação em parte da sentença:

a) Retificar o dispositivo da sentença, especificamente o item "I", alínea "d", para que assim passe a constar: "Os valores devem ser corrigidos pelo IGPM desde a data em que deveriam ser realizados os pagamentos mensais e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação efetivada na ação anteriormente ajuizada pela autora (autos 94.3001894-9)."

b) Retificar o dispositivo da sentença, especificamente o item II, para que passe a constar: "Condenar a requerida ao pagamento de multa no valor correspondente a 10% do montante apurado, a partir da data de publicação da Lei 8.901/1994, conforme disposto no §3º, do art. 11, "b", do Código de Minas."

c) Corrigir o erro material contido na sentença em pág. 1295, no que diz respeito ao valor atribuído à causa, para que passe a constar a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

A apelante pede a reforma da sentença com fundamento nas seguintes teses:

1- Inexistência nos autos de prova de que a empresa apelante exerce atividade minerária em área superposta ao imóvel de propriedade da apelada, visto que as premissas em que se baseiam a sentença não se sustentam ao exame da prova produzida no feito, pois não há indicação precisa na prova pericial da real localização do lote Belvedere;

2- É indevida a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra – *royalties* face a inexistência de prova de que o imóvel onde foi realizada a extração mineral seja de propriedade de terceiro, não havendo se falar em direito ao recebimento pela simples coincidência entre os polígonos do imóvel de propriedade de terceiros e de títulos minerários de concessão de lavra;

3- Inexiste conduta negligente pelo não exercício da autora aos direitos de propriedade, pois o que se extrai dos autos é que a apelada não exerceu a faculdade de usar, gozar, fruir ou dispor do bem, não havendo nos autos mínimos indícios do exercício de posse pela apelada;

4- Diverge da condenação ao pagamento da multa prevista no art. 11, "b" do Decreto 227/1967, bem como do descabimento da incidência de juros de mora desde a citação no processo nº 0001894-90.1994.8.12.0008.

Portanto, as matérias de fundo controvertidas e reiteradas no presente recurso se refere basicamente sobre a localização, cadeia dominial do imóvel, discussão sobre a propriedade da autora, localização das lavras exploradas pela apelante, suposta obrigação de efetuar o pagamento de participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, aplicação de multa e termo inicial de incidência dos juros.

Para melhor análise das teses levantadas pela apelante, colaciono parte da sentença de procedência do pleito sob os seguintes fundamentos, *in verbis:*

Da localização e cadeia dominial do imóvel e propriedade da autora

Consignou o magistrado na sentença sobre o tema:

> *(...) Na esteira do que já foi exposto, a prova técnica produzida nos autos (corroborada pelos documentos) é suficiente para dirimir a controvérsia instaurada, razão pela qual pauto o deslinde do feito especialmente nas constatações obtidas pela perícia realizada, que fundamentou-se tanto na análise minuciosa da documentação constante dos autos e disponível junto aos Cartórios de Registro de Imóveis, como na vistoria in loco. O exame acerca da sucessão dominial efetuada pela perícia confirmou que a autora é proprietária do imóvel denominado Lote Belvedere, cuja origem encontra-se registrada no título primitivo datado de 1900. Segundo a perícia, o Lote Belvedere, adquirido pela autora em 31/01/1949, junto a Rosalina Cavassa Carcano, meeira e herdeira de César Carcano, possui registro na transcrição de transmissão de nº 5.166, registrada no livro 123, fls. 151 a 155, do Cartório do 1º Ofício de Corumbá. A referida transcrição é oriunda da Transcrição nº 1709, na qual também estavam registrados outros dois lotes denominados Rio Verde e Aguassu, também de propriedade originária do espólio de César Carcano. A Transcrição nº 1709, por sua vez, originou-se da Transcrição nº 852, no qual consta o registro da concessão do Lote Belvedere a César Carcano, perfectibilizada pelo Estado do Mato Grosso, em 25/07/1900. Assim afirmou o perito que "apura-se que a transcrição nº 5166 tem raiz no título primitivo denominado "Lote Belvedere", concedido pelo estado do Mato Grosso a César Carcano" (pág. 970). Inexistem dúvidas acerca da propriedade da autora, mormente quanto à origem do imóvel. Em sua conclusão, a perícia reiterou que "Diante de todo o exposto no decorrer deste relatório técnico, tem-se que a transcrição nº 5.166 tem raiz no título primitivo denominado "Lote Belvedere", concedido pelo estado do Mato Grosso a César Carcano. (pág. 986). (f. 1289v.) (...). Tais informações são suficientes para comprovar, indene de dúvidas, que a autora adquiriu os 1.004 hectares do Lote Belvedere junto à então legítima proprietária do bem." (f. 1.291). (...) A tudo corrobora a ausência de notícia de que a transferência datada de janeiro de 1949, conforme reflete o registro de transcrição de nº 5.166, tenha sido objeto de qualquer dúvida ou informada por qualquer via processual. Desse modo, diante da validade do registro público, sendo inexistente prova em contrário, não há dúvidas de que a autora é proprietária do imóvel denominado Lote Belvedere, cuja localização encontra-se em consonância com os limites descritos na transcrição de nº 5.166 e no seu título de raiz, bem como com os limites dos móveis confinantes citados em referidos documentos."* (f. 1.291v.).

Observa-se nas razões recursais que a empresa apelante questiona o trabalho feito pelo Perito, contudo, em nenhum momento apresentou prova contrária sobre seu entendimento.

Como consta da fundamentação feita pelo Perito à f. 1.180: "*Embora o assistente técnico pontue discordâncias, limita-se a questionar a metodologia aplicada nos trabalhos periciais, entretanto, deixa de apresentar qual seria, em seu entendimento, o posicionamento ideal do "Lote Belvedere", uma vez que, é incontroversos que a área investigada localiza-se ao sul da Fazenda Urucum".*

O que se verifica na fundamentação do julgador primevo acerca da localização e cadeia dominial do imóvel é o embasamento na prova técnica (perícia judicial) referente à identificação do imóvel e estudo sobre a origem da transcrição imobiliária, havendo informações suficientes para comprovar a legitimidade da propriedade em nome da autora.

Cumpre acrescentar que os atos praticados pelo Registro Imobiliário, tem presunção de veracidade, admitindo prova em contrário desde que haja pela parte interessada o ajuizamento de ação própria para se anular o registro, e no caso não há comprovação pela apelante nesse sentido.

Ressalvo aqui matéria doutrinária sobre o tema de Registro de Imóveis, citado por Luiz Guilherme Loureiro[1]:

> *"O Registro de Imóveis é fundamentalmente um instrumento de publicidade. Portanto, é necessário que as informações nele contidas coincidam com a realidade para que não se converta em elemento de difusão de inexatidões e fonte de insegurança jurídica, contrariando, dessa forma, sua finalidade básica. (...) O princípio da legitimação pode ser definido como aquele princípio hipotecário em virtude do qual o registro é presumido exato*

1 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos – Teoria e Prática. Ed. Juspodvim. 9º ed., 2018, p. 599-601.

*até demonstração em contrário. Para que tal presunção seja destruída, é preciso impugnar o conteúdo do assento perante os tribunais, cabendo ao impugnante o ônus de provar sua inexatidão. Enquanto não cancelado o registro inexato, continua produzindo efeitos. Logo, presume-se que os direitos reais existem na realidade extrarregistral, que pertencem ao titular registral na forma determinada no assento. A presunção abrange a existência do direito, sua titularidade e sua forma e conteúdo. Sendo inverídica a existência do direito registral, cabe ao interessado mover a ação competente para anular o assento, sendo seu o ônus de provar o vício do registro ou do título que lhe deu origem. Sendo inexato o registro no tocante ao conteúdo do direito, deve ser o assento retificado por via administrativa ou judicial, conforme as circunstâncias do caso concreto. (...) A presunção de veracidade registral produz ainda reflexos no direito processual civil. O favorecido por ela está exonerado de comprovar a titularidade do direito real em tela: basta provar sua condição de proprietário (ou de titular de direito real limitado) mediante apresentação da certidão do registro. Logo, não se poderá demandar nenhuma ação contraditória do domínio do imóvel ou direito real inscrito contra o titular registral sem que haja perdido prévio ou concomitante de anulação do registro correspondente."*

Assim, é indubitável o estudo feito pelo perito judicial que, com base na documentação pertinente, fez o trabalho com esmero seguindo os rigores técnicos para finalizar suas conclusões, explicitando sobre a descrição na área e firmando o posicionamento apurado pelo Lote Belvedere, a forma de aquisição da propriedade pela autora, o registro de transcrição e sua origem imobiliária (f. 965/1.129, 1.177/1.181, 1.224/1.228).

Ao contrário do entendimento da apelante, pode-se afirmar que há nos autos provas suficientes de que o imóvel "Lote Belvedere" é de propriedade da autora, estando em localização exata nos termos da conclusão da perícia judicial, obedecendo a cadeia dominial do bem, segundo a transcrição imobiliária que tem presunção de veracidade e legitimidade.

Da localização das lavras exploradas pela apelante no imóvel e obrigação de efetuar o pagamento de participação do proprietário do solo nos resultados da lavra.

A apelante alega que inexistem provas de que ela exerce atividade minerária em área superposta ao imóvel de propriedade da apelada, visto que as premissas em que se baseiam a sentença não se sustentam ao exame da prova produzida no feito.

Sobre tal questão, o Magistrado assim pontuou:

*"Como já dito, a prova pericial constatou, com precisão, a localização do Lote Belvedere, registrado na matrícula nº 5.166 e de propriedade da autora. Após a localização do imóvel em questão, restou patente que a requerida desenvolve suas atividades mineradoras exatamente na área de propriedade da autora (pág. 971/977).*

*A ocupação da empresa requerida é visível, inclusive, por meio de imagem de satélite, como se extrai de pág. 978, que evidencia a exploração de minério dentro dos limites do Lote Belvedere. Nesse ponto, consignou o perito que em pág. 978: "Diante do apurado em vistoria, plota-se os limites do imóvel sobre imagem de satélite da região, no intuito de observar a extensão da atividade desenvolvida na propriedade. Conforme observa-se na imagem de satélite datada de 12/02/2016, a área de lavra explorada pela requerida é perceptível e possuía, na data da imagem, a extensão de, aproximadamente, 170 hectares sem considerar as vias de acesso interno e áreas já exaridas". (grifei). A luz do contexto de provas, é inquestionável o desenvolvimento das atividades da empresa requerida dentro da área de propriedade da autora. (...) Em sua conclusão, o perito destacou que: "(...) considerando os dois marcos comuns entre a Fazenda Urucum e o Lote Belvedere, atestados no memorial descritivo do processo de concessão de terras emitido pelo departamento de terras do Mato Grosso (Anexo I), pode-se afirmar que a localização do perímetro do Lote Belvedere (Transcrição nº 5.166) que mais guarda coerência com a descrição do título primitivo, é o posicionamento apresentado nas Figuras 04 e 05 deste relatório técnico; Verificou-se in loco que, a requerida desenvolve atividade mineradora no local, evidenciada pelas instalações edificadas na área e pelo tráfego intenso de caminhões e máquinas pesadas. Constatou-se ainda, por meio do*

> *exame na imagem de satélite datada de 12/02/2016, que a área de lavra explorada possuía, na data da imagem, a extensão de, aproximadamente 170 hectares, sem considerar as vias de acesso interno e áreas já exauridas; (grifei). A fim de ratificar as constatações periciais, o expert afirmou também que com base nas informações disponíveis por meio de consulta pública ao DNPM é possível verificar que existem oito processos administrativos no DNPM que atingem o imóvel da autora, portanto, "as áreas em fase de concessão de lavra da requerida atingem parcialmente o imóvel da autora em 564,73 hectares" (pág. 1181/1182). Vale dizer, ainda, que a conclusão pericial obtida no presente feito não difere da conclusão pericial alcançada na ação anteriormente ajuizada pela autora (nº 94.3001894-9), que levou à procedência do pedido inicial em 1º grau de jurisdição. Da cópia da sentença acostada em pág. 45/65 extrai-se que "Portanto em estando correta a afirmativa de que o mapa que instrui o pedido de ratificação no INCRA está correto chega-se a conclusão do perito judicial de 'A configuração física apresentada na planta que instrui procedimento ratificatório junto ao INCRA acarreta a impostergável situação de estarem as autorizações de exploração mineral em favor da requerida em terras de titularidade da Requerente" (f. 186)" (pág. 61). Em outro momento, registrou o ilustre magistrado que "(...) as próprias Portarias ministeriais que ratificaram a utilização da ré no item II dizem peremptoriamente que as minas estariam "em terrenos de propriedade da Sociedade Brasileira de Imóveis Ltda" (pág. 62). Assim, restou comprovado, de forma segura, que a parte autora é proprietária do imóvel sobre o qual se encontram as jazidas exploradas pela empresa requerida.* (f. 1.291v./1.293).

Pela explanação bem fundamentada do Magistrado *a quo* restou definida a localização das lavras exploradas pela requerida, inclusive em perícia realizada em processo anteriormente ajuizado, o perito do IPC (Instituto de Pesquisas Científicas) concluiu que a exploração mineral estava ocorrendo em terras de titularidade da requerente, havendo afirmação da retratação física do imóvel contida no projeto retificatório iniciado junto ao órgão do INCRA, o que se reforça o laudo elaborado pela perícia técnica realizada no presente feito.

Além disso, todos os questionamentos sobre o laudo pericial foram esclarecidos e respondidos pelo Perito, o qual mencionou sobre o escopo da perícia, a especificação das jazidas exploradas que estão em propriedade da autora, inexistindo posicionamento contrário conforme foi analisado pelo magistrado.

Assim o entendimento do julgador ao embasar seu livre convencimento pelas observações feitas pelo Perito ao afirmar que por meio dos equipamentos utilizados em aferição de área de terras e pela visita *in loco* constante no laudo pericial se localizam as áreas de lavras em plena atividade de exploração.

Ademais, seria obrigação da apelante comprovar o pagamento pela exploração do terreno da autora, já que recebeu a concessão para lavra de minérios de ferro e manganês.

Insta salientar que as Portarias ministeriais emitida pelo Ministro do Estado das Minas e Energia de nº 743 de 08.06.1981, Processo DNPM 573/801/40 (f. 471/472) e 613 de maio de 1981, Processo DNPM 573.803/40 (f. 475/476) comprovam a outorga da concessão:

> *"I- Retificar a Concessão de Lavra outorgada à Companhia Matogrossense de Mineração – METAMAT cujos direitos estão averbados em nome de Urucum Mineração S.A. a qual passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *II - Fica outorgada à Companhia Matogrossense de Mineração – METAMAT concessão para lavrar minérios de ferro e manganês em terrenos de propriedade da Sociedade Brasileira de Imóveis Ltda e Espólio de Mauricio de Arrudas, no lugar denominado Urucum, Distrito de Albuquerque, Município de Corumbá, Estado de Mato Grosso do Sul (...)*
>
> *III – A presente retificação será transcrita no Livro C do Departamento Nacional da Produção Mineral. (...)"* (f. 471/472).

Os documentos acostados nos autos (f. 418/420) demonstram os registros com relação a titularidade da concessão de lavra desde a edição do primeiro Decreto nº 11.221, de 04/01/1943 do Ministério de Minas

e Energia - Serviço Público Federal, autorizando a lavra pelo Governo do Estado de Mato Grosso a favor da Sociedade Brasileira de Mineração Ltda, tendo sido concedido através dos Decretos nº 11.221, 11.222 e 11.223, de 04/01/1943.

Contudo, em 17/02/1975, constou na publicação do Diário Oficial da União o cancelamento da averbação do referido Contrato de Arrendamento, que somente retornou à execução da lavra por parte da empresa METAMAT – Companhia Mato-grossense de Mineração, publicado no D.O.U em 30/06/1975.

Transcrevo a Certidão emitida pelo Ministério de Minas e Energia-MME -Delegacia do MME/MS – Serviço de Mineração-SERMIN (f. 418):

> *"Certificamos, tendo em vista requerimento da parte interessada, que consta no processo DNPM nº 573.801/40 os seguintes registros com relação a titularidade da concessão de lavra: Decreto nº 11.221, de 04/01/43, publicado no D.O.U. em 06/01/43 autorizando a lavra pelo Governo do Estado de Mato Grosso: publicado no D.O.U. em 29/12/53 a averbação do Contrato de Arrendamento para a Sociedade Brasileira de Mineração Ltda.; publicado no D.O.U. em 17/02/75 o cancelamento da averbação do Contrato de Arrendamento, tendo em vista o Decreto Estadual nº 2.044/74; publicado no D.O.U. em 30/06/75 averbação do contrato para execução da lavra por parte da METAMAT – Companhia Mato-grossense de Mineração; publicado no D.O.U. em 19/12/77 averbação da incorporação do Decreto de Lavra em favor da METAMAT – Companhia Mato-grossense de Mineração; publicado no D.O.U, em 08/09/80 averbação da cessão e transferência do Decreto de lavra à Urucum Mineração S/A. Por ser verdade, assino a presente certidão."* (f. 418)

Diante dos atos administrativos expostos, a apelante recebeu a concessão da lavra referente ao Decreto Estadual nº 2.044/74 por cedência e transferência da empresa METAMAT - Companhia Mato-grossense de Mineração em data posterior ao ano de 1967, pois aquela recebida no ano de 1943 foi cancelada, como já declaradas nas Certidões dos órgãos competentes do Ministério Minas e Energia-MME e Delegacia do MME/MS (f. 418/420).

No caso, há legislação permissiva acerca do pedido da autora desde a Constituição de 1967, que na época estava em vigência o Código de Mineração – Decreto-Lei nº 227/67, prevendo o direito à participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, estabelecida no artigo 11, alínea 'b', *in verbis*:

Art. 11. Serão respeitados na aplicação do regime de Autorização Concessão, subordinados aos preceitos deste Código:

a) o direito de prioridade, que é a precedência de entrada do requerimento no D.N.P.M., pleiteando a autorização de pesquisa ou concessão de lavra designando-se por prioritário o respectivo requerente;

b) o direito de participação nos resultados da lavra, que corresponde ao dízimo do imposto único sobre minerais, aplica-se às concessões outorgadas após 14 de março de 1967.

Dessa forma, na época da concessão da exploração da lavra a favor da empresa apelante por meio do Decreto nº 2.044/74 em data posterior a 14/03/1967 vigia a redação original da norma contida no art. 11, alínea "b".

Posteriormente a redação do citado artigo foi alterada pela Lei nº 6.403/1976:

> *Art. 11. Serão respeitados na aplicação dos regimes de Autorização, Licenciamento e Concessão: (Redação dada pela Lei nº 6.403, de 1976)*
>
> *a) o direito de prioridade à obtenção da autorização de pesquisa ou de registro de licença, atribuído ao interessado cujo requerimento tenha por objeto área considerada livre, para a finalidade pretendida, à data da protocolização do pedido no Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M), atendidos os demais requisitos cabíveis, estabelecidos neste Código; e (Redação dada pela Lei nº 6.403, de 1976)*

> *b) o direito à participação nos resultados de lavra, em valor correspondente ao dízimo do imposto sobre Minerais, aplicável, exclusivamente, às concessões outorgadas após 14 de março de 1967. (Redação dada pela Lei nº 6.403, de 1976)*

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve nova alteração na redação original pela lei infraconstitucional nº 8.901/1994, art. 11, alínea "b" *in verbis:*

> *"Art. 11. Serão respeitados na aplicação dos regimes de Autorização, Licenciamento e Concessão: (Redação dada pela Lei nº 6.403, de 1976)*
>
> *a) o direito de prioridade à obtenção da autorização de pesquisa ou de registro de licença, atribuído ao interessado cujo requerimento tenha por objeto área considerada livre, para a finalidade pretendida, à data da protocolização do pedido no Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M), atendidos os demais requisitos cabíveis, estabelecidos neste Código; e (Redação dada pela Lei nº 6.403, de 1976)".*

Logo, havendo imensa comprovação das provas produzidas no caderno processual que a apelante explora jazidas de minério de ferro e manganês em 564,73 hectares localizados parcialmente no subsolo de área de propriedade da autora, a empresa explorada da lavra está obrigada a pagar a participação nos resultados da lavra.

Quanto à alegação da apelante de que inexiste conduta negligente pelo não exercício da autora aos direitos de propriedade, pois o que se extrai dos autos é que a apelada, tendo se tornado titular por meio de operação de compra e venda do domínio de um suposto lote de terras denominado Belvedere em 31.01.1949, não exerceu a faculdade de usar, gozar, fruir ou dispor do bem, não havendo nos autos mínimos indícios do exercício de posse pela apelada, igualmente não prospera.

Conforme se verifica dos documentos de f. 418/420, a empresa Sobramil, (Sociedade Brasileira de Mineração Ltda) do mesmo grupo da empresa autora, explorava as jazidas de minérios existentes no Lote Belvedere até 1974, quando foi transferida a concessão por meio de ato administrativo expedido pelo Estado de Mato Grosso, Decreto nº 2.044/74, publicado no D.O.U em 30/06/1975, a averbação do contrato para execução da lavrada a favor da empresa METAMAT – Companhia Matogrossense de Mineração, sendo que em 08/09/1980 foi feita a averbação da cessão e transferência do Decreto de lavra à empresa Urucum Mineração S/A.

Desde a aquisição do imóvel em 1949 até a edição do Decreto nº 2.044/74, a autora, ora recorrida, exerceu a posse direta do imóvel de forma plena sem qualquer oposição, nem mesmo por parte dos confrontantes houve contestação da propriedade e posse do imóvel.

Desse modo, não há prova de abandono do imóvel pela proprietária, visto que havia um ato administrativo do Poder Público do Estado de Mato Grosso autorizando a exploração das jazidas por terceiro, cujo Decreto concedeu a extração de minério de ferro e manganês nos termos das concessões autorizadas desde 1975 pelo Departamento Nacional do Ministério de Minas e Energia.

Ademais, para que ficasse caracterizado qualquer ato de abandono do imóvel pela recorrida, a apelante teria que ter comprovada tal alegação, o que não o fez no decorrer do trâmite processual.

Insurgência do descabimento da condenação em multa e sobre o termo inicial de incidência dos juros.

Referente à condenação da apelante ao pagamento da multa prevista no art. 11, "b" do Decreto 227/1967 o Magistrado assim decidiu:

> *"Quanto à multa de 10% prevista no §3º, da alínea "b" do art. 11 supracitado, entende-se que também é devida à autora, pelo decurso de tempo que permaneceu sem receber os valores que por direito lhe pertencem. A requerida ocupa e explora a área de propriedade da autora há mais de quarenta anos sem lhe repassar qualquer quantia pela utilização e restrição que suas atividades impuseram e continuam impondo à propriedade da autora. Não há se*

> *falar em ausência de omissão da requerida quanto ao pagamento da participação, pois essa obrigação decorre de lei, a qual a empresa requerida, em virtude das atividades que exerce, não poderia desconhecer. O contrário representaria afronta ao princípio constitucional do enriquecimento ilícito. Portanto, ciente de que deveria pagar participação dos resultados da lavra ao proprietário das terras que ocupa, agiu, no mínimo, com negligência, ao permanecer durante mais de quarenta anos explorando minas sem repassar o valor devido pelo exploração. Desse modo, deve arcar com a multa pelo descumprimento da obrigação legal de pagar a compensação devida ao proprietário do solo. (*f. 1.295)

É cediço que sanção pecuniária consubstanciada na multa é aplicada como punição pelo ilícito praticado. No caso, trata-se de uma compensação devida ao proprietário do solo por não ter a empresa apelante cumprido sua obrigação legal de pagar a participação do proprietário do solo nos resultados da lavra.

A norma legal prevista no art. 11 do Decreto nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 - Código de Mineração, que foi alterado por força da Lei nº 8.901, de 30/06/1994, editada para regulamentar o § 2º do art. 176 da Constituição Federal prevê ao proprietário do solo o seu direito à participação nos resultados da exploração da lavra, *in verbis:*

> *b) o direito à participação do proprietário do solo nos resultados da lavra.*
>
> *§ 1º. A participação de que trata a alínea "b" do caput deste artigo será de cinquenta por cento do valor total devido aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União, a título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais, conforme previsto no caput do art. 6º da Lei nº 7.990, de 29 de dezembro de 1989 e no art. 2º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990.*
>
> *§ 2º. O pagamento da participação do proprietário do solo nos resultados da lavra de recursos minerais será efetuado mensalmente, até o último dia útil do mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela taxa de juros de referência, ou outro parâmetro que venha a substitui-la.*
>
> *§ 3º. O não cumprimento do prazo estabelecido no parágrafo anterior implicará correção do débito pela variação diária da taxa de juros de referência, ou outro parâmetro que venha a substitui-la, juros de mora de um por cento ao mês e multa de dez por cento aplicada sobre o montante apurado."*

Logo, acertada a decisão singular ao acolher os embargos e definir que a multa de 10% prevista no art. 11, 'b', §3º do Código de Minas deve incidir somente sobre o montante da dívida apurado após a vigência da Lei 8.901/1994.

Sobre o termo *a quo* referente à incidência de juros de mora desde a citação no processo nº 0001894-90.1994.8.12.0008, o Magistrado fundamentou no sentido de que houve interrupção do prazo prescricional e constituiu a apelante em mora nos termos do art. 219 do CPC/1973, vigente na época do ajuizamento daquela ação.

Nesse sentido, segue decisão do STJ:

> *AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO E NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS EMBARGANTES.*
>
> *(...)*
>
> *2.2. Nos termos do entendimento do STJ, a citação válida é causa interruptiva da prescrição, mesmo que o processo seja extinto sem resolução do mérito, excetuadas as hipóteses de inércia do demandante (art. 485, II e III, do CPC/15). Aplicação da Súmula 83 desta Corte.*

> *3. A ausência de indicação do dispositivo considerado violado atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF.*
>
> *4. Agravo interno desprovido.* (AgInt nos EDcl no AREsp 1505514/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019)

Desse modo, há de prevalecer a decisão de primeiro grau em que o Magistrado acolheu parcialmente os embargos opostos pelas partes, retificando o dispositivo da sentença nos seguintes termos:

> *a) Retificar o dispositivo da sentença especificamente o item "I", alínea "d" para que assim passe a constar: "Os valores devem ser corrigidos pelo IGPM desde a data em que deveriam ser realizados os pagamentos mensais e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação efetivada na ação anteriormente ajuizada pela autora (autos 94.300189-9). B) Retificar o dispositivo da sentença, especificamente o item "II", para que passe a constar: "Condenar a requerida ao pagamento de multa no valor correspondente a 10% do montante apurado, a partir da data de publicação da Lei 8.901/1994, conforme disposto no §3º, do art. 11, "b", do Código de Minas"* (f. 1343-1344).

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.

Registro, por entender oportuno, que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do CPC.

Por todo o exposto, conheço do agravo retido em parte, e nessa extensão nego-lhe provimento; afasto as preliminares de carência da ação e de cerceamento de defesa arguida pela apelante e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença na íntegra.

Nos termos do art. 85, §11 do CPC, majoro os honorários advocatícios fixados na origem em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do agravo retido e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. quanto ao recurso, afastaram as preliminares e negaram provimento.

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, 10 de dezembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
## Apelação Cível nº 0024030-34.1996.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE – RESTITUIÇÃO DEVIDA – TEMA 201 DO STF – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – RELAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – TEMA 810 DOS RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL – JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO – RECURSO PROVIDO.

1. O Tribunal Pleno do STF, quando do julgamento do RE 593849 (Tema 201), , fixou a seguinte tese jurídica com repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

2. De acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 593.849/MG é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

3. Seguindo 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, tratando-se de ação 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."

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Auto Posto Aral Moreira Ltda, Auto Posto Jaguar Ltda, Auto Posto Tamino Ltda, Eximporã Transportadora Retalhista Ltda, Murtinho Transportadora Retalhista Ltda e Tamino Aéreo Combustível Ltda contra decisão proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Repetição de Indébito Tributário que movem contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Ratifico os termos do relatório constante na decisão de f. 629-630, esclarecendo que em 23.05.2005, o então Relator, em decisão monocrática, negou provimento ao recurso por ser manifestamente improcedente (f. 629-635). O agravo regimental interposto (f. 641-656) foi desprovido pela então 2ª Turma Cível deste Sodalício (f. 662-669).

Os apelantes opuseram embargos de declaração (f. 673-677) que foi acolhido pela 2ª Turma Cível em 02.08.2005, com efeitos infringentes, para fixar honorários advocatícios de *"10% (dez por cento) sobre os valores atualizados das pretensões declinadas por cada um dos embargantes"* (f. 683-684), dando, por consequência, parcial provimento ao recurso de apelo.

Em novos embargos declaratórios opostos (f. 689-706), de forma sucinta, alegaram que o acórdão foi *extra petita* e que a decisão dos aclaratórios anteriores acabou por pior sua situação (*reformatio in pejus)*.

Os aclaratórios foram acolhidos com efeitos modificativos, para *"estabelecer que a verba honorária seja de 10% (dez por cento) sobre o montante das pretensões individuais declinadas nos autos, limitando, no entanto, o dispêndio de cada um dos litigantes ao valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) estipulados em sentença, devidamente atualizados pelo IGPM"* (f. 714-716).

Inconformados, interpuseram Recursos Especial (f. 719-755) e Extraordinário (f. 777-788), que tiveram seus seguimentos confirmados pela Vice-Presidência deste Sodalício (f. 860-865).

O STJ negou provimento ao Recurso Especial 862.653-MS (f. 869-876), enquanto que o STF determinou o sobrestamento do presente recursos, uma vez que a questão relativa à restituição de valores pagos a maior em regime de substituição tributária era objeto de ADI 2.777 (f . 889).

A Vice Presidência deste Sodalício, que havia sobrestado o feito em razão da repercussão geral reconhecida, determinou o retorno dos autos para análise de acordo com o que restou definido no RE 593-489/ PR – Tema 201.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Auto Posto Aral Moreira Ltda, Auto Posto Jaguar Ltda, Auto Posto Tamino Ltda, Eximporã Transportadora Retalhista Ltda, Murtinho Transportadora Retalhista Ltda e Tamino Aéreo Combustível Ltda contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação de Repetição de Indébito Tributário que movem contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

A Vice Presidência deste Sodalício, determinou o retorno dos autos para análise de acordo com o que restou definido no RE 593-849/ PR – Tema 201.

De acordo com a exordial, as autora foram compelidas pela Secretaria de Fazenda do Estado a recolher, *"num mesmo instante, quando da aquisição das mercadorias de seu comércio, o ICMS relativo às suas compras (ICMS normal), como, também, antecipadamente, o de operações futuras de revendas a consumidores finais, com base em preços contendo margens de lucro estabelecidas pelo Fisco (ICMS substituição tributária)"*.

Ocorre que em muitas ocasiões as mercadorias foram comercializadas em valor inferior àqueles estabelecidos como base de cálculo para a retensão antecipada do tributo pelas Distribuidoras, razão pela qual pugnara, pela restituição das quantias pagas a maior a título de ICMS, no período compreendido entre 1989 e 1995, devidamente corrigidas.

Instruídos os autos, sobreveio sentença de improcedência dos pedidos, pelos seguintes fundamentos:

*(...) Pretendem as autoras que lhes sejam autorizados efetuar a restituição dos créditos do ICMS relativos a circulação de combustível que possuem perante o Fisco Estadual.*

*Considerando que o período onde incidiu o ICMS sobre as operações de circulação de combustível e derivado de petróleo, como sendo esse entre os exercícios financeiros de 1989 a 1995, necessário vislumbrar a evolução legal durante acerca da matéria durante esse período.*

*O art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, consagra o princípio da não-cumulatividade, assegurando ao contribuinte do ICMS o direito de compensar nas operações futuras o imposto já recolhido nas pretéritas.*

*O Convênio nº 66/88 foi editado com fundamento no § 8º, do artigo 34, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT, estabelecendo critérios para que fosse concretizada a condição de substituto tributário, dispondo em seu artigo 25, in verbis:*

*(...).*

*Diante desta determinação nacional o Estado de Mato Grosso do Sul através do Decreto-Lei nº 66, de 27 de abril de 1979 Código Tributário Estadual, prescreveu in verbis:*

*(...)*

*Todavia, esse princípio deve ser interpretado sistematicamente com o regime de substituição tributária, previsto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93.*

*(...)*

*Muito embora a redação do art. 10 da Lei Complementar nº 87/96, bem como do artigo 65 do Decreto-Lei Estadual nº 66/79, assegurassem a restituição do valor do ICMS somente quando o fato gerador presumido não se realizar, os doutrinadores como o emérito tributarista Roque Antonio Carraza, em sua obra doutrinária ICMS, Malheiros, 4ª edição, p.160/162, apontam no sentido de que deve ser adotado idêntico procedimento quando o fato gerador for realizado parcialmente, ou seja, por preço inferior ao que serviu de base de cálculo presumida.*

*Entretanto, com o advento do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN nº 1.851-4/Alagoas, o Ministro Relator Ilmar Galvão, julgou improcedente em parte o pedido formulado pela Confederação Nacional do Comércio CNC e nessa parte declarou a constitucionalidade da atacada cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13, de 21 de março de 1997, estabelecendo que somente é possível a compensação do ICMS pelo substituído, quando não se realizar o fato gerador.*

*Cumpre aqui ressaltar alguns trechos do venerando voto, in verbis:*

*(...)*

*Diante dessas considerações ficou claro quando o substituído poderá restituir-se das diferenças dos créditos decorrente da antecipação do recolhimento do ICMS por substituição tributária, o que no presente caso afasta a pretensão das autoras, pois referidos créditos somente se fazem devidos quando não ocorrer o fato gerador presumido.*

*(...)*

*Destaca-se que, referido Convênio, bem como a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, não vem restringir a aplicação do princípio da não-cumulatividade, mas*

*tão somente disciplinar o regime de restituição dos créditos antecipados decorrentes da substituição tributária do ICMS.*

*É impertinente o argumento de que a legislação infraconstitucional também nega vigência ao referido princípio, já que visa harmonizar, em âmbito nacional, os critérios a serem utilizados na restituição dos créditos do ICMS, decorrentes da substituição tributária.*

*(...)*

*Portanto, não assiste razão a autora, no tocante a restituição nas diferenças dos créditos compreendidos no período de 1989 a 1995 considerando que referido Convênio bem como a Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, a qual começou a operar seus efeitos jurídicos no exercício financeiro de 1997, em observância ao princípio tributário da anterioridade, não restringiram a aplicabilidade do instituto da substituição tributária, mais tão somente o disciplinou, com a finalidade senão outra de garantir a restituição, desde que não tenha ocorrido o fato gerador presumido.*

*Imprescindível tecer algumas considerações no tocante ao fato de que os exercícios reclamados compreendidos entre 1989 a 1995, mesmo sendo anteriores a edição do Convênio nº 13, de 21 de março de 1997, bem como da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, não afastam o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal STF, como julgamento da ADIN nº 1.851-4/Alagoas, e tão somente esse, não esta aqui a retroagir os efeitos destes diplomas legais a exercícios financeiros pretéritos, repita-se tão somente o entendimento de que somente se dará a restituição se efetivamente não venha a ocorrer o fato gerador presumido é que esta sendo utilizado no caso em tela.*

*Ante o exposto, julgo improcedente o pedido deduzido por Auto Posto Aral Moreira Ltda. e Outros em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, declarando extinto o processo com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.*

*Condeno as autoras ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R$20.000,00 (vinte mil reais), para cada uma, levando em consideração o trabalho realizado pela Procuradoria-Geral do Estado em defesa do patrimônio público, pois a pretensão envolve restituição de quantia vultosa e que desencadearia o ajuizamento de inúmeros pedidos da mesma natureza.*

Como visto do relatório, a sentença foi mantida quanto a questão de fundo, tendo sido alterado apenas os honorários advocatícios de sucumbência.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, com base no resultado do julgamento da ADIn n. 1.851-4/AL, entendia que à luz do comando contido no art. 150, § 7°, da Constituição Federal, o contribuinte teria direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizasse, ficando afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.

No entanto, em 19.10.2016, o Tribunal Pleno daquela Corte Suprema, por ocasião do julgamento do RE n. 593.849/MG, em sede de repercussão geral (Tema n. 201), firmou a tese de que é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Nesse particular, segue a ementa do julgado:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da*

*sistemática da repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida". 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar "tipificante" na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.* (STF - RE 593849/MG - Minas Gerais - Relator(a): Min. Edson Fachin - Julgamento: 19/10/2016 - Publicação: 05/04/2017 - Órgão julgador: Tribunal Pleno)

Tal entendimento está em plena consonância com a proibição de enriquecimento sem causa, de forma que não poderia a Fazenda Pública lucrar com o equívoco em sua presunção de qual seria a base correta de incidência do imposto no ato futuro, devendo restituir eventual diferença.

Dirimida a controvérsia, modularam-se os efeitos daquele RE 593.849 no seguinte sentido:

*"Embora seja legítima e necessária a mudança de orientação do Tribunal, seja por mudança na realidade fática ou na percepção do que seja o melhor direito, a superação de uma linha de precedentes (overruling) deve envolver alguns cuidados. A estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas devem sempre ser levadas em conta na fixação dos efeitos temporais do novo entendimento. Em matéria tributária, particularmente, tenho sustentado que, como regra, a mudança da jurisprudência da Corte equivale verdadeiramente à criação de direito novo e, por tal razão, não pode operar efeitos retroativos.*

*Assim, em casos como o que se apresenta para julgamento, em que se estará promovendo uma mudança da interpretação consolidada da Corte, a solução constitucionalmente adequada é a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência direta da aplicação do princípio da segurança jurídica. Embora os direitos fundamentais se destinem, como regra, a proteger o particular em face do Poder Público, é fato que também a Fazenda Pública se beneficia das normas que resguardem a segurança jurídica, como corolário do Estado de Direito. Não poderia ser diferente, na medida em que a arrecadação tributária também se destina a viabilizar a efetivação de direitos fundamentais da população e seu comprometimento inesperado e retroativo – inclusive com a litigiosidade decorrentes dos pedidos de repetição – não deve ser respaldado pelo direito. Em suma: o novo entendimento que venha a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal equivale a uma norma jurídica nova e, portanto, somente deverá atingir fato geradores ocorridos após a presente decisão, ressalvadas os processos judiciais pendentes. Por sua vez, às situações passadas já transitadas em julgado ou que sequer foram judicializadas, deve ser aplicado o entendimento anterior."*

Observa-se que, para se evitar a insegurança jurídica, os efeitos da decisão foram modulados no sentido de se restringir a aplicação da tese apenas a fatos posteriores à conclusão do julgamento e a fatos anteriores que, já tendo sido judicializados, ainda não há trânsito em julgado, sendo este último o caso dos autos, uma vez que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal se deu em 19/10/2016, tendo sido publicada a ata de julgamento em 21/10/2016 e o acórdão em 31/03/2017, transitando em julgado em 15/03/2018, enquanto que a presente ação foi proposta ainda em 17.10.1996.

No caso telado, as apelantes possuem como objeto social o comércio varejista de combustíveis e lubrificantes, sendo, pois contribuintes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, em substituição tributária progressiva, assim conceituada por Ricardo Alexandre:

> *"A substituição tributária para frente, progressiva ou subsequente ocorre nos casos em que as pessoas ocupantes das posições posteriores das cadeias de produção e circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, por aquelas que ocupam as posições anteriores nessas mesmas cadeias."* (Direito Tributário. Ed. Juspodivm, 2017. P.377)

Diante disso, inafastável a incidência do julgado supra ao caso concreto, uma vez que o ICMS antecipado foi baseado em valor presumido, superior ao efetivamente devido. Assim, os autores fazem jus à restituição dos valores pagos indevidamente no período reclamado, cujo valor será apurado em liquidação de sentença.

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. "*

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.*

*3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.*

*As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.*

*3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.*

*As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.*

*3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.*

*No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.*

*3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.*

*As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).*

***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.*

> *4. Preservação da coisa julgada.*
>
> *Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.*
>
> *(...)* (REsp 1492221/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018 - destaquei)

Observa-se que o particular, em situações semelhantes ao ente público, tem direito aos mesmos benefícios tributários, sob pena de violar a igualdade assegurada pela Constituição Federal.

Sendo assim, os valores a serem apurados deverão ser corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescidos dos juros de mora no mesmo índice utilizado pela Fazenda Pública Estadual para remunerar seu crédito tributário (1% ao mês – art. 161, § 1º, do CTN).

Neste sentido, de nossa Relatoria:

> *APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – DIREITO TRIBUTÁRIO – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE – CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – BASE DE CÁLCULO REAL – RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA – ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – RELAÇÃO DE NATUREZA JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – TEMA 810 DOS RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em que pese o c. STF já tenha manifestado no sentido de ser necessário o requerimento administrativo em matéria previdenciária, referido entendimento não se aplica nos casos de exigência tributária por meio da substituição tributária, pois já existente o prejuízo devendo, dessa forma, ser reconhecido o interesse de agir do contribuinte que requer a restituição na esfera judicial. 2. De acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 593.849/MG é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. 3. Segundo o julgamento do RE 87.047/SE pelo Supremo Tribunal Federal, tema 810, de repercussão geral, nas condenações de dívidas de natureza tributária impostas contra a Administração Pública, a correção monetária deve ser feita pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial), mais adequado para recompor as perdas causadas pela inflação, acrescidas de juros moratórios em conformidade com aqueles aplicados pela Fazenda Pública para remunerar o crédito tributário - 1% ao mês – art. 161, § 1º, do CTN.* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária n. 0818810-84.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 25/11/2019, p: 03/12/2019)

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, principalmente considerando que toda a matéria versada foi objeto de decisão de observância obrigatória pelas Cortes, a teor do disposto no artigo 927,III, do CPC, o que dispensa a análise de outras teses que não possuem o condão de afastar a incidência daqueles Temas, e que, portanto, restaram tacitamente prequestionadas (art. 1.025, CPC)

*Ex positis*, em juízo de retratação, dou provimento ao recurso de apelação cível interposto por Auto Posto Aral Moreira Ltda e outros, para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul a restituir aos autores o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pagos a maior em caso de substituição tributária progressiva, entre os anos de 1989 e 1995.

Os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescidos dos juros de mora no mesmo índice utilizado pela Fazenda Pública Estadual para remunerar seu crédito tributário (1% ao mês – art. 161, § 1º, do CTN).

Inverto a sucumbência, condenando o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento das custas e despesas processuais antecipadas pelos autores e honorários advocatícios, cujo percentual deverá ser fixado em liquidação de sentença (artigo 85, §4º, do CPC).

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 10 de dezembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
## Apelação Cível nº 0067645-49.2011.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO EM SEDE DE MEDIDA CAUTELAR FISCAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ESPÓLIO E INVENTARIANTE – ARTS. 134 E 135 CTN – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA DO JUÍZO *A QUO* MANTIDA INCÓLUME.

1) Acerca da responsabilidade tributária, o legislador define o instituto no art. 128 do CTN, e traz um capítulo de sucessor e outro tratando da responsabilidade de terceiros. E, dentro dos sucessores temos responsabilidade solidária, a subsidiária e a substituição. Dentro do capítulo de terceiros, ocorre a mesma dinâmica.

2) Contudo, apesar da terminologia "*respondem solidariamente*" prevista no art. 134 do CTN, na verdade essa e uma responsabilidade subsidiária, em razão da primeira parte do artigo, que diz "*nos casos de impossibilidade do cumprimento da obrigação pelo contribuinte, respondem (...*)" Assim, existe uma ordem de cobrança – primeiro a Fazenda vai cobrar do contribuinte. Na impossibilidade de receber desse, por qualquer motivo, que pode não ter patrimônio suficiente, por exemplo, então o ente fazendário vai redirecionar a execução fiscal, a cobrança, para o responsável, para o terceiro.

3) No caso de inventariante, esse pode vir a responder pelos tributos do espólio, se ficar comprovado que agiu por ação ou omissão, gerando a cobrança – hipótese que não se amolda ao caso em discussão, vez que o juízo já se encontra garantido por bem penhorado nos autos de execução fiscal (afastando a incidência do art. 134), bem como o imóvel objeto da exação tributária foi alienado em período anterior ao próprio inventário (o que demonstra que não houve dolo por parte do inventariante, o que ensejaria a aplicação do art. 135).

4) Recurso conhecido e não provido, sentença mantida incólume.

## 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, 5 de outubro de 2020

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de apelação do Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença proferida na cautelar fiscal n.: 0067645-49.2011.8.12.0001, extinta nos termos dos artigos 485, inciso VI - em relação ao Espólio de Ushi Tibana, e 487, inciso I (em relação à Paulo Kosin Tibana -, ambos do CPC; pelo juízo da Vara de Execução

Fiscal da Fazenda Pública, por entender, em síntese, pelo não atendimento dos pressupostos necessários para responsabilização pelo crédito tributário (arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional).

Em suas razões, o ente público estadual aponta que o magistrado age em desacerto, quando não aplica a responsabilidade pessoal descrita no artigo 135, do CTN, por equivocadamente entender que o requerido Paulo Kosin não teria cometido nenhuma das situações descritas no *caput* do artigo.

Nas suas palavras:

> *(...) o erro constante está na não aplicação da responsabilidade pessoal descrita no artigo 135, do CTN, por equivocadamente entender que o requerido Paulo Kosin não teria cometido nenhuma das situações descritas no caput do artigo. O crédito objeto de ação cautelar é oriundo do Auto de Lançamento e Imposição de Multa n. 14887-E, que apresenta a seguinte descrição de fato gerador que resultou na exigência do crédito: "Não declarou no inventário de Ushi Tibana os lotes da Vila Nascente, relacionados no anexo a este ALIM, bem como o lote situado na Rua Dom Aquino, Vila Amambaí, transcrição nº 2202 do cartório do 1º ofício, tudo na cidade de Campo Grande-MS".*

Contrarrazões às fls. 226/229, pela improcedência do apelo, pontuando que o apelante nas suas argumentações simplesmente repetiu os argumentos da sua petição inicial ofertada nos autos da Ação Cautelar Fiscal. Assim, em nada altera os direitos dos apelados como também em nada altera as fundamentações contidas na Respeitável Sentença de primeiro grau.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação do Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença proferida na cautelar fiscal n.: 0067645-49.2011.8.12.0001, extinta nos termos dos artigos 485, inciso VI - em relação ao Espólio de Ushi Tibana, e 487, inciso I (em relação à Paulo Kosin Tibana -, ambos do CPC; pelo juízo da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública, por entender, em síntese, pelo não atendimento dos pressupostos necessários para responsabilização pelo crédito tributário (arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional).

Em suas razões, o ente público estadual aponta que o magistrado age em desacerto, quando não aplica a responsabilidade pessoal descrita no artigo 135, do CTN, por equivocadamente entender que o requerido Paulo Kosin não teria cometido nenhuma das situações descritas no *caput* do artigo.

Complementa pontuando que:

> *(...) o erro constante está na não aplicação da responsabilidade pessoal descrita no artigo 135, do CTN, por equivocadamente entender que o requerido Paulo Kosin não teria cometido nenhuma das situações descritas no caput do artigo. O crédito objeto de ação cautelar é oriundo do Auto de Lançamento e Imposição de Multa n. 14887-E, que apresenta a seguinte descrição de fato gerador que resultou na exigência do crédito: "Não declarou no inventário de Ushi Tibana os lotes da Vila Nascente, relacionados no anexo a este ALIM, bem como o lote situado na Rua Dom Aquino, Vila Amambaí, transcrição nº 2202 do cartório do 1º ofício, tudo na cidade de Campo Grande-MS".*

Nas contrarrazões, o apelado pugna pela improcedência do apelo, pontuando que o recorrente simplesmente repetiu os argumentos da sua petição inicial ofertada nos autos da Ação Cautelar Fiscal. *Assim, em nada altera os direitos dos apelados como também em nada altera as fundamentações contidas na Respeitável Sentença de primeiro grau* (fls. 226/229).

Passo ao voto.

Juízo de Admissibilidade

Verifico 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.

Mérito

O presente recurso traz questionamento acerca da responsabilidade tributária de Paulo Kosin Tibana, um dos requeridos em Ação Cautelar Fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Acerca da matéria, pertinente tecermos algumas considerações:

Sabemos que o vocábulo responsabilidade significa uma obrigação de responder pelas próprias ações, pelas ações de outrem ou por coisas confiadas, e nas relações jurídicas a responsabilidade é um fator determinante que norteia a obrigação, deste modo cada ramo do direito tem a sua própria responsabilidade.

No Direito Civil a responsabilidade civil consiste no dever de indenizar dano suportado por outrem, tendo a reparação como principal obrigação, podendo este dano ser de ordem material ou moral (art. 927 do Código Civil).

Já no Direito Tributário a responsabilidade tributária surge na hipótese de inadimplemento da obrigação tributária existente entre o contribuinte e o fisco, podendo essa responsabilidade surgir em diversas situações, tais como: na sucessão *causa mortis*, na transmissão de bens, na sucessão empresarial, na subsidiariedade, na solidariedade, e em muitas outras situações.

Nesse passo, o Código Tributário Nacional define "o que é responsável", e as respectivas hipóteses, *in verbis*:

> *Art. 128 Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode 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.*

Analisando a norma, verificamos:

a) esse elenco não é taxativo ("sem prejuízo do disposto neste capítulo", diz o legislador, "a lei poderá atribuir – essa lei é do ente tributante);

b) o responsável tem que ter um vínculo com o fato gerador, excluindo a responsabilidade do contribuinte, ou a atribuindo a este (o contribuinte) em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, ou seja, essa lei do ente federativo vai excluir o contribuinte, ou vai mantê-lo na relação jurídico tributária, podendo ele permanecer com uma responsabilidade supletiva.

Prosseguindo no raciocínio: o CTN prevê três hipóteses de responsabilidade tributária, três formas em que a legislação pode atribuir responsabilidade a terceiros:

1) Responsabilidade por Substituição – o substituto é responsável pela obrigação tributária. Mas de uma forma específica, pois nesse caso há uma exclusão do contribuinte da relação tributária, desde o fato gerador. Por isso a ideia de "substituição" – o substituto fica no lugar do contribuinte, desde a ocorrência do fato gerador. A relação jurídico tributária já surge com o substituto. É diferente do que alguns chamam de "responsabilidade por transferência" – aqui há o contribuinte e depois, por um fato superveniente, aquela obrigação é transferida para terceiro.

2) Responsabilidade Solidária –inciso II do art. 124 que traz a ideia: o contribuinte não é excluído, ou seja, o contribuinte permanece na relação jurídico tributária, juntamente com o responsável, o qual é incluído

nessa. E nessa responsabilidade solidária não há que se falar em benefício de ordem – a Fazenda Pública cobra dos dois: do contribuinte e do responsável, se assim preferir.

3) Responsabilidade Subsidiária – aqui também não há exclusão (*in fine* do art. 128 do CTN, o contribuinte pode permanecer em caráter supletivo). A grande diferença – aqui há sim benefício de ordem. Por isso a nomenclatura "subsidiária": o ente fazendário tem uma ordem de cobrança, e o contribuinte vai permanecer em caráter supletivo, tudo de acordo com o que indicar o legislador.

Em verdade, na responsabilidade, de modo geral, há uma diversidade de nomenclaturas: alguns autores fazem menção à "transferência" para diferenciar da "substituição", por exemplo.

Contudo, o Código Tributário Nacional (CTN) não divide responsabilidade dessa maneira: o legislador traz um capítulo de sucessor e outro tratando da responsabilidade de terceiros. E, dentro dos sucessores temos responsabilidade solidária, a subsidiária e a substituição. Dentro do capítulo de terceiros, ocorre a mesma dinâmica.

Assim, temos os artigos 134 e 135:

> ***Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:***
>
> *I - da capacidade civil das pessoas naturais;*
>
> ***II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;***
>
> *II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;*
>
> *III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.*
>
> ***Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:***
>
> *(...)* (grifei)

No caso em apreço, o requerente da Cautelar Fiscal aponta como devedores da CDA nº 1076/201 o Espólio de Ushi Tibana e Paulo Kosin Tibana, imputando a esse último a responsabilidade pessoal pelo débito por ser o administrador dos bens do espólio.

Em relação ao ponto combatido, a decisão consignou:

> *(...)*
>
> *No que tange à responsabilidade tributária do requerido Paulo Kosin Tibana, entendo que, por não restarem preenchidos os requisitos insculpidos no art. 134, IV ou art. 135, I, ambos do Código Tributário Nacional, o pedido cautelar deve ser julgado improcedente.*
>
> *Para que ocorra a responsabilização do inventariante do espólio, devem ser conjugados alguns dos requisitos indicados no art. 2º da Lei nº 8.397/92 (Lei da Cautelar Fiscal) e o disposto no art. 134, IV ou art. 135, I, ambos do Código Tributário Nacional, uma vez que o atingimento do patrimônio do inventariante pressupõe a prática de atos ilícitos, os quais não se restringem ao bojo da ação de execução fiscal, mas também, à ação Cautelar Fiscal, consoante jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça.*

> *É também necessária a comprovação da impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo contribuinte, em que pese a imprecisão terminológica do legislador, ao indicar no art. 134 do CTN que a responsabilidade dos terceiros arrolados em seus incisos seria "solidária". Neste ponto, a jurisprudência e a doutrina são unânimes em afirmar que a hipótese de responsabilidade tributária prevista no art. 134 do CTN seria subsidiária, isso porque o próprio dispositivo legal dispõe que "nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal do contribuinte", as pessoas arroladas nos incisos do art. 134 seriam responsáveis pelo adimplemento da obrigação.*
>
> *Ademais, cumpre salientar que uma das características da solidariedade é a inexistência de benefício de ordem, a qual se encontra presente no "caput" do art. 134, ao dispor que a responsabilidade pelo pagamento somente será transferida a terceiros, na hipótese de não ser possível o cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte.*
>
> *Com isso, denota-se que a responsabilidade tributária, prevista no art. 134, IV, do CTN, não poderá ser transferida ao requerido Paulo Kosin Tibana, sobretudo pelo fato de que a execução fiscal já foi garantida com a penhora de imóvel do espólio, demonstrando que o crédito tributário, caso mantido, poderá ser satisfeito com patrimônio do contribuinte.*

Verifica-se que agiu com acerto o juízo *a quo*.

Realmente, apesar da terminologia "*respondem solidariamente*" prevista no art. 134 do CTN, na verdade essa e uma responsabilidade subsidiária, em razão da primeira parte do artigo, que diz "*nos casos de impossibilidade do cumprimento da obrigação pelo contribuinte, respondem (...*)"

Assim, existe uma ordem de cobrança – primeiro a Fazenda vai cobrar do contribuinte. Na impossibilidade de receber desse, por qualquer motivo, que pode não ter patrimônio suficiente, por exemplo, então o ente fazendário vai redirecionar a execução fiscal, a cobrança, para o responsável, para o terceiro.

No caso de inventariante, esse pode vir a responder pelos tributos do espólio, se ficar comprovado que agiu por ação ou omissão, gerando a cobrança – hipótese que não se amolda ao caso em discussão, vez que o imóvel objeto da exação tributária foi alienado em período anterior ao próprio inventário.

Portanto, não há que se falar nesse redirecionamento, afinal, como bem apontado pelo juízo primevo (fl. 201):

Ocorre que no curso da presente ação cautelar, o requerido (Espólio de Ushi Tibana) indicou bem imóvel à penhora suficiente para garantia da ação principal, consistente no imóvel matriculado sob o nº 120.444, no 1º CRI da Comarca de Campo Grande/MS, de propriedade do de cujus Kosim Tibana, cônjuge da também falecida Ushi Tibana, sendo que o aludido imóvel também está sendo partilhado na ação de inventário nº 0100455-24.2004.8.12.0001. A formalização da penhora ocorreu a fls. 46 da Execução Fiscal nº 0063359-28.8.12.0001.

O imóvel penhorado foi avaliado em R$ 3.200.000,00, valor que não foi objeto de impugnação pelas partes, sendo que a dívida perfaz o montante de R$ 598.565,86, acrescida de 10% a título de honorários advocatícios, o que reflete a suficiência da garantia prestada na execução fiscal.

Lado outro, dispõe o art. 135 acerca de uma responsabilidade mais grave, a qual, segundo abalizada doutrina, reclama dolo por parte o agente.

Nesse ponto, a sentenciante pontuou (fl. 204):

> *Também não vislumbro a prática de atos dolosos pelo inventariante, a teor do que prevê o art. 135 do CTN, consistente em infração à lei ou atuação com excesso de poderes, capazes de atribuir-lhe responsabilidade solidária – ou pessoal como dito pelo legislador no aludido art. 135 – de modo que não poderá ser estendida a indisponibilidade patrimonial ao inventariante.*

Aliás, é sabido que o mero inadimplemento não enseja a transferência de responsabilidade pelo pagamento do débito tributário ao responsável tributário (súmula nº 430 do STJ), o que corrobora a ausência de responsabilidade tributária do inventariante.

Dessa forma, não se pode transferir a responsabilidade tributária para terceiros que não sejam contribuintes do tributo na hipótese de existência de bens para adimplemento da dívida, sob pena de desvirtuar a sujeição passiva que parte do contribuinte para o responsável tributário.

De forma resumida, trata o supracitado dispositivo, art. 135, de responsabilidade por substituição, vez que a cobrança pode se dar diretamente em face do terceiro, do substituto. Assim, todas os elencados no art. 134 podem vir a responder pelo 135. A diferença é saber se houve ou não violação de lei – se tiver violação dessa aplico o 135, se não tiver, for meramente uma ação ou omissão, responde pelo 134 do CTN.

E, conforme se depreende das informações trazidas aos autos, não há elementos que apontem dolo por parte do inventariante. Outrossim, não cabe a aplicação da responsabilidade subsidiária do art. 134, vez que o contribuinte não só demonstrou meios de arcar com a exação, como já há penhora nos autos, em valor suficiente a garantir o crédito tributário, tudo conforme já delineado alhures.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul, mantendo incólume a sentença proferida pelo juízo *a quo*.

Majoro em 5% (cinco por cento) os honorários recursais arbitrados na sentença, com fulcro no §11 do art. 85 do Código de Processo Civil.

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, 5 de outubro de 2020.

***

## 3ª Seção Cível
## Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
## Mandado de Segurança Cível nº 1403955-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EXTINÇÃO DE USUFRUTO – CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO NU-PROPRIETÁRIO – AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE BENS E DIREITOS A TÍTULO NÃO ONEROSO – INEXIGIBILIDADE DO ITCMD – COM O PARECER DA PGJ – ORDEM CONCEDIDA.

1) Reside a controvérsia em relação à legalidade da incidência do ITCMD - Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e por Doação -, em razão da extinção do usufruto em decorrência da morte do usufrutuário.

2) A hipótese de incidência do ITCD subsume-se à transmissão de propriedade *causa mortis* ou por doação, pelo que a mera extinção de usufruto, seja em razão do falecimento ou de renúncia dos usufrutuários, na forma do art. 1.410, inciso I do CC, não constitui fato gerador a justificar a exigibilidade do tributo em questão, pois a propriedade nunca saiu da esfera do nu proprietário.

3) Com o parecer da PGJ, ordem concedida para afastar a exação viabilizando-se, por conseguinte, o registro da baixa do usufruto por falecimento dos usufrutuários no Cartório de Imóveis Local, sem necessidade do recolhimento do imposto em testilha.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator, com o parecer.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Maria Léa Ferreira Lins, em face do ato praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul e Outros, consistente na exigência de pagamento de Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD, em razão da extinção do usufruto por falecimento dos usufrutuários.

A impetrante relata que o imóvel rural de 751 hectares e 8.923,34 m², registrado sob a matrícula nº 08.405 do CRI de Caarapó/MS, desmembrado da Fazenda Chapéu de Couro, lhe foi doado por Aureliano Severo Lins e Maria de Lourdes Severo Lins, ambos falecidos, mediante escritura pública de doação com reserva de usufruto vitalício, lavrada em 13/06/2001.

Narra que, de acordo com dita escritura pública, foi pago o ITCD junto à AGENFA de Caarapó/MS, no valor de R$ 41.845, 27, relativo à alíquota de 2% sobre o valor de R$ 2.092.263,47, correspondente a 2/3 do total atribuído a cada imóvel doado, isso em 24/05/2001.

No entanto, aduz que a autoridade coatora, ao realizar a consolidação plena da propriedade à Impetrante, extinguindo o usufruto, avaliou o respectivo imóvel 751,89233 ha - em R$ 20.737.942,35 - base de cálculo líquida (1/3), no valor de R$ 6.912.647,45, incidindo alíquota de 3%, totalizando o imposto ITCMD em R$ 207.379,42.

Afirma que impugnou tal ato em 17/03/2020, tendo a autoridade coatora indeferido a reclamação em 01/04/2020, declarando que, "em atenção à Reclamação da Guia de ITCD nº 2473/2020, informamos que, conforme entendimento firmado pela Sefaz/MS e PGE/MS, na ocasião da doação com reserva de usufruto, há a incidência do ITCD na doação da nua propriedade e na instituição de usufruto, calculados, respectivamente, em 2/3 e 1/3 do valor venal do bem. Como houve somente o adimplemento relativo à doação da nua propriedade (sobre 2/3 do valor venal do bem), nesse momento ocorre a cobrança sobre os 1/3 restantes, não quitado à época da doação, relativo à instituição do usufruto. Portanto, Guia e DAEMS atualizados estão disponíveis no sistema eletrônico".

Alega que o fundamento utilizado pelo Fisco estadual para cobrar o ITCMD, qual seja, art. 122, inciso IV e art. 127, inciso VI, da Lei n.º 1810/97, determinando a incidência do imposto tanto na instituição (por ato não oneroso), quanto na extinção de usufruto, por falecimento ou renúncia do usufrutuário, mostra-se ilegal e arbitrária, na medida em que "não houve qualquer transferência, e nem transmissão do bem imóvel, e menos ainda, do direito real. O que ocorreu, foi única e simplesmente a consolidação plena da sua propriedade", inexistindo, portanto, fato gerador da exação.

Desse modo, pugna a Impetrante pelo deferimento de liminar e, ao final, pela concessão da segurança, para que seja declarada a inexistência do fato gerador do ITCMD, não incidindo o imposto na baixa do usufruto por falecimento dos usufrutuários, bem como para declarar a satisfação integral do pagamento dos tributos relativos ao negócio jurídico.

Anexados à impetração, os documentos de fls. 16/52.

A liminar foi deferida, fls. 65/69, para determinar à autoridade coatora que suspenda a cobrança do ITCMD no caso em tela, até o julgamento final do presente remédio constitucional, evitando a incidência de multa e juros.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações, às f. 87/93, pugnando pela denegação da ordem.

Parecer da 6ª Procuradoria de Justiça Cível, fls. 97/106, ocasião em que opina pela "*concessão da ordem, para o fim de que seja afastada a incidência do ITCMD, viabilizando-se, por conseguinte, o registro da baixa do usufruto por falecimento dos usufrutuários no Cartório de Imóveis Local, sem necessidade do recolhimento do imposto em testilha".*

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Maria Léa Ferreira Lins, em face do ato praticado pelo Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul e Outros, consistente na exigência de pagamento de Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD, em razão da extinção do usufruto por falecimento dos usufrutuários.

A Impetrante relata que o imóvel rural de 751 hectares e 8.923,34 m², registrado sob a matrícula nº 08.405 do CRI de Caarapó/MS, desmembrado da Fazenda Chapéu de Couro, lhe foi doado por Aureliano Severo Lins e Maria de Lourdes Severo Lins, ambos falecidos, mediante escritura pública de doação com reserva de usufruto vitalício, lavrada em 13/06/2001.

Narra que, de acordo com dita escritura pública, foi pago o ITCD junto à AGENFA de Caarapó/MS, no valor de R$ 41.845, 27, relativo à alíquota de 2% sobre o valor de R$ 2.092.263,47, correspondente a 2/3 do total atribuído a cada imóvel doado, isso em 24/05/2001.

No entanto, aduz que a autoridade coatora, ao realizar a consolidação plena da propriedade à Impetrante, extinguindo o usufruto, avaliou o respectivo imóvel 751,89233 ha - em R$ 20.737.942,35 - base de cálculo líquida (1/3), no valor de R$ 6.912.647,45, incidindo alíquota de 3%, totalizando o imposto ITCMD em R$ 207.379,42.

Afirma que impugnou tal ato em 17/03/2020, tendo a autoridade coatora indeferido a reclamação em 01/04/2020, declarando que:

> *"(...) em atenção à Reclamação da Guia de ITCD nº 2473/2020, informamos que, conforme entendimento firmado pela Sefaz/MS e PGE/MS, na ocasião da doação com reserva de usufruto, há a incidência do ITCD na doação da nuapropriedade e na instituição de usufruto, calculados, respectivamente, em 2/3 e 1/3 do valor venal do bem. Como houve somente o adimplemento relativo à doação da nua propriedade (sobre 2/3 do valor venal do bem), nesse momento ocorre a cobrança sobre os 1/3 restantes, não quitado à época da doação, relativo à instituição do usufruto. Portanto, Guia e DAEMS atualizados estão disponíveis no sistema eletrônico"*

Alega que o fundamento utilizado pelo Fisco estadual para cobrar o ITCMD, qual seja, art. 122, inciso IV e art. 127, inciso VI, da Lei n.º 1810/97, determinando a incidência do imposto tanto na instituição (por ato não oneroso), quanto na extinção de usufruto, por falecimento ou renúncia do usufrutuário, mostra-se ilegal e arbitrária, na medida em que "não houve qualquer transferência, e nem transmissão do bem imóvel, e menos ainda, do direito real. O que ocorreu, foi única e simplesmente a consolidação plena da sua propriedade" inexistindo, portanto, fato gerador do aludido imposto.

Desse modo, pugna a Impetrante pelo deferimento de liminar e, ao final, pela concessão da segurança, para que seja declarada a inexistência do fato gerador do ITCMD, não incidindo o imposto na baixa do usufruto por falecimento dos usufrutuários, bem como para declarar a satisfação integral do pagamento dos tributos relativos ao negócio jurídico.

Anexados à impetração, os documentos de fls. 16/52.

A liminar foi deferida, fls. 65/69, para determinar à autoridade coatora que suspenda a cobrança do ITCMD no caso em tela, até o julgamento final do presente remédio constitucional, evitando a incidência de multa e juros.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações, às f. 87/93, pugnando pela denegação da ordem.

Parecer da 6ª Procuradoria de Justiça Cível, fls. 97/106, ocasião em que opina pela *concessão da ordem, para o fim de que seja afastada a incidência do ITCMD, viabilizando-se, por conseguinte, o registro da baixa do usufruto por falecimento dos usufrutuários no Cartório de Imóveis Local, sem necessidade do recolhimento do imposto em testilha.*

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo ao voto.

Do *Mandamus*

É cediço que o nos termos do art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, e, ainda, o artigo 1º da Lei nº 12.016/09, concede-se mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém estiver sofrendo violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade.

Nesse aspecto, incumbe ao impetrante demonstrar de plano a prova do direito líquido e certo, bem como a ilegalidade ou o abuso de poder da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Com efeito, 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 definido por outros meios processuais (Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37).

Desse modo, não há dúvida de que a dilação probatória é incompatível com a natureza da ação mandamental. Ou seja, tudo deve vir comprovado com a petição inicial, de modo que a sentença será proferida considerando apenas o direito e os fatos comprovados com a inicial e com as informações.

E isso, porque direito líquido e certo, como a etimologia do termo indica, é o que se apresenta manifesto na sua existência e apto a ser exercitado. E, quando se diz que o mandado de segurança exige a comprovação do direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam comprovados, devendo a exordial vir acompanhada dos documento indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no *mandamus*, ser pré-constituída (Leonardo Carneiro Cunha, A Fazenda Pública em Juízo, 15. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, fl. 548).

No caso, tem-se que referida cobrança, de fato, mostra-se ilegal e abusiva, conforme fundamentos que passo a delinear.

Do ITCMD – Imposto Transmissão *Causa Mortis* e Doação e o Usufruto

Feitas essas considerações, verifico que a discussão posta diz respeito à cobrança do Imposto sobre Transmissão de Bens – ITCMD, o qual possui previsão no texto constituinte, *in verbis*:

> *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;*

Assim, o ITCMD é o primeiro dos tributos da competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal listados pelo legislador constituinte, incidindo sobre transmissões *causa mortis* e doações (transmissões gratuitas) de bens móveis e imóveis.

Além das disposições constitucionais, regem a matéria o Código Tributário Nacional (CTN), bem como a legislação ordinária estadual.

Nesse passo, o lançamento da exação dar-se-á por declaração, nos casos de *causa mortis* apurado em inventário, e por homologação nas demais hipóteses, não obstante possa ainda ser lançado de ofício pelos agentes fiscais (Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro).

Quanto ao seu aspecto material, Hugo de Brito Machado esclarece que *"o âmbito constitucional desse imposto, de competência dos Estados e do Distrito Federal, é a transmissão de bens por herança ou doação"*. Duas são, portanto, as condutas que dão ensejo à obrigação de pagar o ITCMD: a) transmissão *causa mortis* de bens móveis e imóveis e; b) doação de bens móveis e imóveis.

Especificamente quanto à incidência nas transmissões *causa mortis*, temos que a obrigação surge quando da abertura da sucessão, ou seja, na hora da morte (princípio de *saisine*).

Nesse passo, nessas transmissões de bens e direitos, o recolhimento do tributo se dará no curso de processo – administrativo ou judicial – de: a) inventário ou; b) arrolamento sumário.

Passando ao caso em concreto, o bem inventaria está sob regime de usufruto. E, acerca da matéria, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que *usufruto é o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhe os frutos, ressalvada sua substância.* Ou seja, no usufruto, alguns dos poderes inerentes à propriedade da coisa são transferidos a terceira pessoa, que passa a ter o direito de usá-la e fruí-la; não terá, contudo, o direito de dispô-la.

Tratando-se de direito real sobre imóvel, é indubitável a incidência do ITCMD sobre a constituição do usufruto simples (art. 35 do CTN).

Lado outro, bem diversa é a hipótese de doação com reserva de usufruto, comumente realizada de pais a filhos, em que aos doadores fica reservado o direito de uso e fruição do bem enquanto foram vivos. Após a morte, haverá a consolidação da propriedade dos filhos (donatários). Nesse ponto, em que pese alguma controvérsia, tem sido dominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que o imposto só poderá incidir uma única vez, seja no momento da instituição do usufruto – ITCMD doação -, seja no momento da morte – ITCMD causa mortis – dos doadores/usufrutuários. Fundamenta-se o referido posicionamento no fato de a propriedade ser uma só, a todo tempo (Eduardo Rodrigues de Castro, Helton Kramer Lustoza e Marcus de Freitas Gouvêa, Tributos em Espécie, 4ª Ed., JusPODIVM).

Na mesma linha, o bem lançado parecer da 6ª Procuradoria de Justiça Cível, à fl. 102:

> *O Estado de Mato Grosso do Sul, na tentativa de equiparar a extinção do usufruto ao contrato de doação, excedeu aos limites da competência tributária outorgada pelo artigo 155, inciso I, da Constituição Federal, bem como pelo próprio Código Tributário Nacional que, em seu artigo 110, dispõe:*
>
> *"Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."*
>
> *Exemplo disso é o art. 122, IV, do Código Tributário Estadual, com redação alterada pela Lei n 5.153 de 28/12/2017. Confira-se:*
>
> *Art. 122. A incidência do ITCD alcança as seguintes mutações patrimoniais:*
>
> *(...)*
>
> *IV instituição de usufruto por ato não oneroso e sua extinção pela renúncia ou falecimento do usufrutuário;*
>
> *Como se vê, o Estado de Mato Grosso do Sul editou a referida lei equiparando a extinção do usufruto, quer seja por morte ou renúncia do usufrutuário, ao contrato de doação, para fins de incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens ou direitos, o que é vedado pela Constituição Federal e pelo art. 110 do CTN.*
>
> *Atento a isso, os Tribunais vêm reiteradamente repelindo qualquer tentativa de as Fazendas Públicas Estaduais cobrarem o ITCMD por ocasião de extinção de usufruto, (...)*

Eis os precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

> *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)

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

Dispositivo

Ante exposto, com o parecer da 6ª Procuradoria de Justiça Cível, concedo a segurança para tornar definitiva a liminar, a fim de declarar a inexistência do fato gerador do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação e, como consequência, afastar a sua incidência no caso em comento para fins de viabilizar o registro da baixa do usufruto por falecimento dos usufrutuários no Cartório de Imóveis Local, sem necessidade do respectivo recolhimento.

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

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago

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

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
## Apelação Cível nº 0815740-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO REJEITADA – TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL PARA A GUARDA DAS INFORMAÇÕES – ART. 15 DA LEI Nº. 12.965/14 (MARCO CIVIL DA INTERNET) – IMPOSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO DOS DADOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO A questão referente ao prazo de armazenamento de dados pelo provedor é unicamente de direito. Portanto, se os argumentos que a parte apelante expôs nos embargos de declaração opostos contra a sentença não dizem respeito aos fatos, mas ao direito que o apelante entende aplicável à espécie, não se pode reputar omissa a decisão que deixou de apreciá-los. Com efeito, o julgador se ateve aos fatos contidos na petição inicial, atribuindo-lhes a definição jurídica de acordo com a máxima de que "o juiz conhece o direito", de modo que não se vislumbra a nulidade da sentença apontada. Não é vedado ao Tribunal a apreciação da incidência ou não de determinado dispositivo legal ao caso, ainda que não tenha havido pedido anterior da parte interessada referente à aplicação da normativa. Ademais, ocorrendo fato superveniente que possa influir na solução do litígio, cumpre ao órgão julgador, juízo singular ou tribunal, levá-lo em consideração ao decidir o caso, conforme a inteligência do art.493, do CPC. Consoante o que dispõe o art. 15 da Lei nº. 12.965/14 (Marco Civil da Internet), o provedor de aplicações de internet deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, pelo prazo de 06 (seis) meses. Ocorrendo o transcurso do lapso temporal para a guarda das informações referentes ao perfil dos usuários que foram removidos, resta impossibilitada a apresentação das informações requeridas pelo juízo *a quo*.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de novembro de 2020

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., "Facebook Brasil", contra a sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Cautelar de Exibição de Documentos, ajuizada por Mirelli de Souza Coelho, em face da parte apelante.

Alega o apelante, preliminarmente, que a sentença é nula por violação ao art.1022, II, do CPC, posto que omissa quanto a argumentos que expôs durante o processo.

No mérito, argumenta que a parte autora informou o mesmo "URL" para duas contas, o que inviabiliza a exibição dos dados referentes a uma delas, uma vez que sem o endereço eletrônico (URL), é impossível localizar com absoluta certeza – e total segurança jurídica – uma conta na rede mundial de computadores.

Sustenta que os dados requeridos pela parte apelada não estão mais disponíveis nos servidores, pois já expirado o prazo máximo de seis meses previsto na Lei 12.965/2014 para a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações.

Por fim, requer seja declarada a nulidade da sentença, a fim de que sejam analisadas pelo magistrado as razões trazidas nos embargos de declaração opostos em virtude da omissão da sentença. No mérito, pede a reforma do decisum, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões pelo não conhecimento parcial do apelo e, no mérito, pelo desprovimento.

É o relatório.

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator(a))

Trata-se de recurso de apelação interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., "Facebook BrasiL", contra a sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Cautelar de Exibição de Documentos, ajuizada por Mirelli de Souza Coelho, em face da parte apelante.

De início, necessário enfrentar a preliminar de nulidade da sentença aventada pela parte apelante.

A preliminar deve ser rejeitada.

Isso porque, a questão referente ao prazo de armazenamento de dados pelo provedor é unicamente de direito. Portanto, se os argumentos que a parte apelante expôs nos embargos de declaração opostos contra a sentença não dizem respeito aos fatos, mas ao direito que o apelante entende aplicável à espécie, não se pode reputar omissa a decisão que deixou de apreciá-los.

Com efeito, o julgador se ateve aos fatos contidos na petição inicial, atribuindo-lhes a definição jurídica de acordo com a máxima de que "o juiz conhece o direito", de modo que não se vislumbra a nulidade apontada.

Superada essa questão, mister se faz a análise da preliminar de não conhecimento parcial do recurso, ventilada nas contrarrazões.

Argumenta a apelada que a questão referente ao prazo de armazenamento dos dados trata-se de inovação recursal, portanto, não deve ser conhecida.

Sem razão, entrementes.

Como já afirmado alhures, a matéria em testilha é unicamente de direito, uma vez que não há discussão entre as partes sobre o transcurso do lapso, mas sobre sua aplicabilidade ao caso.

Sendo assim, considerando o brocardo *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito), não é vedado ao Tribunal a apreciação da incidência ou não de determinado dispositivo legal ao caso, ainda que não tenha havido pedido anterior da parte interessada referente à aplicação da normativa.

Ademais, ocorrendo fato superveniente que possa influir na solução do litígio, cumpre ao órgão julgador, juízo singular ou tribunal, levá-lo em consideração ao decidir o caso, consoante a inteligência do art.493, do CPC.

Desse modo, se a análise da questão não implica supressão de instância, não há que se falar em inovação recursal.

Com esses argumentos, rejeito as preliminares e passo ao exame do mérito.

O recurso comporta provimento.

Acerca do prazo para manutenção dos registros de acesso às aplicações de internet, assim dispõe o art. 15 da Lei nº 12.965/2015, verbis: Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Inclusive, a jurisprudência se posiciona no sentido de que, expirado o período de 6 meses, a obrigação de fornecimento dos dados torna-se impossível ao provedor. Veja-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FACEBOOK. INFORMAÇÕES REQUISITADAS PELO JUÍZO PENAL PARCIALMENTE PRESTADAS. IMPOSSIBILIDADE. INFORMAÇÕES INEXISTENTES. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE ARMAZENAMENTO. ART. 15 DA LEI N. 12.965/2014. MULTA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Não pode ser imposta multa pela não apresentação, no prazo fixado pelo Juízo penal, de informações referentes ao conteúdo das mensagens trocadas em perfil do Facebook já deletado pelo próprio usuário. 2. O art. 15 da Lei n. 12.965/2014 determina que o provedor de aplicações de internet mantenha pelo prazo de 6 meses apenas os registros de acesso a aplicações de internet, que, nos termos do art. 5º, VIII, da mesma Lei, é o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço de IP. Inexiste obrigação legal para o armazenamento, por qualquer prazo, das informações ao conteúdo das mensagens trocadas em perfil do Facebook. 3. Inexistindo o descumprimento de ordem judicial não se justifica a multa aplicada. 4. Agravo regimental provido para conceder a segurança reclamada por não vislumbrar justa causa à multa aqui impugnada. Recurso provido apenas para limitar o valor da multa aos limites do art. 77, § 5º, do CPC (total), e para suspender o bloqueio já efetuado por meio do BACENJUD.* (STJ - AgRg no RMS: 56496 RS 2018/0020275-9, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 17/04/2018, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 30/04/2018)

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. INFORMAÇÃO DE DADOS QUANTO AO IP (INTERNET PROTOCOL). ENDEREÇO DO USUÁRIO. PÁGINA EXCLUÍDA. DECURSO DO PRAZO SEIS MESES PARA ARMAZENAMENTO DE DADOS (ART. 15 DA LEI Nº 12.965/14). ORDEM POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO. 1.\tPreliminar. O Juízo a quo enfrentou o pedido do agravante, contudo, rejeitando-o, ainda que de forma sucinta, o que não se confunde com ausência de fundamentação. 2.\tMérito. A requisição de registro de dados de IP (internet protocol) e endereço do usuário após o prazo previsto no art. 15 da Lei n. 12.965/2014 (seis meses), torna impossível ao provedor fornecê-lo, em razão da legislação exigir o seu armazenamento por prazo certo. Constatado que a ordem não pode ser cumprida, porquanto decorrido o prazo de dever de guarda e sigilo dos dados da conta de usuário, impende afastar a determinação contida na decisão recorrida.\tpreliminar Rejeitada. Recurso Provido.\tM/ AG 2.674 ? S 14.04.2020 ? P 39* (TJ-RS - AI: 70083078147 RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Data de Julgamento: 14/04/2020, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 05/05/2020)

> *EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – TUTELA DE URGÊNCIA – PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO OU O RISCO DE RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO – ART. 300 (lei 13.105/15) – REMOÇÃO DOS PERFIS INDICADOS - FACEBOOK - CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL – APRESENTAÇÃO DE COMPROVANTES – IMPOSSIBILIDADE – TRANSCURSO DO LAPSO TEMPORAL PARA*

*A GUARDA DAS INFORMAÇÕES - ART. 15 DA LEI Nº. 12.965/14 (MARCO CIVIL DA INTERNET). Nos termos do art. 300, do novo CPC, (Lei 13.105/15), a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo. Presentes os elementos que evidenciem a probabilidade de direito de que a parte requerente da tutela antecipada detém, e sendo o direito capaz de ensejar o deferimento da medida demonstrado por meio do conjunto probatório, deve ser dado provimento ao agravo de instrumento. Consoante o que dispõe o art. 15 da Lei nº. 12.965/14 (Marco Civil da Internet), o provedor de aplicações de internet deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, pelo prazo de 06 (seis) meses. Ocorrendo o transcurso do lapso temporal para a guarda das informações referentes ao perfil dos usuários que foram removidos, resta impossibilitada a apresentação das informações requeridas pelo juízo a quo.* (TJ-MG - AI: 10486160026408002 MG, Relator: Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento: 23/06/0020, Data de Publicação: 25/06/2020)

No caso, verifica-se que, da data da remoção das URLS, referente às quais a parte autora pretende a exibição de dados, até a determinação judicial exarada na sentença para que o apelante exiba os documentos, transcorreu prazo muito superior aos seis meses previsto no dispositivo legal citado, conforme demonstrado nas razões de apelação.

Aliás, quanto a tal ponto, ou seja, quanto ao transcurso do prazo, não se insurge a apelada, a qual se limita a argumentar que o prazo de seis meses para a preservação dos dados somente pode ser compreendido como limite quando não existe processo pretendendo as informações.

Ocorre que a lei não impõe mencionada ressalva, tampouco prevê suspensão ou interrupção do prazo de 6 meses, na hipótese de ajuizamento de ação judicial. E, conforme regra basilar de hermenêutica, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, sob pena de arrogar-se indevidamente legislador, malferindo o princípio da separação dos poderes.

Gize-se que não foi concedida liminar à autora, ora apelada, para que o apelante fornecesse os dados, de modo que este não estava obrigado judicialmente a prestar as informações ou mesmo a guardá-las além do período previsto em lei.

Portanto, como ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível (impossibilia nemo tenetur), é de rigor a reforma da sentença, pois resta impossibilitada a apresentação das informações requeridas pelo juízo a quo.

Frente ao exposto, conheço do recurso interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda e lhe dou provimento, para reformar a decisão combatida, isentando o ora apelante de exibir os dados/documentos referidos na sentença.

Mantenho a distribuição dos ônus da sucumbência como na sentença, eis que as custas foram imputadas somente à parte autora e não houve fixação de honorários.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Geraldo de Almeida Santiago

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 12 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. João Maria Lós
## Apelação Cível nº 0803003-08.2015.8.12.0029 - Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. MAGISTRADO QUE FIXA A VERBA COM BASE NO ARTIGO 85, § 8º – DO CPC EM CAUSA COM VALOR CERTO E LÍQUIDO – ABSOLUTA INCORREÇÃO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 85, §3º – QUE SE DÁ EM CARÁTER OBRIGATÓRIO NA HIPÓTESE CONFORME A ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STJ – OBSERVÂNCIA DAS PARTICULARIDADES FÁTICAS DO LITÍGIO – RECURSO PROVIDO.

Conforme a orientação pacífica do STJ, havendo valor certo dado a causa, os honorários devem ser obrigatoriamente fixados entre 10% a 20% desta, não havendo falar em arbitramento por equidade em demandas de alto vulto econômico.

Demonstrada a pouca complexidade do processo, que foi extinto por julgamento antecipado da lide, os honorários merecem estipulação no piso de 10%, atualizados conforme a Súmula n. 14 do STJ.

### 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, 6 de outubro de 2020.

Des. João Maria Lós – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Wilson Carlos Marques De Carvalho interpõe apelo (f. 633-643), inconformado com a sentença (f. 461-466) que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de rescisão de contratos cumulada com despejo promovida por Pluma Empreendimentos Imobiliários Ltda., Mauri Antônio Mazurek, Cleiton Rezende De Almeida E Ada Maria Cicarelli De Almeida contra Usina Naviraí S.A. Açucar E Álcool E Infinity Agrícola S.A., declarando a rescisão dos contratos de compra e venda antecipada de cana-de-açúcar e dos contratos de parceria agrícola e outras avenças, cujas cópias encontram-se às f. 101-145 dos autos, bem como decretando o despejo das rés do imóvel denominado Fazenda Santo Antônio de Pádua, matrícula n. 1014 do CRI de Itaquiraí/MS, condenando os sucumbentes ao pagamento das custas e honorários fixados em R$ 5.000.00 (cinco mil reais), observado o artigo 85, § 8º., do CPC.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, sustentando fazer jus ao arbitramento entre 10% a 20% do valor da causa, com base no artigo 85, §2º., do CPC.

Recurso tempestivo, respondido e regularmente processado.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Wilson Carlos Marques de Carvalho interpõe apelo (f. 633-643), inconformado com a sentença (f. 461-466) que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de rescisão de contratos cumulada com despejo promovida por Pluma Empreendimentos Imobiliários Ltda., Mauri Antônio Mazurek, Cleiton Rezende de Almeida e Ada Maria Cicarelli de Almeida Contra Usina Naviraí S.A. Açucar e Álcool E Infinity Agrícola S.A., declarando a rescisão dos contratos de compra e venda antecipada de cana-de-açúcar e dos contratos de parceria agrícola e outras avenças, cujas cópias encontram-se às f. 101-145 dos autos, bem como decretando o despejo das rés do imóvel denominado Fazenda Santo Antônio de Pádua, matrícula n. 1014 do CRI de Itaquiraí/MS, condenando os sucumbentes ao pagamento das custas e honorários fixados em R$ 5000.00 (cinco mil reais), observado o artigo 85, § 8º, do CPC.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, sustentando fazer jus ao arbitramento entre 10% a 20% do valor da causa, com base no artigo 85, §2º., do CPC.

Com razão o insurgente.

A controvérsia recursal é de fácil resolução e se desata com a mera leitura da lei n. 13.105/2015.

O artigo 85 do CPC dispõe que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

O parágrafo segundo deste dispositivo regulamenta que os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III- a natureza e importância da causa e IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Por sua vez, o parágrafo oitavo, invocado pelo juiz na mensuração dos honorários devidos ao apelante, patrono dos autores-vencedores da ação, diz que nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º.

Na hipótese dos autos, os clientes do recorrente promoveram uma ação de rescisão de contratos cumulada com despejo, na qual, por força de decisão preclusa para ambas as partes, restou fixado o montante de todos os contratos como sendo o valor da ação (f. 176).

Deste modo, havendo valor certo dado à causa é sobre tal base de cálculo que devem incidir os percentuais previstos no supracitado artigo 85, §2º., do CPC, restando totalmente incorreta a invocação ao parágrafo oitavo, alusivo à demandas de proveito econômico inestimável ou irrisório, ou de valor da causa muito baixo, situações absolutamente alheias àquelas enfrentadas no processo.

Nesse sentido, aliás, posiciona-se a orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO STF. CONTRATO FIRMADO EXCLUSIVAMENTE PARA O CASO DE VENDA DO IMÓVEL. REEXAME DO CONTRATO E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que suscitada, de forma genérica, tese de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, sem a demonstração exata dos pontos omissos, contraditórios ou obscuros. Incidência da Súmula n. 284 do STF. 2. O recurso especial*

*não comporta exame de questões que impliquem interpretação de acordo ou revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 3. No caso concreto, a análise das razões apresentadas pela recorrente - de que tem direito à comissão de corretagem, uma vez que obteve resultado útil ao contratante - demandaria o reexame da matéria fática, o que é vedado em sede de recurso especial. 4. Considerando que a decisão que julgou a ação monitória foi proferida na vigência do novo CPC, os honorários devem ser estabelecidos com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC/2015, isto é, entre 10% a 20% sobre o proveito econômico obtido, ou, na impossibilidade de identificá-lo, sobre o valor atualizado da causa, visto que não há condenação nessa hipótese. 5. A Segunda Seção do STJ, em recente julgamento, entendeu que "o § 2º do art. 85 do CPC de 2015 veicula a regra geral e obrigatória de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%: (I) do valor da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido: ou (III) não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa", relegando "ao § 8º do art. 85 a instituição de regra excepcional, de aplicação subsidiária, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido; ou (II) for muito baixo o valor da causa", afastando-se, ainda, o entendimento de que o referido § 8º - que possibilita a fixação dos honorários por equidade - poderia ser utilizado nas causas de grande valor (REsp n. 1.746.072/PR, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, DJe de 29/3/2019). 6. Agravo interno a que se nega provimento.* (STJ. AgInt no AREsp 1535136/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 29/06/2020, DJe 03/08/2020)

Deste modo, atento à pouca complexidade da demanda e a ocorrência inclusive de julgamento antecipado da lide, tenho por bem reajustar os honorários devidos pelo polo passivo ao apelante ao piso do parágrafo segundo do artigo 85 do CPC, ou seja, 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atualizados na forma da Súmula n. 14 do STJ.

Em face do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento, a fim de reajustar os honorários ao porte de 10% sobre o valor da causa, atualizados na forma da Súmula n. 14 do STJ. Observada a derrocada recursal dos apelados, elevo tal verba em 2%, estipulando a condenação final em 12% sobre o valor da causa, *ex vi* do artigo 85, §2º. cumulado com o parágrafo 11º.

Por tais razões,

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. Marcos José de Brito Rodrigues

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, 6 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. João Maria Lós
## Apelação Cível nº 0800432-22.2018.8.12.0009 - Costa Rica

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL – AUTORA VÍTIMA DE GOLPE DE ESTELIONATO VIA APLICATIVO WHATTSAPP – IMPUTAÇÃO DESMOTIVADA À EMPRESA ALHEIA AOS FATOS RELATADOS NA INICIAL – CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO – IRRESPONSABILIDADE ASSENTADA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

A culpa exclusiva de terceiro decorrente de estelionato praticado por aplicativo WHATTSAPP faz ruir a imputação de responsabilidade à fornecedor de serviço totalmente alheio aos fatos relatados pela vítima na inicial.Ausência de nexo causal apto a legitimar a alegação de responsabilidade objetiva. Observância das particularidades fáticas do litígio.

Sentença de improcedência mantida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2020

Des. João Maria Lós

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós.

Gabrieli Geane Oliveira da Silva interpõe apelo (f. 113-120), inconformada com a sentença (f. 107-109) que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos materiais e morais aforada contra Alves Cred Promotora de Negócios Ltda ME, condenando-a ao pagamento das custas e honorários fixados em 15% sobre o valor da causa, observada a concessão da gratuidade legal.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, defendendo ser objetiva a responsabilidade da apelada.

Recurso tempestivo, respondido e regularmente processado.

É o relatório.

### VOTO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós. (Relator(a)

Gabrieli Geane Oliveira Da Silva interpõe apelo (f. 113-120), inconformada com a sentença (f. 107-109) que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos materiais e morais aforada contra Alves Cred Promotora De Negócios Ltda ME, condenando-a ao pagamento das custas e honorários fixados em 15% sobre o valor da causa, observada a concessão da gratuidade legal.

Suscita incorreção e pugna pela reforma, defendendo ser objetiva a responsabilidade da apelada.

Sem razão a insurgente.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada sob a premissa de que a autora teria sofrido um golpe pelo aplicativo whatsapp, mediante o qual alguém, se fazendo passar por representante da demandada lhe ofereceu os serviços de empréstimo no valor de R$ 8000.00 (oito mil reais), a serem quitados em 36 parcelas de R$ 300.00 (trezentos reais), mediante a exigência de pagamento prévio de R$ 800.00 (oitocentos reais), equivalentes a 10% do importe.

Diante da falta de liberação do crédito, veio a juízo postular a rescisão do contrato, com a devolução do montante pago, acrescido de indenização material e moral.

Instada a ré contestou esclarecendo que a autora teria contratado com uma empresa diversa denominada Group Cred, razão pela qual, diante a total ausência de responsabilidade sua na hipótese, as pretensões autorais deveriam ser julgadas improcedentes.

Diante da desistência de provas e do pedido de julgamento antecipado da lide expressamente externados pelos advogados da apelante (f. 101), sobreveio a sentença de improcedência, lançada sob os seguintes argumentos:

> *"Não há qualquer prova de ter sido autor abordado por empregado ou preposto do réu. Ainda que os elementos dos autos aponta indícios de crime na espécie estelionato perpetrado por pessoa física por meio de contato telefônico não se pode imputar a responsabilidade ao requerido pela alusão a sua marca. O prejuízo poderia ter sido evitado com mera consulta ao sítio eletrônico da instituição financeira onde resta claro que a empresa não pede adiantamento de dinheiro para concluir empréstimos. Ante a ausência de prova da participação do requerido neste golpe da existência de contrato com o réu ou de qualquer indício de responsabilidade por parte da instituição financeira a ação não merece prosperar ainda que tenha sofrido efetivo prejuízo não pode autora se ressarcir do golpe sofrido junto à empresa que não tem qualquer participação no crime".*

Acertado o raciocínio do juiz.

Com efeito, a par do Código do Consumidor prever a responsabilidade objetiva do fornecedor, resta evidente que entre o imputado e o fato ou ato ilícito deve haver prova mínima do nexo causal.

Na hipótese dos autos restou evidente que a demandada não foi responsável pelo estelionato sofrido pela autora, razão pela qual, demonstrada a sua irresponsabilidade no processo, a improcedência dos pedidos era realmente a medida a ser tomada.

No mesmo sentido, tem decidido os Tribunais:

> *Responsabilidade civil. Indenização material e moral...Código de defesa do consumidor...culpa de terceiro...estelionato. ausência de fortuito interno apto a ensejar responsabilização da empresa. Não há qualquer interferência da ré na situação posta. Neste caso, não cabe responsabilização por dano, pois se aplica a excludente da culpa exclusiva do terceiro, cuja prática é de estelionato, sem possibilidade de atuação da fornecedora. Há cuidados a serem tomados também pela consumidora...os quais não podem ser atribuídos à fornecedora no caso em questão.* (TJ-SP. AC 10033151420198260047. 32ª. Câmara de direito privado. Rel. Des. Kioitsi Chicuta. DJ 05.06.2020).

Em face do exposto, conheço do apelo, mas nego-lhe provimento.

Considerado o artigo 85, § 11º., da Lei 13.105/2015, majoro os honorários fixados ao porte de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, preservada a gratuidade legal concedida na origem.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. João Maria Lós

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 6 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. João Maria Lós
## Apelação Cível n º 0802058-73.2018.8.12.0010 - Fátima do Sul

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CHEQUE PRÉ-DATADO – PROVA DA APRESENTAÇÃO PRÉVIA – DANO MORAL CARACTERIZADO (SUMULA 370/STJ) – RECURSO PROVIDO.

A apresentação antecipada de cheque pré-datado, pode gerar responsabilidade civil do credor, nos termos da Súmula no 370 do STJ, "*Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado*". Orientação jurisprudencial da Corte Superior de Justiça neste sentido.

A fixação do valor da indenização por dano moral deve atender as condições financeiras das partes, a gravidade do dano e o grau de culpa do ofensor.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2020

Des. João Maria Lós

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. João Maria Lós.

Cristiano Bueno do Prado interpõe recurso de Apelação, contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Jardim, que julgou improcedente o pedido formulado na ação indenizatória por danos morais ajuizada em face de R.S. Bondezan, entendendo não ter restado comprovado o dano pela apresentação do cheque antes da data acertada entre as partes.

Alega a parte autora, ora recorrente, que faz jus a indenização por danos morais causado pelo desconforto e situação vexatória pelo fato de ter uma cédula de cheque devolvida, posto que fora apresentado antes da data combinada. Referido cheque fora apresentado pelo recorrido na conta corrente do autor/recorrente dia 07 de Janeiro de 2016, um dia antes ao convencionado, sendo devolvido por falta de fundos no dia 08 de Janeiro de 2016, sendo que neste mesmo dia, caso o cheque tivesse sido depositado na data combinada o autor/recorrente tinha fundos suficiente para cobrir o referido cheque.

Alega que os danos morais foram causados decorrente do depósito antecipado do cheque, o qual era no importe de R$ 2.287,00 (dois mil, duzentos e oitenta e sete reais), razão pela qual requer a reforma da sentença para condenar o recorrido a título de indenização em danos morais.

A parte recorrida pugna pela manutenção da sentença em contrarrazões, fls.124/132.

É a síntese do necessário. Passo ao voto.

## VOTO

O cerne do processo é analisar se houve dano moral ao autor, que teve sua cédula de cheque apresentada antes do prazo. O magistrado de piso ao analisar o feito, inquirir testemunhas arrolados no caso, entendeu por bem improver o pedido por não ter restado demonstrado a caracterização do dano moral.

Importante trazer aos autos trecho da sentença neste sentido, fls. 107, *in verbis:*

> *"(...) No presente caso, embora o cheque tenha sido devolvido por insuficiência de fundos, a situação restou regularizada no dia útil imediatamente seguinte, não gerando cadastro em rol de inadimplentes ou qualquer outro incômodo.*
>
> *Pelo que se pôde extrair da prova produzida em audiência, tudo ocorreu por conta de mal entendido entre as partes sobre quando o cheque poderia ser compensado, fato que determinou a incoveniência de o cheque ser apresentado no dia 7 de janeiro de 2016, e não no dia 8, como inicialmente convencionado, o que, contudo, não é capaz de gerar os alegados danos morais.*
>
> *Portanto, não resta alternativa, a não ser a rejeição da pretensão formulada na petição inicial".* (grifei)

Apesar da alegação da sentença constar que houve prova produzida em audiência, de que tudo ocorreu por conta de mal entendido entre as partes, acerca da data do desconto do cheque, é de sua importância observar a data da pós-datação, a qual, no caso em exame (f. 16), consta do próprio cheque.

Sabe-se que o cheque é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios gerais de direito e ao direito cambiário, da literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

Pois bem. É incontroverso que a parte autora, ora recorrente, pós datou o cheque objeto da discussão dos autos, e este título fora descontado antes da data acertada entre devedor e credor. Deste ato não fez com que o autor tivesse seu nome inserido no cadastro dos inadimplentes, contudo, tal ato não é lícito, haja vista que há súmula expressa da Corte Superior de Justiça neste sentido.

Senão vejamos, a Súmula 370 do STJ, *in verbis:*

> *"A apresentação do cheque pré-datado antes do prazo avençado gera o dever de indenizar, presente, como no caso, a conseqüência da devolução do mesmo por ausência de provisão de fundos".*

Frisa-se que apesar do autor não ter seu nome inserido no cadastro dos inamdimplentes em decorrência da devolução do cheque por insuficiência de fundos, é evidente que no cadastro interno do Banco restou tal apontamento, que serve para avaliar a qualidade do cliente, fato este público para os que atuam no mercado financeiro.

A Corte Superior de Justiça se mantém nessa linha, senão vejamos:

> *"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE PRÉ-DATADO. SÚMULA N. 370/STJ. 1. Os temas relativos à existência de rasura no cheque, sua apresentação antecipada, e à inexistência de inscrições prévias do nome do autor foram decididos por meio da análise do conteúdo fático dos autos, que se situa fora da esfera de atuação desta Corte, nos termos do enunciado 7 da Súmula do STJ. 2.* ***A apresentação antecipada de cheque pré-datado gera o dever de indenizar por dano moral, conforme o enunciado 370 da Súmula desta Corte****. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 825.041/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 25/04/2016)* (grifei)

Esta Corte de Justiça também já se posicionou sobre o tema em debate, senão vejamos, *in verbis:*

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA - CHEQUE PRÉ-DATADO – PRELIMINARES REJEITADAS - APRESENTAÇÃO PRÉVIA – DANO MORAL CARACTERIZADO (SUMULA 370/STJ) – QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O terceiro que apresentou cheque pós-datado, cuja convenção estava particularizada na própria cártula, pode ser responsabilizado por danos morais decorrentes de sua apresentação ao sacado antes da data acordada. Não se considera cerceamento de defesa o indeferimento ao pedido de produção de outras provas, ainda que requeridas pelas partes, que não forem aptas a influir no julgamento da lide. Caso tenha sido o cheque emitido com cláusula de cobrança em determinada data, sendo antecipada a apresentação do título, há manifesta violação da boa-fé objetiva do contrato, constante no artigo 422 do Código Civil: "os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". A apresentação antecipada de cheque pré-datado, pode gerar responsabilidade civil do credor, nos termos da Súmula no 370 do STJ, "Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado". A fixação do valor da indenização por dano moral deve atender as condições financeiras das partes, a gravidade do dano e o grau de culpa do ofensor.* (TJMS. Apelação Cível n. 0801465-83.2019.8.12.0018, Paranaíba, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 20/02/2020, p: 27/02/2020)

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMISSÃO DE CHEQUE PÓS DATADO – DEPÓSITO ANTECIPADO – DANO MORAL CONFIGURADO AINDA QUE A EMPRESA REQUERIDA NÃO TENHA, DIRETAMENTE, PRATICADO A ADULTERAÇÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RESPEITO À PROPORCIONALIDADE E À RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA – A PARTIR DA CITAÇÃO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O ARBITRAMENTO – SUMULA 362 DO STJ – RECURSO PROVIDO. Ainda que a empresa requerida não tenha sido responsável pela adulteração de cheque, mas repassou o título a terceiro, que fraudou o documento e* ***promoveu o depósito fora do prazo avençado, nos termos do que dispõe o enunciado da Súmula 370, do STJ, "Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado****." O valor da indenização por danos morais deve ser arbitrado de forma proporcional e razoável, assegurando o seu caráter repressivo-pedagógico e não se apresentando elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa do lesado.(...)* (TJMS. Apelação Cível n. 0005632-12.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Rel.: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 22/10/2019, p: 24/10/2019) (grifei)

No caso em exame, a pós-datação, como dito, constava da própria cártula do cheque, não havendo dúvidas que houve ilicitude na sua apresentação antes da data, gerando ofensa literal o orientação jurisprudencial dominante do STJ, bem como afronta à Súmula 370 da mesma Corte.

Por todo o exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para condenar o réu a indenizar o autor em dano moral, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista restar evidente o dano, devendo estes serem corrigidos pelo IGPM/FGV, a contar do arbitramento e juros de mora a contar da citação.

É como voto.

João Maria Lós

Relator

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. João Maria Lós

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
## Apelação Cível nº 0830245-21.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INCLUSÃO DE MENOR SOB A GUARDA DE AVÓ COMO DEPENDENTE NATURAL EM PLANO DE SAÚDE – POSSIBILIDADE – ART. 33, § 3.º, DO ECA – NORMA DE ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS DE DIREITO – EQUIPARAÇÃO A FILHO – PROTEÇÃO À SAÚDE – ART. 227, DA CF – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems ante sentença proferida pelo Juízo da Vara da Comarca de que, nos autos da ação de proposta contra Angela Maria Souza de Abreu, julgou parcialmente procedente os pedidos da inicial para o fim de determinar que a requerida inclua o menor como dependente natural no plano de sáude da autora Angela Maria Souza de Abreu, mediante o pagamento da porcentagem devida pela inclusão de dependente natural, nos moldes do contrato firmado entre as partes.

O apelante aduz que a guarda de neto não se equipara à filho, e portanto não tem condão de obrigar o plano de saúde, aduz que não há negativa nem impedimento do menor sob guarda mediante pagamento de contribuição pecuniária específica, que deve prevalecer o estatuto da apelante por se tratar relação associativa e mutualista não obrigatória.

Argumenta que o único interesse presente é a conveniência da avó que busca isentar-se de seu dever de amparo e auxílio ao menor, não devendo ser aplicado o ECA ao caso.

Defende que a guarda não tem o condão de criar vículos que onerem terceiros e não enseja o estado de filiação entre os e os titulares de guarda, e que no caso em tela a guarda foi desvirtuada apenas para extender os benefícios do plano de saúde.

Arrazoa que é um plano de saúde de autogestão e a concessão do benefício pleiteado em favor à autora geraria desequlíbrio econômico ao plano.

Por fim prequestiona dispositivos legais e requer provimento do recurso para julgar totalmente improcedente os pedidos da inicial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems ante sentença proferida pelo Juízo da Vara da Comarca de que, nos autos da ação de proposta contra Angela Maria Souza de Abreu, julgou parcialmente procedente os pedidos da inicial para o fim de determinar que a requerida inclua o menor como dependente natural no plano de sáude da autora Angela Maria Souza de Abreu, mediante o pagamento da porcentagem devida pela inclusão de dependente natural, nos moldes do contrato firmado entre as partes.

O apelante aduz que a guarda de neto não se equipara à filho, e portanto não tem condão de obrigar o o plano de saúde, aduz que não há negativa nem impedimento do menor sob guarda mediante pagamento de contribuição pecuniária específica, que deve prevalecer o estatuto da apelante por se tratar relação associativa e mutualista não obrigatória.

Argumenta que o único interesse presente é a conveniência da avó que busca isentar-se de seu dever de amparo e auxílio ao menor, não devendo ser aplicado o ECA ao caso.

Defende que a guarda não tem o condão de criar víclulos que onerem terceiros e não enseja o estado de filiação entre os e os titulares de guarda, e que no caso em tela a guarda foi desvirtuada apenas para extender os benefícios do plano de saúde.

Arrazoa que é um plano de saúde de autogestão e a concessão do benefício pleiteado em favor à autora geraria desequlíbrio econômico ao plano.

Pois bem, o cerne da questão posta em debate limita-se em saber se a autora/apelada faz *jus* à inclusão de seus netos, da qual detém a guarda judicial, no plano de saúde da CASSEMS na condição de sua dependente.

A concessão da guarda da criança ou adolescente atribui-lhe a condição de dependente para todos os fins e efeitos legais, de acordo com o art. 33, § 3.º, do ECA, confira:

> *"Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.*
>
> *[...]*
>
> *§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".*

As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente são de ordem pública, e portanto obrigatórias e não comportam livre disposição das partes envolvidas. Uma vez atribuída a guarda de menor, passa este a ser dependente obrigatório de seu guardião.

A concessão da guarda do menor em favor da autora/apelada foi comprovada por meio do documento de f. 25.

Ademais, apesar de os §§2º e 3º art. 8º do Estatuto da CASSEMS estabelecer diferentes grupos para os agregados dependentes até terceiro e os dependentes naturais, tenho que a negativa de classificar o menor sob guarda como dependente natural é equivocada.

Isto pois o art. 33, *caput*, do ECA, impõe ao guardião a obrigação quanto à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. Nesse contexto e, por decorrência lógica, também deve conferir direitos, como a dependência natural para planos de saúde, tendo em vista que concede tal benefício até para fins previdenciários conforme o § 3.º do mesmo dispositivo legal.

Destarte, certo está que por meio da guarda dos menores passa a ser equiparado a filho, sendo atribuída a condição de dependente obrigatório e natural de quem detém a guarda para todos os fins de direito, pois ao guardião são atribuídas as mesmas obrigações originalmente incumbidas aos genitores, devendo este prestar assistência material, moral e educacional ao menor.

Assim a equiparação pelo plano de saúde daqueles que se encontram sob a guarda judicial com *"dependente agregado até terceiro grau"* é desarrazoada e discriminatória.

Ademais, o art. 227, da CF prescreve que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à saúde.

Portanto, o direito à saúde da criança e do adolescente é dever de todos, não podendo o de Plano de Saúde, ainda que de natureza privada, interpretar seu próprio estatuto de maneira a impor condições mais dificultosas aos guardiões legais de menores de idade, isto pois tal ato de equiparar menor sob guarda à agregado fragiliza e coloca em risco não só direito do Associado Titular/Participante, mas também os direitos dos menores.

Colhe-se, a respeito, a posição desta Corte:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – APLICAÇÃO DO CDC – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE – ARGUIÇÃO DE OFÍCIO – AVÔ DETENTOR DA GUARDA DO NETO – INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE SEM ÔNUS – POSSIBILIDADE – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PARA TODOS OS FINS DE DIREITO – EQUIPARAÇÃO A FILHO – ECA SE SOBREPÕE ÀS REGRAS DE PLANO DE SAÚDE - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. 1. Deve ser rejeitada a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, tendo em vista que o julgador singelo expôs de forma clara e objetiva todos os motivos para a procedência do pedido. 2. No que tange à alegação de não aplicação do Código de Defesa do Consumidor, verifico ofensa à dialeticidade, porquanto a sentença não tratou do tema. Preliminar arguida de ofício. Despicienda a intimação das partes para manifestação prévia, em razão do vício ser insanável. 3. No mérito, verifico o acerto da sentença, posto que comprovada a guarda do neto pelo avô e a inclusão deste em plano de saúde da Cassems. E, conforme preconiza o ECA, a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciário, de forma que possui o guardião iguais deveres àqueles conferidos aos pais, não havendo, portanto, justificativa para a oposição da requerida em conferir qualidade de dependente natural do neto do autor para o fim de inclui-lo em seu plano de saúde, sem qualquer custo. 4. Ademais, importante destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n. 8.069/90, se sobrepõe ao Estatuto e Regulamento do Plano de Benefícios Assistenciais da CASSEMS, devendo ser mantida a sentença recorrida, que determinou a inclusão do menor no plano em saúde, como dependente natural do apelado.* (TJMS. Apelação Cível n. 0804829-64.2018.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a):Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 24/11/2019, p: 02/12/2019)

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INCLUSÃO DE MENOR, SOB A GUARDA DO AVÔ, COMO DEPENDENTE NATURAL DESTE NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHO – ART. 33, § 3º, ECA – INCLUSÃO NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL – ATUAL PREVISÃO DE CONTRIBUIÇÃO – INCLUSÃO NESTA MODALIDADE – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE JUDICIAL – NÃO COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O menor sob a guarda do avô passa a ser equiparado ao filho, sendo elevado à condição de dependente obrigatório e natural para todos os efeitos e fins de direito, conforme prevê o art. 33, § 3º, do ECA. Indevida a conclusão de inclusão na condição de dependente natural, a qual não previa qualquer contribuição, pois tal situação jurídica não mais persiste, seja na situação de dependente natural ou como de agregado, uma vez que a partir de dezembro/2017, mesmo os dependentes também passaram a contribuir. Mantém-se por ora os benefícios da assistência judiciária a parte autora por não haver nos autos prova contrárias à sua hipossuficiência."* (TJMS. Apelação Cível n. 0803039-79.2017.8.12.0029, Naviraí, 1ª Câmara Cível, Relator (a):Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 16/09/2019, p: 20/09/2019)

*"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE INCLUSÃO DE MENOR COMO DEPENDENTE – MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DE AVÔ – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO ECA – RECURSO PROVIDO 1. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, consoante a norma do art. 33, § 3º do ECA. 2. A vedação imposta pelo Estatuto da CASSEMS impõe situação desfavorável à menor violando preceito constitucional estatuído no art. 227 da CF quando comparado às situações de dependência previstas no artigo 4º, do regulamento de regência. Dentro deste contexto, vê-se que a negativa referente a não inclusão da menor como beneficiária-dependente direta da avó, que possui a guarda de direito e de fato, sob o fundamento de haver permissão contratual que no caso de neta apenas como dependência-agregada no plano de saúde, viola não só os princípios previstos na legislação civil brasileira aplicáveis ao caso presente, mas também os constitucionais da isonomia, da preservação da saúde e dignidade da pessoa humana."* (TJMS. Apelação Cível n. 0802229-46.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 09/08/2019, p: 13/08/2019)

*"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INCLUSÃO DE MENOR SOB A GUARDA DA SEGURADA EM PLANO DE SAÚDE COMO DEPENDENTE NATURAL – DIREITO DECORRENTE DA GUARDA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A existência de limitações à inclusão de menor, sob a guarda de segurado, ao plano de saúde, fere o próprio instituto da guarda, que é o de propiciar ao infante a proteção total pelo seu guardião. Recusa de inclusão abusiva. 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. 0812288-46.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 06/02/2018, p: 19/02/2018)

Outrossim, a questão do desequilíbrio econômico da associação também não pode servir de empecilho para equiparação do menor em tela à dependente natural, tendo em vista que os cálculos do plano de saúde são baseados na quantidade de associados titulares, ou seja, os funcionários que aderem ao convênio.

Sendo óbvio que cada servidor pode possuir uma quantidade diferente de dependentes, isto pois existem associados com e sem cônjuges, bem como existem associados com diversos filhos e associados com nenhum filho. E o fato de alguns associados terem mais filhos, logicamente não retira a qualidade de serem dependentes naturais. Portanto, não é o fato do menor sob guarda ser considerado dependente natural do associado titular que irá influenciar nas finanças da entidade.

Importante destacar que não se está impondo à CASSEMS a obrigação de disponibilizar seus serviços gratuitamente, pois a autora/apelada deseja tão somente pagar a contraprestação devida pela prestação de serviços à um dependente natural.

Logo, não merece reforma a sentença.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Conclusão

Isto posto, conheço o recurso de apelação interposto, contudo, nego-lhe provimento. Nos termos do art. 85, §11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em R$ 400,00 (quatrocentos reais).

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
## Apelação Cível nº 0801289-13.2019.8.12.0016 - Mundo Novo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE DE CDA – INDICAÇÃO DE "RECEITAS DIVERSAS" – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – NÃO OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 202 E 203 DO CTN C/C ARTIGO 2º DA LEI Nº 6.830/80 – OFENSA À AMPLA DEFESA – IPTU – CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR FIDUCIANTE – CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM FAVOR DO CREDOR FIDUCIÁRIO – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA VERIFICADA – ARTIGO 130 DO CTN – RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA – ITBI – PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA – AUSÊNCIA DE PROVA DE EXISTÊNCIA DE VÍCIO – ARTIGO 373, INCISO I, DO CPC – PREQUESTIONAMENTO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA – 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, 6 de outubro de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Município de Mundo Novo interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da cidade de Mundo Novo que, nos autos de embargos à execução fiscal opostos pelo Banco Bradesco S.A, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para o fim de reconhecer a nulidade das CDAs de f. 53-55 (nºs 1463-1465/2018) dos autos 0800909-87.2019.8.12.0016 a respeito da cobrança de "Receitas Diversas", bem como a ilegitimidade para o embargante, enquanto credor fiduciário, ser executado por IPTU e ITBI, conforme certidões de f. 03-52 e 56 (nºs 1414 até 1462 e 1466).

Sustenta que as certidões de matrículas anexadas ao feito demonstram que as propriedades dos imóveis que geraram os débitos discutidos nos autos foram consolidadas em favor do banco apelado, de forma que este evoluiu de credor fiduciário para legítimo proprietário dos bens. Assim, é pessoa legítima para figurar como sujeito passivo do IPTU, sendo irrelevante se detém ou não a posse direta sobre os imóveis.

Cita o artigo 34 da Lei n° 5.172/66, o artigo 123 do CTN, a Súmula 399 do STJ e o artigo 86 do Código Tributário Municipal (LC n. 027/2001).

Alega que o recorrido não demonstrou sua ilegitimidade passiva no que pertine ao ITBI expresso na CDA n. 1466, referente ao ano de 2014, ônus que lhe incumbia, conforme artigo 373 do CPC.

Aduz que não há que se falar em nulidade das CDA´s de ns. 1463, 1464 e 1465, tendo em vista que a fundamentação legal se encontra suficientemente aposta nos títulos, sendo possível concluir que se tratam de Tarifas de CND (R$ 15,01, no Decreto nº 3.444/2014, alterado pelos Decretos nº 3.552/2015, 3.678/2016 e 3.780/2017; R$ 18,78, no Decreto nº 3.780/2017).

Realiza o prequestionamento.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 297/301.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Município de Mundo Novo interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da cidade de Mundo Novo que, nos autos de embargos à execução fiscal opostos pelo Banco Bradesco S.A, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para o fim de reconhecer a nulidade das CDAs de f. 53-55 (nºs 1463-1465/2018) dos autos 0800909-87.2019.8.12.0016 a respeito da cobrança de "Receitas Diversas", bem como a ilegitimidade para o embargante, enquanto credor fiduciário, ser executado por IPTU e ITBI, conforme certidões de f. 03-52 e 56 (nºs 1414 até 1462 e 1466).

A apelação preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos previstos no CPC/2015. É cabível (art. 1.009) e tempestiva (arts. 1.003, §5º, art. 183 e 219, parágrafo único). Sem preparo por se tratar de Fazenda Pública.

Da nulidade da CDA

Aduz o apelante que não há que se falar em nulidade das CDA´s de ns. 1463, 1464 e 1465, tendo em vista que a fundamentação legal se encontra suficientemente aposta nos títulos, sendo possível concluir que se tratam de Tarifas de CND (R$ 15,01, no Decreto nº 3.444/2014, alterado pelos Decretos nº 3.552/2015, 3.678/2016 e 3.780/2017; R$ 18,78, no Decreto nº 3.780/2017).

A pretensão, contudo, não merece crédito.

A certidão da dívida ativa, apta a fundamentar a ação executiva fiscal, deve indicar com precisão todos os elementos necessários à identificação do débito.

O Artigo 2º da Lei n. 6.830/80, em seu parágrafo 5º dispõe:

> *"Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.*
>
> *(...)*
>
> *§5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:*
>
> *I - o nome do devedor, dos corresponsáveis 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."* (G.N)

Ainda neste sentido, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 202, também explica:

*"Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:*

*I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;*

*II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;*

*III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;*

*IV - a data em que foi inscrita;*

*V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.*

*Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição."* (G.N.)

Em seguida, em seu artigo 203, o Código Tributário Nacional dispõe:

*"Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvida ao sujeito passivo, acusado ou interessado, prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada. "*

Assim, a *mens legis* espelhada nos requisitos previstos na legislação supramencionada é a de proporcionar a possibilidade de o devedor defender-se em juízo, após o conhecimento do débito cobrado, da causa da dívida e da responsabilidade pelo seu pagamento, a fim de impedir o prosseguimento de execuções arbitrárias.

Leandro Paulsen nos explica que as normas estabelecidas pelo Código Tributário Nacional e pela Lei de Execuções Fiscais "*têm o objetivo de propiciar à parte devedora a possibilidade de defesa, com o que não se trata de excessivo rigor formal, mas de proteção ao direito de defesa da parte. O título executivo se caracteriza pela certeza e liquidez do crédito, de modo que deve conter os requisitos que asseguram a presença de tais características* (*in* Direito Processual Tributário - Processo Administrativo e Execução Fiscal à luz da doutrina e jurisprudência, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 226).

Da análise dos autos, percebe-se que as CDA´s de ns° 1463, 1464 e 1465 que fundamentam a execução fiscal não preenchem os pressupostos exigidos por lei, porquanto ausente a clara indicação da natureza da dívida, ou seja, a individualização do exato objeto do tributo exigido, haja vista que somente informa se tratar de "receitas diversas", o que obsta o exercício do contraditório e da ampla defesa do contribuinte.

Portanto, diante da ausência de pormenores a respeito da origem da cobrança ocorrida, em evidente afronta aos dispositivos retromencionados, outro caminho não há senão o de reconhecer a ausência de certeza e liquidez das respectivas Certidões de Dívida Ativa que aparelham os autos executivos, mormente porque não dispôs o devedor de elementos para verificar a exatidão e regularidade da exigência.

Destarte, em virtude da violação aos requisitos legais de validade das CDA´s que dão suporte à execução fiscal, correta a sentença proferida pela autoridade judiciária de primeiro grau que as reconheceu como nulas.

Da legitimidade passiva quanto ao débito de IPTU

Defende o Município apelante a legitimidade passiva do banco apelado para responder por débitos de IPTU dos exercícios de 2014 e 2017 incidentes sobre imóveis que foram objeto de alienação fiduciária.

Com efeito, nos contratos em que o bem imóvel é dado em garantia de alienação fiduciária, o fiduciante transfere ao fiduciário o domínio resolúvel do imóvel. Na hipótese de satisfação da dívida garantida, a propriedade fiduciária é extinta. Entretanto, no caso de inadimplemento, o credor fiduciário consolida-se como proprietário do imóvel, conforme estabelece os artigos 25 e 26, ambos da Lei n.º 9.514/1997, verbis:

> *"Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel. (...)"*
>
> *"Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. (...)"*

Percebe-se que, nos contratos desse jaez, o domínio resolúvel do imóvel é inicialmente transferido ao credor fiduciário somente com o objetivo de garantia do débito, sem, no entanto, ocorrer a transferência dos atributos inerentes ao direito de propriedade. Tal fato, a toda evidência, retira a sua condição de contribuinte, nos termos do art. 34 do Código Tributário Nacional, e, consequentemente, a responsabilidade tributária, a qual recai ao devedor fiduciante, a não ser que a dívida ajustada entre ambos não seja paga e ocorra a consolidação da propriedade em favor da instituição financeira.

Dito isto, observa-se que, no caso *sub judice*, foram consolidadas as propriedades dos imóveis tributados – n°s 5722, 5727, 5746, 5747, 5749, 5750, 5751, 5753, 5763, 5764, 5765, 5766, 5767, 5768, 5769, 5783, nas datas de 24.07.2014 e 14.09.2012, em favor do banco apelado, diante do inadimplemento dos devedores e transcurso dos prazos sem purgação da mora, conforme averbações realizadas nas respectivas matrículas (fls. 22/53).

Sabe-se que o imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, conforme estabelece o art. 32 do CTN.

Desta forma, adquirido o recorrido a condição de proprietário dos bens em questão junto ao Cartório de Registro de Imóveis, por certo que passou a assumir também a condição de contribuinte do IPTU, porquanto configurada a responsabilidade decorrente da sucessão no domínio, nos expressos termos dos artigos 130 e 131, ambos do CTN.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – EXERCÍCIO DE 2.016 – EXCEÇÃO PRÉVIA DE EXECUTIVIDADE REJEITADA – CONSOLIDAÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA REGISTRADA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE E SUCESSOR NA PROPRIEDADE DO IMÓVEL – CTN, ART. 131, INCISO I – RECURSO PROVIDO.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2139172-59.2019.8.26.0000; Relator (a): Octavio Machado de Barros; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Itu - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 12/11/2019; Data de Registro: 12/11/2019)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IPTU DOS EXERCÍCIOS DE 2012 A 2014. 1) ALEGADA NULIDADE DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA - INOCORRÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE DEFEITOS NAS CDAS APTOS A INVIABILIZAR A EXECUÇÃO - ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS INSCULPIDOS NOS ART. 202 DO CTN E § 5º DO ART. 2º DA LEI 6.830/80 - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO TÍTULO EXECUTIVO. 2) ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - NÃO SE TRATA DE MERO CREDOR FIDUCIÁRIO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - INADIMPLEMENTO - CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM FAVOR DO BANCO - INTELIGÊNCIA DO ART. 130 DO CTN - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.* (TJSP; Apelação Cível 1012103-38.2015.8.26.0344; Relator (a): Eutálio Porto; Órgão Julgador: 12ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/06/2017; Data de Registro: 13/06/2017)

Assim, de rigor a retificação da sentença proferida em primeiro grau, para reconhecer a legitimidade do banco apelado para responder pela obrigação relativa ao IPTU.

Da legitimidade passiva quanto ao débito de ITBI

O artigo 3º da Lei nº 6.830/80, corroborado pelo artigo 204 do CTN, estabelece que a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, a qual só pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado.

No caso em apreço, a parte executada/embargante, ora apelado, não logrou êxito em afastar a presunção de liquidez e certeza da CDA referente ao ITBI - período de 2014, isso porque deixou de acostar ao feito cópia do registro anterior do imóvel (matrícula n° 7283 do CRI de Mundo Novo/MS), objeto do tributo, mas somente anexou certidão de matrícula com número atualizado (10122), cujo protocolo ocorreu já no ano de 2015 (fls. 55), situação que obsta a apreciação do preenchimento ou não dos requisitos previstos na legislação.

Portanto, sendo do apelado/embargante o ônus da prova (CPC, art. 373, I) e não tendo dele se desincumbido, deve subsistir a presunção legal de liquidez e certeza da CDA que instruiu a execução fiscal.

Do prequestionamento

No que diz respeito ao prequestionamento formulado pelo apelante, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Mundo Novo e dou-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a legitimidade passiva do banco embargante/executado para responder pelos débitos relativos ao IPTU e ao ITBI e, por consequência, determinar o prosseguimento da execução fiscal com relação às CDA´s de n°s 1414 até 1462 e 1466 (fls. 03-51 e 55 dos autos n° 0800909-87.2019.8.12.0016).

Reconheço a sucumbência recíproca das partes e, atento aos ditames dos artigos 86 do CPC, determino o rateio das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em primeiro grau em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa (artigo 85, §2°, do CPC), na proporção de 70% (setenta por cento) a ser suportado pelo embargante/apelado e 30% (trinta por cento) a ser suportado pelo embargado/apelante. Mantém-se, com relação ao Município, a isenção das custas e a necessidade de reembolso - artigo 24, inciso I, §1° do Regimento Interno de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul, tal como determinado pelo magistrado singelo, na respectiva proporção.

Inaplicável o artigo 85, §11, do CPC, em decorrência de sua natureza sancionatória em recurso procrastinatório, o que não se evidenciou *in casu.*

## 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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 6 de outubro de 2020.

***

## Seção Especial - Cível
## Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
## Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1403693-36.2019.8.12.0000/50000 - Campo Grande

EMENTA – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR – PENHORA DO PERCENTUAL DE ATÉ 30% (TRINTA POR CENTO) DO SALÁRIO DO DEVEDOR – FASE DE ADMISSIBILIDADE – REQUISITOS PREENCHIDOS – INCIDENTE ADMITIDO.

Preenchidos os requisitos contidos no artigo 976 do CPC, é de rigor a admissão do IRDR.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial - Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, admitiram o incidente, nos termos do voto do relator, com o parecer. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) suscitado por Art Fênix Cerimonial e Eventos LTDA-ME com o objetivo de uniformizar a jurisprudência deste Tribunal de Justiça sobre a possibilidade da penhora de até 30% da remuneração/provento do executado para o adimplemento de seus débitos.

Sustenta, em síntese, que as Câmaras Cíveis deste Tribunal têm prolatado decisões conflitantes sobre esse tema, o que caracteriza ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica razões pelas quais propõe o presente IRDR com o objetivo de uniformizar o entendimento das respectivas Câmaras Cíveis deste Sodalício.

Requer, diante disso, que o IRDR seja admitido, dando-lhe

a mais ampla e específica publicidade, bem assim a suspensão do processo de origem até o julgamento deste incidente, e, ao final, a sua procedência a fim de que a tese jurídica defendida seja aplicada a todos os processos, individuais ou coletivos, que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no limite da abrangência deste respectivo TJMS.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou às f. 52-60, pela admissibilidade do presente incidente.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) suscitado por Art Fênix Cerimonial e Eventos LTDA-ME com o objetivo de uniformizar a jurisprudência deste Tribunal de Justiça sobre a possibilidade da penhora de até 30% da remuneração/provento do executado para o adimplemento de seus débitos.

O Diploma Processual estabeleceu procedimento fracionado para a análise do requerimento de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, fixando duas fases distintas. A primeira consiste no juízo de sua admissibilidade (CPC, art. 981) e a segunda incide apenas após sua admissão, quando será fixada a tese vinculante (CPC, art. 982).

O artigo 981 estabelece "*Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.*"

Por sua vez, o artigo 976 prevê: "*É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: i – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e, ii – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*"

No escólio de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha[1]:

> *"O art. 976 do CPC estabelece os requisitos de admissibilidade do IRDR... somente é cabível, se (a) houver efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; (b) a questão for unicamente de direito; e (c) houver causa pendente no tribunal. Esses requisitos são cumulativos. A ausência de qualquer um deles inviabiliza a instauração do IRDR. Não é sem razão, aliás, que o art. 976 do CPC utiliza a expressão simultaneamente, a exigir a confluência de todos esses requisitos... Tais requisitos de admissibilidade denotam: (a) o caráter não preventivo do IRDR, (b) a restrição do seu objeto à questão unicamente de direito, não sendo cabível para questões de fato e (c) a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente."*

Analisando a questão posta, constata-se a presença dos requisitos cumulativos exigidos para a admissão do presente IRDR.

O pedido de instauração, foi requerido pela parte Art Fênix Cerimonial e Eventos LTDA-ME do processo nº 1403693-36.2019.8.12.2019, sendo, portanto, parte legítima, por se encontrar elencada dentre aquelas indicadas no artigo 977, II, do CPC.

Em relação à efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito (CPC, art. 976, I), envolvendo o tema em discussão, em consulta ao banco jurisprudencial mantido por esse Egrégio TJMS, constata-se a existência de soluções jurisdicionais distintas entre si, havendo precedentes no sentido de que a impenhorabilidade da verba salarial é absoluta, e outros admitindo a penhora de parcela da verba remuneratória, com a consequente mitigação da regra da impenhorabilidade em prol da efetividade da execução, senão vejamos:

Pela mitigação da impenhorabilidade:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – PENHORA DO SALÁRIO – POSSIBILIDADE – PROVIDÊNCIA QUE ATENDE O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE – PREVISÃO DO ART. 833, INCISO IV, CPC, QUE COMPORTA MITIGAÇÃO – AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA AGRAVADA À PROVIDÊNCIA ADOTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1407507-22.2020.8.12.0000, Aparecida do Taboado, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 16/09/2020, p: 21/09/2020)

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – REJEITADO – PENHORA DE RENDIMENTOS – POSSIBILIDADE – MITIGAÇÃO DA REGRA DE*

1 *In* Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 16 ed., Salvador, Ed. JusPodivm, 2019, p. 758.

*IMPENHORABILIDADE SALARIAL – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DA SUBSISTÊNCIA DA DEVEDORA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Não havendo provas quanto à alteração da condição financeira da agravante, indefere-se a pretensão de revogação do benefício da justiça gratuita. Consoante entendimento do STJ, a regra geral da impenhorabilidade do salário prevista no artigo 833, inciso IV, do CPC/2015, pode ser mitigada a fim de garantir a efetividade da execução, desde que o percentual penhorado não afete a subsistência da devedora e de sua família.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406736-44.2020.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 27/08/2020, p: 01/09/2020)

*AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL BLOQUEIO DE 10% SALÁRIO DO AGRAVANTE MITIGAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE SALARIAL POSSIBILIDADE PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR DIREITO DO CREDOR DE RECEBER O QUE LHE É DEVIDO TESE DE ABANDONO DE CAUSA AINDA NÃO APRECIADA PELO JULGADOR PRIMEVO SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.*

*A penhora sobre o salário deve observar a regra do artigo 833, inciso IV, do CPC, segundo a qual são absolutamente impenhoráveis "os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".*

*Muito embora as verbas salariais sejam, em princípio, absolutamente impenhoráveis, essa natureza não é permanente, devendo ser analisado caso a caso, de modo a permitir a constrição de parte do salário, em situações excepcionais, como a dos autos, uma vez que a natureza da impenhorabilidade não é permanente, mas sim precária. (...)"* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1412719-92.2018.8.12.0000, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 17/04/2019)

Pela impenhorabilidade:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRARRAZÕES INTEMPESTIVAS – NÃO ANALISADAS – AÇÃO ORIGINÁRIA DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – APLICABILIDADE DO ART. 205 DO CC EM CONJUNTO COM A SÚMULA 150 DO STF – MERITO – DETERMINAÇÃO DE PENHORA SOBRE 30% DO SALÁRIO LÍQUIDO MENSAL - IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 833, IV, DO NCPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A apresentação de contrarrazões fora do prazo para resposta implica no não conhecimento da matéria arguida. Em se tratando de ação que visa à resolução de contrato de compra e venda por inadimplemento contratual e o consequente recebimento de indenização por perdas e danos em decorrência do não cumprimento da obrigação, a matéria é regulada pelas normas prescricionais em relação obrigacional, incidindo o prazo estabelecido pelo artigo 205 do CC, qual seja, 10 (dez) anos bem como a Súmula 150 do STF. O artigo 833, IV, do NCPC, é taxativo ao dispor que é impenhorável, ainda que parcialmente, as verbas provenientes de salário, salvo para atender dívida alimentar.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1410149-65.2020.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 08/10/2020, p: 13/10/2020)

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO PENHORA SOBRE 30% DO SALÁRIO DO DEVEDOR INADMISSIBILIDADE IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*A impenhorabilidade do salário tem caráter absoluto, conforme disposição legal artigo 833, inciso IV, do CPC sendo, inclusive, inadmissível sua penhora parcial.*

> *A única exceção a essa norma legal, conforme entendimento jurisprudencial majoritário, é a dívida de caráter alimentar, situação distinta da presente.x* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1413559-05.2018.8.12.0000, Dourados, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 01/04/2019, p: 03/04/2019)

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – DECISÃO QUE AUTORIZOU A PENHORA DE 30% SOBRE VALORES DECORRENTES DE RENDIMENTOS OBTIDOS COM TRABALHO (ASSALARIADO E AUTÔNOMO) – RELATIVIZAÇÃO – INVIABILIDADE – ARTIGO 833, IV, DO CPC/2015 – DECISÃO REFORMADA EM PARTE – RECURSO PROVIDO.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406389-11.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 24/08/2020, p: 01/09/2020)

No que tange ao requisito previsto no art. 976, II, do CPC, que diz respeito ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, importante descrever o teor do Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (art. 976, II) "*A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica*".

Na espécie, em razão da controvérsia existente sobre o tema e dos julgados colacionados, nota-se que se está dando solução diversa nas demandas envolvendo a mesma matéria, fato que evidencia o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica das decisões desta Corte.

O próximo requisito a ser verificado é de caráter negativo e previsto no § 4º do artigo 976 do CPC, o qual impõe óbice a admissão de IRDR se existente afetação pelos Tribunais Superiores sobre a mesma questão de direito material ou processual. Pesquisando nos sítios das Cortes Superiores, não se constatou a existência de afetação da matéria em discussão, seja pelo rito da repercussão geral ou recurso repetitivo, não havendo óbice a que o incidente seja submetido a julgamento.

De igual, encontram-se preenchidos os requisitos do parágrafo único do artigo 978 do CPC, pois os autos que originaram o presente IRDR encontram-se pendentes de julgamento.

Conclusão

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, voto por se admitir a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para se discutir o tema: "Penhora de parcela da verba salarial do devedor em ações de execução para fins de satisfação da dívida".

Consequentemente, nos termos do disposto no artigo 982, inciso I, do CPC, determino a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam neste E. Tribunal de Justiça e nas Comarcas do Estado de Mato Grosso do Sul, que versem acerca das questões afetadas ao julgamento deste incidente.

Nos termos do artigo 982, III, do Código de Processo Civil, intime-se a Procuradoria de Justiça para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

Comunique-se aos órgãos jurisdicionais competentes acerca da suspensão dos feitos correlatos ao julgamento deste incidente (CPC, artigo 982, § 1º).

Durante a suspensão, eventual pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (CPC, art. 982, § 2º).

Após as providências determinadas e decorridos os respectivos prazos, retornem os autos conclusos para julgamento do incidente.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, admitiram o incidente, nos termos do voto do relator, com o parecer. ausente, justificadamente, o des. divoncir.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Julizar Barbosa Trindade, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
## Apelação Cível nº 0800194-33.2019.8.12.0020 - Rio Brilhante

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMUNIDADE DE ITBI – INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE O VALOR DO BEM QUE EXCEDA O INTEGRALIZADO – REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 796 – SEGURANÇA DENEGADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado.

### 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 outubro de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Agropecuária Esperança Lcb Ltda. interpõe *apelação* contra sentença que, no Mandado de Segurança impetrado em face do Auditor Fiscal e da Secretária de Planejamento Controle e Finanças do Município de Rio Brilhante, denegou a ordem pleiteada para i- declarar a imunidade de ITBI sobre a transferência do imóvel rural em questão pelo valor escriturado para a realização de seu capital social; ou para declarar ii- a inexistência de fato gerador do mencionado imposto; ou para iii- obrigar as autoridades coatoras a apresentarem avaliação pormenorizada do imóvel, demonstrando quais os critérios utilizados para determinação do valor encontrado.

Sustenta ter direito líquido e certo a imunidade tributária em discussão, haja vista intentar apenas a realização do capital social, não a reserva de capital, bem como porque inexiste, no caso, exploração econômica, única exceção constitucional.

Afirma que a exação em tela é arbitrária e totalmente fora de contexto fático e temporário, uma vez que a operação não se coaduna com o fato gerador da demanda e que a cobrança do ITBI poderá ser levada a efeito quando no futuro, (se) houver operação de transmissão de propriedade, hipótese em que o valor venal do imóvel deverá estar inserido.

Ressalta não estar em discussão o valor do bem, mas a inocorrência de fatos que se subsumem a regra tributária do ITBI.

Assevera diferir-se o caso tratado no tema 796 do STF, assim como que outros municípios deste Estado concederam certidão negativa em situações idênticas.

Requer, assim, o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 261-269.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo não provimento do recurso (fls. 281-289).

A apelante manifestou oposição ao julgamento virtual (f. 291).

## VOTO (EM 22/09/2020)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Agropecuária Esperança Lcb Ltda. contra sentença que, no Mandado de Segurança impetrado em face do Auditor Fiscal e da Secretária de Planejamento Controle e Finanças do Município de Rio Brilhante, denegou a ordem pleiteada para i- declarar a imunidade de ITBI sobre a transferência do imóvel rural em questão pelo valor escriturado para a realização de seu capital social; ou para declarar ii - a inexistência de fato gerador do mencionado imposto; ou iii - obrigar as autoridades coatoras a apresentarem avaliação pormenorizada do imóvel, demonstrando quais os critérios utilizados para determinação do valor encontrado.

1 – 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).

2 – Fundamentação

Colhe-se dos autos que a impetrante pretende o reconhecimento da incidência de imunidade de ITBI sobre a transferência do imóvel "Fazenda Esperança", com área de 1.423,6324 hectares, matrícula 19.159, SRI de Rio Brilhante-MS, de propriedade de Lourdes Coelho Barbosa, a título de integralização de capital social.

O capital social da impetrante é de R$ 936.000,00 (p. 26) e o montante a ser integralizado com o imóvel é R$ 929.786,61, enquanto sua avaliação é de R$ 15.766.244,79.

Administrativamente foi reconhecida a imunidade apenas no que tange à quantia a ser integralizada e não sobre o montante total do imóvel, de forma que sobre o excedente deveria ser recolhido o tributo.

Prestadas as informações e colhido o parecer do Ministério Público, a magistrada denegou a segurança pleiteada.

Irresignada, a apelante sustenta ter direito líquido e certo a imunidade tributária em discussão, haja vista intentar apenas a realização do capital social, não a reserva de capital, bem como porque inexiste, no caso, exploração econômica, única exceção constitucional.

Afirma que a exação em tela é arbitrária e totalmente fora de contexto fático e temporário, uma vez que a operação não se coaduna com o fato gerador da demanda e que a cobrança do ITBI poderá ser levada a efeito quando no futuro, (se) houver operação de transmissão de propriedade, hipótese em que o valor venal do imóvel deverá estar inserido.

Ressalta não estar em discussão o valor do bem, mas a inocorrência de fatos que se subsumem a regra tributária do ITBI.

Assevera diferir-se o caso tratado no tema 796 do STF, assim como que outros municípios deste Estado concederam certidão negativa em situações idênticas.

A controvérsia, perfunctóriamente analisada por ocasião do agravo de instrumento nº 1408224-68.2019.8.12.0000, limita-se em saber se deve, ou não, persistir a cobrança do ITBI no que toca ao valor do imóvel que superou a quota societária que foi subscrita.

Dispõe o artigo 156, inciso II e § 2º, inciso I, da Constituição Federal:

> *Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...)*
>
> *II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; (...)*

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

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

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional, em seu art. 36, dispõe: *"ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior: I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito".*

Portanto, haverá imunidade: i- na transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital e ii- na de transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

A análise do texto constitucional aliado ao do CTN permite concluir-se que será imune a transmissão do bem dado em pagamento do capital subscrito para composição de patrimônio de pessoa jurídica, o que se dá a fim de favorecer o aumento da atividade econômica e seus inerentes benefícios à sociedade.

A *mens legis* é, portanto, mobilizar bem imóvel para o desenvolvimento da atividade empresarial. Logo, o valor que excede o capital subscrito caracteriza-se como transferência de patrimônio e, portanto, em princípio, deve ser tributado.

Consabido, para a constituição de uma sociedade é necessária a composição de capital em moeda ou em bens para garantir sua manutenção ou, ao menos, seu início. Integralizar o capital social, portanto, é o mesmo que pagá-lo. Todo pagamento, por sua vez, é relativo a um preço; e o preço do capital social é aquele estipulado no contrato social da empresa, nem mais, nem menos.

O excedente, por óbvio, não integra esse mesmo capital. Constitui uma transferência de patrimônio como qualquer outra, agregando bens, direitos e obrigações aos demais ativos e passivos da empresa e, nesse sentido, não está acobertado pela imunidade tributária estabelecida no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal.

Diante disso, não há falar que qualquer incorporação de bens à pessoa jurídica é imune, pois as únicas exceções são aquelas expressamente definidas no final do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF/88, haja vista que a ressalva constitucional refere-se apenas aos casos de transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, não à transmissão de bens/direitos destinada à realização de capital.

Assim, resta imune a transmissão de bens e direitos para integralização de capital social, sem ressalvas, o que, contudo, não permite interpretação extensiva, para abranger a mera transferência de patrimônio ou

reserva de capital, justamente porque a imunidade constitui exceção à capacidade tributária ativa, que deve ser analisada de forma estrita ao escopo do legislador.

Nesse sentido, arrematou o Min. Alexandre Moraes, no julgamento do RE 796376/SC (tema 796), no dia 05.08.2020, sob a sistemática da repercussão geral, que pôs fim à divergência em questão:

> *Disso decorre, logicamente, que, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o valor do capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI, pois a imunidade está voltada ao valor destinado à integralização do capital social, que é feita quando os sócios quitam as quotas subscritas.*
>
> *Por outro lado, nada impede que os sócios ou os acionistas contribuam com quantia superior ao montante por eles subscrito, e que o contrato social preveja que essa parcela será classificada como reserva de capital. Essa convenção se insere na autonomia de vontade dos subscritores.*
>
> *O que não se admite é que, a pretexto de criar-se uma reserva de capital, pretenda-se imunizar o valor dos imóveis excedente às quotas subscritas, ao arrepio da norma constitucional e em prejuízo ao Fisco municipal.*
>
> *Ainda que o preceito constitucional em apreço tenha por finalidade incentivar a livre iniciativa, estimular o empreendedorismo, promover a capitalização e o desenvolvimento das empresas, não chega ao ponto de imunizar imóvel cuja destinação escapa da finalidade da norma.*

Portanto, a despeito da adoção de entendimento contrário por alguns municípios, a verdade é que incide o ITBI.

Ademais, esse o entendimento jurisprudencial que já vinha sendo adotado nos Tribunais pátrios:

> *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA DE ITBI. IMUNIDADE INEXISTENTE. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADA. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A imunidade tributária prevista constitucionalmente é excepcional e deve ser interpretada de forma estrita.*
>
> *2. Se o valor dos imóveis a serem integralizados pelos sócios superar o valor das quotas da sociedade empresária, é possível a incidência de ITBI sobre o valor excedente.*
>
> *3. Assim, não há que se falar em imunidade tributária, pelo que inexiste lesão ao direito líquido e certo da impetrante.*
>
> *4. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que denegou a segurança.* (TJMG - Apelação Cível 1.0051.15.002911-7/003, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/07/2019, publicação da súmula em 09/08/2019)
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – IMÓVEIS DESTINADOS À INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA – SEGURANÇA CONCEDIDA – PRETENSÃO À REFORMA – INTEGRALIZAÇÃO AO CAPITAL SOCIAL – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NÃO INCIDÊNCIA – ART. 156, § 2º, I, DA CF – INCIDÊNCIA CONDICIONADA – APURAÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE NOS TRÊS ANOS POSTERIORES À CONFERÊNCIA DOS IMÓVEIS PARA A COMPOSIÇÃO DO SEU CAPITAL SOCIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 2º, DO CTN – Peculiaridade do caso concreto que, contudo, impõe a limitação da imunidade tributária de forma a permitir a cobrança do ITBI sobre a diferença deste em relação aos valores venais atuais dos imóveis -*

*Sentença mantida – Recurso Improvido.* (TJSP; Apelação Cível 1011009-98.2018.8.26.0037; Relator (a):Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Américo Brasiliense -2ª Vara; Data do Julgamento: 01/08/2019; Data de Registro: 06/08/2019)

*APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI - TRANSMISSÃO DE IMÓVEIS PARA FINS DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA IMPETRANTE – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA QUE ALCANÇA A RESPECTIVA OPERAÇÃO ATÉ O LIMITE DAS QUOTAS QUE SE PRETENDE SUBSCREVER – TRIBUTAÇÃO ADMITIDA SOBRE A DIFERENÇA – VASTOS PRECEDENTES NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – MANUTENÇÃO DA DENEGAÇÃO DA ORDEM QUE SE IMPÕE – RECURSO DESPROVIDO.(TJSP; Apelação Cível 1004280-36.2018.8.26.0270; Relator (a):Wanderley José Federighi; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Itapeva - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 30/07/2019; Data de Registro: 30/07/2019)*

Por fim, a sentença deve ser mantida.

Conclusão

Ante o exposto, de acordo com o parecer da PGJ, voto por se negar provimento ao recurso.

Sem honorários recursais.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Marco André), após o relator negar provimento ao recurso. o 2º vogal aguarda.

## VOTO (EM 13/10/2020)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (2º Vogal)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Agropecuária Esperança Lcb Ltda em face da sentença que denegou a segurança pleiteada, que visava o reconhecimento da imunidade tributária integral em relação ao ITBI, diante transferência de imóvel rural em realização de capital de pessoa jurídica.

O Relator negou provimento ao apelo, consignando a existência de decisão com caráter vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 796).

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão, diante da alegação do recorrente de que o precedente invocado não se aplicaria à hipótese em análise, vez que, neste caso concreto, existe perfeita equivalência entre o valor da transmissão do bem imóvel e o valor das cotas correspondentes.

Contudo, após detida análise dos autos, tenho por acompanhar o Relator, sem ressalvas, eis que o caso se amolda de maneira integral à norma extraída do precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, ao julgar o RE 796376/SC, a Corte Suprema estabeleceu que "sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o valor do capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação do ITBI, pois a imunidade estã destinada ao valor destinado à integralização do capital social, que é feita quando os sócios quitam as cotas subscritas.".

No caso, em que pese o recorrente alegar que existe perfeita equivalência entre o valor da transmissão do bem imóvel e o valor das cotas correspondentes (R$ 929.786,61), tal valor foi atribuído unilateralmente pelo interessado ao bem imóvel, propriedade rural de 1.423ha, sendo, entretanto, avaliado pelo fisco em R$ 15.766.244,79.

Assim, e sendo certo que o valor atribuído de forma unilateral pelo contribuinte não vincula o fisco, acompanho o relator para negar provimento ao apelo.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
## Agravo de Instrumento nº 2000548-83.2020.8.12.0000 - Amambai

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS POR OCUPAREM O POSTO À ÉPOCA DO FATO GERADOR – IMPOSSIBILIDADE – RESP 1.104.900/SE – TEMA 103 – EXIGÊNCIA DO NOME DOS RESPONSÁVEIS PELA EMPRESA COMO DEVEDOR – INEXISTÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO

Nos termos do representativo de controvérsia REsp 1.104.900/SE - Tema 103, "*Se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos''*.

Na hipótese, a CDA apresenta no campo específico como devedor somente a pessoa jurídica e os sócios em outro local apenas como mero representantes da empresa, de modo que o fato de exercerem o posto à época do fato gerador não se enquadra nas hipóteses de redirecionamento da execução.

## 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, 27 de outubro de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento contra decisão que, na Execução Fiscal movida em face de Mmega Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, indeferiu o pedido de redirecionamento da execução em desfavor dos sócios constantes da CDA.

Defende que os requisitos exigidos para o redirecionamento estão presentes, eis que consta na certidão de dívida ativa o nome dos sócios, de modo que, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, no REsp 1104900/ES, cabe a eles provar que não está caracterizado excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto (art. 135, CTN).

Requer, assim, o provimento do recurso para reformar a decisão objurgada admitindo o redirecionamento da execução para os sócios constantes na CDA.

O agravo foi recebido no efeito devolutivo (fl. 16).

Informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau às fls. 26/30, ratificando a decisão objurgada.

Contraminuta às fls. 35-9.

## VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão que, na Execução Fiscal movida em face de Mmega Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, indeferiu o pedido de redirecionamento da execução em desfavor dos sócios constantes da CDA.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Revelam os autos que o Estado ajuizou execução fiscal em face da empresa Mmega Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., tendo como representantes legais Fladimir Francisco Arroyo e Marcos Wagner Chaparro Almada, em razão do débito representado pela CDA nº 971/2014, valor original de R$ 42.831,63, protocolizada em 20/10/2014.

Diante da citação e não pagamento da dívida e inexistência de bens a serem penhorados para garantir sua satisfação, o Estado, ao argumento de não ser possível continuar a execução fiscal apenas em desfavor da empresa, requereu com base no recurso repetitivo REsp 1.104.900/ES – Tema 103 o seu redirecionamento em desfavor dos sócios responsáveis que estariam constado da CDA, em razão de ocuparem esse posto à época do fato gerador.

O Magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido por entender ser inaplicável o paradigma porque o nome dos sócios consta na CDA apenas como meros representantes legais e não como corresponsáveis pelo crédito tributário. *In verbis:*

Vistos etc.

> *O simples inadimplemento do crédito tributário não configura o descumprimento de dever legal que possa ensejar a responsabilização de terceiro por fato ilícito. "É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é inviável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de simples falta de pagamento do tributo associada à inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora, porquanto tal circunstância, nem em tese, acarreta a responsabilidade subsidiária dos sócios." (AgRg no REsp 938.779/SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 03.12.2008). Para mais além, o redirecionamento da execução somente é possível em desfavor do sócio gerente ou administrador – enfim, de quem tenha responsabilidade pelo ilícito praticado, mas não contra o simples sócio quotista, ainda que detenha a maior parcela do controle social. Foi neste sentido que decidiu o C. STJ:*
>
> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão proveu o recurso especial da parte agravada. 2. O acórdão a quo entendeu pela responsabilidade do recorrente, sóciogerente, pelos débitos fiscais contemporâneos a sua gestão. 3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente, e não apenas quando ele simplesmente exercia a gerência da empresa à época dos fatos geradores. 4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76). 5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN). 6. O simples*

*inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior. 7. Matéria que teve sua uniformização efetuada pela egrégia 1ª Seção desta Corte nos EREsp nº 260107/RS, unânime, DJ de 19/04/2004. 8. Questão de simples aplicação da legislação federal pertinente e da jurisprudência seguida por este Sodalício, não sendo o caso de incidência da Súmula nº 07/STJ. 9. Agravo regimental não-provido.* (AgRg no REsp 1034227/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 04/06/2008).

*Destarte, "(...) A simples condição de sócio não importa responsabilidade tributária, pois, conforme já ressaltado, a principal característica da pessoa jurídica é justamente possuir patrimônio (bens, direitos e obrigações) diferente do que pertence a seus sócios. Assim, a regra é que os sócios não sejam responsabilizados pelas obrigações da pessoa jurídica que integram. Ressalte-se, contudo, que, se o sócio é também gerente da sociedade, passa a responder pelos atos ilícitos que vier a praticar. O motivo disso, no entanto, não é o fato de ser sócio, mas sim o exercício da função de gestão, de administração da instituição. Usando a terminologia mais corriqueira, a previsão é aplicável ao sócio-gerente, não ao sócio-quotista"* (Alexandre, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado, Ed. Método, 2007, p. 322-323).

*Todavia, em sede de recurso repetitivo, no Tema 103, o STJ firmou a seguinte tese: "Se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos'."*

*No caso, verifica-se que da CDA consta o nome de sócios mas meramente na qualidade de meros representantes legais da executada e não como responsáveis ou corresponsáveis pelo crédito tributário, o que indica que não houve tal apuração no processo administrativo fiscal.*

*Portanto, indefiro o pedido de fls. 52-53.*

A questão cinge-se quanto à possibilidade de redirecionar a execução fiscal em desfavor dos sócios cujos nomes constam da CDA.

Analisando detidamente os autos, tem-se que a decisão não merece reforma.

Os motivos apresentados pelo Estado para o redirecionamento da Execução Fiscal em desfavor dos sócios, com base no REsp 1.104.900/ES – Tema 103, é de que eles ocupavam esse posto à época do fato gerador.

Pois bem, verificando o paradigma, conclui-se ser inaplicável ao caso presente por não se enquadrar na situação levada a julgamento sob o rito de recurso repetitivo.

Por ocasião da afetação da matéria, a questão submetida a julgamento foi: *Discute-se a responsabilidade do sócio-gerente, cujo nome consta da CDA, para responder por débitos da pessoa jurídica.*

E a tese firmada foi a seguinte:

*Se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.*

Como se verifica o redirecionamento da execução fiscal é admitido apenas quando o nome do sócio consta na certidão de dívida ativa – CDA como codevedor e responsável tributário.

Observando a CDA existente nos autos originários (fl. 2), consta como devedor apenas o nome da agravada "MMega Industria Comercio Alimentos Ltda", sendo que o nome dos sócios vem em outro campo logo abaixo, como "sócio(s) responsável(is), como é de praxe em títulos dessa natureza, já que todas as CDA's emitidas contra empresas, consta o nome dos responsáveis.

Não constando na CDA os sócios como corresponsáveis pelo débito fiscal, é porque essa situação não foi apurada no momento da constituição do crédito tributário, o que torna impossível transformá-los de forma automática em devedores.

Além disso, o entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça é de que o redirecionamento da execução contra os sócios é cabível apenas nos casos em que houver dissolução irregular da sociedade ou infração a lei, o que não é o caso presente.

A propósito:

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. PRECEDENTES.*
>
> *1. Agravo regimental contra decisão proveu o recurso especial da parte agravada.*
>
> *2. O acórdão a quo entendeu pela responsabilidade do recorrente, sócio-gerente, pelos débitos fiscais contemporâneos a sua gestão.*
>
> *3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.*
>
> *A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente, e não apenas quando ele simplesmente exercia a gerência da empresa á época dos fatos geradores.*
>
> *4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).*
>
> *5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN).*
>
> *6. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal.*
>
> *Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior.*
>
> *7. Matéria que teve sua uniformização efetuada pela egrégia 1ª Seção desta Corte nos EREsp nº 260107/RS, unânime, DJ de 19/04/2004.*
>
> *8. Questão de simples aplicação da legislação federal pertinente e da jurisprudência seguida por este Sodalício, não sendo o caso de incidência da Súmula nº 07/STJ.*
>
> *9. Agravo regimental não-provido.* (AgRg no REsp 1034227/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 04/06/2008).

*TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.*

*1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.*

*2. (...). 3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.*

*4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal.*

*Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.*

*5. Precedentes desta Corte Superior.*

*6. Embargos de divergência rejeitados.* (EREsp 260.107/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 10/03/2004, DJ 19/04/2004, p. 149).

Assim, não constando o nome dos sócios como devedores na CDA e o só fato de exercerem essa condição à época do fato gerador não autorizarem a pretensão de redirecionamento da execução, o indeferimento do pedido é medida imperativa.

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, 27 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
## Apelação/Remessa Necessária nº 0811566-02.2020.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSORA TEMPORÁRIA – DECLARAÇÃO DE CONCLUSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO – POSSIBILIDADE – DIPLOMA EM EXPEDIÇÃO – DISPENSA DE CERTIFICADO – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

Não obstante o Edital do concurso exigir, para fins de pontuação na prova de títulos, certificado de conclusão de curso, a declaração da instituição de ensino neste sentido revela-se suficiente, na medida que desarrazoada exigência puramente burocrática, quando a candidata demonstra ter concluído com êxito a pós graduação.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso voluntário e ratificaram a sentença em reexame, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de outubro de 2020

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade.

Município de Campo Grande interpõe apelação cível contra sentença que, no mandado de segurança impetrado por Laura Maria Garcia Rodrigues Cavanos contra ato da Secretária Municipal de Educação de Campo Grande, concedeu a ordem determinando que o impetrado atribua os pontos pelo título de Especialista (pós-graduada) à impetrante, reclassificando-a dentro da lista dos aprovados para o cargo de Professor Temporário (Edital conjunto SEMED/SEGES n. 02/2019), de acordo com as demais regras do Edital. Sem custas e honorários.

Sustenta que o item 8.2 do edital do processo seletivo exige expressamente que "*seriam aceitos o Diploma, ou o certificado ou de conclusão de curso de pós-graduação em nível de Especialização - lato sensu, não sendo admissíveis outros documentos que não estes"* (f. 101).

Assevera que a interpretação do edital deve ser dar de forma restrita, em respeito aos princípios constitucionais, em especial ao da legalidade, consoante art. 37 da Constituição Federal.

Contrarrazões às fls. 107-111.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (fls. 123-128).

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator(a)

1 – Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma, sendo dispensado do preparo, por isenção legal.

2 – Fundamentação

A apelada impetrou o presente *mandamus* contra ato da autoridade coatora consistente em não considerar válida declaração de conclusão de curso de especialização para fins de prova de títulos do processo seletivo para contratação de professores temporários, requerendo a concessão da segurança para determinar que o impetrado atribua-lhe a pontuação correspondente à conclusão do curso de pós-graduação.

O magistrado concedeu a ordem pleiteada.

Irresignado, o Município interpôs o presente apelo.

Contudo, analisando detidamente os elementos dos autos, tem-se que a ordem concedida deve ser mantida.

Consabido, o mandado de segurança é medida que tem como escopo proteger direito líquido e certo que há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação, já que não admite dilação probatória.

Com a propriedade que lhe é peculiar, ensina o saudoso Hely Lopes Meirelles:

> *Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se 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.* (Mandado de Segurança, 32ª ed., 2009, Ed. Malheiros, p. 34-5).

No caso, verifica-se haver respaldo jurídico à pretensão da impetrante.

Não se desconhece que o edital faz lei entre as partes e vincula a Administração Pública, bem como aos participantes do certame às normas nele estabelecidas.

Todavia, não se trata de regra de natureza absoluta, pois de acordo com o entendimento das Cortes Superiores, o controle jurisdicional de atos administrativos praticados em concurso público somente pode ser realizado de forma excepcional, quando verificado que as exigências constantes no edital transbordou os limites da legalidade ou da inconstitucionalidade.

Na hipótese, a parte do edital que regula a entrega dos títulos, prevê que seria aceito apenas o certificado de conclusão de curso em nível de especialização.

A apelada apresentou declaração de conclusão do curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Nível de Especialização em Educação Especial, Diversidade e Inclusão, com carga horária de 360 horas, que teve início em 10 de abril de 2018 e término em 23 de agosto de 2019.

Assim, acertada a decisão do magistrado que considerou o ato coator burocracia abusiva, eis que não existem etapas pendentes para a finalização do curso, faltando apenas a expedição de diploma, o que não pode ser empecilho para usufruir da qualificação alcançada.

A propósito, bem salientou o i. Procurador de Justiça (fls. 126-127):

> *Em que pesem os argumentos apresentados pelo ente público municipal, certo é que o presente recurso deve ser desprovido, isso porque a Apelada concluiu o curso de Pós-Graduação com nível de especialização em Educação com carga horária de 360 horas, vide fls. 16, sendo descabida, portanto, a conduta da Administração Pública Municipal em não atribuir a respectiva pontuação referente à especialização da Apelada.*
>
> *Nesse particular, cumpre destacar que, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, não se pode desconsiderar a pontuação devida à candidata por não ter apresentado especificamente o Diploma de Curso de Pós-Graduação, quando consta nos autos outro meio idôneo que comprove a especialização cursada pela candidata. (...)*

Por fim, anote-se que o certificado de conclusão do curso de pós-graduação cursado pela ora Apelada se encontra na fase de expedição, não podendo, portanto, a candidata ser prejudicada no processo seletivo, por uma interpretação restritiva do edital e por questões burocráticas da instituição de ensino responsável pela expedição do referido certificado.

Frise-se ser desarrazoada exigência puramente burocrática, quando a candidata demonstra ter concluído com êxito a pós-graduação.

Ademais, não há falar em violação princípio da isonomia, pois não há autorização da contagem de título de candidato que não concluiu a especialização, mas apenas o afastamento de formalidade prescindível e que não implica nenhum prejuízo.

A propósito, esse o entendimento desta Câmara e desta Corte:

> *APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO – PROFESSORA TEMPORÁRIA – PROVA DE TÍTULOS – DEMONSTRAÇÃO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO – DISPENSA DE CERTIFICADO – SEGURANÇA CONCEDIDA. Não obstante o Edital do concurso exigir, para fins de pontuação na prova de títulos, certificado de conclusão de curso, a declaração da instituição de ensino neste sentido é suficiente. É desarrazoada exigência puramente burocrática, quando a candidata demonstra ter concluído com êxito a pós graduação. Recurso não provido.* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária n. 0804608-97.2020.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 25/10/2020, p: 26/10/2020)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PÓS-GRADUAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO MEDIANTE HISTÓRICO ESCOLAR – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE NA EXIGÊNCIA DE DIPLOMA – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER MINISTERIAL – RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária n. 0833370-60.2019.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 20/10/2020, p: 22/10/2020)

Portanto, tendo em vista que o ato da administração viola evidentemente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, imperioso o improvimento do apelo.

Conclusão

Ante o exposto, em consonância com o parecer da PGJ, voto por se negar provimento ao recurso e por se ratificar a sentença.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento ao recurso voluntário e ratificaram a sentença em reexame, nos termos do voto do relator.

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Julizar Barbosa Trindade

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 30 de outubro de 2020.

***

## Órgão Especial
## Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
## Direta de Inconstitucionalidade nº 1400998-12.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MÉRITO – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – ACOLHIMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL RECONHECIDA – VÍCIO DE INICIATIVA – TRATAMENTO DE MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO LOCAL – PRECEDENTE DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PEDIDO PROCEDENTE.

O objeto questionado nesta ação é formalmente inconstitucional, por vício de iniciativa, tendo em vista que a norma tratou de matéria relacionada à competência privativa do Poder Executivo. O tema relacionado ao regime jurídico dos servidores públicos se restringe à iniciativa privativa do Poder Executivo, na forma do art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que é repetição obrigatória do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal.

Se observa também a inconstitucionalidade material, em atenção ao princípio da simetria, tendo em vista a incompatibilidade com o art. 34 da Constituição Estadual, e art. 41, caput e § 1º, da Constituição Federal que dispõe sobre o prazo trienal para aquisição de estabilidade pelo servidor público e quais as hipóteses de perda do cargo pelo servidor público estável (em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa).

Com o parecer, ação procedente.

### 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, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada por Marcelo Aguilar Iunes, Prefeito do Município de Corumbá/MS, devidamente qualificado nos autos, em face da Câmara Municipal de Corumbá/MS, órgão também qualificado, pela qual se busca a declaração da inconstitucionalidade do art. 14, § 1º, da Lei Orgânica do Município de Corumbá, alterado pela Emenda n. 041, de 26 de novembro de 2018, que alterou o prazo para a aquisição de estabilidade do servidor público e afastou a aplicação da pena de demissão por meio de processo administrativo disciplinar, garantido o contraditório e ampla defesa.

Destaca que o dispositivo (art. 14, § 1º, da Lei Orgânica do Município de Corumbá) não guarda compatibilidade vertical com a Constituição Estadual que estabelece em seu art. 34 o prazo de três anos para a aquisição da estabilidade do servidor público municipal, em consonância com o disposto no art. 41 da Constituição Federal. Pontua que o aludido dispositivo também padece de inconstitucionalidade ao dispor que somente em virtude de sentença judicial transitada em julgado pode o servidor sofrer a perda do cargo, em desrespeito ao disposto no § 1º do art. 41 da Constituição Federal e art. 34 da Constituição Estadual que preveem também a possibilidade de perda de cargo mediante processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa.

Aduz que a lei extrapolou os limites e parâmetros constitucionais ao instituir o prazo quinquenal para aquisição da estabilidade do cargo e restringir a possibilidade da perda do cargo para somente via judicial, inviabilizando a pena de demissão mediante processo administrativo disciplinar, configurando inconstitucionalidade por vício material e desprestigiando o princípio da simetria. Sustenta, ainda, que há inconstitucionalidade por vício de iniciativa, pois a mudança atinente ao regime jurídico dos servidores públicos deve se dar por iniciativa do chefe do executivo.

Assim, requer, liminarmente, a concessão de medida cautelar, para declarar a suspensão dos efeitos do art. 14, § 1º, da Lei Orgânica Municipal, com comunicação ao Poder Legislativo Local. No mérito, postula a procedência do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do objeto impugnado.

Intimada, a parte requerida deixou transcorrer o prazo sem manifestação (fl. 83).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 87-91, manifestou-se, opinando pelo deferimento da medida cautelar pleiteada.

Em sessão de julgamento realizada no dia 14 de agosto de 2019, por unanimidade, foi deferida a medida cautelar pleiteada (fls. 98-111).

A Câmara Municipal de Corumbá deixou de apresentar manifestação (fl. 128/142).

O Município de Corumbá manifestou-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados (fls. 139-140).

Finalmente, com nova vistas dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça também opinou pela procedência do pedido (fls. 146-150).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada por Marcelo Aguilar Iunes, Prefeito do Município de Corumbá/MS, devidamente qualificado nos autos, em face da Câmara Municipal de Corumbá/MS, órgão também qualificado, pela qual se busca a declaração da inconstitucionalidade do art. 14, § 1º, da Lei Orgânica do Município de Corumbá, alterado pela Emenda n. 041, de 26 de novembro de 2018, que alterou o prazo para a aquisição de estabilidade do servidor público e afastou a aplicação da pena de demissão por meio de processo administrativo disciplinar, garantido o contraditório e ampla defesa.

Destaca que o dispositivo (art. 14, § 1º, da Lei Orgânica do Município de Corumbá) não guarda compatibilidade vertical com a Constituição Estadual que estabelece em seu art. 34 o prazo de três anos para a aquisição da estabilidade do servidor público municipal, em consonância com o disposto no art. 41 da Constituição Federal. Pontua que o aludido dispositivo também padece de inconstitucionalidade ao dispor que somente em virtude de sentença judicial transitada em julgado pode o servidor sofrer a perda do cargo,

em desrespeito ao disposto no § 1º do art. 41 da Constituição Federal e art. 34 da Constituição Estadual que preveem também a possibilidade de perda de cargo mediante processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa.

Aduz que a lei extrapolou os limites e parâmetros constitucionais ao instituir o prazo quinquenal para aquisição da estabilidade do cargo e restringir a possibilidade da perda do cargo para somente via judicial, inviabilizando a pena de demissão mediante processo administrativo disciplinar, configurando inconstitucionalidade por vício material e desprestigiando o princípio da simetria. Sustenta, ainda, que há inconstitucionalidade por vício de iniciativa, pois a mudança atinente ao regime jurídico dos servidores públicos deve se dar por iniciativa do chefe do executivo.

Assim, requer, liminarmente, a concessão de medida cautelar, para declarar a suspensão dos efeitos do art. 14, § 1º, da Lei Orgânica Municipal, com comunicação ao Poder Legislativo Local. No mérito, postula a procedência do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do objeto impugnado.

Intimada, a parte requerida deixou transcorrer o prazo sem manifestação (fl. 83).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 87-91, manifestou-se, opinando pelo deferimento da medida cautelar pleiteada.

Em sessão de julgamento realizada no dia 14 de agosto de 2019, por unanimidade, foi deferida a medida cautelar pleiteada (fls. 98-111).

A Câmara Municipal de Corumbá deixou de apresentar manifestação (fl. 128/142).

O Município de Corumbá manifestou-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados (fls. 139-140).

Finalmente, com nova vistas dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça também opinou pela procedência do pedido (fls. 146-150).

Conforme exposição feita na decisão que deferiu o pedido cautelar, o objeto impugnado nesta ação, é o art. 14 da Lei Orgânica Municipal (alterado pela Emenda n. 041/2018), que por iniciativa do Poder Legislativo, estabeleceu o prazo quinquenal para a aquisição de estabilidade do servidor público municipal e excluiu a possibilidade de demissão por intermédio de processo administrativo, observados o contraditório e ampla defesa, padece de inconstitucionalidade formal. Isso porque, tratou de matéria - regime jurídico dos servidores públicos - cuja iniciativa é reservada ao Poder Executivo (art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que é repetição obrigatória do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal), o que, em última análise, viola o princípio da separação dos poderes, atribuindo invalidade ao objeto.

Aliás, considerando a inexistência de fatos supervenientes capazes de alterar a situação jurídica exposta, reitero os fundamentos da decisão liminar outrora proferida, a qual se embasou na seguinte argumentação:

> *"A questão posta à discussão nesta ação diz respeito à constitucionalidade ou não da Emenda n. 041/2018 que alterou o art. 14 da Lei Orgânica Municipal, cuja iniciativa do Poder Legislativo, estabelecendo o prazo quinquenal para a aquisição de estabilidade do servidor público municipal e excluindo a possibilidade de demissão por intermédio de processo administrativo, observados o contraditório e ampla defesa.*
>
> *Trago à colação o dispositivo impugnado (fl. 75):*
>
> *Emenda n. 041/2018 À Lei Orgânica do Município*
>
> *"Altera o Artigo 14 da Lei Orgânica do Município de Corumbá, e dá outras providências"*
>
> *Artigo 1º. O Artigo 14, da Lei Orgânica do Município passa a vigorar com a seguinte redação:*

> *Artigo 14. São estáveis, após cinco anos de efetivo exercício, os Servidores nomeados em virtude de concurso público.*
>
> *§1º O Servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, até a última instância não sendo lhe obstaculizado solicitado recurso a que se recorra a todos os Tribunais. (...).”*

A norma questionada, de fato, ao menos neste juízo sumário de cognição, releva indicativos de invasão da esfera da competência legislativa privativa do Poder Executivo, padecendo, então de vício de inconstitucionalidade formal.

Nos termos do art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal, “s*ão de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que (...) disponham sobre (...) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria*”. (Destaquei).

Pelo princípio do paralelismo ou simetria , o mesmo entendimento é aplicado às esferas estadual e municipal, sendo, pois, de competência do Poder Executivo a iniciativa legislativa sobre o regime jurídico e estabilidade dos servidores públicos respectivos.

A nível estadual, aliás, assim dispõe o art. 67, § 1º, II, “b”, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul:

> *“Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição. (Alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 68, de 15.12.2015 - DOMS, de 22.12.2015.)*
>
> *§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:*
>
> *I - fixem ou modifiquem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;*
>
> *II - disponham sobre:*
>
> *a) a criação de cargos, de funções ou de empregos públicos na administração direta e autárquica ou sobre o aumento de sua remuneração;*
>
> *b) os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; (...).”* (Destaquei).

A mesma disposição é repetida no art. 62, II, da Lei Orgânica do Município de Corumbá/MS, a saber:

> *“Art. 25 - São de iniciativa exclusiva do Prefeito as leis que disponham sobre:*
>
> *II - servidores públicos do Poder Executivo, da administração indireta e autarquias, sem regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (...).”* (Destaquei).

A partir das normas constituintes acima exaltadas, verifica-se que a Constituição Federal, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica Municipal preveem, em único tom, que é de competência privativa do Poder Executivo, nas respectivas esferas, a iniciativa de lei que disponha sobre o regime jurídico e estabilidade dos servidores públicos.

A propósito, para melhor compreensão do tema em discussão, é importante ressaltar que “*a locução constitucional ‘regime jurídico dos servidores públicos’ corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes*”. (STF – Pleno – Adin nº 766/RS – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 27 maio 1994, p. 13.186).

Em outras palavras, o regime jurídico dos servidores públicos é o conjunto de regras e princípios que disciplina a relação existente entre a Administração Pública e seus respectivos servidores públicos, orientando a relação de direitos e deveres reciprocamente existente entre as partes dessa relação, enquanto a estabilidade diz respeito à garantia de permanência no trabalho após o preenchimentos dos requisitos estabelecidos.

Diante disso, pode-se concluir que a disciplina relacionada à restrição das hipóteses de demissão do servidor público e à alteração do período para aquisição da estabilidade estão inseridas no contexto do regime jurídico dos servidores públicos e estabilidade do servidor público.

Portanto, considerando que o objeto, de iniciativa do Poder Legislativo Local, tratou de matéria relacionada ao regime jurídico e estabilidade dos servidores públicos municipais, o que é de competência privativa do Poder Executivo, há evidências de existência de vício formal de inconstitucionalidade, ante a violação das regras de iniciativa reservada, o que, em última análise, viola o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do STF. Veja:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. Direito Constitucional e Administrativo.(...) 3. Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal que concede benefícios a servidores públicos. Iniciativa parlamentar. Vício formal. Ocorrência. Inconstitucionalidade. 4. Imposição de ônus à Administração Pública distrital. Iniciativa de lei privativa do governador do Distrito Federal. RE-RG 745.811, tema 686. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento."*(STF; RE-AgR 1.051.080; Rel. Min. Gilmar Mendes; DJE 09/04/2018)

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 252/2002 EDITADA PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – REGIME JURÍDICO – LEI ESTADUAL QUE ESTENDE A DETERMINADA CATEGORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS O BENEFÍCIO DA LICENÇA REMUNERADA – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA RESERVADO AO GOVERNADOR DO ESTADO – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. PROCESSO LEGISLATIVO E INICIATIVA RESERVADA DAS LEIS – O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, que resulte da usurpação de poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do diploma legislativo eventualmente editado. Situação ocorrente na espécie, em que o diploma legislativo estadual, de iniciativa parlamentar, incidiu em domínio constitucionalmente reservado à atuação do Chefe do Poder Executivo: regime jurídico dos servidores públicos e disciplina da remuneração funcional, com consequente aumento da despesa pública (RTJ 101/929 – RTJ 132/1059 – RTJ 170/383, v.g.). A usurpação da prerrogativa de instaurar o processo legislativo, por iniciativa parlamentar, qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da norma que dele resulte. Precedentes. Doutrina. Nem mesmo eventual aquiescência do Chefe do Poder Executivo mediante sanção, expressa ou tácita, do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, tem o condão de sanar esse defeito jurídico radical. Insubsistência da Súmula nº 5/STF (formulada sob a égide da Constituição de 1946), em virtude da superveniente promulgação da Constituição Federal de 1988. Doutrina. Precedentes. Significação Constitucional do Regime Jurídico Dos Servidores Públicos (Civis E Militares) – A locução constitucional "regime jurídico dos servidores públicos" corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Nessa matéria, o processo de formação das leis está sujeito, quanto à sua válida*

*instauração, por efeito de expressa reserva constitucional, à exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. Atuação do Advogado-Geral da União no Processo de Fiscalização Concentrada de Constitucionalidade – O Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional. Precedentes.* (ADI 2715, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, Processo Eletrônico Dje-176 Divulg 27-08-2018 Public 28-08-2018).” (Destaquei).

*“EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. REGULAMENTAÇÃO POR LEI ESTADUAL. INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. 1. Esta Corte firmou entendimento segundo o qual a locução constitucional “regime jurídico dos servidores públicos” corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Nessa matéria, o processo de formação das leis está sujeito, quanto à sua válida instauração, por efeito de expressa reserva constitucional, à exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo. (ADI 1197, Rel. Min. Celso De Mello, Pleno, DJe de 31/5/2017) 2. A norma impugnada, ao disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos do Estado de Rondônia, apresenta peculiar disciplina normativa concernente à relação jurídica havida entre os servidores públicos estaduais e a Administração Pública. 3. Considerada a iniciativa parlamentar da norma impugnada, é de se reconhecer sua inconstitucionalidade formal (art. 61, §1º, II, c, CF). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.* (ADI 5213, Relator(a): Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018, Processo Eletrônico DJe-123 Divulg 20-06-2018 Public 21-06-2018)”. (Destaquei).

*“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 10.893/2001, DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMA ESTADUAL DE SAÚDE VOCAL EM BENEFÍCIO DE PROFESSORES DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES. MATÉRIA SUJEITA À RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. NORMAS DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS ESTADOS-MEMBROS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA. 1. Ao instituir programa de atenção especial à saúde de professores da rede pública local, a Lei 10.893/01 cuidou de instituir um benefício funcional, alterando o regime jurídico desses servidores, além de criar atribuições e responsabilidades para Secretarias Estaduais. 2. Ao assim dispor, por iniciativa parlamentar, a lei estadual entrou em contravenção com regras de reserva de iniciativa constantes do art. 61, II, alíneas “c” e “e”, da CF, que, segundo ampla cadeia de precedentes deste Supremo Tribunal Federal, são de observância obrigatória pelas Constituições Estaduais. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.* (ADI 4211, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, Acórdão Eletrônico DJe-053 Divulg 21-03-2016 Public 22-03-2016)

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS E EXPRESSÕES DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1989, E DE SUAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCIAL PREJUDICIALIDADE. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. EFICÁCIA EXAURIDA. MÉRITO. AUTONOMIA FINANCEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VEDAÇÃO DE EQUIPARAÇÃO E VINCULAÇÃO REMUNERATÓRIA. ARTIGO 37, VIII, E ART. 39, § 1º, DA CF. VEDAÇÃO DE CRIAÇÃO DE PROCURADORIAS AUTÁRQUICAS. ARTIGO 132 DA CF. VÍCIO FORMAL. PRERROGATIVA DE PROPOSITURA LEGISLATIVA DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. Revogação expressa dos arts. 145; 168, § 5º; e 335, parágrafo único, da Carta estadual. Alteração substancial de conteúdo dos arts. 140, parágrafo único; 141, III; 152, caput, I, III, IV; 176, § 10; arts. 183, parágrafo único; 187, § 2º; e 189, § 2º, todos da Carta cearense, de forma a descaracterizar o substrato normativo antes confrontado com a Constituição Federal. Exaurimento dos efeitos da regra de anistia tributária prevista no art. 37 do ADCT, na medida*

*em que o termo a quo de aplicabilidade do benefício fiscal foi atingido no final de 1989. Perda parcial de objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 2. Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 1989, algumas disposições constitucionais apontadas como parâmetro constitucional de controle foram alteradas durante o transcurso do processamento da ação. Afasta-se, no entanto, a alegação de prejuízo da ação em virtude dessas alterações, na esteira da jurisprudência mais recente da Corte (ADI nº 2.158/PR e nº 2.189/PR, de minha relatoria, DJe de 16/12/10; ADI nº 94/RO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 16/12/11; ADI nº 239/RJ, de minha relatoria, DJe 30/10/14). 3. A falta da expressão "autonomia financeira" no art. 127, § 2º, da Constituição Federal não invalida a construção interpretativa de sua efetiva existência como garantia do livre exercício das funções institucionais do Ministério Público. Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 19/98, o STF já consagrava a competência do Ministério Público para a fixação da política remuneratória de seus membros e dos serviços auxiliares. Precedentes. Constitucionalidade dos arts. 135, caput e I, e 136 da Constituição do Estado do Ceará. 4. É inconstitucional o art. 147, § 1º, da Carta estadual, o qual prevê a aplicação aos defensores públicos do regime de garantias, vencimentos, vantagens e impedimentos do Ministério Público e da Procuradoria-Geral do Estado. Os estatutos jurídicos das carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública foram tratados de forma diversa pelo texto constitucional originário. A equivalência remuneratória entre as carreiras encontra óbice no art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal, que veda a equiparação ou a vinculação remuneratória. A previsão original do art. 39, § 1º, da Constituição Federal, que assegurava a isonomia remuneratória entre os servidores de atribuições iguais ou assemelhadas, não poderia ser invocada a favor dos defensores públicos, tendo por paradigma os membros do Ministério Público, em razão da autonomia financeira de que goza a entidade, da qual, à época, ainda não dispunham as defensorias públicas estaduais, o que somente foi assegurado com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 (art. 134, § 2º, da Constituição Federal). 5. O art. 152, parágrafo único, da Constituição do Estado do Ceará, ao estabelecer que o Governador do Estado deve encaminhar à Assembleia Legislativa projeto de lei dispondo sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado e das procuradorias autárquicas, admite, de forma geral e para o futuro, a existência de órgãos jurídicos, no âmbito das autarquias e fundações, distintos da Procuradoria-Geral do Estado, em clara afronta ao modelo constitucional do art. 132 da Carta Federal. A Constituição Federal estabeleceu um modelo de exercício exclusivo, pelos procuradores do estado e do Distrito Federal, de toda a atividade jurídica das unidades federadas estaduais e distrital – o que inclui as autarquias e as fundações -, seja ela consultiva ou contenciosa. A previsão constitucional, também conhecida como princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos estados e do Distrito Federal, estabelece competência funcional exclusiva da procuradoria-geral do estado. A exceção prevista no art. 69 do ADCT deixou evidente que, após a Constituição de 1988, não é mais possível a criação de órgãos jurídicos distintos da procuradoria-geral do estado, sendo admitida apenas a manutenção daquelas consultorias jurídicas já existentes quando da promulgação da Carta. Trata-se de exceção direcionada a situações concretas e do passado, que, por essa razão, deve ser interpretada restritivamente, inclusive com atenção à diferenciação entre os termos "consultoria jurídica" e "procuradoria jurídica", uma vez que essa última pode englobar as atividades de consultoria e representação judicial. 6. A equiparação remuneratória entre servidores, a teor da redação originária do art. 39, § 1º, da Carta Federal, restringiu-se aos servidores da administração direta, não se mencionando os entes da administração indireta. Precedentes. Por essa razão, é inconstitucional a expressão "das autarquias e das fundações" contida no § 1º do art. 166 da Carta cearense. Além disso, o dispositivo em apreço não foi recepcionado, em sua integralidade, pela redação atual do art. 39 da Constituição Federal, conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98, incidindo, ainda, a vedação de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, prevista no art. 37, XIII, da Constituição Federal. 7. Os parágrafos do art. 184 da Constituição do Ceará, ao estabelecerem equiparação remuneratória entre a carreira dos delegados de polícia e a de promotores de justiça, além de isonomia e vinculação de remuneração entre os servidores das diferentes carreiras da polícia civil, afrontam o art. 37, XIII, da Constituição Cidadã. 8. É constitucional a previsão contida no art. 215, IV, da Constituição do Ceará quando assegura a isonomia salarial para docentes em exercício com titulação idêntica, respeitando-se o grau de ensino em que atuam e a carga horária do*

*respectivo regime. Não há, no caso, equiparação salarial de carreiras distintas, pois se trata especificamente da carreira de magistério público e de docentes com titulação idêntica, devendo, no entanto, ser respeitados os respectivos regime e carga horária. 9. Inconstitucionalidade dos arts. 154, § 2º; 167, XII, XIII, §§ 1º e 2º; e 174 da Constituição do Estado do Ceará, e dos arts. 27 e 28 do ADCT. Os dispositivos questionados tratam de remuneração e direitos de servidores públicos, os quais, não encontrando similares na Constituição Federal, somente poderiam ser veiculados por lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo. São previsões específicas que não tratam da organização ou da estruturação do estado-membro ou de seus órgãos, mas que versam sobre o regime jurídico de servidores públicos, expressamente submetido a tal prerrogativa. Do mesmo modo, a fixação de teto de vencimento para os escrivães de entrância especial, de modo que não exceda oitenta por cento dos vencimentos dos juízes de entrância inferior, prevista no art. 174 da Constituição do Estado, além de incidir em vinculação de vencimentos de carreiras distintas, afronta a iniciativa legislativa do Poder Judiciário, em atendimento ao disposto no art. 96, inciso II, alínea b, da Constituição Federal. 10. O art. 167, inciso XIII e § 2º, da Constituição estadual estabelece a aposentadoria em montante remuneratório maior do que aquele previsto para o cargo desempenhado em atividade, remetendo o valor dos proventos aos cargos imediatamente superiores do quadro funcional ou com acréscimo de gratificação, o que não encontra paradigma na Constituição Federal. Essa previsão não era considerada materialmente inconstitucional à época da edição da Carta, uma vez que a superação da remuneração em atividade era tolerada na redação original da Carta da República. Porém, toda a parte previdenciária contida no art. 167 da Constituição estadual não foi agasalhada pela Lei Fundamental a partir da Emenda Constitucional nº 20/98. A superação do patamar remuneratório da atividade e a impossibilidade de incorporação da remuneração do cargo em comissão para fins de aposentadoria foram estabelecidas expressamente pelo art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. 11. Ação direta da qual se conheceu em parte, relativamente à qual a ação é julgada parcialmente procedente.* (ADI 145, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, Processo eletrônico DJe-162 Divulg 09-08-2018 PUBLIC 10-08-2018)."

Desse modo, ao menos nesse exame preliminar, há indicativos sólidos sobre a inconstitucionalidade formal da norma questionada, o que constitui fundamento suficiente a respeito da plausibilidade do direito invocado (fumaça do bom direito).

Por outro lado, também está presente o *periculum in mora*.

Nesse aspecto, é inquestionável que a conservação dos efeitos de norma aparentemente inconstitucional, como no caso, é circunstância capaz de ensejar inegável insegurança jurídica, afetando a coerência do ordenamento jurídico, bem como prejudicando servidores com a indevida exigência de cumprimento de maior tempo de serviço para a aquisição da estabilidade em frontal incompatibilidade com a Constituição Estadual e a Carta Magna. Isso pode prejudicar o regular andamento do serviço público, emergindo, então, daí, o perigo da demora.

Além disso, no caso concreto, como bem salientou o requerente, "*o perigo da demora exsurge da possibilidade da interposição de ações judiciais individuais pelos servidores públicos que se sentirem prejudicados, culminando com dano ao erário municipal*." (fls. 98-111).

Diante desse cenário, conclui-se que a iniciativa da Câmara Municipal do Município de Corumbá/MS invadiu a área de atuação privativa do Poder Executivo, legislando sobre matéria afeta à competência para iniciativa legislativa é reservada ao Prefeito Municipal (art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que é repetição obrigatória do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal), violando o princípio constitucional da separação dos poderes, sendo, pois, impositivo o reconhecimento da procedência da presente ação, para declarar formalmente inconstitucional o objeto impugnado, extirpando-o do ordenamento jurídico.

Em complemento, por outro lado, também se observa a inconstitucionalidade material, em atenção ao princípio da simetria, tendo em vista a incompatibilidade com o art. 34 da Constituição Estadual, e art.

41, caput e § 1º, da Constituição Federal que dispõe sobre o prazo trienal para aquisição de estabilidade pelo servidor público e quais as hipóteses de perda do cargo pelo servidor público estável (em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa).

Nesse sentido:

> *"(...) Inconstitucionalidade material: Viola o princípio da isonomia a Lei que trata de forma igual situações absolutamente desiguais, como são as diferentes realidades vivenciadas pelas mais diversificadas comunidades ao longo do território nacional. Incidente julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 4º do artigo 2º da Lei nº 11.738/2008, por maioria. (incidente de inconstitucionalidade n. 70059092486, tribunal pleno, tribunal de justiça do RS, relator: Marcelo bandeira Pereira, julgado em 26/05/2014). " 2. No caso trazido a lume, portanto, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe. Apelação improvida."*(TJRS; AC 0339888-05.2014.8.21.7000; Sapucaia do Sul; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Francesco Conti; Julg. 26/11/2014; DJERS 11/12/2014)

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE TRATA DE DIREITOS E REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS. RESTRIÇÕES À NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PARA CARGOS EM COMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMA E MATERIAL. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E EX TUNC. PROCEDÊNCIA. 1. Em conformidade com o artigo 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual, de observância obrigatória pelos municípios deste estado, compete ao chefe do poder executivo defagrar o processo legislativo versando sobre servidores públicos e seu regime jurídico. Incorre em vício de iniciativa o texto normativo resultante de projeto de iniciativa da casa legislativa municipal versando sobre o tema. 2. Avulta do texto impugnado, também, vício de inconstitucionalidade material, tendo em vista a incompatibilidade com o princípio da livre acessibilidade aos cargos públicos, positivado no art. 27, I e II, da Constituição Estadual (norma contida também no art. 37, I e II da constituição federal). 3. Forçoso reconhecer, assim, os vícios de inconstitucionalidade formal e material na Lei complementar municipal nº 165/2014 e emenda à Lei orgânica municipal nº 2/2014, do município de naviraí, que leva à sua declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes e ex tunc. Acórdão."*(TJMS; Rec. 1412585-07.2014.8.12.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 14/09/2015)

Assim, a meu ver, é cristalina a inconstitucionalidade do art. 14, caput e § 1º, da Lei orgânica do município de Corumbá, posto que o legislativo extrapolou sua competência, ingressando na competência privativa do poder executivo para a iniciativa de projetos de Lei acerca do regime jurídico de seus servidores públicos e em incompatibilidade com o art. 34 da Constituição Estadual, e art. 41, caput e § 1º, da Constituição Federal.

Posto isso, com o parecer, julgo procedente o pedido formulado na presente ação, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para declarar a inconstitucionalidade formal, com efeito "ex tunc", do art. 14, caput e § 1º da Lei Orgânica do Município de Corumbá/MS, que estabeleceu o prazo quinquenal para a aquisição de estabilidade do servidor público municipal e excluiu a possibilidade de demissão por intermédio de processo administrativo, observados o contraditório e ampla defesa.

Comunique-se a presente decisão aos órgãos competentes para os fins previstos no art. 525 do RITJMS.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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, Presidente, Vice-Presidente, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
## Apelação Cível nº 0802274-27.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO E CASAMENTO – APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE AÇÕES CÍVEIS, FISCAIS E CRIMINAIS NA JUSTIÇA FEDERAL, ESTADUAL E JUIZADOS ESPECIAIS – SEGURANÇA DE TERCEIRO PRESERVADA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, admitindo, dentre as hipóteses, a alteração do nome civil para a inclusão de sobrenome materno ou paterno, nos termos dos arts. 57 e 109, da Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/73.

Não há falar que a ausência de certidão negativa de protesto e dos órgãos restritivos de crédito sejam essenciais para avaliação do resguardo de terceiros, quando há no processo certidões emitidas pela justiça federal e estadual, com registro de que *nada consta* em relação a ações cíveis, fiscais e criminais, adicionando-se ao fato de os requerentes servirem-se da certidão de nascimento emitida em duplicidade, porém com registros do nome, prenome e filiação fidedignas, tanto que serão os adotados na retificação do primeiro registro de nascimento.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Ministério Público Estadual apela da sentença proferida no procedimento de retificação de registros civis de nascimento e casamento ajuizado por Wilson Roberto da Silva, Nilson Roberto da Silva, Lucas Roberto de Souza e Luana de Souza Silva, que deferiu as alterações, para determinar:

> *A) Anulação do registro de nascimento de Wilson Roberto da Silva, lavrado em 05 de março 1981, termo sob nº 7.669, Livro A - nº 06, folhas nº 195, do Registro Civil das Pessoas Naturais, do município de Coxim, Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *B) Retificação do assento de nascimento de Wilson Felizarte, lavrado em 12 de junho de 1980, termo sob nº 49.080, folhas n° 09, livro A-81, do oficial de Registo Civil e Tabelião de Notas do 32º Subdistrito Capela do Socorro, município de São Paulo, Estado de São Paulo, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*
>
> *Nome: Wilson Roberto da Silva.*

*Filiação: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*Avós Paternos: Pedro Roberto da Silva e Maria Luiza da Silva.*

*C) Retificação do assento de casamento de Wilson Roberto da Silva e Maria de Souza Araujo, lavrado em 11 de fevereiro de 2004, termo sob nº 6.571, livro "B-A" nº 021, folhas nº 271, do 2° Oficio de Notas da 1ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Local de nascimento do contraente: São Paulo, Estado de São Paulo.*

*Filiação do contraente: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*D) Anulação do registro de nascimento de Wilson Roberto da Silva, lavrado em 05 de março 1981, termo sob nº 7.670, Livro A - nº 06, folhas nº 195v, do Registro Civil das Pessoas Naturais, do município de Coxim, Estado de Mato Grosso do Sul.*

*E) Retificação do assento de nascimento de Nilson Felizarte, lavrado em 10 de dezembro de 1980, termo sob nº 54.898, folhas n° 218, livro A-90, do oficial de Registo Civil e Tabelião de Notas do 32º Subdistrito Capela do Socorro, município de São Paulo, Estado de São Paulo, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Nome: Nilson Roberto da Silva.*

*Filiação: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*Avós Paternos: Pedro Roberto da Silva e Maria Luiza da Silva.*

*F) Retificação do assento de casamento de Nilson Roberto da Silva e Giselle Peixoto de Oliveira, lavrado em 27 de setembro de 2008, termo sob nº 49.277, livro "B" nº 249, folhas nº 246, do 2° Oficio de Notas da 1ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Local de nascimento do contraente: São Paulo, Estado de São Paulo.*

*Filiação do contraente: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*G) Retificação do assento de nascimento de Lucas Roberto de Souza, lavrado em 31 de julho de 2001, matrícula sob nº. 062901 01 55 2000 1 00690 062 0251339 82, do 2° Oficio de Notas da 1ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Avós paternos: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*H) Retificação do assento de nascimento de Luana de Souza Silva, lavrado em 09 de maio de 2009, matrícula sob nº. 061838 01 55 2009 1 00013 044 0004888 17, do Oficial de Notas da 3ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Avós paternos: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva. (f. 123-125).*

Alega a flexibilização da Lei nº 6.015/73 para alteração do nome da pessoa no primeiro ano após o alcance da maioridade civil (arts. 56 e 58). Após tal prazo a medida dar-se-á excepcionalmente e mediante motivação (art. 57).

Diz que no caso em julgamento necessário é anular-se a sentença porque não foi exigido dos requerentes certidões criminais, cíveis, registro de protesto, extrato do SPC/Serasa e cópia dos assentos objeto dos pedidos, embora indispensáveis, por ser meio de se averiguar se a alteração do sobrenome não causará prejuízos a terceiros.

Requer provimento do recurso para anular a sentença e o processo retornado ao juízo singular, para oportunizar aos apelados juntada das certidões requeridas às f. 19/20.

Contrarrazões às f. 145-149.

Parecer às f. 161-167 pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Ministério Público Estadual apela da sentença proferida no procedimento de retificação de registros civis de nascimento e casamento ajuizado por Wilson Roberto da Silva, Nilson Roberto da Silva, Lucas Roberto de Souza e Luana de Souza Silva, que deferiu as alterações, para determinar:

> *A) ANULAÇÃO do registro de nascimento de Wilson Roberto da Silva, lavrado em 05 de março 1981, termo sob nº 7.669, Livro A - nº 06, folhas nº 195, do Registro Civil das Pessoas Naturais, do município de Coxim, Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *B) RETIFICAÇÃO do assento de nascimento de Wilson Felizarte, lavrado em 12 de junho de 1980, termo sob nº 49.080, folhas n° 09, livro A-81, do oficial de Registo Civil e Tabelião de Notas do 32º Subdistrito Capela do Socorro, município de São Paulo, Estado de São Paulo, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*
>
> *Nome: Wilson Roberto da Silva.*
>
> *Filiação: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*
>
> *Avós Paternos: Pedro Roberto da Silva e Maria Luiza da Silva.*
>
> *C) RETIFICAÇÃO do assento de casamento de Wilson Roberto da Silva e Maria de Souza Araujo, lavrado em 11 de fevereiro de 2004, termo sob nº 6.571, livro "B-A" nº 021, folhas nº 271, do 2° Oficio de Notas da 1ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*
>
> *Local de nascimento do contraente: São Paulo, Estado de São Paulo.*
>
> *Filiação do contraente: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*
>
> *D) ANULAÇÃO do registro de nascimento de Wilson Roberto da Silva, lavrado em 05 de março 1981, termo sob nº 7.670, Livro A - nº 06, folhas nº 195v, do Registro Civil das Pessoas Naturais, do município de Coxim, Estado de Mato Grosso do Sul.*
>
> *E) RETIFICAÇÃO do assento de nascimento de Nilson Felizarte, lavrado em 10 de dezembro de 1980, termo sob nº 54.898, folhas n° 218, livro A-90, do oficial de Registo Civil e Tabelião de Notas do 32º Subdistrito Capela do Socorro, município de São Paulo, Estado de São Paulo, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*
>
> *Nome: Nilson Roberto da Silva.*
>
> *Filiação: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*
>
> *Avós Paternos: Pedro Roberto da Silva e Maria Luiza da Silva.*
>
> *F) RETIFICAÇÃO do assento de casamento de Nilson Roberto da Silva e Giselle Peixoto de Oliveira, lavrado em 27 de setembro de 2008, termo sob nº 49.277, livro "B" nº 249, folhas nº 246, do 2° Oficio de Notas da 1ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Local de nascimento do contraente: São Paulo, Estado de São Paulo.*

*Filiação do contraente: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*G) RETIFICAÇÃO do assento de nascimento de Lucas Roberto de Souza, lavrado em 31 de julho de 2001, matrícula sob nº. 062901 01 55 2000 1 00690 062 0251339 82, do 2° Oficio de Notas da 1ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Avós paternos: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva.*

*H) RETIFICAÇÃO do assento de nascimento de Luana de Souza Silva, lavrado em 09 de maio de 2009, matrícula sob nº. 061838 01 55 2009 1 00013 044 0004888 17, do Oficial de Notas da 3ª Circunscrição de Registo Civil, nesta comarca, para que passe a constar, permanecendo inalterados os demais dados:*

*Avós paternos: Luiz Roberto da Silva e Lourdes Felizarte da Silva. (f. 123-125).*

Alega a flexibilização da Lei nº 6.015/73 para alteração do nome da pessoa no primeiro ano após o alcance da maioridade civil (arts. 56 e 58). Após tal prazo a medida dar-se-á excepcionalmente e mediante motivação (art. 57).

Diz que no caso em julgamento necessário é anular-se a sentença porque não foi exigido dos requerentes certidões criminais, cíveis, registro de protesto, extrato do SPC/Serasa e cópia dos assentos objeto dos pedidos, embora indispensáveis, por ser meio de se averiguar se a alteração do sobrenome não causará prejuízos a terceiros.

Requer provimento do recurso para anular a sentença e o processo retornado ao juízo singular, para oportunizar aos apelados juntada das certidões requeridas às f. 19/20.

Contrarrazões às f. 145-149.

Parecer às f. 161-167 pelo provimento do recurso.

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo e o recorrente imune ao preparo.

Desta forma, preenchidos estes requisitos de admissibilidade, recebo o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo ao exame das matérias devolvidas.

2. Mérito

Wilson Roberto da Silva, os filhos Lucas Roberto de Souza e Luana de Souza Silva, e Nilson Roberto da Silva postulam no procedimento de jurisdição voluntária a retificação de registros civis de nascimento e casamento.

Wilson Roberto da Silva e Nilson Roberto da Silva dizem ser irmãos bilaterais, filhos de Lourdes Felizarte da Silva e Luiz Roberto da Silva, nascidos em 24.11.79 e 05.12.1980 e registrados no cartório de registro civil e Tabelionato do 32ª Subdistrito Capela do Socorro, em São Paulo-SP, apenas pela mãe em 12.06.1980 e 10.12.1980, respectivamente. Porém recentemente tomaram ciência de tais registros vez que sempre utilizaram do feito pelos genitores no cartório de Coxim em 05.03.1981, nos quais constam assentamento da filiação (pai e mãe), dos avós paternos e dos avós maternos, embora estes assentados com erro de grafia no sobrenome "Felizatte", quando deveria ser "Felizarte".

Salientaram ter estes fatos redundado numa afetação aos assentamentos dos registros de casamento de ambos e nas de nascimento dos filhos de Wilson Roberto da Silva, requerendo a nulidade dos registros de

nascimento feitos no Cartório de Coxim, retificação nos feitos em São Paulo, nos de casamento e nascimento da prole feitos em Campo Grande.

O Ministério Público Estadual às f. 119-120 requereu a intimação de todos os requerentes para juntarem: "(...) *a) certidões negativas de todos os Cartórios de Protestos de Campo Grande MS; b) de Antecedentes Criminais da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública; c) de Antecedentes Criminais do Departamento de Polícia Federal; d) do Juízo Cível de Campo Grande-MS; e) do Juízo Criminal de Campo Grande-MS; f) do Juízo da Falência, Concordata e Recuperação Judicial de Campo Grande-MS; g) do Cartório Distribuidor do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; h) do Cartório Distribuidor da Justiça Federal de 1º Grau em Mato Grosso do Sul; i) da Justiça Eleitoral (cível e criminal); j) da Justiça do Trabalho; k) relativa aos tributos federais, estaduais e municipais",* providências indeferidas pelo julgador na sentença, justificando não serem necessárias "(...) *uma vez que o nome dos requentes, bem como o número do Cadastro de Pessoas Físicas CPF irá continuar o mesmo, independente da anulação e retificação*" (f. 122), dando ensejo ao apelo.

Sem razão o recorrente.

No caso em análise está-se diante de duas situações distintas: (i) a nulidade de registro de nascimento; e (ii) retificação de registro civil e de casamento.

Orlando Gomes na obra Introdução ao Direito Civil, atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, sobre o nome discorre:

> *81. O nome. Toda pessoa natural identifica-se pelo nome.*
>
> *A identificação faz-se, entre os povos modernos, por uma denominação única e própria a cada pessoa (Capitant).*
>
> *É exigida no seu interesse e no da sociedade.*
>
> *São de ordem pública as normas relativas ao nome. O nome é objeto de um direito personalíssimo que tem como fonte a lei e não o registro, que é apenas sua prova. Não é adquirível por usucapião.*
>
> *O nome compõe-se de dois elementos: a) o nome patronímico; b) o prenome.*
>
> *O nome patronímico é o comum a todos os membros da família. Também se chama de nome de família, e, vulgarmente, sobrenome. (...).*
>
> *O nome patronímico é consequência da filiação. É comum, por conseguinte, a todos os membros de uma família stricto sensu. Os filhos de um casal têm, com efeito, o mesmo nome patronímico. (...).*
>
> *O prenome é imutável. Em casos excepcionais, admite-se a retificação, quando evidente o erro gráfico, ou a substituição, se irrisório.*

Na espécie duas são as pretensões: (i) nulidade de registro civil, que nada tem a ver com o nome, mas em razão de duplicidade; e a (ii) retificação de patronímico na identificação de avós paternos em certidões de nascimento e de casamento.

O ordenamento jurídico tem por regra, como visto, o princípio da imutabilidade do nome, notadamente o de família, por ser meio de individualização da pessoa.

Contudo, a própria Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) acaba por relativizar a regra ao admitir sua alteração, conforme se extrai dos seus artigos 57 e 109.Veja-se:

> *Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o*

> *registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.*
>
> *Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.*

Portanto, em caráter excepcional, quando houver motivo justo e não houver impedimento, é possível a retificação do assentamento no registro civil.

No caso, ficou comprovado as alegações dos requerentes através dos documentos juntados com a inicial, tanto para a anulação de registro de nascimento como para a retificação de registros de nascimento e casamento.

O *parquet*, pelo que se depreende da minuta recursal, não se opõe aos pedidos dos requerentes. Apenas quer que documentos sejam colacionados para evitar prejuízos a terceiros.

Porém, a insurgência apresenta-se sem razão porque, conforme provado pelos requerentes Wilson e Nilson, o assentamento do nascimento emitido pelo cartório do Subdistrito Capela do Socorro, embora dotado de validade jurídica, não serviu de apoio para a emissão dos demais documentos pessoais, tais como: identidade, CPF, título de eleitor, carteira de trabalho, habilitação. Wilson e Nilson adotaram o documento de nascimento emitido pelo Cartório de Coxim em 05.03.1981, quando contavam com 1 ano e 4 meses e 1 ano, respectivamente, razão porque não há se falar em prejuízo a terceiros.

Observa-se às f. 50 e 63 que a genitora de Wilson e Nilson declarou-se perante o tabelião de São Paulo ser casada e separada cuja situação de fato certamente foi revertida em 1981 quando mudou-se para Coxim, dando com isso ensejo a emissão de outro documento oficial de nascimento a pedido do genitor, como consta dos documentos de f. 52 e 64.

Vê-se do arcabouço probatório que o pedido não acarretará qualquer prejuízo a terceiros, pois preserva os apelidos de família e passa a constar com a real e efetiva verdade, além da certidões negativas expedidas pelo Poder Judiciário Federal (f. 89-92) e Estadual (f. 98-100).

O precedente paradigma indicado pelo apelante não se assemelha com o ora em julgamento. Nele inexistia certidões negativas emitidas pelo Poder Judiciário Federal e Estadual, daí porque o julgador entendeu pela fragilidade probatório de eventual prejuízo a terceiros, o que já não ocorre neste. Ademais, exigir certidão negativa de protesto e de extrato do SPC e Serasa refoge ao razoável se levar em conta que as apresentadas são negativas de ações cíveis, fiscais e criminais, inclusive nos juizados especiais.

Esta Câmara, em caso semelhante, assim decidiu:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – NASCIMENTO, ÓBITO E CASAMENTO – INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DA FAMÍLIA – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 57 DA LRP E DO ART. 1.565, § 1º, CC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A Lei de Registros Públicos admite a alteração posterior de nome, por exceção e motivadamente, através de sentença judicial e oitiva do Ministério Público. O patronímico indica o tronco familiar do indivíduo, sendo importante para a continuidade do nome da família. Necessidade de se manter a identificação do indivíduo no contexto social, preservando a linhagem familiar que está relacionada com a ascendência e ligada ao estudo genealógico. Não há nos autos motivo capaz de inviabilizar o acolhimento dos pedidos, ante a ausência da prova da existência de qualquer processo judicial em face dos mesmos ou outro fundamento que impeça a modificação.* (TJMS. Apelação Cível n. 0800670-47.2015.8.12.0041, Ribas do Rio Pardo, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 02/10/2019, p: 04/10/2019).

Além do mais o art. 57 da Lei de Registros Públicos admite a retificação por exceção e motivadamente, exatamente como no caso, razão porque não há fundamento para reformar a sentença proferida, proferida aliás com peculiar acuidade aos fatos e direito.

Posto isso, e contra o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 29 de setembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
## Apelação Cível nº 0803879-04.2012.8.12.0017 - Nova Andradina

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDOR DA CÂMARA MUNICIPAL – DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA MUNICIPAL – PERSONALIDADE JUDICIÁRIA – SÚMULA 525, STJ – PRELIMINAR ACOLHIDA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – INCISO VI, ART. 485, CPC – INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

*A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais*. (Súmula 525, 1ª Seção, j: 22/04/2015, DJe 27/04/2015).

A personalidade judiciária da câmara de vereadores assegura-lhe a capacidade processual apenas e tão somente para as ações que cuidam dos atos *interna corporis*, ou seja, aqueles que tratam de temas inerentes às suas prerrogativas institucionais, o que não se tem na espécie. Preliminar acolhida.

## 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, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva da Câmara e, no mérito, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de novembro de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Câmara Municipal de Nova Andradina apela da sentença proferida pelo juiz da 2ª vara daquela comarca que julgou procedente a pretensão de Luciano Wolff na ação anulatória de ato administrativo c/c reintegração e decretou "(...) a *nulidade da pena aplicada em processo administrativo disciplinar, devendo o autor ser reintegrado, no prazo de 15 dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença, ao seu respectivo cargo, e, por consequência da nulidade do ato de demissão do autor, condeno a Câmara Municipal de Nova Andradina- MS ao pagamento integral dos vencimentos e às vantagens que lhe seriam pagos durante o período de afastamento, inclusive o preventivo (09/01/2009 - Portaria n. 10, de 09 de janeiro de 2009 - fl. 4930/4931), devendo ser observado o art. 37, XVI, da Constituição Federal*", corrigido monetariamente pelo IPCA-E desde quando deveriam ter sido pagos os valores, e juros de mora de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança até 25/03/2015, quando incidirão juros moratórios de 1% ao mês (art. 161, § 1º, CTN), alem dos honorários, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (f. 5175).

Alega ter o julgador singular negado vigência ao art. 496, CPC, ao dispensar a remessa necessária, em razão da condenação de 11 anos e 8 meses de salário do apelado alcançar cifra superior a 100 salários mínimos.

Prospecta a ilegitimidade passiva em razão da Câmara Municipal não ter personalidade jurídica para figurar no polo passivo. O município é quem deve responder aos seus termos.

No mérito salienta estar a sentença substituindo o administrador público sobre a conveniência/oportunidade do ato de demissão do apelado; e mais, apesar das diversas quebras de deveres para com a administração pública, prestigiou-se a impunidade e um débito que poderá superar R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Diz da ofensa a coisa julgada em razão do apelado ter utilizado o judiciário para discutir as matérias desta ação de conhecimento em mandado de segurança, autos nº 2010.02633-8/0000-00.

Sustenta estar a sentença afrontando o princípio da separação dos poderes. Ao judiciário compete apenas e tão-somente averiguar a regularidade do procedimento e legalidade do ato, sem adentrar no mérito do ato administrativo, na sua oportunidade e conveniência.

Destaca que a Lei Municipal nº 42/2002 prevê para as transgressões elencadas nos incisos do artigo 196 a pena de demissão.

Reforça erro do julgador ao afirmar a sanção de demissão como desarrazoada e desproporcional com as infrações administrativas cometidas pelo apelado. Em sentido oposto manifestou-se o judiciário, em todas as instâncias diga-se de passagem, ao julgar o mandado de segurança impetrado pelo apelado.

Diz caber a este Tribunal coibir o *error in judicando* perpetrado pelo juiz *a quo* ao declarar a nulidade da pena de demissão pelo fato de ter reconhecido, inclusive usando a expressão '*o autor é confesso*' (f. 5215), a prática por este das transgressões previstas no art. 199 da Lei Municipal nº 42/2002, a saber:

1. inc. *XXI – empregar material ou qualquer outro bem do Município em serviço particular*

No processo administrativo disciplinar colheu-se provas do uso de computares, papelaria e impressoras não só durante o expediente (f. 4998) como fora, inclusive fins de semana (f. 5001 e 4998) pelo apelado, além do acesso em sites pornográficos como consta do laudo pericial.

2. inc. *XVI – dedicar-se, nos locais e horas de trabalho, a atividades estranhas ao serviço*

Há provas no processo administrativo, e o apelado é confesso (f. 4976), de utilizar dos seus equipamentos para preparar, realizar e imprimir materiais de interesse para entidade privada.

3. inc. *XXII – retirar objetos de órgãos municipais, salvo quando autorizado por superior hierárquico e desde que para utilização em serviço da repartição*

Deixou o juiz de enfrentar a transgressão em questão. Todavia há no processo administrativo farta prova de o apelado, desde o ingresso no cargo, servir-se de materiais e recursos do órgão público como se fossem de sua propriedade para imprimir matérias de interesse do *Consulado de Poetas Del Mundo*.

4. inc. *V – valer-se do cargo ou função, para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública*

Apesar do apelado ter confessado ser "Cônsul" do Consulado de Poetas del Mundo e que como tal promovia ações e movimentos em prol da entidade, olvidou-se o magistrado de averiguar que o fazia valendo-se do cargo, materiais e recursos da Câmara, chegando, inclusive, a ser agraciado com comendas e homenagens.

5. inc. *XX – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro*

Provado está a atuação do apelado como procurador da entidade junto às repartições públicas, *valendo-se do prestígio, respeito ou especial relacionamento com os demais colegas* (f. 5224), ou seja, agindo com notável tráfico de influência administrativa.

6. inc. *XIV – revelar fato ou informações de natureza sigilosa de que tenha ciência em razão de cargo, salvo quando se tratar de depoimento em processo judicial, policial ou administrativo disciplinar*

Por estar lotado no Departamento Legislativo da Câmara o apelado tinha conhecimento privilegiado das matérias incluídas em pauta de votação e com isso repassava a terceiros *visando agir politicamente no andamento da pauta da Câmara dos Vereadores, a fim de exercer influencia sobre os trabalhos legislativos* (f. 5225).

Ressalta engano do julgador ao admitir a atuação do apelado como cidadão. Há matérias que são levadas a plenário que causam impacto negativo na economia, relações externas, trato com outros poderes e a divulgação prematura é quebra de sigilo e afronta a um dos deveres do servidor.

7. *Extorsão, ameaça, tentativa de suborno, coação de testemunha*

Há equívoco do juiz neste particular porque João Lúcio Santolini foi absolvido da imputação de crime por improbidade administrativa (autos nº 0000872-42.2009.47.12.0017/5000); depoimento de Glauco José Lourenço (f 5006) converge com o de João Lúcio (f. 5003) e de Ivanilda Dantas (f. 5011). Sem contar a confissão do apelado (f. 4977) de ter exigido a 'reparação de danos'.

Para reforçar o *error in judicando* sustenta a apelante a conduta social do apelado incompatível com o serviço público, reproduzindo às f. 5229-2350 certidão positiva de distribuição de diversas ações penais na justiça estadual e ainda, sua condição de servidor público federal desde 04.07.2011, cargo não cumulável com o de servidor público municipal; na condenação de todo o período de afastamento - 2009 a 2020, data da sentença sem exercer qualquer atividade que justifique a remuneração, caracterizando esta situação enriquecimento sem causa.

Prequestiona: artigos 75, III, 496, §3º III, 502, 503, 505, 507, 508, 1022, II, do CPC; art. 41, III do CC; artigos 2º e 5º, XXXVI e 37, XVI, da C; Súmula 525 STJ; princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao enriquecimento sem causa.

Requer conhecimento da remessa necessária; provimento do recurso para extinguir o processo ante a incidência de coisa julgada ou ilegitimidade passiva; pela eventualidade de nenhuma das questões antecedentes vingar a reforma da sentença para julgar improcedente a pretensão do apelado, a condenação de vencimentos e vantagens, e do período posterior a 04.07.2011 em razão da concomitância com outro cargo.

Contrarrazões às f. 5241-5249.

Oposição ao julgamento virtual pela apelante (f. 5255-5256).

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

1. Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo e isento do preparo.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo ao exame das matérias devolvidas.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva

A apelante traz como questão inaugural sua ilegitimidade passiva.

E procede com razão.

Sobre a capacidade processual das Câmaras de Vereadores o STJ editou a Súmula 525: *A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais*. (Súmula 525, 1ª Seção, j: em 22/04/2015, DJe 27/04/2015).

A jurisprudência e doutrinam reconhecem a capacidade processual da Câmara para as ações que cuidam dos atos ***interna corporis***, ou seja, aqueles que tratam de temas inerentes as suas prerrogativas institucionais. Detém, portanto, apenas a capacidade judiciária e não a personalidade jurídica.

Sobre estas vertentes Hely Lopes Meirelles[1] ensina:

> *A capacidade processual da Câmara para a defesa de suas prerrogativas funcionais é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município. Mas nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva, à Edilidade para ingressar em juízo quando tenha prerrogativas ou direitos próprios a defender.*
>
> *A personalidade jurídica não se confunde com a personalidade judiciária, esta é um minus em relação àquela. Toda pessoa jurídica tem, necessariamente, capacidade processual, mas órgãos há que, embora sem personalidade jurídica, podem estar em juízo, em seu próprio nome, em mandado de segurança, porque são titulares de direitos subjetivos suscetíveis de proteção judicial quando relegados ou contestados.*

Os doutrinadores Regiane de Freitas Maia Franco e Keystone Agreli Borges[2], citando Petrônio Braz e outros, a respeito do tema, enfatizam:

> *A Câmara Municipal não tem personalidade jurídica, cabendo ao Prefeito Municipal (Chefe do Poder Executivo) a representação do Município junto à União, ao Estado e também junto a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, todavia possui personalidade judiciária, podendo ingressar em juízo para a defesa de seus interesses.*
>
> *A personalidade é qualidade inerente da pessoa, o conjunto de princípios e regras que a protegem em todos os seus aspectos, possibilitando-a tornar-se titular de direitos e de obrigações, com responsabilidade pela prática de seus atos e possibilidade de agir em defesa dos seus direitos.*
>
> ***A Câmara Municipal têm legitimidade ativa e passiva de agir e capacidade processual para figurar em um dos pólos da relação jurídica processual, para defesa de suas prerrogativas*** *(**O vereador:** atribuições, direitos e deveres, 1ª ed. Campinas, SP: Servanda Editora, 2009. pp. 116-117).* (destaquei)

Conforme se observa do regramento legal e do posicionamento doutrinário majoritário alhures mencionado, não se nega as Câmaras Municipais a capacidade processual para estar em juízo, mas se delimita esta para somente quando existir necessidade de defesa de suas prerrogativas.

É cediço que a Câmara de Vereadores possui independência e autonomia administrativa e financeira para gerir bens e pessoal, ainda que seja despersonalizada juridicamente e despatrimonializada, pois na verdade os bens que se utiliza não são realmente seus, mas pertencentes ao Município que é detentor de personalidade jurídica para tanto.

---

1 Direito Municipal Brasileiro, 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 583.

2 Limitação da capacidade processual das Câmaras Municipais, Conjur, in: https://jus.com.br/artigos/51983/limitacao-da-capacidade-processual-das-camaras-municipais#:~:text=O%20mestre%20Hely%20Lopes%20Meirelles,Pessoa%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%20o%20Munic%C3%ADpio.

Segundo Ricardo Henrique Arruda de Paula a capacidade processual da Edilidade não se alarga além da defesa dos direitos adstritos as suas prerrogativas funcionais, não cabendo assim, intervir em demandas relacionadas ao patrimônio que se utiliza, tampouco em outras concernentes a questões trabalhistas, devendo neste caso o Município integrar a lide na pessoa representativa do Prefeito Municipal. (A capacidade processual das Câmaras Municipais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 3 n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: thttps://jus.com.br/artigos/848&gt. Acesso em: 21 jul. 2016, 11:13:10. 1998).

Por estas razões ao longo do tempo a capacidade processual das Câmaras Municipais foi objeto de obscuridade, proporcionado dúvidas até mesmo nos causídicos mais experientes, pois de pronto o que se imagina é que sendo a Casa de Leis um Órgão independente e autônomo financeira e administrativamente, servindo-se de bens e pessoal para o exercício de suas atividades precípuas e ainda detendo competência para organizar sua estrutura administrativa, certamente haveria de ser titular de todos os direitos e deveres no campo do direito substantivo, o que por via de consequência produziria efeitos na esfera do direito adjetivo, todavia não é o que acontece na medida em que a Edilidade só possui competência para estar em juízo quando se tratar de matéria relacionada às suas prerrogativas legais.

Conclusão

Nesta linha de pensamento pode se dizer que a Câmara Municipal é um Órgão representativo do Poder Legislativo Municipal, independente e detentor de autonomia financeira e administrativa, no entanto despersonalizado juridicamente e despatrimonializado.

Por outro lado, ainda que não possua personalidade jurídica, possui personalidade judiciária, o que a autoriza a demandar em juízo em nome próprio, desde que seja em relação a matérias atinentes as suas atividades próprias garantidas constitucionalmente.

Destarte cabe a Edilidade se representar em juízo somente quando de tratar de assuntos interna corporis, tendo assim sua capacidade processual relativizada, não detendo legitimidade para estar em juízo quando se tratar de questões avessas as suas prerrogativas, ainda que relacionadas aos bens e servidores que utiliza, oportunidade em que havendo danos de qualquer natureza, matérias trabalhistas, previdenciárias e tributárias advindas dessas relações, o Município adentrará ou será chamado em juízo.

A propósito julgados do STJ e de tribunais dos estados (do STJ com repercussão em súmula):

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM ARESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MP/RJ EM DESFAVOR DO MUNICÍPIO DE MENDES/RJ. PRETENSÃO DA MUNICIPALIDADE QUE A CÂMARA DE VEREADORES FIGURE NO POLO PASSIVO DA DEMANDA E NÃO O ENTE ESTATAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DE FATO, AS CÂMARAS DE VEREADORES NÃO POSSUEM PERSONALIDADE JURÍDICA, MAS APENAS PERSONALIDADE JUDICIÁRIA (AGRG NO ARESP. 44.971/GO, REL. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 5.6.2012). BEM POR ISSO, SÓ PODEM DEMANDAR EM JUÍZO PARA DEFENDER OS DIREITOS INSTITUCIONAIS, ENTENDIDOS ESSES COMO AQUELES QUE DIZEM RESPEITO AO SEU FUNCIONAMENTO, AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS, CONSOANTE REGISTROU O ACÓRDÃO RECORRIDO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO AGRAVO. AGRAVO INTERNO DO ENTE ESTATAL FLUMINENSE DESPROVIDO. 1. A pretensão da parte agravante volta-se ao reconhecimento de que a Câmara Municipal de Mendes/RJ, e não o Município de Mendes/RJ, teria legitimidade para figurar no polo passivo da Ação Civil Pública em que se postula determinação judicial para a realização de concurso público destinado ao provimento de cargos no Legislativo Municipal, frente ao alegado excesso de cargos comissionados. 2. Câmaras de Vereadores não possuem personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só podem demandar em juízo para defender os direitos institucionais, entendidos esses como aqueles relacionados a funcionamento, autonomia e independência. 3. De acordo com o que leciona o Professor Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, se não estiver*

*em discussão questões de natureza institucional, que envolve política interna dos órgãos públicos (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Tribunal de Contas), a legitimidade será conferida ao respectivo ente de direito público (União, Estado e Município), já que àqueles falta personalidade jurídica, havendo apenas personalidade judiciária, ou seja, capacidade de ser parte (Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: RT, 2014, p. 43). 4. Esta Corte Superior endossa a tese de que Casas Legislativas - Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas - têm apenas personalidade judiciária, e não jurídica. Assim, podem estar em juízo tão somente na defesa de suas prerrogativas institucionais. Não têm, por conseguinte, legitimidade para recorrer ou apresentar contrarrazões em ação envolvendo direitos estatutários de servidores (AgRg no AREsp. 44.971/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 5.6.2012). 5. De fato, criação doutrinária acolhida pela jurisprudência no sentido de admitir que órgãos sem personalidade jurídica possam em juízo defender interesses e direitos próprios, excepcionalmente, para manutenção, preservação, autonomia e independência das atividades do órgão em face de outro Poder (REsp. 649.824/RN, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 30.5.2006). 6. Na presente demanda, o Tribunal Fluminense assinalou que a alegação da ocorrência de fato praticado pela Câmara dos Vereadores não se presta a configurar o necessário fim institucional capaz de justificar a possibilidade, sempre excepcional, pois a pessoa jurídica que responde pelo ato lesivo é a Fazenda Pública e não o Ente Legislativo (fls. 177). 7. A conclusão da Corte de origem não se aparta do desfecho conferido por esta Corte Superior em hipóteses símiles, razão pela qual a decisão agravada não merece reproche. 8. Agravo Interno do Ente Estatal Fluminense desprovido.*[3]

*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. VEREADOR MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE 13º SALÁRIO. 1. A Câmara Municipal de Vereadores possui capacidade judiciária a defesa, em juízo, de seus interesses institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento, não sendo este o caso discutido nos presentes autos, assim, legitimidade para figurar no polo passivo da presente relação processual, que deve ser ocupada pela Fazenda Pública Municipal (...).*[4].

*APELAÇÃO. CONTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PERCEPÇÃO DE VERBAS RESCISÓRIAS. Câmara Municipal que possui apenas personalidade judiciária. Ilegitimidade passiva do município afastada. Servidor comissionado. Inaplicabilidade da CLT. Férias remuneradas com acréscimo do terço constitucional e 13º salário. Direitos assegurados constitucionalmente a todos os servidores de cargo público. Honorários advocatícios. Sentença ilíquida. Preliminar de ilegitimidade passiva. O município alega, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, afirmando que a apelada laborava na Câmara Municipal de maricá, outro poder da república e pessoa jurídica diversa do município apelante, razão pela qual afirma não ser legítimo para integrar o polo passivo da demanda. Contudo, não assiste razão ao ente municipal. Deve ser rejeitada a ilegitimidade passiva arguida pelo município de maricá, uma vez que a Câmara Municipal não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária. Que é aquela que confere ao órgão a capacidade de estar em juízo apenas para defender seus interesses institucionais. Nessa esteira, a contrario sensu, há de ser aplicado o entendimento da Súmula nº 525, do STJ, in verbis: "Súmula nº 525. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais. ". Precedentes do e. STJ e deste tribunal de justiça. Logo, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo município apelante. (...)*[5].

*RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL E CONDENAÇÃO EM VERBAS PRETÉRITAS - SERVIDOR PÚBLICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE PARANAÍBA/MS - PRELIMINAR DE REVOGAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA*

3 STJ, AgInt no AREsp 1304251 / RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, j. 02/04/2019

4 TJPI; AC 0001856-40.2016.8.18.0073; Quarta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Fernando Lopes e Silva Neto; DJPI 17/12/2019; Pág. 72.

5 TJRJ; APL 0019802-95.2014.8.19.0031; Maricá; Terceira Câmara Cível; Relª Desª Renata Machado Cotta; DORJ 07/03/2019; Pág. 296.

*JUSTIÇA GRATUITA - NÃO CONHECIDA - PREJUDICIAL DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA - ACOLHIDA - PROVEITO ECONÔMICO - MÉRITO - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO - PACTO NULO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA DE VEREADORES - PODER LEGISLATIVO QUE NÃO DETÉM PERSONALIDADE JURÍDICA, MAS PERSONALIDADE JUDICIÁRIA, PODENDO DEMANDAR APENAS EM DEFESA DE SUAS PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS - SENTENÇA ANULADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) Nas relações jurídicas entre o Poder Legislativo e seus servidores, incumbe ao Município figurar no polo passivo das demandas judiciais, por ensejarem efeitos patrimoniais que serão suportados por ele (Município). Ilegitimidade passiva da Câmara Municipal, em razão de ser um órgão integrante da administração direta e que não goza de personalidade jurídica, impondo-se a anulação do acordo homologado judicialmente e, a extinção do feito sem julgamento de mérito.*[6]

Posto isso, conheço do recurso e acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da câmara municipal de Nova Andradina e, em reformando a sentença, declaro extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do inciso VI, art. 485, CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor corrigido da causa, suspensa a exigibilidade dessas obrigações, nos termos do § 3º do art.98, CPC, salvo prova da capacidade econômico-financeira do autor em suportar tais obrigações, a ser feita na fase de cumprimento da sentença.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva da câmara e, no mérito, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 10 de novembro de 2020.

***

6 TJMS. Apelação Cível n. 0801045-78.2019.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j: 16/09/2020, p: 21/09/2020.

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
## Apelação Cível nº 0801107-76.2019.8.12.0032 - Deodápolis

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE REJEITADA – MÉRITO – DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL, PARA QUE O AUTOR JUNTE EXTRATOS DE SUA CONTA CORRENTE, DE CURTO PERÍODO – DETERMINAÇÃO NÃO CUMPRIDA – EXTRATOS QUE PODERIAM SER FACILMENTE OBTIDOS, À EXEMPLO DOS EXTRATOS DO INSS – EXTINÇÃO DO PROCESSO – PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO (ART. 6º, CPC) – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Revelando o apelo a pretensão do autor de afastar o indeferimento da petição inicial, com retomada do curso processual, não há ofensa ao princípio da dialeticidade, já que combate os fundamentos da sentença.

O judiciário não pode ficar à mercê do jurisdicionado. Se o autor não junta no prazo determinado pelo juiz o extrato de sua conta corrente, de curto período e sem custos, sua atitude contraria o princípio da cooperação (art. 6º, CPC). De ver-se, ademais, a incoerência e o comodismo do autor: juntou os extratos do INSS, mas não juntou os extratos da conta-benefício junto ao banco. Assim, ante o descumprimento da determinação judicial em não aditar a inicial, há de se extinguir o processo sem resolução de mérito.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e no mérito negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de novembro de 2020

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator(a) do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Luiz Carlos Nascimento de Andrade apela da sentença (f. 99-102) proferida na ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra Banco Bradesco Financiamentos S/A que tramitou na vara de Deodápolis.

O processo foi julgado extinto sem resolução de mérito, em razão da petição inicial ter sido considerada inepta. Isto porque o autor não atendeu a determinação de emenda, para que juntasse aos autos os respectivos extratos de sua conta no período em que o depósito do suposto empréstimo deveria ter sido efetuado.

Em suas razões (f. 106-119), sustenta o autor que a determinação para que produza prova de que não foi beneficiado com os valores do empréstimo consignado como condição de processamento da ação se mostra excessiva, pois os extratos bancários solicitados não são considerados documentos essenciais.

Defende que, caso seja constatada a imprescindibilidade da documentação exigida, poderá o juízo determinar a expedição de ofício à instituição financeira para a sua apresentação, competindo ao réu demonstrar a existência do negócio jurídico.

Alega ser tecnicamente hipossuficiente em relação ao réu, pois não tem condições de demonstrar a não assinatura do contrato de empréstimo ou mesmo que não recebeu o valor mutuado.

Requer provimento do recurso para anular a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Contrarrazões às f. 139-145; intimado para se manifestar sobre a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, o autor permaneceu silente, conforme certificado às f. 152.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

1. Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o apelante dispensado do preparo, porquanto beneficiário da gratuidade da justiça (f. 102).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo ao exame das matérias devolvidas.

2. Preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade

Argui o réu, em contrarrazões, preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, ao argumento de que o autor não combate os fundamentos da sentença.

Entretanto, tal tese não merece prosperar, tendo em vista que o recurso é claro em sua pretensão, qual seja, reformar a sentença, para afastar o indeferimento da petição inicial, com retomada do curso processual.

O CPC/2015 trouxe nova sistemática para o ordenamento jurídico, quando em seu art. 4º dispõe que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Este dispositivo, além de reiterar o princípio da razoável duração dos processos, expresso na Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 5º, inciso LXXVIII, também inseriu o princípio da primazia no julgamento do mérito, conforme ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *"O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente, nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase de conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC).*
>
> *Tendo sido o objetivo do legislador ao criar o processo ou fase de conhecimento um julgamento de mérito, naturalmente esta forma de final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente essa distinção entre fim normal e*

*anômalo já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito do processo ou fase de conhecimento, considerando-se ser sempre preferível o normal ao anômalo. A solução definitiva da crise jurídica, derivada da coisa julgada material, que dependerá de uma decisão de mérito transitada em julgado, é outra evidente vantagem no julgamento de mérito quando comparado com a sentença terminativa. (...).*

*A concretização do princípio é encontrada em diversas passagens do Novo Código de Processo Civil, que dá especial ênfase à oportunidade concedida às partes para o saneamento dos vícios que impeçam o julgamento do mérito (...), inclusive em ambiente recursal (...), quando o vício formal pode inclusive ser desprezado e não for reputado grave (...).”*

Deste modo, o princípio da dialeticidade somente encontra respaldo em se estando diante de impossibilidade completa de conhecimento do recurso, o que, entretanto, não se amolda à hipótese *sub judice*, já que, repise-se, o objetivo recursal é claramente identificável através das razões de apelação.

Desta forma, afasto a preliminar.

3. Mérito

O autor ajuizou a demanda postulando a declaração de ilegalidade dos descontos em sua folha de pagamento, bem como a condenação em dobro daquilo que lhe foi descontado, mais indenização a título de danos morais pelos descontos realizados indevidamente em sua única fonte de renda.

O juízo intimou o autor para que emendasse a inicial no prazo de 15 (quinze) dias, acostando aos autos o extrato bancário do mês em que houve a contratação do empréstimo consignado, para demonstrar a inocorrência de crédito do valor na sua conta, sob pena de indeferimento da petição inicial por ausência de interesse processual.

O autor não emendou a inicial na forma em que lhe foi determinada, tendo sido o processo extinto sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, incisos I e VI, CPC.

A questão é saber se o poder judiciário estaria à mercê do jurisdicionado, inclusive para fazer diligências que competia a ele, autor da demanda, consoante o princípio da cooperação, uma nova conquista da nova lei civil processual.

Ajuizada a demanda o juiz singular intimou o autor para emendar a inicial, para que ele juntasse os extratos bancários de sua conta benefício do período em que o depósito do suposto empréstimo deveria ter sido efetuado.

Isso seria muito simples: bastaria que fosse o autor na agência bancária ou num terminal, para obter referidos extratos. Se o banco recusasse, prontamente o juízo teria determinado a expedição de forma gratuita, até porque se trata de conta benefício-previdenciário, que goza de isenções.

Não juntou os extratos no prazo assinalado pelo juízo. Preferiu o autor longo caminho: peticionou dizendo que não estava obrigado a tal circunstância, fazendo vista grossa ao dever de cooperação.

Embora, no passado, tivesse decidido da possibilidade da continuidade da demanda, sou compelido a rever meu posicionamento, para preservar princípios que informam a inicial e seu procedimento, notadamente aquele da cooperação a que todos estão sujeitos (art. 6º, CPC).

O que pretende o autor é que o judiciário faça diligências que competia a ele demandante!

Consoante estabelece o art. 17 do CPC, *“Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”*

Sobre o interesse processual, pertinente trazer a lume as considerações de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *A ideia de interesse de agir, também chamada de interesse processual, está intimamente ligada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda.*
>
> *O interesse de agir deverá ser analisado sob dois diferentes aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a prestação jurisdicional que se pretende obter* (STJ, 4.ª Turma, REsp 954.508/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28.08.2007).

Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. Em regra, havendo a lesão ou ameaça de lesão a direito, consubstanciada na lide tradicional, haverá interesse de agir, porque, ainda que exista a possibilidade de obtenção do bem da vida por meios alternativos de solução de conflitos, ninguém é obrigado a solucionar seus conflitos de interesse por essas vias alternativas.

Vejam-se os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco[1] a respeito do interesse processual à tutela meramente declaratória:

> *O fator que na vida comum das pessoas e seus negócios torna necessária e útil a titela jurisdicional meramente declaratória são as dúvidas objetivas surgidas no convívio social sobre concretas relações jurídicas.* ***Tais são as crises de certeza, para cuja configuração é indispensável o caráter objetivo daquelas dúvidas, não bastando meras preocupações, temores ou crises puramente subjetivas do suposto titular de direitos, obrigações ou deveres.*** *Sem qualquer repercussão social, esses estados puramente anímicos não põem o direito em crise, entendido este vocábulo como representativo de situações patológicas de fraqueza, enfermidade, risco ou questionamentos (supra n. 68).* ***Sem crise jurídica não há a necessidade de tutela jurisdicional alguma e, portanto, sem crise de certeza não é necessária a tutela meramente declaratória – e daí a ausência de legítimo interesse de agir, que uma das condições da ação meramente declaratória.*** *(g n.)*

Ainda sobre o interesse processual à tutela processual meramente declaratória, sob o aspecto da adequação, ensina o mesmo autor[2] que:

> *Considerando o elemento adequação da tutela jurisdicional,* ***falta interesse legítimo a obter a tutela declaratória quado a situação lamentada é em tese suscetível de ser corrigida mediante uma modificação e não mera declaração.*** *Essa relação entre a situação descrita e a solução adequada é em princípio ditada pelo direito material e não pelas leis do processo. Se se alega que um ato jurídico é nulo, o que significa que não produz efeitos desde a sua realização, é apropriado e útil pedir a mera declaração de sua nulidade, porque ela será adequada e suficiente para dirimir as inseguranças geradas por ele - especialmente quando se trata de atos ou provimentos da Administração Pública, que gozam da chamada presunção de legalidade. Quando se alega que o contrato é anulável, não basta declarar sua anulabilidade: para melhorar a situação do demandante é preciso remover a eficácia que o ato tem e terá enquanto não lhe for retirada – e isso se faz mediante a tutela constitutiva, não meramente declaratória. (g. n.).*

Registro que não há prova de ter o agente financeiro negado o fornecimento do extrato.

Há de se lembrar que o órgão jurisdicional não o é consultivo e nem se presta a fazer diligência que competiria à parte, salvo prova da impossibilidade de fazê-lo.

1 Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 226.

2 *Op. cit.*, p. 266-267.

Considerando que dos fatos é que nasce o direito, cumpre a parte autora da ação demonstrar a razão jurídica pela qual os fatos merecem a tutela jurisdicional pretendida.

Pela teoria da substanciação, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, *"o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar quais os fatos que lhe teriam dado direito a obter o bem e qual é o preceito pelo qual esses fatos geram o direito afirmado."*[3]

Se o autor não se recorda de ter realizado a contratação, poderia ao menos ter juntado seus extratos, para viabilizar juízo de valor e atender o princípio da cooperação.

O que não se pode admitir é que o judiciário passe a chancelar aventuras jurídicas nas quais as partes ingressam com ação para ver se dela exsurge ou não algum direito.

A propósito inúmeros julgados desta 4ª Câmara:

> *(...) Falece interesse processual à pessoa que movimenta a máquina jurisdicional com o fim de esclarecer se firmou contrato de empréstimo consignado em folha de pagamento ou recebeu o produto do mútuo, já que a dúvida pode ser dirimida junto ao agente financeiro. Da mesma forma que a autora buscou extrato junto ao INSS, poderia, muito bem tê-lo feito junto a sua conta-salário ou conta previdenciária, ante o princípio da cooperação (art. 6º, CPC). Inadmissível que o judiciário passe a chancelar aventuras jurídicas nas quais as partes ingressam com ação para ver se dela exsurge ou não algum direito.* (TJMS; AC 0800653-35.2019.8.12.0020; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJMS 29/01/2020; Pág. 142).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA. DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUTORA QUE NÃO SE RECORDA SE FIRMOU CONTRATO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OU SE RECEBEU O VALOR CORRESPONDENTE AO MÚTUO. AÇÃO QUE TEM POR OBJETO EXTIRPAR A DÚVIDA. DESNECESSIDADE DE MOVIMENTAÇÃO DO APARATO JURISDICIONAL PARA ESCLARECIMENTO DE SITUAÇÃO PESSOAL. DESATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO PARA JUNTAR AOS AUTOS OS EXTRATOS BANCÁRIOS DA AUTORA RELATIVOS AO MÊS EM QUE HOUVE A CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LESÃO A BEM JURÍDICO NÃO VERIFICADA. EXTRATOS QUE PODERIAM TER SIDO OBTIDO NO BANCO (VIA CONTA-SALÁRIO), COMO FEZ A AUTORA EM RELAÇÃO AO EXTRATO OBTIDO JUNTO AO INSS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Falece interesse processual à pessoa que movimenta a máquina jurisdicional com o fim de esclarecer se firmou contrato de empréstimo consignado em folha de pagamento ou recebeu o produto do mútuo, já que a dúvida pode ser dirimida junto ao agente financeiro. Da mesma forma que a autora buscou extrato junto ao INSS, poderia muito bem tê-lo feito junto a sua conta. salário ou conta previdenciária, ante o princípio da cooperação (art. 6º, CPC). Inadmissível que o judiciário passe a chancelar aventuras jurídicas nas quais as partes ingressam com ação para ver se dela exsurge ou não algum direito.* (TJMS; AC 0800437-02.2018.8.12.0023; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJMS 22/03/2019; Pág. 73).
>
> *(...).Falece interesse processual à pessoa que movimenta a máquina jurisdicional com o fim de esclarecer se firmou contrato de empréstimo consignado em folha de pagamento ou recebeu o produto do mútuo, já que a dúvida pode ser dirimida junto ao agente financeiro. Da mesma forma que a autora buscou extrato junto ao INSS, poderia, muito bem tê-lo feito junto a sua conta. salário ou conta previdenciária, ante o princípio da cooperação (art. 6º, CPC). Inadmissível que o judiciário passe a chancelar aventuras jurídicas nas quais as partes ingressam com ação para ver se dela exsurge ou não algum direito.* (TJMS; AC 0800436-17.2018.8.12.0023; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJMS 07/02/2019; Pág. 135).
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – AUTORA QUE*

3 Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 130.

*NÃO SE RECORDA SE FIRMOU CONTRATO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OU SE RECEBEU O VALOR CORRESPONDENTE AO MÚTUO – AÇÃO QUE TEM POR OBJETO EXTIRPAR A DÚVIDA – DESNECESSIDADE DE MOVIMENTAÇÃO DO APARATO JURISDICIONAL PARA ESCLARECIMENTO DE SITUAÇÃO PESSOAL – LESÃO A BEM JURÍDICO NÃO VERIFICADA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (...). Inadmissível que o judiciário passe a chancelar aventuras jurídicas nas quais as partes ingressam com ação para ver se dela exsurge ou não algum direito.* (TJMS. Apelação n. 0804305-34.2017.8.12.0019, Ponta Porã, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 15/08/2018, p: 16/08/2018).

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários recursais, estes fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais). Suspensa, contudo, a exigibilidade da verba, por litigar sob o pálio da gratuidade da justiça.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 13 de novembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
## Apelação Cível nº 0002078-50.2008.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMODATO – PRELIMINAR DE SENTENÇA *EXTRA PETITA* AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO NÃO DENUNCIADO PARA OS HERDEIROS DO FALECIDO COMODATÁRIO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO EXPRESSA PARA RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL – ESBULHO NÃO DEMONSTRADO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – De acordo com o entendimento consolidado pelo STJ, *"não configura julgamento ultra petita ou extra petita, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional exarado nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial. Precedentes"*. (STJ AgInt nos EDcl no AREsp 513.134/DF).

II – O instrumento particular de comodato extingue-se com a morte do comodatário, pois trata-se de contrato *intuitu personae,* mas não afasta a necessidade de o comodante notificar o sucessor daquele para que restitua o imóvel dado em comodato.

III – Ausente notificação expressa para que o imóvel dado em comodato seja restituído ao legítimo proprietário, não há falar em posse precária pelo possuidor direto, tampouco em esbulho, ficando afastada a pretensão de reintegração de posse.

## 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 sentença extra petita e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Renata Dias Lage, na condição de assistente litisconsorcial, apela da sentença proferida pelo juízo da comarca de Rio Verde de Mato Grosso que julgou improcedente a ação de reintegração de posse ajuizada por Espólio de Ademar Gomes Dias contra Maria Gomes Ferreira.

A apelante, em suas razões (f. 193-205), suscita preliminar de nulidade da sentença por julgamento *extra petita,* argumentando que o magistrado singular não se manifestou sobre o interesse manifestado pela apelada em contestação (f. 56), no sentido de desocupar voluntariamente o imóvel desde que fosse indenizada pelas benfeitorias realizadas.

Diz que *"se a parte demandada não se opõe à desocupação, não cabe ao Juízo mantê-la no imóvel, restando apenas decidir sobre a questão atinente às benfeitorias e a compensação com a indenização pelo uso da residência"*.

No mérito, alega que a própria apelada concorda com a reintegração de posse, pois concordou em desocupar voluntariamente o imóvel desde que ressarcida pelas benfeitorias que realizou o que torna o esbulho fato incontroverso.

Salienta que o contrato de comodato extinguiu-se automaticamente com a morte das partes contratantes, pois é personalíssimo e intransmissível, tornando a posse da apelada em clandestina e de má-fé.

Requer o acolhimento da preliminar para que seja anulada a sentença por julgamento *extra petita*; no mérito, pugna pelo provimento do recurso para que seja concedida a reintegração de posse em seu favor, condenando a apelada ao pagamento de indenização pelo uso do imóvel, cujo valor poderá ser compensado com as benfeitorias realizadas, caso essas sejam devidas.

Contrarrazões às f. 211-217.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

1. Da admissibilidade recursal

O recurso é tempestivo e está acompanhado do preparo (f. 206-207).

Desta forma, preenchidos os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo ao exame das matérias devolvidas.

2. Preliminar - sentença *extra petita*

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pelo Espólio de Ademar Gomes Dias contra Maria Gomes Ferreira, no qual o autor aduz ser proprietário e possuidor do imóvel residencial localizado na Rua Coronel Manoel Mariano, nº 301, Jardim José Antônio, registrado sob matrícula 13.871 do 1º Serviço Registral Imobiliário de Rio Verde de Mato Grosso, adquirido através de escritura pública de compra e venda lavrada pelo tabelião do Cartório de 2º Ofício de Rio Verde de Mato Grosso, no livro nº 52, f. 141.

Diz o autor que celebrou um instrumento particular de comodato com Manoel Gomes Vicente, no qual cedeu o aludido imóvel a título gratuito e por tempo indeterminado, e que no dia 17/09/2007 o comodatário faleceu e com isso restou rescindido o referido instrumento.

Alega que no mês de agosto de 2007 a apelada, herdeira do comodatário, invadiu clandestinamente o imóvel, se instalando na totalidade da área, numa atitude de flagrante esbulho.

A liminar de reintegração de posse foi indeferida às f. 31-32.

Em contestação (f. 53-59), a apelada alegou que seu genitor, a título de indenização trabalhista pelos serviços prestados na fazenda do espólio autor, firmou contrato de comodato que teve por objeto o imóvel no qual se funda o pedido de reintegração.

Salienta que passou a residir no imóvel nos idos de 2006, e que após o falecimento de seu pai nunca foi notificada para que efetuasse a desocupação, razão pela qual se quedou na posse do bem.

Sustenta que o embate fez com que sofresse diversas ameaças e passasse por vários constrangimentos, tal qual a suspensão do fornecimento de água, que foi obstada por tutela jurisdicional concedida em sede de mandado de segurança impetrado contra a Sanesul (nº 042.08.002035-8); e que não faz objeção à desocupação do imóvel, desde que seja indenizada pelos reparos feitos no imóvel.

A apelante Renata Dias Lage manifestou intervenção nos autos como assistente litisconsorcial (f. 82-85), vez que adquiriu do espólio o imóvel objeto da ação de reintegração de posse.

A pretensão do autor foi julgada improcedente (f. 186-189), com a seguinte fundamentação, na parte que interessa:

> *No caso dos autos, entendo que o autor apesar de ter comprovado a sua posse indireta sobre o bem em questão, não demonstrou o suposto esbulho praticado pela requerida, sendo que, constitui ônus da autora comprovar que o imóvel de sua propriedade está na posse injusta da ré, ou de que foi invadido ou esbulhado, ou ainda de que se superpõe total ou parcialmente sobre a área que lhe é titulada, sob pena de improcedência da pretensão reinvidicatória.*
>
> *Ademais, conforme se observa da cláusula oitava do contrato de comodato firmado entre o genitor da requerida e o autor, a desocupação da área se daria no prazo de 30 (trinta) dias, por meio de intimação judicial ou extrajudicial, o que não ocorreu.*
>
> *Assim, não pode o comodante sobrepujar o exercício da posse direta por parte do comodatário, impondo limitação ou ameaça à plenitude da posse sem prévia notificação a respeito (nos casos de comodato sem prazo).*
>
> *Assim, ausente os requisitos, há que ser rechaçado o pleito reintegratório.*

A apelante alega que a sentença incorreu em julgamento *extra petita.*

Sem razão a apelante.

Os artigos 141 e 492, CPC, traçam os limites da prestação jurisdicional final. Pelo princípio da congruência, a sentença há de corresponder ao pedido e causa de pedir, de modo que *"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"* (art. 492, CPC).

Tais elementos fixam os limites da lide, sendo defeso ao juiz decidir aquém (*citra*), fora (*extra*) ou além (*ultra*) do pedido; a inobservância de tal princípio torna viciada a sentença, podendo gerar inclusive a nulidade do ato.

Portanto, na hipótese da sentença deixar de apreciar parcela do pedido, ultrapassar daquilo que fora pedido ou decidir pedido não formulado, incorrerá ela nos vícios, respectivamente, de *citra, ultra* ou *extra petita*.

No caso, a apelante acredita que a sentença é *extra petita,* por não ter analisado o interesse manifestado pela apelada em contestação (f. 56), que se dispôs a desocupar voluntariamente o imóvel desde que fosse indenizada pelas benfeitorias realizadas.

Ao analisar os autos, vê-se que a sentença foi proferida com base nos limites do pedido, resultando no julgamento de improcedência da pretensão possessória, diante do fato da parte postulante não ter demonstrado o esbulho.

Nesse sentido:

> *AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO RÉU.*
>
> *1. Conforme o entendimento consolidado neste Tribunal, não configura julgamento ultra petita ou extra petita, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional exarado nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial. Precedentes.*

> *1.1 No caso sub judice, a Corte de origem aplicou esse entendimento e considerou que o provimento judicial no tocante à indenização dos valores contratados entre as partes decorreu dos fatos narrados e do alcance do pedido formulado na exordial. Incidência da Súmula 83/STJ.*
>
> *2. A indenização por danos morais fixada em quantum sintonizado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não enseja a possibilidade de interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno desprovido.* (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 513.134/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 26/02/2019).

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

3. Mérito

3.1. Da reintegração de posse

No mérito, tenho que é caso de se manter a sentença. Explico.

O contrato de comodato anexo aos autos (f. 13-16) foi celebrado por tempo indeterminado entre o Espólio de Ademar Gomes Dias e Manoel Gomes Vicente, e estabelece que a extinção do comodato dar-se-ia da seguinte maneira:

> *Cláusula oitava:*
>
> *Obriga-se o comodatário a devolver o imóvel e seus acessórios, objeto do presente contrato, ao comodante tão logo este o requisite, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, seja por intimação judicial ou extrajudicial, nas mesmas condições em que o recebeu, isto é, em perfeitas condições de uso e habitação.*

A apelante alega que *o falecimento das partes contratantes conduz à extinção automática do comodato*, e que, portanto, a manutenção da posse do imóvel pela apelada, herdeira do comodatário falecido, é precária e denota o esbulho.

Pois bem.

O contrato de comodato é classificado como contrato pessoal (ou *intuitu personae*) e, dada a natureza personalíssima da obrigação decorrente dos contratos pessoais, é ela intransmissível, quer *mortis causa*, quer por meio de cessão.

Sobre a extinção do comodato pela morte do comodatário, veja-se a jurisprudência:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. COMODATO POR PRAZO INDETERMINADO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL PARA DESOCUPAÇÃO DO BEM. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC. POSSE DERIVADA DE COMODATO CEDIDO AO ESPOSO DA DEMANDADA. LIMINAR DEFERIDA. Tratando-se de comodato firmado com prazo certo, e após encerrado, transforma-se em prazo indeterminado, reclamando a notificação do comodatário para fins de consumação do término. Com a morte do comodatário, advém o vencimento do contrato, tendo em vista tratar-se de cessão gratuita intuitu personae, não se transferindo à esposa do de cujus, nem aos herdeiros, permanecendo por mera tolerância dos comodantes. Posse que deriva da cedida pelo comodato. A notificação judicial dos comodatários para desocupação do bem, desatendida, constitui esbulho possessório, passível de liminar para reintegração de posse, se presentes os requisitos do art. 927 do CPC. Agravo de instrumento provido. (*TJRS - Agravo de Instrumento Nº 70020269833, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. André Luiz Planella Villarinho, J. 11/10/2007*).*

Todavia**,** o fato de os direitos previstos no instrumento de comodato não serem transmitidos aos herdeiros ou a terceiros, em qualquer dos polos da relação contratual, não afasta a necessidade de o comodante ter de denunciar o contrato para os herdeiros do comodatário, a fim de que eles desocupem o imóvel, colocando termo final ao comodato.

Sobre o tema:

> *Possessórias. Ação de manutenção de posse e pedido contraposto. Imóvel cedido em comodato verbal aos autores pela genitora da ré. Perda da posse e da propriedade pela comodante, adquiridas pela ré, que não mais deseja seguir executando o comodato. Negócio jurídico de natureza pessoal, que não lhe pode ser oposto. Inexistência de comodato vitalício no direito pátrio. Esbulho possessório caracterizado. O imóvel disputado foi cedido em comodato verbal aos autores pela genitora da ré. Posteriormente, a ré, que já era copossuidora e coproprietária do bem, recebeu em doação a parte ideal que pertencia a sua genitora. Tendo interesse em recuperar o imóvel, notificou os autores para desocupação. Estes, por sua vez, se recusaram a deixar o bem, sob o argumento de que têm direito a nele permanecer até suas mortes, conforme estabelecido pela comodante, quem lhes teria autorizado a nele permanecer vitaliciamente. Sucede que em nosso ordenamento jurídico não existe comodato vitalício, na medida em que, ao instituto jurídico com características do que seria um comodato vitalício, a lei atribui o status de direito real (o usufruto), cuja constituição depende de escritura pública. Não bastasse isso, o comodato é contrato de natureza pessoal, e, com a perda da propriedade e da posse pela comodante, não é possível aos comodatários permanecer no imóvel, por tempo indeterminado, quando manifestada expressa oposição pelo legítimo detentor da posse. Tratando-se de contrato "intuitu personae", não há sentido na transmissão dos direitos respectivos aos herdeiros ou a terceiros, em qualquer dos polos da relação contratual. A avença entre a comodante e os autores não pode ser oposta à ré, uma vez que res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet (os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros). Apelação não provida.* (TJSP; Apelação Cível 1011807-72.2015.8.26.0002; Relator (a): Sandra Galhardo Esteves; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/02/2017; Data de Registro: 21/02/2017).

No caso o instrumento particular de comodato é expresso no sentido de que o imóvel deveria ser restituído no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação judicial ou extrajudicial.

No entanto, em que pese essa disposição contratual, a parte autora não demonstrou nos autos ter notificado a apelada do seu interesse em retomar à posse direta sobre o bem.

Dessa maneira, não há como reconhecer o exercício da posse precária, vez que a apelada não se negou a restituir a posse direta ao proprietário do bem, considerando que *"a recusa do comodatário em devolver a coisa emprestada constitui esbulho à posse do comodante reparável por meio do interdito de reintegração (TJDF-RF 167/212)[1]".*

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL. COMODATO. OBRIGAÇÕES. ESPECIES DE CONTRATO. COMODATO. IMÓVEL. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE COMODATO E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO. DENÚNCIA. EXTINÇÃO. A tese de inexistência da relação jurídica de direito material envolve o mérito da lide e afasta pretensão preliminar de falta de interesse de agir. - O contrato de comodato pode ser verbal ou tácito e a sua denúncia requisita notificação prévia. - A posse de comodatário é precária e desabona pretensão de reconhecimento de prescrição aquisitiva. - Circunstância dos autos em que realizada notificação e provado o comodato impõe-se manter a sentença de procedência. Recurso Desprovido.* (TJRS - Apelação Cível, Nº 70066169566, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. João Moreno Pomar, j. 26-11-2015).

1 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 559, nota 4 ao art. 579.

*Possessória – Reintegração de posse – Comodato, sem prazo certo, rompeu-se com a notificação extrajudicial, a qual, não foi contrariada – Assim, exaurido o prazo constante da notificação, sem que tenha havido espontânea entrega dos bens, configura "esbulho" que enseja a recuperação da posse, pela titular do domínio – Validade da notificação premonitória – Posse deferida a favor do comodante – Recurso improvido* (TJSP – Ap. Cível 1.155.453-0/1, 17-3-2008, 35ª Câmara de Direito Privado – Rel. Artur Marques).

*A inexistência do exercício da posse precária descaracteriza a alegação de esbulho, pressuposto necessário para a ação possessória, conforme ensina Ernani Fidélis dos Santos*[2]*:*

*Ao promover ação com pedido de proteção possessória, o autor, além dos requisitos comuns do art. 282, deverá alegar a sua posse, a turbação com a continuação da posse, ou o esbulho com sua perda (art. 927, I, II, IV). Ao autor incumbe provar, integralmente, o que alega, isto é, a posse e o molestamento da posse. Não o fazendo, a proteção possessória não lhe será concedida."*

Também expresso o Código de Processo Civil:

*Art. 560. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho.*

*Art. 561. Incumbe ao autor provar:*

*I - a sua posse;*

*II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;*

*III - a data da turbação ou do esbulho;*

*IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.*

Por tais fundamentos, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Os honorários advocatícios ficam majorados para 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, CPC.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar de sentença extra petita e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 1º de dezembro de 2020.

***

2 Manual de Direito Processual Civil, vol. III, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p.47.

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
## Agravo de Instrumento nº 1402833-98.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO PELO ATIVO E PASSIVO PREVISTO NO DISTRATO SOCIAL – NÃO INCIDÊNCIA DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ART. 1.110, DO CÓDIGO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A limitação da responsabilidade pessoal do sócio (art. 1.110, do Código Civil), só tem aplicabilidade quando a dissolução da sociedade é precedida da liquidação prevista nos artigos 1.102 e 1.103, ambos do Código Civil. Outrossim, restou expressamente indicado no distrato social a parte agravante como a responsável pelo passivo e ativo da pessoa jurídica.

### 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, 3 de novembro de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Maria Judite Gomes Uliana Zago interpõe agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo da 7.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos do cumprimento de sentença proposta por Pra-Campo Comércio de Produtos Agropecuários Ltda, acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, determinando a redução da penhora até o limite do crédito.

Em suas razões recursais a agravante sustenta que o direcionamento do cumprimento de sentença para a agravante tem fundamento na sucessão empresarial, decorrente da extinção da sociedade empresária e, por isso, a responsabilidade do sócio, diversamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica, não é ilimitada.

Defende que conforme preconiza o artigo 1.110, do Código Civil, cabe ao sócio, nesses casos, o pagamento até o limite da soma recebida em partilha.

Assevera que a cláusula 4 do distrato social dispõe que cabe à agravante suceder processualmente a sociedade extinta, pois ela foi quem assumiu a guarda dos livros e documentos da sociedade, não havendo qualquer renúncia à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios.

Por fim, pugna pelo recebimento do recurso em seu efeito suspensivo, sendo após dado provimento ao recurso para reconhecer a limitação da responsabilidade da agravante até o limite da soma recebida na partilha após a dissolução da sociedade empresária.

O recurso foi recebido em seus efeitos devolutivo e suspensivo (f. 340-2).

Contraminuta às f. 346-53, onde a parte agravada pede o não provimento do recurso.

A agravante manifestou-se contrária ao julgamento virtual (f. 325)

Inclua-se em pauta para julgamento telepresencial, no qual é possível o acompanhamento do julgamento e a sustentação oral.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Judite Gomes Uliana Zago contra a decisão proferida pelo Juízo da 7.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos do cumprimento de sentença proposta por Pra-Campo Comércio de Produtos Agropecuários Ltda, acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, determinando a redução da penhora até o limite do crédito.

Em suas razões recursais a agravante sustenta que o direcionamento do cumprimento de sentença para a agravante tem fundamento na sucessão empresarial, decorrente da extinção da sociedade empresária e por isso a responsabilidade do sócio, diversamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica, não é ilimitada.

Defende que conforme preconiza o artigo 1.110, do Código Civil, cabe ao sócio, nesses casos, o pagamento até o limite da soma recebida em partilha.

Assevera que a cláusula 4 do distrato social dispõe que cabe à agravante suceder processualmente a sociedade extinta, pois ela foi quem assumiu a guarda dos livros e documentos da sociedade, não havendo qualquer renúncia à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios.

Por fim, pugna pelo recebimento do recurso em seu efeito suspensivo, sendo após dado provimento ao recurso para reconhecer a limitação da responsabilidade da agravante até o limite da soma recebida na partilha após a dissolução da sociedade empresária.

O recurso foi recebido em seus efeitos devolutivo e suspensivo (f. 340-2).

Contraminuta às f. 346-53, onde a parte agravada pede o não provimento do recurso.

Pois bem, tenho que o presente recurso não merece prosperar. Explico.

Infere-se da cópia do instrumento de distrato social da sociedade empresária "B.I.Z. Bolsa de Insumos Zago Ltda", juntado às f. 26-7, que a agravante, na cláusula quarta, assumiu, expressamente, o ativo e o passivo para todos os efeitos legais, inexistindo qualquer ressalva quanto à limitação da referida obrigação às respectivas quotas sociais.

Ademais, a limitação da responsabilidade do sócio às respectivas quotas sociais, prevista no art. 1.110, do Código Civil, só tem aplicabilidade quando a dissolução da sociedade é precedida da necessária liquidação imposta pelos artigos 1.102 e 1.103, do Código Civil. Vejamos:

*Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.*

*Parágrafo único. O liquidante, que não seja administrador da sociedade, investir-se-á nas funções, averbada a sua nomeação no registro próprio.*

*Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante:*

*I - averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade;*

*II - arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam;*

*III - proceder, nos quinze dias seguintes ao da sua investidura e com a assistência, sempre que possível, dos administradores, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo;*

*IV - ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas;*

*V - exigir dos quotistas, quando insuficiente o ativo à solução do passivo, a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um e proporcionalmente à respectiva participação nas perdas, repartindo-se, entre os sócios solventes e na mesma proporção, o devido pelo insolvente;*

*VI - convocar assembléia dos quotistas, cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário;*

*VII - confessar a falência da sociedade e pedir concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda;*

*VIII - finda a liquidação, apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas finais;*

*IX - averbar a ata da reunião ou da assembléia, ou o instrumento firmado pelos sócios, que considerar encerrada a liquidação.*

*Parágrafo único. Em todos os atos, documentos ou publicações, o liquidante empregará a firma ou denominação social sempre seguida da cláusula "em liquidação" e de sua assinatura individual, com a declaração de sua qualidade.*

*Art. 1.110 - Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos.*

Contudo, verifica-se no presente caso que a formalização da dissolução da sociedade limitou-se ao registro do instrumento de distrato social perante a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, inexistindo, portanto, procedimento de liquidação nos moldes exigidos pela legislação civil.

Deste modo, resta evidente a responsabilidade pessoal da agravante pelo débito exequendo, não se limitando o débito exequendo ao valor da soma recebida em partilha.

Ante o exposto, conheço o recurso interposto, contudo nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão agravada.

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, 3 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
## Apelação Cível nº 0837634-62.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONSTRUÇÃO DE OBRA POR HERDEIRO QUE ALTERA A DESTINAÇÃO DA COISA COMUM SEM O CONSENTIMENTO De TODOS OS HERDEIROS – ATO INCOMPATÍVEL COM A INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA *SAISINE* – HERANÇA CONSIDERADA INDIVISA ATÉ O MOMENTO DA PARTILHA – INTELIGÊNCA DOS ARTIGOS 1.791 E 1.314, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Por força do princípio da *saisine*, a herança transmite-se aos herdeiros no momento do óbito, todavia, essa herança é considerada indivisa até a sua partilha, por força do artigo 1.791, do Código Civil.

A construção de obra sobre imóvel pertencente ao espólio, alterando a destinação da coisa comum, no caso, para moradia de terceiros, sem o consentimento de todos os herdeiros, constitui ato possessório que exclui direitos dos demais sendo, portanto, incompatível com a natureza de indivisibilidade da herança.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de novembro de 2020

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Judith Vieira da Costa Diniz interpõe recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da 4.ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de não fazer com pedido de tutela antecipada proposta pelo Espólio de Avelina de Jesus Andrade da Costa, julgou procedente o pedido contido na inicial, determinando que a apelante se abstenha de dar continuidade à obra feita junto ao imóvel localizado na R. Brasília 1094, nesta capital, sem que haja a anuência de todos os co-proprietários.

Em suas razões recursais às f. 303-10, a apelante alega, em síntese, que o fato de quatro dos cinco herdeiros anuírem com a construção é suficiente para tornar lícita a construção da obra, objeto da presente demanda.

Salienta que os bens que integram o Espólio são administrados por maioria dos quinhões, em especial quanto à possibilidade de ampliar-lhes a utilidade sem que haja violação ao direito de propriedade do Espólio

ou do inventariante, nos termos do art. 1.325, § 1.º, do Código Civil, que estabelece que a maioria será calculada pelo valor dos quinhões e que as deliberações serão obrigatórias, sendo tomadas por maioria absoluta.

Afirma que qualquer decisão a ser tomada acerca da administração dos bens pode ser adotada pela maioria dos quinhões e foi isso que ocorreu no caso dos autos, pois, dos cinco herdeiros, quatro anuíram com a construção da obra.

Pugna o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar improcedente o pedido contido na ação de obrigação de não fazer.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões às f. 313-9, onde pugna o não provimento do recurso.

O processo está pautado permanentemente para julgamento virtual e não houve oposição quanto ao mesmo (f. 324), na forma do Provimento CSM n.º 411, de 12 de junho de 2018, pelo que assim é ele realizado.

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator(a))

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Judith Vieira da Costa Diniz contra sentença proferida pelo Juízo da 4.ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de obrigação de não fazer com pedido de tutela antecipada proposta pelo Espólio de Avelina de Jesus Andrade da Costa, julgou procedente o pedido contido na inicial, determinando que a apelante se abstenha de dar continuidade à obra feita junto ao imóvel localizado na R. Brasília 1094, nesta capital, sem que haja a anuência de todos os co-proprietários.

Em suas razões recursais às f. 303-10, a apelante alega, em síntese, que o fato de quatro dos cinco herdeiros anuírem com a construção é suficiente para tornar lícita a construção da obra, objeto da presente demanda.

Salienta que os bens que integram o Espólio são administrados por maioria dos quinhões, em especial quanto à possibilidade de ampliar-lhes a utilidade sem que haja violação ao direito de propriedade do Espólio ou do Inventariante, nos termos do art. 1.325, § 1.º, do Código Civil, que estabelece que a maioria será calculada pelo valor dos quinhões e que as deliberações serão obrigatórias, sendo tomadas por maioria absoluta.

Afirma que qualquer decisão a ser tomada acerca da administração dos bens pode ser adotada pela maioria dos quinhões e foi isso que ocorreu no caso dos autos, pois dos cinco herdeiros, quatro anuíram com a construção da obra.

Pugna o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar improcedente o pedido contido na ação de obrigação de não fazer.

Devidamente intimado, a parte apelada apresentou contrarrazões às f. 313-9, onde pugna o não provimento do recurso.

Pois bem.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para determinar que a ré, ora apelante, se abstenha de dar continuidade à obra feita junto ao imóvel localizado na R. Brasília 1094, nesta capital, sem que haja a anuência de todos os co-proprietários.

O inconformismo da apelante reside basicamente na alegação de que, nos termos do artigo 1325, § 1.º do Código Civil, os bens que integram o espólio são administrados por maioria dos quinhões, e em tendo havido a

concordância de quatro, dos cinco herdeiros, em relação à construção de uma obra no imóvel ainda pertencente ao espólio, deve ser julgado improcedente o pedido contido na presente ação de obrigação de não fazer.

Em que pese o inconformismo da apelante, tenho que a sentença não merece reforma. Explico.

Conforme estabelece o princípio da *saisine*, descrito no art. 1.784, do Código Civil, *"Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legitimos e testamentários"*, razão pela qual as referidas pessoas passaram a ser co-proprietárias do referido imóvel.

Acerca do direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e à posse, estabelece o artigo 1.791, parágrafo único, do Código Civil que, até a partilha, regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. Senão vejamos:

> *Ar. 1791: A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.*
>
> *Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.*

Por sua vez, acerca da normas de administração do condomínio, estabelece o artigo 1.325, § 1.º, do Código Civil que:

> *Art. 1.325. A maioria será calculada pelo valor dos quinhões.*
>
> *§ 1.º As deliberações serão obrigatórias, sendo tomadas por maioria absoluta.*

Do acima disposto, tem-se portanto, que aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo a todos os herdeiros como um todo unitário, sobre o qual, qualquer direito atinente à propriedade e à posse, regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio, de modo que as deliberações serão tomadas por maioria absoluta.

Contudo, em que pese o disposto no artigo 1.325, § 1.º, do Código Civil, a pretensão da apelante, no sentido de que quatro os herdeiros estariam de acordo com a construção da obra por ela realizada no imóvel, esbarra no disposto no artigo 1.314, parágrafo único, do Código Civil, que assim estabelece:

> *Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela* ***exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão,*** *reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.*
>
> *Parágrafo único.* ***Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros***. - destaquei
>
> *Conforme salientado pela magistrada a quo ao analisar os embargos de declaração opostos pela apelante, "(...), ao presente caso não se aplica o disposto no art. 1.325, §1º, do Código Civil, uma vez que a obra objurgada* ***não tem como finalidade a administração do bem****,* ***mas sim para moradia de uma terceira pessoa****, conforme reconhecido em contestação, o que por certo esbarra no direito de quinhão dos demais herdeiros e impede a continuidade da obra." (f. 295)* – destaquei.

No caso dos autos, tem-se que a construção de uma obra por parte da apelante, em imóvel pertencente ao espólio, à toda evidência, não pode ser vista como compatível com a natureza de indivisão inerente à herança, mormente quando, no caso dos autos, a construção no imóvel está sendo destinada à moradia de sua filha e seu genro, o que, sem o consentimento de todos os herdeiros, constitui ato possessório que exclui direitos dos demais.

Conforme ensinamentos de Nelson Nery Júnior[3], acerca da natureza indivisível da herança: *"todos têm tudo da herança, de modo que nenhum deles pode exercer atos possessórios que excluam direitos dos demais."*.

3 *In* Código Civil Comentado, 11ª edição, 2013

Note-se que referida regra encontra-se insculpida no artigo 1.199 do Código Civil, que assim estabelece:

> *Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.*

A construção de uma obra em imóvel pertencente ao espólio, sem autorização de todos os herdeiros, além de desrespeitar a natureza de indivisibilidade da herança, constitui ato possessório que exclui direitos dos demais, na medida em que dá posse, uso e gozo a terceiros, alterando a destinação da coisa comum.

Em sendo assim, tem-se que, enquanto não houver a homologação da partilha, nenhum dos herdeiros pode alterar a destinação da coisa comum, tampouco dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem que haja o consentimento expresso de todos os herdeiros. Isto porque, a construção que tem por finalidade a moradia de terceiros, à toda evidência, constitui ato possessório que poderá futuramente acarretar danos aos demais herdeiros.

Não fosse isto, como bem observado pela magistrada singular na sentença:

> *"(...) ainda que se considere que a maioria dos herdeiros concordaram com a realização da obra junto ao imóvel pertencente ao espólio (três herdeiros, contando com a requerida), tal fato não autoriza a continuidade da obra, porquanto, para efeitos legais, o imóvel pertence a todos os herdeiros, e não somente à ré e aos herdeiros que consentiram a obra. Assim, por todos serem co-proprietários do imóvel, a autorização de cada um é essencial para qualquer alteração do bem comum a todos."* (f. 271).

Neste sentido:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. TUTELA ANTECIPADA DE EMBARGO LIMINAR DA OBRA. POSSIBILIDADE. Compete a ação de nunciação de obra nova ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum (art. 934, inciso II, do CPC). Prova inequívoca de que ré, na condição de herdeira, está construindo em imóvel comum, objeto de inventário dos bens deixados por seu genitor, tornando verossímil a alegação dos demandantes. Receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porque a continuidade na execução da obra acarretará mais prejuízos ao imóvel pertencente aos herdeiros. Mantida a interlocutória que deferiu a tutela antecipada de proibição da continuidade da obra e de desmatamento do local pela ré, sob pena de multa diária. Negado seguimento ao recurso, em decisão monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70057264327, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 04/11/2013)* (TJRS - AI: 70057264327 RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Data de Julgamento: 04/11/2013, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/11/2013);

> *EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ART. 1.791, DO CC/02 - SUSPENSÃO DAS OBRAS REALIZADAS POR HERDEIRO - DECISÃO MANTIDA. A teor do disposto no art. 1.791, do CC/02, nenhum dos herdeiros pode exercer atos possessórios que excluam os demais ou acarretem danos ao espólio. Por conseguinte, verificando, no caso versado, que as obras realizadas poderão trazer prejuízos aos herdeiros, em virtude dos fatos narrados e documentos constantes nos autos, que indicam irregularidades na construção, é de se manter a suspensão determinada.* (TJMG; Agravo de instrumento cível Nº 1.0611. 11.005211-9/001; Relatora: Des.ª Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa; julgado em 11/09/2012).

Logo, tem-se que quaisquer bens do Espólio são de sua propriedade, não havendo possibilidade de um dos herdeiros exercer atos possessórios como se dono fosse, dando destinação diversa à herança, no caso, moradia de terceiros, sem o consentimento de todos os herdeiros.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Judith Vieira da Costa Diniz, contudo nego-lhe provimento.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), em face da dupla derrota ré-recorrente, ficando suspensa a exigibilidade nos termos do 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(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 12 de novembro de 2020.

***

## Órgão Especial
## Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
## Mandado de Segurança Cível nº 1400851-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA – MÉRITO – CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – CARGO DE PROFESSOR DA REDE ESTADUAL E SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL – SEGUNDO CARGO SOMENTE COM ATRIBUIÇÕES ADMINISTRATIVAS – ILICITUDE DO ACÚMULO – ORDEM DENEGADA.

O mandado de segurança é a ação cabível para proteger direito líquido e certo que está a sofrer lesão ou ameaça de lesão, portanto a via é adequada à pretensão da impetrante, sem prejuízo do que será decidido no mérito.

Considerando que a autorização constitucional para cumulação de cargos públicos abrange a de professor e de outro cargo técnico/científico, este último deve exigir a existência de conhecimento técnico/específico para o seu exercício, o que não acontece no caso do impetrante, pois para o exercício da profissão de soldado da polícia militar é exigido apenar o nível médio, o que afasta o enquadramento do cargo como técnico.

### 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, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita e no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de novembro de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Roberto Alves Medeiro contra ato coator praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul que outorgou a qualificação de normativo ao Parecer PGE/MS/CJUR-SAD/Nº378/2019, passando a ter aplicação imediata a todos seus órgãos e entidades.

Sustentou que mencionado diploma normativo dispôs sobre a impossibilidade de acúmulo de cargos de militares (praças) com o de professor, uma vez que para o ingresso dos referidos profissionais no serviço público se exige apenas a conclusão do ensino médio, não podendo ser aplicado ao caso em comento a recente edição da Emenda Constitucional n.º 101/2019.

Afirmou que atualmente ocupa o cargo de Policial Militar, na função de soldado, e que recentemente logrou aprovação no Concurso Público de professor da rede estadual de ensino, de tal sorte que estaria impedido de acumular os referidas funções.

Narrou que inclusive já fora nomeado para o cargo de professor, no qual tomará posse em 03.02.2020, conforme pode se extrair do edital de convocação em anexo.

Alegou que o impetrado, ao outorgar a qualificação de normativo ao Parecer PGE/MS/CJUR-SAD/N.º 378/2019, contrariou frontalmente o artigo art. 42, § 3.º, da Constituição da República, e por consequência violou o direito líquido e certo do impetrante que pretende a acumulação do cargo de Policial Militar com o de Professor, hipótese esta contemplada na Constituição Federal.

Argumentou que há compatibilidade de horários, pois como policial exerce a carga horária de 30 (trinta) horas semanais, e o cargo de professor é de 20 (vinte) horas, somando 50 (cinquenta) horas semanais, sendo perfeitamente compatível a carga horária mencionada, não ocasionando qualquer prejuízo para administração pública.

Pediu a concessão da segurança liminarmente *"inaldita altera parte"*, até o julgamento final deste *mandamus*, autorizando a investidura do impetrante ao cargo de professor da rede estadual de ensino, comunicando-se a decisão incontinentimente à digna autoridade coatora.

Ao final, pede que seja concedida a segurança em definitivo, para cassar o ato coator ante sua flagrante ilegalidade, reconhecendo-se o direito do impetrante de acumular os cargos de policial militar soldado e professor da rede estadual de ensino.

Foi indeferido o pedido liminar pleiteado na inicial (f. 143-6).

O impetrado apresentou informações às f. 150-60 onde, preliminarmente, requer seja conhecida a inadequação da via eleita. No mérito, sustenta a inexistência de violação a direito individual do impetrante, pois a acumulação de cargo público pretendida violaria literal dispositivo da ordem jurídica. Ressalta, ainda, com base no parecer PGE/MS/CJUR-SAD/N° 057/2019, que o cargo militar da carreira de Praças da Policia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul não possui o caráter técnico-científico ou habilitação específica para seu exercício, e por isso não há que se falar no enquadramento da referida situação no texto constitucional (art. 37, inciso XVI), tornando o cargo de praça militar inacumulável com o de professor.

A parte impetrante manifestou-se às f. 176-8 sobre a preliminar aventada, pedindo que seja afastada.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu seu parecer às f. 187-205, onde opinou pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, arguida pelo impetrado, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC. No mérito, opinou pela denegação da segurança, com a extinção do processo, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Roberto Alves Medeiro contra ato coator praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul que outorgou a qualificação de normativo ao Parecer n.º PGE/MS/CJUR-SAD/Nº378/2019, passando a ter aplicação imediata a todos seus órgãos e entidades.

Sustentou que mencionado diploma normativo dispôs sobre a impossibilidade de acúmulo de cargos de militares (praças) com o de professor, uma vez que para o ingresso dos referidos profissionais no serviço público exigem apenas a conclusão do ensino médio, não podendo ser aplicado ao caso em comento a recente edição da Emenda Constitucional n.º 101/2019.

Afirmou que atualmente ocupa o cargo de Policial Militar, na função de soldado, e que recentemente logrou aprovação no Concurso Público de professor da rede estadual de ensino, de tal sorte que estaria impedido de acumular os referidas funções.

Narrou que inclusive já fora nomeado para o cargo de professor, no qual tomará posse em 03.02.2020, conforme se pode extrair do edital de convocação em anexo.

Alegou que o impetrado, ao outorgar a qualificação de normativo ao Parecer PGE/MS/CJUR-SAD/N.º 378/2019, contrariou frontalmente o artigo . 42, § 3.º, da Constituição da República, e por consequência violou o direito líquido e certo do impetrante que pretende a acumulação do cargo de Policial Militar com o de Professor, hipótese esta contemplada na Constituição Federal.

Argumentou que há compatibilidade de horários, pois como policial exerce a carga horária de 30 (trinta) horas semanais, e o cargo de professor é de 20 (vinte) horas, somando 50 (cinquenta) horas semanais, sendo perfeitamente compatível a carga horária mencionada, não ocasionado quaisquer prejuízos para administração pública.

Pediu a concessão da segurança liminarmente *inaudita altera parte*, até o julgamento final deste *mandamus*, autorizando a investidura do impetrante ao cargo de professor da rede estadual de ensino, comunicando-se a decisão incontinentemente à digna autoridade coatora.

Ao final, que seja concedida a segurança em definitivo, para cassar o ato coator ante sua flagrante ilegalidade, reconhecendo-se o direito do impetrante de acumular os cargos de policial militar soldado e professor da rede estadual de ensino.

Foi indeferido o pedido liminar pleiteado na inicial (f. 143-6).

O impetrado apresentou informações às f. 150-60 onde, preliminarmente, requer seja conhecida a inadequação da via eleita. No mérito, sustenta a inexistência de violação a direito individual do impetrante, pois a acumulação de cargo público pretendida violaria literal dispositivo da ordem jurídica, ressaltando, ainda, com base no parecer PGE/MS/CJUR-SAD/N° 057/2019, que o cargo militar da carreira de Praças da Policia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul não possui o caráter técnico-científico ou habilitação específica para seu exercício, e por isso não há que se falar no enquadramento da referida situação no texto constitucional (art. 37, inciso XVI), tornando o cargo de praça militar inacumulável com o de professor.

A parte impetrante manifestou-se às f. 176-8 sobre a preliminar aventada, pedindo que seja afastada.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu seu parecer às f. 187-205, onde opinou pelo acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, arguida pelo impetrado, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC. No mérito, pela denegação da segurança, com a extinção do processo, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

Da preliminar de inadequação da via eleita.

O impetrado Estado de Mato Grosso do Sul aduz, preliminarmente, o não cabimento do mandado de segurança consistente na inadequação da via eleita, posto que o aviamento teria por escopo tão-só desconstituir ato normativo, o que, nos termos da Súmula 266, do STF, figuraria injurídico.

Pois bem.

No que se refere à inadequação do mandado de segurança para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros, tendo em vista que o pleito mandamental refere-se especificamente a ato normativo que regulamenta a impossibilidade de acúmulo de cargos de militares (praças) com o cargo de professor (magistério), tendo aplicabilidade imediata em todos os órgãos e entidades do Estado de Mato Grosso do Sul, não há comando geral e abstrato na decisão atacada.

Com efeito, a ação visa a obtenção de tutela jurisdicional de natureza preventiva, o que é admitido em nosso ordenamento, conforme enuncia o artigo 1.º, da Lei n.º 12.016/91:

> *Art. 1.º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de*

*poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

Portanto, a parte impetrante busca afastar o referido normativo que impossibilita o acúmulo de cargos de militares com o cargo de professor, o qual entende que viola seu direito líquido e certo.

Nesse sentido:

> *MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA EXISTÊNCIA OU NÃO DE ATO ILEGAL OU ABUSO DE PODER CONFUSÃO COM O MÉRITO REJEITADA. I)* ***para apurar se de fato há ou não o ato coator eivado de ilegalidade ou abuso de poder, deve-se adentrar o mérito do mandamus, analisando o suporte legal da pretensão deduzida****. II) Preliminar rejeitada. (...).* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1402268-08.2018.8.12.0000, Foro Unificado, 2.ª Seção Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 14/08/2018, p: 15/08/2018 - destaquei);
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - CONCURSO PÚBLICO - CONVOCAÇÃO PARA TOMAR POSSE APENAS POR PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO - VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO CANDIDATO - NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Não há falar em ilegitimidade passiva se a Fundação de Saúde, embora vinculada à Secretaria do Estado, possui autonomia em questões de pessoal e personalidade jurídica própria. 2.* ***A análise da existência ou não de direito líquido e certo do impetrante a ser protegido pelo mandado de segurança não constitui questão preliminar, mas matéria de mérito do processo, e com ele deve ser apreciada.*** *3. (...)* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1401791-19.2017.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 21/06/2017, p: 27/06/2017 - destaquei).

Desta forma, rejeito a preliminar.

Do mérito recursal.

O texto constitucional estabelece, como regra, a inacumulabilidade de cargos públicos (art. 37, inciso XVI, da CF[4]).

Tal regra é excepcionada no caso dos professores, que se aplica ao caso dos autos, admitindo-se a acumulação de 2 cargos ou 1 cargo e 1 aposentadoria. Vejamos:

> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:*
>
> *a) a de dois cargos de professor;*
>
> *b)* ***a de um cargo de professor com outro técnico ou científico****;*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas* - destaquei

A Constituição também assegura que *"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;"* (art. 5.º, XIII).

Para além disso, a República Federativa do Brasil tem por fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

---

4 Art. 37. (...)
XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

Sobre a possibilidade de acumulação de cargos públicos, discorre José dos Santos Carvalho Filho[5]: *"A constituição admite a acumulação remunerada em algumas situações que expressamente menciona. Observe-se, porém que, seja qual for a hipótese de permissividade, há de sempre estar presente o pressuposto da compatibilidade de horários."*.

Entende o impetrante que se enquadra na hipótese da alínea "b" acima transcrita, haja vista que pretende ocupar o cargo de soldado da polícia militar, o qual teria natureza técnica ou científica, e o de professor da rede pública estadual de ensino.

Tal permissão constitucional, todavia, não exime a necessidade de haver compatibilidade de horários.

Assim é que o exame de legalidade da acumulação exercida pelo impetrante deverá passar pelos seguintes requisitos: *a)* 1 cargo técnico ou científico e 1 cargo de professor; e *b)* compatibilidade de horários.

A Lei Estadual n.º 3.808/2009, que dispõe sobre concurso público para o ingresso no Curso de Formação das Carreiras de Oficiais e Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiro Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, descreve o seguinte:

> *Art. 8.º São requisitos indispensáveis, de caráter eliminatório, para o exercício das funções de policial militar ou de bombeiro militar, e serão exigidos dos candidatos ao concurso público na data de encerramento da matrícula para os Cursos de Formação (CFOP-PM/CBM-MS):*
>
> *f) possuir escolaridade de ensino:*
>
> *1. médio completo ou equivalente, com certificado obtido em estabelecimento reconhecido pelo sistema de ensino federal, estadual ou do Distrito Federal, para candidatos à carreira de Praças (QPPM/BM);*
>
> *2. superior, com diploma de bacharel em direito obtido em estabelecimento reconhecido pelo sistema de ensino federal, estadual ou do Distrito Federal, para candidatos à carreira de Oficiais (QOPM/BM);*
>
> *g) possuir escolaridade de nível superior para candidatos a Oficiais de Saúde (QOSPM/BM), concluída em instituições de ensino reconhecidas nos termos da legislação federal e inscrição no Conselho Regional da categoria profissional, dentro da respectiva especialidade;*
>
> *h) possuir escolaridade de nível superior para candidatos a Oficiais Especialistas (QOEPM/BM) concluída em instituições de ensino reconhecidas nos termos da legislação federal;*

Da análise dos dispositivos acima mencionados, é de fácil conclusão que apenas a carreira de Oficial se adequa à natureza técnica específica descrita, capaz de permitir, na forma do texto constitucional a possibilidade de cumulatividade com funções públicas de ordem docente.

Conforme bem pontuado pelo Procurador-Geral Adjunto, em seu parecer:

> *"(...) não parece acurado enunciar este caráter técnico à realidade funcional do Impetrante, cujo cargo, Soldado da Polícia Militar, a despeito de seu muito valor social, não tem sua execução absolutamente dependente de um repertório informativo/preparatório deveras articulado ao ensejo de uma área específica do saber. Confira-se, a esse respeito, que a função policial esposada, intangível à cumulação pública, exige, para provimento do cargo afim, mera e singela escolaridade de nível médio, em escrutínio próprio que impõe conhecimentos básicos e acessíveis aos nacionais (língua*

5 Manual de Direito Administrativo, 28ª ed., Atlas, 2015, p. 690.

*portuguesa, matemática, noções de informática e atualidade brasileira).*[1]*" (....) "nesse diapasão, que o só fato de o Impetrante, após aprovação em concurso público, haver se submetido a curso de formação policial composto por disciplinas com certas nuances teleológicas à atividade não converge à alegada tecnicidade funcional, como pretendido pela parte interessada. Isso porque as matérias estudadas em tal vertente implicam singelas noções quanto a temáticas que interagem com o exercício da justiça e segurança pública brasileiras, não sendo prudente conclusão diversa sob o panorama efêmero que caracteriza tal aprendizado tão-só elementar."* (f. 202-3).

Assim, não é possível o acúmulo de cargo, posto que, diante da legislação supracitada, verifica-se que o grupo funcional ao qual pertence o impetrante exige apenas a formação no nível médio para o exercício de sua função, e este não se enquadra, portanto, no conceito de cargo técnico ou científico.

Não é outro o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CARGOS DE PROFESSOR DA EDUCAÇÃO BÁSICA MUNICIPAL E TÉCNICO ASSISTENTE DA POLÍCIA CIVIL. SEGUNDO CARGO COM ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA MERAMENTE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NÃO DEMONSTRADA A LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO POSTULADO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 3.* ***O atual cargo do impetrante não se enquadra na classificação de cargo técnico ou científico, tendo em vista que não requer formação específica ou conhecimento técnico.*** *In casu, as atribuições do cargo são de natureza eminentemente burocrática e não exigem qualquer conhecimento técnico específico, pelo que resulta vedada a sua cumulação com o cargo de Professor (...).* (STJ - RMS 54203/MG Segunda Turma - Rel. Min. Herman Benjamin julgado em 15/08/2017 - destaquei);
>
> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. SERVIDOR PÚBLICO. ART.37, XVI, "B" DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CUMULAÇÃO DO CARGO DE PROFESSOR COM OUTRO QUE NÃO EXIGE CONHECIMENTO ESPECÍFICO PARA SEU EXERCÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. .ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. (...) III -* ***É consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é inviável a cumulação do cargo de professor com cargo que, apesar da nomenclatura de técnico, não exige nenhum conhecimento específico para o seu exercício, sendo certo que o cargo técnico requer conhecimento específico na área de atuação do profissional*** *(...).* (STJ - AgInt no RMS 33431/PR Primeira Turma Rel. Min. Regina Helena Costa julgado em 06/04/2017 - destaquei).

Diante do exposto, em parte com o parecer ministerial, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, denego a ordem, tendo em vista a ausência de direito líquido e certo do impetrante à cumulação dos cargos em questão.

Com isso, declaro encerrada a fase processual, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC.

Sem honorários, nos termos do artigo 25, da Lei n.º 12.016/2009.

Custas pelo impetrante, ficando a exigibilidade suspensa nos termos do art. 98, § 3.º, do CPC.

1 Vide, com efeito, conteúdo editalício de f. 26-65.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita 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. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 18 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
## Apelação Cível nº 0803122-53.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRETENSÃO DE EXECUÇÃO DE MULTA POR INADIMPLÊNCIA EM ACORDO JUDICIAL – EXECUTADA-FIADORA QUE NÃO PARTICIPOU DA AVENÇA – EXONERAÇÃO DA FIANÇA CARACTERIZADA – INEXIGIBILIDADE DA MULTA – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – ARTIGO 843 DO CÓDIGO CIVIL – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PRESENTE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - A hipótese de acordo firmado exclusivamente entre locador e locatário (sem anuência do fiador), como na espécie, configura desoneração da fiança, nos termos do art. 844, §1º e 838, I, ambos do Código Civil.

II - De acordo com o artigo 843, do Código de Processo Civil, a transação deve ser interpretada restritivamente, sendo vedado ao julgador emprestar maior abrangência aos termos do ajuste para o fim de alcançar situações que não estejam expressamente especificadas no instrumento celebrado entre as partes.

III - Considerando que o cumprimento de sentença pretende a execução da multa apenas pela ausência da entrega do comprovante de pagamento do consumo final relativo à energia elétrica e água utilizados no imóvel locado, obrigação que não comporta a imposição de multa, esta correta a decisão recorrida que extinguiu a execução por ausência de exigibilidade da multa, nos termos do art. 803, I, 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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de outubro de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Edgar Pedro Raupp Sperb (Espólio), qualificado nos autos do Cumprimento de Sentença (feito nº 03122-53.2015.8.12.0001, da 4ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de Edvaldo Arakaki, João Gonçalves Saraiva e Zenilda Ribeiro Pecois Vargas, inconformado com sentença proferida na origem, interpôs recurso de apelação.

Em preliminar, requer a concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça.

No mérito, argumenta que o acordo foi celebrado sem qualquer ânimo de novação e mantido os termos do título original de débito, nos termos do art. 361 do Código Civil, razão pela qual jamais houve qualquer manifestação dos fiadores no sentido de se exonerarem da fiança posta no contrato de locação.

Destaca que, nos atermos do artigo 39 da lei 8.245 de 1991, não há nada que desobrigue o fiador até a efetiva entrega das chaves, ou seja, o fato dos fiadores não terem participado do acordo celebrado entre locatário e locador não os exonera da garantia oferecida no contrato de locação originário.

Defende que a ausência de entrega de consumo final de água e luz, como previsto no acordo extrajudicial homologado em Juízo, trata-se de acessório da locação, previsto em contrato e acordo firmados, sendo evidente a cláusula penal referente à mora, em conformidade com o disposto nos arts. 408 e 409 do Código Civil.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de determinar o prosseguimento da execução. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na origem, ante a mínima complexidade da causa.

Intimados, os apelados ofertaram contrarrazões (f. 269-277 e f. 278-290).

Indeferido o pedido de concessão da Gratuidade da Justiça ao apelante (f. 311-315), o preparo recursal foi realizado (f. 317-320).

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Edgar Pedro Raupp Sperb (Espólio), qualificado nos autos do Cumprimento de Sentença (feito nº 03122-53.2015.8.12.0001, da 4ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de Edvaldo Arakaki, João Gonçalves Saraiva e Zenilda Ribeiro Pecois Vargas, inconformado com sentença terminativa proferida na origem, interpôs recurso de apelação.

I. 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 (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise de suas razões.

II. Resumo fático

Para compreensão da matéria devolvida, imprescindível que se faça um resumo dos atos processuais desenvolvidos até então.

Trata-se de Cumprimento de Sentença movido por Edgar Pedro Raupp Sperb (Espólio) em face de Edvaldo Arakaki, João Gonçalves Saraiva e Zenilda Ribeiro Pecois Vargas, na qual alega que é credor do montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente de multa por descumprimento do acordo firmado entre as partes.

Compulsando os autos, verifica-se que à f. 158-165 as partes formularam acordo visando por fim ao feito originário, no qual o ora apelante tinha por escopo o despejo e a cobrança de alugueis inadimplindos em face dos réus-apelados.

O referido acordo foi homologado pelo Juízo *a quo* (f. 169-170), na forma do art. 840 e seguintes do Código Civil, suspendendo-se o feito em relação as partes até o efetivo cumprimento do avençado.

O credor, ora apelante, por sua vez, ingressou com o procedimento de Cumprimento de Sentença de f. 180-182, em face do locatário e fiadores, visando, como dito, o recebimento da multa estipulada em acordo,

na quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), alegando descumprimento em decorrência da ausência de apresentação do consumo final das despesas de energia elétrica e água.

Apresentada impugnação ao cumprimento de sentença (f. 192-204), sobreveio sentença que a acolheu extinguindo o feito executivo em face da executada "*Zenilda Ribeiro Pecois Vargas, nos termos do art. 525, §1º, II c/c art. 803, I do CPC, ante a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda; bem como extinguiu a execução quanto aos demais executados, nos termos do art. 843 do Código Civil c/c art. 803, I, do CPC, ante a inexigibilidade da multa objeto desta execução pelos motivos apresentados na inicial (não entrega do comprovante de consumo final de água e energia elétrica – f. 180/182)"* (f. 243-251)

Inconformado, o exequente manejou o presente recurso.

Mérito

Como visto, a insurgência do recorrente se volta contra a decisão que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença, em face da executada Zenilda Ribeiro Pecois Vargas, ante a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda; quanto aos demais executados nos termos do art. 843 do Código Civil c/c art. 803, I, do CPC, ante a inexigibilidade da multa objeto da execução.

Não cabe razão ao apelante.

De fato, como bem concluiu o julgador de instância singela, a executada Zenilda Ribeiro Pecois Vargas, não participou do acordo de f. 158-165, de modo que não pode ser atingida pelos termos daquela transação, pois ausente o seu consentimento.

O pedido executório se reporta ao contrato locatício, mas no cumprimento de sentença o exequente persegue o recebimento da multa estipulada em acordo, na quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), alegando descumprimento em decorrência da ausência de apresentação do consumo final das despesas de energia elétrica e água, ato do qual não contou com a participação da fiadora Zenilda.

Vê-se que o acordo mencionado propiciou a ocorrência concomitante de moratória e de transação, pois houve redução do valor da dívida (na qual não houve atualização com acréscimos legais), além da concessão de prazo adicional para pagamento em parcelas mensais, o que se mostra suficiente para reconhecer configurada a desobrigação da fiadora, na forma do artigo 838, inciso I, do Código Civil.

Neste sentido, já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"1. O fiador que não anui com moratória de débitos da locação concedida pelo locador ao locatário fica desobrigado da fiança, conforme previsto no art. 837, I, do Código Civil (CC/1916, art. 1.503). 2. A transação realizada entre locador e locatário, acompanhada de confissão de dívida e de parcelamento do débito locatício, sem o consentimento ou participação do fiador, constitui aditamento, para fins de incidência da mencionada Súmula 214/STJ ("O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu")".* (AgRg no AREsp 131459/SP, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, DJe 07/02/2013).
>
> *"1. A transação e a moratória, conquanto sejam institutos jurídicos diversos, têm um efeito em comum quanto à exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre o credor e o devedor (arts. 1.031, § 1º e 1.503, I, do CC de 1916). Assim, mesmo existindo cláusula prevendo a permanência da garantia fidejussória, esta é considerada extinta, porquanto o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 1.483 do CC de 1916, ou seja, a responsabilidade dos fiadores restringe-se aos termos do pactuado na avença original, com a qual expressamente consentiram. Inteligência da Súmula 214 do STJ. 2. No caso concreto, o Tribunal a quo consignou a realização de transação entre credor e devedor, sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida. Extinguiu-se, portanto, a obrigação do garante pela ocorrência simultânea da transação e da moratória"* (REsp 1013436/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28/09/2012)

> *"Havendo transação e moratória, sem a anuência dos fiadores, não respondem esses por obrigações resultantes de pacto adicional firmado entre locador e locatário, ainda que exista cláusula estendendo suas obrigações até a entrega das chaves".* (REsp 865743/RS, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 31/05/2010).

> *"I - A moratória oriunda de parcelamento da dívida locatícia constitui o aditamento das obrigações assumidas pelos garantes do contrato de locação. II - Os fiadores exoneram-se da garantia prestada no contrato de locação, bem como da solidariedade em relação ao locatário, se não houve anuência em relação ao pacto moratório, a teor do art. 838 do Código Civil (art. 1503, I, do Código Civil/1916), devendo ser aplicado o enunciado da Súmula nº 214 desta Corte. Precedentes".* (AgRg no REsp 706691/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20/02/2006, p. 356).

Portanto, quanto à fiadora, merece prevalecer a solução adotada pela sentença, que se mostra inteiramente correta.

Ainda neste sentido:

> *EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. FIADORES. COBRANÇA QUE ENVOLVE PRESTAÇÕES RELACIONADAS A ACORDO JUDICIAL E A VALORES LOCATÍCIOS POSTERIORES. ACORDO DE QUE NÃO PARTICIPARAM OS FIADORES E QUE IMPLICOU A OCORRÊNCIA DE MORATÓRIA E TRANSAÇÃO. EXONERAÇÃO DA FIANÇA CARACTERIZADA, A JUSTIFICAR A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ELEVAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. 1. Durante o processamento da ação de despejo, locador e locatário realizaram um acordo, que implicou a redução da dívida, que ficou de ser paga em dez parcelas mensais. Tempos depois, noticiado o descumprimento da avença, sobreveio o despejo. 2. Os fiadores não participaram desse acordo, que propiciou transação e novação da dívida, de modo que não se encontram ao alcance dos seus efeitos. Esse negócio jurídico causou-lhes prejuízo, pois ensejou a persistência do vínculo de locação e retardou o decreto do despejo, ampliando o valor da dívida locatícia. Assim, está caracterizada a exoneração prevista no artigo 838, inciso I, do Código Civil, a justificar o acolhimento do pedido dos embargantes. 3. Em razão do improvimento do apelo, impõe-se elevar a verba honorária sucumbencial a 20% do valor atualizado da execução, em cumprimento ao que dispõe o artigo 85, § 11, do CPC.* (TJ-SP - AC: 1003688-46.2017.8.26.0037, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 08/02/2018, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/02/2018)

De igual forma, não procede a argumentação do apelante quanto a exigibilidade da multa.

Segundo a tese dos apelados, aliás, acolhida pelo julgador na origem, a multa prevista na avença homologada refere-se à hipótese de ausência de entrega do imóvel ao exequente, e não em caso de não quitação de débitos junto às concessionárias de serviço de água e luz, como quer fazer o apelante.

Com feito, de acordo com o artigo 843, do Código de Processo Civil, a transação deve ser interpretada restritivamente, sendo vedado ao julgador emprestar maior abrangência aos termos do ajuste para o fim de alcançar situações que não estejam expressamente especificadas no instrumento celebrado entre as partes. Ou seja, somente o que foi expressamente concedido deve ser interpretado como objeto da transação.

Neste sentido:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CELEBRAÇÃO DE ACORDO EM PROCESSO DE INSOLVÊNCIA CIVIL. ABRANGÊNCIA DO ACORDO. INEXISTÊNCIA DE MENÇÃO EXPRESSA ACERCA DE OUTRAS DÍVIDAS. TRANSAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ART. 843 DO CÓDIGO CIVIL.* ***A transação deve ser interpretada restritivamente, nos termos do artigo 843, do Código Civil, sendo vedado ao julgador emprestar maior abrangência aos termos do ajuste para o fim de alcançar situações que não estejam expressamente especificadas no instrumento celebrado entre as partes.*** *Se a redação da avença não especifica a quais dívidas o valor celebrado faz referência, não é*

*possível que o julgador extensivamente englobe dívidas entre as mesmas partes constantes em outros processos, além da dívida que ensejou o processo em que foi celebrado o acordo.* (TJ-DF 07122878420208070000 DF 0712287-84.2020.8.07.0000, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 22/07/2020, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/08/2020)

*APELAÇÃO CÍVEL. ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA A SEGUNDO PROCESSO EM QUE CONTENDEM AS PARTES. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ARTIGO 843 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. 1.* ***Nos termos do artigo 843 do Código Civil, a transação deve ser interpretada de forma restritiva. Não cabe, pois, ao magistrado, conferir maior abrangência aos encargos assumidos pelas partes, em inobservância do expressamente avençado.*** *2. Recurso conhecido e desprovido.* (TJDFT - Acórdão 1250468, 00460145320128070001, Relator: CARLOS RODRIGUES, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 20/5/2020, publicado no DJE: 2/6/2020)

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO.SEGURADORA. ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LUCROS CESSANTES. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. (...)* ***2. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, embora os acordos extrajudiciais de geral e plena quitação celebrados entre as partes sejam válidos e hábeis a produzir seus regulares efeitos, quando ausentes vícios que possam invalidá-los, "devem ser interpretados de forma restritiva, tendo repercussão apenas aos danos a que se referem" (AgRg no Ag 637.975/RJ)*** *. (...) 6. Apelação parcialmente provida.* (TJDFT - Acórdão 1165819, 07123905920188070001, Relator: CESAR LOYOLA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 10/4/2019, publicado no DJE: 8/5/2019)

Analisando os autos, do acordo de f. 158-165, firmado entre o exequente e o executado/locatário, extrai-se que restou pactuado que caberia ao executado promover o pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais), dividido em 04 (quatro) parcelas de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), cada uma, com primeiro vencimento em 30/10/2016 e as demais vencendo-se no dia 30 dos meses subsequentes; entregar o imóvel objeto da locação até o dia 15/12/2016; e apresentar, no momento da entrega das chaves, o comprovante do consumo final de energia elétrica e água. Outrossim, o acordo previu a incidência de multa no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser aplicada na hipótese de não restituição do bem na data aprazada e também na hipótese de não pagamento das parcelas (f. 158-165).

Conquanto o referido acordo imponha ao executado a obrigação de apresentar o comprovante de pagamento do consumo final dos serviços de energia elétrica e água, dele não se extrai a imputação de qualquer multa pelo descumprimento desta obrigação.

Como bem concluiu o julgador de instância singela, *"a aplicação da penalidade ficou restrita a duas únicas hipóteses, quais sejam: não restituição do bem na data aprazada e também na hipótese de não pagamento das parcelas*" (f. 250).

Logo, nos termos do art. 843 do Código Civil, não há que se interpretar a avença de forma mais abrangente para o fim de alcançar situações que não estejam expressamente especificadas no instrumento celebrado entre as partes.

No particular, não há qualquer demonstração de que o executado tenha deixado de entregar o imóvel na data aprazada ou tenha deixado de adimplir as parcelas no prazo pactuado, a justificar a incidência da multa vindicada.

Diante desse cenário, considerando que o cumprimento de sentença pretende a execução da multa apenas pela não entrega do comprovante de pagamento do consumo final relativo à energia elétrica e água utilizados no imóvel locado, o que, como decidido em primeiro grau, não comporta a imposição de multa, está correta a decisão recorrida que extinguiu a execução por ausência de exigibilidade da multa, nos termos do art. 803, I, do CPC.

Honorários sucumbenciais

A parte exequente ainda requer, subsidiariamente, a redução da verba honorária sucumbencial fixada na origem em 15% sobre o valor da dívida, na proporção de 50% a cada um dos patronos dos executados.

Sem razão, eis que foi fixada na forma do art. 85, §2º, levando-se em conta *o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*.

Ademais, ainda que não tenha sido fixado no percentual mínimo previsto no citado art. 85 do CPC, há que se considerar que o valor da dívida não se mostra desproporcional aos requisitos do citado parágrafo segundo, além de se revelar adequada para remunerar com dignidade o trabalho dos patronos de ambos os executados.

Nesta parte, portanto, nego provimento ao recurso do exequente.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Espólio Edgar Pedro Raupp Sperb e nego-lhe provimento.

Em observância ao art. 85, §11, do CPC, afigura-se medida de rigor o arbitramento dos honorários recursais, os quais fixo em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, cujo importe deverá ser arcado pelo exequente na proporção de 50% a cada um dos patronos dos executados.

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, 13 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
## Apelação Cível nº 0821600-12.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA EM FAVOR DE EX-GOVERNADORES – INCOMPATIBILIDADE DA PREVISÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE – NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS SOB O MANTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PRETÉRITA – SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ – BENEFÍCIO DE CARÁTER PREVIDENCIÁRIO – OBSERVÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE NA ÉPOCA DA CONCESSÃO – TEMPUS REGIT ACTUM – DIREITO ADQUIRIDO CONFIGURADO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a previsão de concessão de pensão vitalícia aos ex-chefes do Poder Executivo não mais se coaduna com a nova ordem constitucional, que não reproduziu a regra positivada no art. 184, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional de 1969.

II – Tal fato, entretanto, não autoriza a desconstituição das situações jurídicas já consolidadas anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, diante da necessidade de proteção da segurança jurídica e da boa-fé depositada pelos administrados na atuação jurisdicional.

III – Considerando-se, ademais, o caráter previdenciário da benesse, sua validade deve ser aferida de acordo com o ordenamento jurídico vigente na época da concessão. Tratando-se, assim, de pensão concedida por determinação da própria ordem constitucional então vigente, consolidada antes da promulgação da Constituição de 1988, impõe-se reconhecer a impossibilidade de sua cassação, diante da observância da garantia do direito adquirido, insculpido no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

### 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 contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 13 de outubro 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 pelo Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo *Parquet*, que tem por escopo compelir o Estado de Mato Grosso do Sul a deixar de pagar vantagem pecuniária (pensão vitalícia) ao ex-governador Marcelo Miranda Soares e às viúvas de Pedro Pedrossian, Maria Aparecida Pedrossian, e de Ramez Tebet, Fairte Nassar Tebet.

Em síntese, alega que:

> *"A inconstitucionalidade da pensão vitalícia é inconteste e até o próprio Supremo Tribunal Federal já declarou dispositivo da atual Constituição Estadual (Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2006, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989) como incompatível com a Constituição Federal";*
>
> *"O artigo 184 da EC 1/69, que altera o texto da Constituição Brasileira de 1967, além do artigo 164 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1979 NÃO estão mais em vigor, eis que a Constituição Federal de 1988 e a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989 foram promulgadas e atualmente são os parâmetros máximos das demais normas na lógica da pirâmide kelsiana";*
>
> *"O que foi exposto na sentença é que a ausência de dispositivo na Constituição atual correspondente à Constituição anterior não implica na não-recepção de norma constitucional anterior, isto, porém, leva à teratológica conclusão de que a Constituição anterior encontra validade no sistema atual, visão que infirma qualquer sentido de ser da nova ordem constitucional" e;*
>
> *"Resta inequívoco que a pensão especial foi figura rechaçada pela atual Ordem Constitucional, inclusive porquanto em desacordo com as normas constitucionais, tal qual a norma da moralidade administrativa (STF - ARE: 730481 SP), de forma que está expressamente vedada a invocação de direito adquirido nos termos do aludido artigo 17 dos ADCT".*

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO (EM 22/09/2020)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo *Parquet*, que tem por escopo de compelir o Estado de Mato Grosso do Sul a deixar de pagar vantagem pecuniária (pensão vitalícia) ao ex-governador Marcelo Miranda Soares e às viúvas dos também ex-governadores Pedro Pedrossian, Maria Aparecida Pedrossian e  Ramez Tebet, Fairte Nassar Tebet.

Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual em face dos requeridos fundamentando que, consoante apurado no Procedimento Preparatório nº 135/2014-29ªPJCG, o Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio de sua entidade previdenciária, realiza o pagamento de aposentadoria vitalícia pelo exercício do cargo de chefe do Executivo Estadual àqueles que o ocuparam antes da Constituição de 1988, a saber, aos ex-governadores Pedro Pedrossian e Marcelo Miranda Soares, e à viúva do ex-governador Ramez Tebet, com fundamento no art. 164 da Constituição Estadual de 1979.

Narra na exordial que os pagamentos citados são ilegais e inconstitucionais, porquanto o art. 164, da Constituição Estadual de 1979 e o art. 184, da Constituição Federal de 1967 foram revogados pela Constituição Federal de 1988 e pela Carta Estadual de 1989, que não os reproduziram, não havendo, portanto, qualquer norma vigente prevendo subsídio especial, a título de representação, para ex-governador estadual.

Argumenta que inexiste direito adquirido oponível em face da Constituição Federal, vez que o poder constituinte originário dá início a uma nova ordem jurídica, podendo ou não revalidar as normas anteriores

à Carta promulgada, não havendo a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de alterações substanciais do regime jurídico.

Afirma que a norma superveniente do poder constituinte originário, a não ser quando diz o contrário, tem aplicação sobre situações constituídas antes da sua vigência, exatamente sobre os efeitos que o ato praticado no passado tenderia a produzir sob a vigência da nova norma constitucional.

Sustenta que o argumento de direito adquirido somente se mostra razoável em relação aos efeitos já produzidos, ou seja, aos valores já recebidos quando da vigência do regime constitucional revogado, não sendo admissível o argumento de que, em razão do direito adquirido, o ato praticado continue a produzir efeitos, em virtude de suposta eficácia ultra-ativa.

Reproduz o disposto no art. 17, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e no art. 9º, da Emenda Constitucional nº 41/2003, para fundamentar sua pretensão, defendendo ainda que a instituição de uma espécie de remuneração vitalícia para aqueles que exerceram uma função pública, mesmo que de elevada relevância como a de Governador de Estado, constitucionalmente qualificada como temporária, não pode ser remunerado eternamente, sob pena de sepultamento do princípio republicano.

Reverbera acerca da impossibilidade da instituição da benesse vergastada sem fonte de custeio e por ausência de contributividade, caracterizando afronta aos princípios da isonomia, da responsabilidade fiscal e da impessoalidade e da moralidade administrativas, e por não respeitar o teto constitucional remuneratório pago pelo Poder Executivo Estadual.

O magistrado singular julgou improcedente o pleito inaugural, sob o seguinte fundamento, *in verbis:*

> *"É incontroverso que Marcelo Miranda Soares, Pedro Pedrossian e Ramez Tebet foram governadores desta unidade da Federação anteriormente a 1988, portanto, sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, e da Constituição Estadual de 1979.*
>
> *O art. 184, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, previa que: "Art. 184. Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal."*
>
> *Por seu turno, a Constituição Estadual de 1979, em seu art. 164, dispôs que 'cessada a investidura no cargo de Governador de Estado, quem o tiver exercido em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça'.*
>
> *Nesta circunstância, restando incontroverso que foram governadores anteriormente a 1988, diante desta condição e cessada sua investidura no cargo, adquiriram o direito à percepção do subsídio mensal e vitalício, a título de representação, previsto no art. 164, da Constituição Estadual de 1979, direito este que passou a integrar, portanto, seu patrimônio pessoal.*
>
> *A atual Constituição Federal de 1988 não reproduziu ou fez qualquer referência ao benefício previsto no art. 184, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/19, argumentando o Ministério Público que, por tal razão, o aludido subsídio percebido pelos ex-governadores teria passado a carecer de fundamento normativo apto a legitimá-lo.*
>
> *De fato, é consabido que 'a superveniência de uma nova Constituição desaloja por completo a anterior. Isto se dá em virtude do seu próprio caráter original e originário. É dizer: a Constituição é a fonte geradora de toda a ordem jurídica que dela extrai seu fundamento de validade'."*

*(...)*

*A questão central da presente ação reside em definir se a Constituição de 1988 atinge ou não dos direitos adquiridos consolidados dos ex-governadores Marcelo Miranda Soares, Ramez Tebet e Pedro Pedrossian.*

*Existem duas situações que devem ser diferenciadas: uma diz respeito aos efeitos da nova Constituição sobre a lei ordinária anterior e a outra no que concerne aos efeitos da nova Constituição sobre a Constituição anterior.*

*Maria Helena Diniz, com efeito, explica que 'a nova Constituição Federal não repudia as normas anteriores com ela compatíveis. A ordem normativa anterior à nova Carta só prevalecerá se for por ela, expressa ou tacitamente, admitida, verificando-se a segunda hipótese sempre que as normas antigas forem conformes com as novas disposições constitucionais'.*

*Em tal situação, a lei anterior à Constituição que for com esta compatível continuará em vigor, isto é, será recepcionada pelo novo ordenamento constitucional, para 'dar continuidade às relações sociais, sem necessidade de novas leis ordinárias, o que seria, além de difícil, custoso, quase que impossível'.*

*Em tal situação, se o subsídio versado nos autos tivesse sido estipulado por lei ordinária, far-se-ia a análise da compatibilidade desta norma com o atual ordenamento constitucional, para apurar se fora ou não por este recepcionado, mostrando-se pertinente, em tal situação o confronto da lei infraconstitucional com os princípios constitucionais do novo ordenamento, na forma efetuada pelo Parquet em sua peça vestibular.*

*No entanto, diversa é a situação dos autos, pois que o direito à percepção de subsídio, mensal e vitalício, a título de representação, foi assegurado aos ex-governadores Marcelo Miranda Soares, Ramez Tebet e Pedro Pedrossian por dispositivo da Constituição Estadual, que encontrava amparo em previsão similar da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969.*

*A Corte Constitucional teve oportunidade, reiteradas vezes, de se manifestar, na vigência da Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 01/1969, pela constitucionalidade dos dispositivos estaduais que asseguravam aos ex-governadores subsídio mensal e vitalício, cessada a investidura do cargo, se ajustados ao modelo federal, o qual, por corolário lógico, portanto, também era reputado constitucional.*

*Dentre esses muitos acórdãos, confiram-se os proferidos nas Representações de nº 948, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 82/51-56; 893, Relator Ministro Bilac Pinto, RTJ69/638 e no RE nº 89.515, Relator Ministro Leitão De Abreu, RTJ 91/1.087, em que ficou assentado que 'as Constituições estaduais podem conter dispositivo que adapte, em favor dos Governadores, o disposto no art. 184 e seu parágrafo da emenda Constitucional nº 1/1969'.*

*Na situação dos autos, tendo o direito adquirido fundamento na própria Constituição anterior, a doutrina e a jurisprudência entendem que, para que tal direito deixe de viger, é necessário ou que a nova Lei fundamental expressamente o faça cessar ou que o exercício do direito torne-se materialmente impossível, o que ocorreria, por exemplo, se passasse a haver incompatibilidade de horários, no caso de acumulação de cargos.*

*Outro exemplo da impossibilidade material do exercício de direito consistiria na supressão pelo novo ordenamento constitucional do direito de propriedade, quando então evidentemente quaisquer outros direitos deste decorrentes, como a percepção de aluguéis, e que encontravam amparo no direito de propriedade expressamente previsto nas Constituições anteriores, também desapareceriam.*

*(...)*

*In casu, a Constituição Federal de 1988 não reproduziu o art. 184, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, nem fez qualquer referência a situação por este disciplinada, o que não conduz à ilação simplista de que 'o que não está expressamente permitido, está, portanto, proibido'.*

*Pelo contrário, o entendimento que deve prevalecer é de que, não tendo a atual Constituição determinado expressamente que o direito à percepção do subsídio assegurado pela Constituição anterior aos ex-governadores deveria parar de viger, não há como impedir seu exercício.*

*Na realidade, a circunstância de o atual ordenamento constitucional não ter reproduzido ou efetuado referência ao benefício previsto no art. 184, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969 autoriza inferir apenas que o Constituinte de 1988 não erigiu tal tema a nível constitucional, consoante entendimento esposado na ADI nº 1.461/AP.*

*O art. 17, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e o art. 9º, da Emenda Constitucional nº 41/2003, contrariamente ao entendimento ministerial, não vedam a percepção pelos ex-governadores Marcelo Miranda Soares, Ramez Tebet e Pedro Pedrossian, do subsídio, fundado no ordenamento constitucional anterior, pois que, na realidade, disciplinam questões diversas: o limite remuneratório e o exercício cumulativo de cargos.*

*Por seu turno, o art. 9º, da Emenda Constitucional nº 41/2003, limita-se a fazer referência ao supra citado art. 17, dos ADCT, explicitando que se aplica às três esferas de poder, explicitando ainda que as limitações se aplicam aos vencimentos, remunerações e subsídios pagos também por autarquias e fundações (...)*

*O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar situação semelhante, em que a acumulação de um cargo militar e um civil era autorizada pela Constituição de 1969, mas passou a deixar de ser, no curso da atual Constituição, com a edição da Emenda Constituicional nº 20/1998.*

*Nesta situação, passando o direito à acumulação de um cargo civil e um militar a ser vedada no ordenamento constitucional atualmente em vigor, tal circunstância mostrar-se-ia apta a atingir a situação daquele que adquirira o direito a tal acumulação antes das alterações constitucionais?*

*Por fim, reputo que faria sentido confrontar os princípios da atual Constituição, dentre os quais da isonomia, da responsabilidade fiscal, da impessoalidade e da moralidade administrativas e o próprio princípio republicado, aduzidos pelo Ministério Público em sua peça vestibular, se o direito adquirido versado nos autos tivesse fundamento em norma infraconstitucional, circunstância que demandaria, evidentemente, análise se fora esta recepcionada ou não pela Carta Magna atual.*

*No entanto, não é este o caso dos autos, pois que o direito adquirido dos ex-governadores tem fundamento na norma constitucional anterior.*

*Em tal situação, é evidente que descabe qualquer análise da recepção da anterior Constituição pela atual, mostrando-se pertinente analisar apenas se a nova Constituição expressamente impediu o exercício do direito adquirido ou se este tornou-se materialmente impossível, sendo negativas as respostas."*

Como relatado, o Ministério Público Estadual recorre a esta Corte, alegando em síntese que:

*I) "A inconstitucionalidade da pensão vitalícia é inconteste e até o próprio Supremo Tribunal Federal já declarou dispositivo da atual Constituição Estadual (Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2006, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989) como incompatível com a Constituição Federal"; II) "O artigo 184 da*

> *EC 1/69, que altera o texto da Constituição Brasileira de 1967, além do artigo 164 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1979 NÃO estão mais em vigor, eis que a Constituição Federal de 1988 e a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989 foram promulgadas e atualmente são os parâmetros máximos das demais normas na lógica da pirâmide kelsiana"; III) "O que foi exposto na sentença é que a ausência de dispositivo na Constituição atual correspondente à Constituição anterior não implica na não-recepção de norma constitucional anterior, isto, porém, leva à teratológica conclusão de que a Constituição anterior encontra validade no sistema atual, visão que infirma qualquer sentido de ser da nova ordem constitucional" e; IV) "Resta inequívoco que a pensão especial foi figura rechaçada pela atual Ordem Constitucional, inclusive porquanto em desacordo com as normas constitucionais, tal qual a norma da moralidade administrativa (STF - ARE: 730481 SP), de forma que está expressamente vedada a invocação de direito adquirido nos termos do aludido artigo 17 dos ADCT".*

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

É incontroverso nos autos que o art. 184 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que *"Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967"*, dispunha que os presidentes da República, quando deixassem o cargo, e caso não tivessem sofrido suspensão dos direitos políticos, teriam direito a um subsidio vitalício, nos seguintes termos:

> *"Art. 184. Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Parágrafo único. Se o Presidente da República, em razão do exercício do cargo, for atacado de moléstia que o inabilite para o desempenho de suas funções, as despesas de tratamento médico e hospitalar correrão por conta da União."*

No mesmo sentido, a Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul de 1979 trouxe, em seu art. 164, a norma que estipulava que aos ex-governadores era garantido o direito ao percebimento de um subsidio mensal e vitalício idêntico ao vencimento dos Desembargadores da Corte Estadual, *in verbis:*

> *Art. 164. Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça.*

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento de que, no regime constitucional anterior, referente à Emenda Constitucional nº 1/1969, em razão do princípio da simetria, era cabível a concessão de subsídio mensal e vitalício ao Governador de Estado, consoante previsão do art. 184, daquela EC , do mesmo subsídio, mensal e vitalício, aos ex-presidentes da República.

Todavia, a jurisprudência da Excelsa Corte, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, alterou-se, abraçando o entendimento no sentido de que, após o advento da Constituição Federal de 1988, "*a instituição de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores, comumente designada sob o 'nomen juris' "subsídio", corresponde à concessão de benesse que não se compatibiliza com a Carta Magna (notadamente com o princípio republicano e o princípio da igualdade, consectário daquele), por desvelar tratamento diferenciado e privilegiado sem fundamento jurídico razoável, com ônus aos cofres públicos"* (ADI nº 3418/MA, relator o Ministro Dias Toffoli, 20/09/2018).

Tal entendimento foi posteriormente reafirmado, em julgamento realizado na data de 25/10/2018, também em sede de ADI, em acórdão relatado pelo e. Ministro Luiz Fux, inclusive com a ressalva expressa de que, na hipótese, não há que se cogitar de direito adquirido ao recebimento do benefício, uma vez que se trata de regime jurídico, em relação a que não se reconhece direito adquirido a respectiva manutenção do regime.

Confira-se:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTIGO 1º DA LEI 4.586/1983. DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1º, PARTE FINAL, DA EMENDA CONSTITUCIONAL 22/2003 DO ESTADO DO MATO GROSSO. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA A EX-GOVERNADORES, EX-VICE-GOVERNADORES E SUBSTITUTOS CONSTITUCIONAIS QUE PERCEBIAM O BENEFÍCIO À ÉPOCA DE SUA EXTINÇÃO.* ***IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FEDERATIVO, REPUBLICANO, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA****. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. 1. O artigo 1º da Emenda Constitucional 22/2003 do Estado do Mato Grosso, ao prever que deve ser "respeitado o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal", permitiu a continuidade do pagamento de subsídio mensal e vitalício a ex-governadores, ex-vice-governadores e substitutos que percebiam o benefício à época de sua extinção. 2.* ***O direito adquirido é inoponível à Constituição quando nela se encontra interditado, posto eclipsado em alegado regime jurídico imutável, mormente quando o regime jurídico que se pretende ver preservado não encontra guarida na Constituição Federal. 3. A manutenção do pagamento de prestação pecuniária mensal e vitalícia a ex-governadores extrapola o poder constituinte derivado, violando o princípio federativo, além de não se compatibilizar com os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.*** *4. O princípio republicano apresenta conteúdo contrário à prática do patrimonialismo na relação entre os agentes do Estado e a coisa pública, o que se verifica no caso sub examine. 5.* ***O princípio da igualdade veda a instituição de tratamento privilegiado sem motivo razoável, tal qual o estabelecido em proveito de quem não mais exerce função pública ou presta qualquer serviço à Administração Pública. Precedentes****: ADI 4.552-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 9/6/2015; ADI 3853, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 26/10/2007; e ADI 3.418, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgamento em 20/09/2018. 6. O artigo 1º da Lei 4.586/1983 do Estado do Mato Grosso é direito pré-constitucional, insuscetível de figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Plenário, DJ de 21/11/1997; ADI 74, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 25/9/1992; e ADI 129, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 4/9/1992. 7. Ação direta parcialmente conhecida, para, nessa parte, julgar procedente o pedido, para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1º, parte final, da Emenda Constitucional 22/2003 do Estado do Mato Grosso e declarar que o trecho* ***"respeitado o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal" não autoriza a continuidade do pagamento de pensão mensal e vitalícia aos ex-governadores, ex-vice-governadores e substitutos constitucionais.*** (ADI 4601, Relator (a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, Processo Eletrônico DJe-236 DIVULG 06-11-2018 PUBLIC 07-11-2018). (destaquei)

O Ministro Roberto Barroso, do STF, no julgamento da ADI 4544-SE, na data de 13/06/2018, assim expôs o tema em discussão, *in verbis*:

> *"(...) a questão posta nos autos reproduz aquela já apreciada várias vezes por esta Corte, que considerou que disposições semelhantes presentes em outras Constituições e leis estaduais violavam os princípios constitucionais da igualdade e os princípios republicano e democrático na dimensão de igualdade política de tratamento. Penso que esse entendimento deve ser prestigiado e mais uma vez referendado. A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial das ideias de república e democracia. Enquanto princípio de inequívoco destaque na Constituição Federal de 1988, veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, sem prejuízo de impor a neutralização das*

*injustiças históricas, econômicas e sociais. (...) É bem verdade que o princípio da igualdade, invocado pelo requerente, nem sempre será violado em casos de desequiparação entre cidadãos. Entretanto, quando não houver um fundamento constitucional razoável que vise a um fim legítimo para um tratamento desigual, não haverá dúvida quanto à sua vedação constitucional. Penso ser este o caso dos autos. Mas não é só. Ao se verificar a concessão de um benefício indevido, cujo discrímen é injustificável, verifica-se também violação aos princípios republicano e democrático numa de suas manifestações mais essenciais, que é o da igualdade entre as pessoas. Considero que o ato normativo ofende, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade. Ambos compõem o denominado regime jurídico administrativo, enquanto princípios basilares da administração pública brasileira como um todo e constam expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal. O primeiro, dentre outras diversas decorrências, veda o benefício exclusivamente fundado em condição pessoal do beneficiário, enquanto o segundo impõe à administração e aos seus agentes atuação eticamente adequada. Ao despender recursos públicos com pagamentos de indivíduos que não mais trabalham, para além do respectivo regime previdenciário constitucional, está-se diante de violação incontestável à moralidade administrativa. No caso dos autos, é justamente o que se observa: uma regalia, em si imoral para a administração pública."*

Como afirmado, o Supremo Tribunal Federal já foi provocado diversas vezes para se manifestar sobre a questão discutida nestes autos e os posicionamentos exarados são uníssonos a respeito da inconstitucionalidade desse modelo de benefício. Em todos os casos, predominou a interpretação de que, sendo temporário o cargo de governador, não faz jus a qualquer pensão ou benefício vitalício aquele que um dia o ocupou, apesar da relevância do mandato exercido.

No precedente mais emblemático do Plenário – ADI 3.853, que teve como relatora a Ministra Cármen Lúcia, a Suprema Corte decidiu acerca do mesmo benefício concedido no Estado do Pará, sendo que a matéria se assentou no sentido de que a questão não se resolve no plano do chamado princípio da simetria, mas sim pela constatação de violação ao princípio da igualdade, como se infere da ementa:

*"EMENTA: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 305 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARA. PENSÃO VITALÍCIA PARA EXGOVERNADORES. 1. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 2. Ex-governador não é mais agente público, pelo que não se poderia cogitar de vinculação de categoria remuneratória afeta à desembargador do Estado, do Tribunal de Justiça do Estado. A remissão ao vencimento do governador em exercício ou, na espécie, de desembargador, para fixação do padrão de subsídio, patenteia estender-se o subsídio a quem não mais trabalha no Estado e, por isso, não teria razão para ser remunerado, menos ainda em idêntica situação a quem está no cargo. 3. A carência de parâmetro constitucional nacional e a inauguração de padrão normativo estadual em desacordo com os princípios da Constituição da República, especialmente aqueles referentes às regras orçamentárias e aos princípios constitucionais da Administração Pública, evidenciam a relevância jurídica da questão posta e os gravames jurídicos e sociais que a preservação dos efeitos da norma poderia acarretar. 4. Precedentes. 5. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 305, § 1º, da Constituição do Estado do Para, até julgamento de mérito da presente ação.* (ADI-MC 4.552, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 09.04.2015, DJ 09.06.2015).

Não bastasse tanto, colaciono o entendimento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.853/MS, julgada pelo Plenário do STF, nos seguintes termos:

*"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA*

*DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul" (DJ 26.10.2007).*

Nesse julgado acentuou-se serem os mandatos eletivos temporários e os seus ocupantes transitórios e portanto não se pode ter benefício para governador que já tenha deixado de ocupar o cargo. Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso ponderou:

*"Parece-me que tal instituto - subsídio a título de representação - não subsiste perante nenhum dos modelos análogos da Constituição Federal. Não é subsídio. Até os votos discrepantes concordaram em que não corresponde à figura do subsídio - que se liga ao exercício temporário e enquanto dure o mandato, ou à remuneração do exercício de cargo público. Poderia pensar-se em aposentadoria, e também não corresponde a nenhuma das modalidades de aposentadoria, nem se ajusta aos critérios constitucionais de concessão de aposentadoria, sequer no Regime Geral de Previdência Social. E não encontro outro modelo que servisse de parâmetro para aferição da constitucionalidade desse instituto, de modo que teria de o analisar como categoria própria, introduzida pelo constituinte estadual, a título de inovação na ordem jurídica constitucional.*

*Mas aqui (...) encontro algumas dificuldades.*

*(...)*

*Teríamos aqui, como princípio, generalização de um ato do Estado que, a meu ver, está gravado por arbitrariedade, já que não corresponde a nenhum modelo federal: cria, no plano estadual, para o ex-Chefe do Poder Executivo, benefício que não têm os ex-Chefes do Poder Executivo nacional, e que não tem justificação concreta, pois apanha qualquer pessoa que se encontre na mesma situação descrita pela norma, sem levar em consideração mérito ou situação de necessidade dessas pessoas.*

*(...)*

*Não se pode permitir que o legislador estadual ou o legislador municipal, à custa do erário e sem nenhum compromisso com o art. 195, § 5º, que, em tema de seguridade social, exige indicação da fonte de custeio, contemple todos os ex-detentores de mandato eletivo com benefício que não tem outra justificação senão o fato de o terem sido. Se o constituinte federal, na sua alta discricionariedade, o tivesse feito, tollitur quaestio, mas, não o tendo feito o constituinte federal, entendo que, sob pena de se ter de emprestar, sob o meu ponto de vista, legitimação à norma destituída de racionalidade jurídica e, portanto, impregnada de arbitrariedade e de abuso legislativo, não posso, com o devido respeito aos votos dissidentes, deixar de acompanhar a eminente Relatora, para julgar procedente a ação."(destaquei)*

Por maioria dos votos que prevaleceram neste último precedente (vencido o Ministro Eros Grau), teve-se como inválida a norma constitucional do Estado de Mato Grosso do Sul, porque destituída de fundamento na Constituição Brasileira, criando-se, no plano estadual, modelo não adotado no plano federal e que afronta o princípio da igualdade, atingindo-se, então, o cerne do sistema republicano.

É de se ressaltar, portanto, que a manutenção do pagamento de pensão mensal e vitalícia extrapola o poder constituinte derivado, violando o princípio federativo, além de não se compatibilizar com os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

No que tange ao princípio da impessoalidade, a lição do mestre Hely Lopes Meirelles[1]:

> *"E a finalidade será sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. (...) Constata-se que o princípio em foco está entrelaçado com o princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF), o qual impõe à Administração Pública tratar igualmente a todos os que estejam, na mesma situação fática e jurídica. Isso significa que os desiguais em termos genéricos e impessoais devem ser tratados desigualmente em relação àqueles que não se enquadram nessa distinção.*

Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito do princípio da moralidade, esclarece que *"(...) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que a assujeita a conduta viciada a invalidação, conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé (...)*"

Linhas à frente: *"Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos."*[2]

Assim, tem-se que o fato de o cidadão ter sido governador do Estado não me parece razoável ou suficiente para o tratamento privilegiado que lhe é dado, assim como à sua viúva, por meio da concessão de uma pensão especial. Permitir a continuidade de tal pagamento equivaleria a desconsiderar a importância, em uma república e em um regime democrático, de tratamento isonômico entre cidadãos, quando não se tratar de uma hipótese de devida excepcionalidade.

Somado às violações constitucionais citadas, tem-se o agravado quadro de recessão econômica e crise financeira atual, especialmente dos Estados-membros, restando categoricamente inconcebível a reserva de despesas estatais a pagamentos sem contraprestação, ressalvadas as hipóteses previdenciárias constitucionalmente previstas.

Em outros termos, a continuidade do pagamento inconstitucional desse subsídio mensal e vitalício traduz-se também em grave lesão à economia pública, já que não há qualquer contraprestação de serviço público e determinação de prévia fonte de custeio, o que, sem dúvida, poderá afetar a execução orçamentária do ente federativo.

Por fim, as questões devolvidas a esta Corte foram analisadas de forma suficiente, sendo apontada solução fundamentada para controvérsia, prescindindo de exame expresso de cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário.

---

1 Direito Administrativo Brasileiro. 33ª Ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2007.

2 Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2008, p. 120-121.

*Ex positis*, conheço e dou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual para, reformando a sentença, julgar procedente a pretensão inicial para o fim de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul à obrigação de não fazer, consistente em não pagar a vantagem pecuniária ("pensão vitalícia") ao ex-governador Marcelo Miranda e às viúvas dos ex-governadores Pedro Pedrossian e Ramez Tebet, a partir da publicação deste acórdão.

É como voto.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marco André), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

## VOTO (EM 13/10/2020)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (1º Vogal)

Trata-se de ação de civil pública com pedido de obrigação de não fazer ajuizada pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, Marcelo Miranda Soares, Maria Aparecida Pedrossian (que sucedeu seu falecido marido, Pedro Pedrossian), e Fairte Nassar Tebet, onde o requerente pleiteia a cessação do pagamento de pensão vitalícia em favor do ex-governador (segundo requerido) e das viúvas dos ex-governadores Pedro Pedrossian (terceira requerida) e Ramez Tebet (quarta requerida), aduzindo, em síntese, que as normas que conferiam tais benesses foram revogadas pela Constituição Federal de 1988 e pela Constituição Estadual de 1989, não havendo como ser reconhecido direito adquirido a regime jurídico, sendo, portanto, sua manutenção violadora de princípios constitucionais.

A pretensão inicial foi rechaçada pelo juízo *a quo,* que reconheceu o direito adquirido dos requeridos beneficiados com a remuneração.

Inconformado com a decisão, o *Parquet* interpôs apelação cível, reiterando a impossibilidade de aplicação das garantias decorrentes do direito adquirido quando contrastado com a nova Constituição.

O ilustre relator votou pelo provimento do recurso, para acolher integralmente os pedidos iniciais, consignando julgamentos do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Peço *venia* para divergir.

Esclareça-se, desde logo, que o caráter vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade se limitam à própria análise da adequação daquela norma específica em relação à Constituição Federal de 1988, não alcançando os motivos determinantes do julgamento nem se estendendo para outras normas, ainda que de conteúdo análogo, já que a vinculação não atinge o Poder Legislativo. Nesse sentido a orientação da própria Suprema Corte:

> *"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGADA AFRONTA À AUTORIDADE DO DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.662-7/SP. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE O ATO RECLAMADO E OS PARADIGMAS INVOCADOS. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE. 1. À míngua de identidade material entre os paradigmas invocados e o acórdão reclamado, não há como divisar a alegada afronta à autoridade de decisão deste Supremo Tribunal Federal, mormente porque a exegese jurisprudencial conferida ao art. 102, I, "l", da Magna Carta rechaça o cabimento de reclamação fundada na tese da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes. 2. Agravo regimental conhecido e não provido.* (RCL 22470 AgR, Relator(a): Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/11/2017, processo eletrônico DJe-282 Divulg 06-12-2017 Public 07-12-2017)"

Ao julgar a ADI 3.853/MS, o Supremo Tribunal Federal se limitou a analisar a compatibilidade do art. 29-A, *caput,* e §§ 1º, 2º e 3º do ADCT da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989, introduzido

pela Emenda n. 35, de 20 de dezembro de 2006, em relação à Constituição Federal de 1988, concluindo pela inconstitucionalidade desta norma específica, eis que incompatível com o novo ordenamento vigente. A decisão, entretanto, não analisou – concreta ou abstratamente – as situações consolidadas sob a égide da Constituição Estadual anterior, nem avaliou a necessidade de proteção da segurança jurídica a tais hipóteses.

Tal como consignado pelo e. Relator, é incontroverso que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que trouxe substanciais alterações ao texto da Constituição Federal de 1967, dispunha que os presidentes da República, cujos direitos políticos não tivessem sofrido suspensão, teriam direito a um subsídio vitalício. Tal regra era positivada no art. 184 daquela Carta, que dispunha:

> *"Art. 184. Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Parágrafo único. Se o Presidente da República, em razão do exercício do cargo, for atacado de moléstia que o inabilite para o desempenho de suas funções, as despesas de tratamento médico e hospitalar correrão por conta da União."*

O Poder Constituinte Decorrente, deste Estado de Mato Grosso do Sul, atento ao princípio da simetria, estabeleceu regra que garantia aos ex-governadores a percepção de um subsídio mensal e vitalício, em valor idêntico ao vencimento dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal. Confira-se a propósito, o texto do art. 164, da Constituição Estadual de 1979:

> *"Art. 164. Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça."*

Cumpre destacar, desde logo, que a preservação do Princípio da Segurança Jurídica é função primordial do Poder Judiciário, sendo mesmo indissociável de sua razão de existir, vez que, permitir-se a alteração a direitos consolidados corresponde ao reconhecimento da ausência de quaisquer direitos, que passam a constituir simples estados de fato, potencialmente transitórios e efêmeros, eis que alteráveis a qualquer momento em virtude da modificação do ordenamento jurídico ou mesmo da concepção dos juristas acerca do alcance deste.

Consoante a lição de José Afonso da Silva:

> *"(...) a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída."*

Tal princípio, inclusive, teve sua índole constitucional reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que, em julgamento paradigmático realizado ainda no ano de 2003, avaliou a possibilidade de cancelamento de pensão especial concedida sem os requisitos legais, diante do grande lapso temporal entre o ato administrativo irregular e a anulação pretendida. Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 24.268-0/MG:

> *"EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação de adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório*

*não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e ampla defesa (*CF art. 5º LV).”(MS 24.268-0/MG; Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 05/02/2004)

Naquela oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes, de forma magistral, consignou:

*“(...) Mas afigura-se inegável que há um “quid” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos.* ***Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião****.*

*A propósito do direito comparado, vale a pena ainda trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica:*

*“É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados.*

*(...)*

*Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que* ***o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pela impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.*** *(Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahresnrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltugsgerichts, Tubingen 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.).*

*Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa, etc, o* ***anulamento com eficácia ex tunc é sempre inaceitável e o com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria.*** *” (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração.*

*(...)*

*Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14.11.1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que*

*tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (Cf. Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9a edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 2889.*

***Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art. 2º).***

***Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.****"* (negritei)

Outra não foi a conclusão do Ministro Luís Roberto Barroso que, em estudo acerca do princípio da segurança jurídica consignou:

*"A obrigação dos órgãos do Poder Público de não vulnerar a confiança legítima e de agir com boa-fé é inerente ao Estado democrático de direito. Sob um regime constitucional, Estado e sociedade não podem ser vistos como antagonistas ou como pólos opostos de uma relação conflituosa. Ao contrário, ambos devem conviver em unidade e harmonia, compartilhando valores, princípios e objetivos comuns. Nesse ambiente, a relação entre o Estado e o particular não opõe duas partes privadas, cada qual defendendo seu interesse, embora também entre partes privadas haja o dever recíproco de boa-fé. Na verdade, o Poder Público deriva sua autoridade do conjunto de administrados, agindo em nome e por conta da totalidade da população, não se concebendo que possa agir deslealmente em relação a seus próprios constituintes.*

*A proteção da confiança ou das expectativas legítimas, assim como a boa-fé, são princípios que se dirigem, primariamente, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Compete a tais órgãos aplicar o direito aos casos concretos e, nesse ofício, devem atuar com certa constância e previsibilidade, já que lhes cabe preservar a ordem jurídica existente e assegurar a isonomia perante a lei. Nem mesmo o legislador poderá ser indiferente a tais princípios constitucionais. Embora lhe caiba justamente inovar na ordem jurídica, modificando o direito aplicável, em determinadas circunstâncias, quando seja possível caracterizar a legítima expectativa do cidadão diante, e.g., da longa permanência no tempo de determinada disciplina jurídica, a proteção da confiança poderá gerar o direito dos particulares a um regime de transição razoável.*

*A doutrina tem construído alguns parâmetros a fim de conferir maior densidade jurídica à noção de expectativa legítima que merece proteção jurídica. Três deles merecem especial registro. Em primeiro lugar, será juridicamente legítima, e merecerá proteção, a expectativa que decorra de um comportamento objetivo do Poder Público, isto é, que não seja apenas uma esperança inconsequente sem vínculo com elementos reais e objetivos da atuação estatal. Um discurso do Chefe do Executivo não gera, por si só, uma expectativa legítima, mas um decreto poderá justificá-la.*

*Em segundo lugar, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurou razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e transmitir a idéia de certa estabilidade, levando o particular a praticar atos fiado na conduta estatal. Por fim, em terceiro lugar, será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público. É natural e esperado que uma decisão liminar proferida por juiz de primeiro grau, ou mesmo uma sentença, sejam posteriormente modificadas, o mesmo não se passando com decisões transitadas em julgado, por exemplo." (in "Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais")*

Verifica-se, assim que, seja para nossa Corte Constitucional, seja para a Corte Alemã, que lhe serve de grande fonte dogmática, o Princípio da Segurança Jurídica é norma estruturante da Constituição, que, diante da legítima expectativa de manutenção das situações jurídicas postas, justifica, inclusive, a convolação de ato administrativo praticado ao arrepio das normas regentes.

Tal conclusão resta evidente da análise da Lei nº 9.874/99, que, ao tratar da possibilidade de anulação dos atos administrativos, estabeleceu um prazo decadencial de cinco anos quando dele decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo hipótese de comprovada má-fé. Confira-se:

> *"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os administrados decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
>
> *§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento."*

Por conseguinte, poder-se-ia sustentar, desde logo, que a pretensão de revogação das pensões concedidas há mais de trinta anos é violadora de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, eis que desconsidera situações consolidadas no tempo, com prejuízo à segurança jurídica, e à boa-fé no trato com os administrados.

O caso em análise, entretanto, constitui ofensa muito mais grave ao ordenamento jurídico. Isso porque, como visto, a preservação da segurança jurídica é apta mesmo a convalidar atos administrativos que foram criados ao arrepio das normas legais. Nesta hipótese, porém, verifica-se que as pensões foram concedidas em completa conformidade com o ordenamento jurídico então vigente.

Ressalte-se: as pensões não foram concedidas por ato administrativo irregular, nem sequer em razão de lei viciada pela inconstitucionalidade, mas em decorrência de manifestação da vontade jurídica máxima da nação naquela oportunidade, através de normas constitucionais dos poderes constituintes de primeiro e segundo graus, com consolidação integral do direito dos requeridos anteriormente à promulgação da Constituição de 1988.

Rememorando o conceito fornecido por Carlos Francesco Gabba, "*é adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que; b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu." (Apud* França, R. Limongi – Teoria della Retroattivitá delle Legi; p. 229).

De se notar, ademais, que o benefício possuía – ou ao menos possui agora, diante da consolidação pelo decurso do tempo – caráter eminentemente previdenciário, motivo pelo qual sua fruição deve observar o princípio do *tempus regit actum,* com observância das normas vigentes na época da concessão legítima.

Outra não é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que analisando a possibilidade de manutenção de pensões concedidas com base em ordenamento jurídico revogado, consignou a impossibilidade de revisão de tais benefícios, *v.g.:*

> *"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO 2.780/2016 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE CONCEDIDO COM FUNDAMENTO NA LEI N.º 3.373/1958. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA (MS 34.873/DF). 1. Este Tribunal admite a legitimidade passiva do Tribunal de Contas da União em mandado de segurança quando, a partir de sua decisão, for determinada a exclusão de um direito. Precedentes. 2. A jurisprudência desta Corte considera que o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei n.º 12.016/2009 conta-se da ciência do ato impugnado, quando não houve a participação do interessado no processo administrativo questionado. 3.*

*Reconhecida a qualidade de dependente da filha solteira maior de vinte e um anos em relação ao instituidor da pensão e não se verificando a superação das condições essenciais previstas na Lei n.º 3373/1958, que embasou a concessão, quais sejam, casamento ou posse em cargo público permanente, a pensão é devida e deve ser mantida, em respeito aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e do tempus regit actum. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (MS 35889 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 31/05/2019, Processo Eletrônico DJe-123 divulg 07-06-2019 public 10-06-2019)

*"EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA. VÍNCULO COM A PREVIDÊNCIA PÚBLICA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/1998. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AOS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO."* (RE 885263 ED-AgR-EDv, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 20-11-2019 PUBLIC 21-11-2019)

Neste último precedente, inclusive, traçou-se diferenciação salutar que deve ser observada no caso em análise, consignando-se a necessária preservação das situações já constituídas e consolidadas no tempo, diante do preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da pensão.

Confira-se, à propósito, os fundamentos lançados pela Relatora, Ministra Carmen Lúcia:

*"(...) Este Supremo Tribunal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.639, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, em caso semelhante ao dos autos, resguardou as situações jurídicas dos agentes que "já houvessem reunido os requisitos necessários para obter os correspondentes benefícios de aposentadoria ou pensão".*

*(...)*

Também assim no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.641-ED, da relatoria do Ministro Teori Zavascki:

*"A declaração de inconstitucionalidade do art. 95 da Lei Complementar estadual 412/2008, de Santa Catarina, incorporou os efeitos típicos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, isto é, a nulidade da legislação impugnada, com efeitos retroativos, consequência que só foi mitigada quanto a situações especificamente discernidas, a saber, a "dos segurados e dependentes que, até a data da publicação da ata do presente julgamento, já estivessem recebendo benefícios previdenciários junto ao regime próprio paranaense ou já houvessem cumprido os requisitos necessários para obtê-los (Dje 19.8.2015)."*

*8. O acórdão recorrido não está fundamentado na Lei estadual n. 12.398/1998, declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.791, mas na reunião dos requisitos necessários à obtenção do benefício pleiteado em data anterior à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998, estando resguardado o direito do agravado de aposentar-se pelas normas do regime de previdência dos servidores estaduais por força das normas de transição da referida emenda. Esse entendimento harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:*

*(...)*

*9. O Supremo Tribunal Federal assentou que, em matéria previdenciária, a lei de regência é a vigente ao tempo em que reunidos os requisitos para a concessão do benefício pretendido (princípio tempus regit actum)."*

Veja-se: no caso em análise, as pensões questionadas **não** foram concedidas com base na Emenda Constitucional de n. 35, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989, que foi declarada

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3.853/MS, mas sim com base no texto originário da própria Constituição Estadual de 1979, que, por sua vez, guardava simetria com a Constituição Federal de 1967, com as alterações realizadas pela EC 01/69.

Importante, assim, delimitar o alcance da decisão vinculante proferida pelo STF no julgamento da referida ADI (3.853/MS), cujo objeto era o art. 29-A, *caput*, e §§ 1º a 3º, do ADCT da Constituição Estadual de 1989, introduzido pela Emenda Constitucional n. 35, de 20/12/2006 da Constituição Estadual. Nesse julgado, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual visava reintroduzir no ordenamento a pensão vitalícia, já que tal preceito não mais guarda conformidade com a Constituição Federal. Em virtude dos efeitos vinculantes da decisão, portanto, nenhuma autoridade judiciária pode decidir pela constitucionalidade daquela norma, que não encontra amparo na CF/88.

Não é esta, porém, a questão que se discute no feito. Aqui, o fundamento normativo para as pensões conferidas, e a própria concessão destas, é anterior à promulgação da CF/88. Como ressalta o parecer de fls. 474-486, é incontroverso que Marcelo Miranda Soares, Pedro Pedrossian e Ramez Tebet foram chefes do Executivo antes do advento da Carta Magna de 1988, nas seguintes datas: a) Marcelo Miranda: 30 de junho de 1979 até 28 de outubro de 1980, e, posteriormente, de 15 de março de 1987 até 14 de março de 1991; b) Pedro Pedrossian: 7 de novembro de 1980 até 14 de março de 1983, e, posteriormente de 15 de março de 1991 até 31 de dezembro de 1994; c) Ramez Tebet: de 14 de maio de 1986 até 14 de março de 1987.

Todos, portanto, adquiriram o direito em discussão protegidos pelo ordenamento jurídico em vigor, não havendo que se falar em cassação dos direitos adquiridos em decorrência de alteração posterior no ordenamento.

É dizer, enquanto a EC 35/2006 possuía, de fato, vício de inconstitucionalidade ao prever a manutenção das pensões devidas em favor dos ex-governadores deste Estado, eis que não encontrava amparo na Constituição Federal de 1988, impossibilitando a manutenção das pensões concedidas a partir de então (1988), o mesmo não se pode dizer em relação aos benefícios que foram concedidos em conformidade com a ordem constitucional anteriormente vigente, benefícios estes que, naquele momento, correspondiam aos anseios políticos nacionais que lhes eram contemporâneos.

Dito de outro modo, o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade não pode retroagir para data anterior à existência do próprio critério de controle, que, no caso, é a Constituição Federal de 1988, desconstituindo situações legítimas estabelecidas no ordenamento anterior.

Nesse sentido já houve, inclusive, decisão expressa do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> *"EMENTA – GOVERNADOR DE ESTADO QUE TENHA EXERCIDO O MANDATO EM CARÁTER PERMANENTE – DIREITO ADQUIRIDO A REPRESENTAÇÃO, APÓS O SEU EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. II. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO, À MÍNGUA DE SEUS PRESSUPOSTOS." (RE 75.418; Relator Ministro Carlos Thompson)*

Por conseguinte, pela aplicação do mesmo princípio – *tempus regit actum* –as pensões concedidas antes da promulgação da Constituição de 1988 são legítimas, e devem ser preservadas, e aquelas concedidas após tal marco são inconstitucionais, não produzindo efeitos. Segundo se extrai dos autos, o ex-governador Pedro Pedrossian exerceu o primeiro mandato de 07/11/1980 a 15.03.1983; o ex-governador Marcelo miranda exerceu seu primeiro mandato de 30.06.1979 a 28.10.1980; e o ex-governador Ramez Tebet exerceu seu mandato de 14.05.1986 a 15.03.1987. Todos, portanto, anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tal como consignado pelo juízo *a quo:*

> *"(...) In casu, a Constituição Federal de 1988 não reproduziu o art. 184, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/169,*

*nem fez qualquer referência a situação por este disciplinada, o que não conduz à ilação simplista de que 'o que não está expressamente permitido, está, portanto, proibido'.*

*Pelo contrário, o entendimento que deve prevalecer é de que, não tendo a atual Constituição determinado expressamente que o direito à percepção do subsídio assegurado pela Constituição anterior aos ex-governadores deveria parar de viger, não há como impedir seu exercício.*

*(...)*

*Em tal situação, mostrando-se silente o atual ordenamento constitucional a respeito do subsídio aos ex-chefes do Poder Executivo, após o término de seu mandato, resta inferir apenas que tal direito adquirido, porquanto amparado na Constituição anterior, mostra-se apto a continuar a produzi efeitos, pois se a atual Constituição tivesse pretendido expurgar o pagamento do aludido subsídio, o teria feito de forma expressa."*

Logo, ao contrário do defendido pelo *Parquet,* não há que se falar em ausência de fundamentos jurídicos para o pagamento das referidas pensões, mas em respeito à situação constituída, há muitos anos, de acordo com as normas constitucionais então vigentes, sem que se possa falar em qualquer teratologia.

Não há que se confundir, portanto, recepção de norma constitucional anterior – que dependeria de previsão constitucional específica e individualizada – com respeito aos regulares efeitos que aquelas normas produziram no seu tempo, e que estão resguardados pelo direito fundamental insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que reza que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Reconhecida a higidez da concessão da pensão perante aquele ordenamento jurídico vigente, tenho que já ficam afastadas, *pari passu,* as demais alegações atinentes à violação de quaisquer princípios administrativos, tais como da impessoalidade e moralidade.

Com efeito, a benesse havia sido prevista pelos Constituintes brasileiros, donde se extrai que, naquela época, guardavam correlação com os anseios políticos nacionais próprios. A título de ilustração, consigno que os Estados Unidos da América, atualmente, confere uma pensão a cada um de seus ex-presidentes, no valor de US$ 219.200,00 por ano (duzentos e dezenove mil e duzentos dólares por ano), além de outros benefícios, sem que tal fato seja considerado violação da moralidade ou qualquer outro princípio republicano. Mesmo no Brasil atual, os ex-presidentes ainda gozam de benefícios pela sua atuação.

Conquanto a realidade jurídica e sócio-econômica do Brasil pós-Constituição/88 seja incompatível com a manutenção da benesse ora analisada para os governantes que assumiram no novo ordenamento, não há que se falar em violação à impessoalidade na manutenção das pensões já conferidas, que não foram criadas em razão de pessoas específicas, individualmente consideradas, mas como prerrogativa pela ocupação do cargo mais alto do poder executivo.

Assim, quer pela preservação da segurança jurídica, quer pela configuração do direito adquirido perante a ordem constitucional anterior, quer ainda pela ausência de violação aos princípios constitucionais, tenho que deve ser mantida a sentença de improcedência.

Por conseguinte, com *venia* ao relator, voto pelo desprovimento do apelo.

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 contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do cpc.

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, 13 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
## Apelação / Remessa Necessária nº 1412337-02.2018.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – MÉRITO – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA A PORTADOR DE DOENÇA GRAVE QUE DEVE SER CONCEDIDA MESMO COM O DESAPARECIMENTO DOS SINTOMAS OU RECIDIVA DA DOENÇA – DOENÇA GRAVE COMPROVADA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – APRESENTAÇÃO DE LAUDO MÉDICO OFICIAL – DESNECESSIDADE, QUANDO HÁ OUTROS MEIOS DE PROVA – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – ISENÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS – POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO – SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA MANTIDA – RECURSOS VOLUNTÁRIOS E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

I - Nos termos da súmula n. 627 do STJ, "o contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade".

II - De acordo com o teor do enunciado da súmula n. 598 do STJ, "é desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova".

III - Muito embora as pessoas jurídicas de direito público não sejam obrigadas a recolher as custas iniciais e outras despesas processuais, elas devem responder, ao final, por aquelas que foram adiantadas pela parte sagrada vencedora.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de novembro de 2020

Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Estado de Mato Grosso do Sul e Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev, inconformados com a sentença, sujeita a reexame necessário, proferida nos autos do Mandado de Segurança Cível (feito n. 1412337-02.2018.8.12.0000, em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS) em que lhe promove Carlos Roberto Aguero de Araújo, que concedeu a segurança pretendida para determinar aos impetrados que se abstenham de reter na fonte o imposto de renda do impetrante (f. 344-348), interpõem recursos de apelação cível.

Em suas razões recursais (f. 364-369), o impetrado-apelante Estado de Mato Grosso do Sul alega que não há nos autos laudo médico, confeccionado por perito oficial do Estado, que comprove ser o apelado portador de doença grave listada no Decreto Federal n. 3.000/99, bem como na Lei n. 7.713/88, requisito necessário para a concessão do benefício pleiteado.

Afirma que o apelado não é portador, atualmente, de cardiopatia grave, em razão dos tratamentos via percuânea e de revascularização, realizados nos anos de 2012 e 2013, respectivamente.

Requer o conhecimento e provimento do apelo, com a improcedência do pleito autoral.

Em suas razões recursais (f. 375-390), a impetrada-apelante Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev menciona que indeferiu o pleito administrativamente eis que à época da avaliação do impetrante a junta médica oficial verificou que ele não apresentava cardiopatia grave. Esvaziando-se, assim, o requisito exigido pela lei.

Ressalta que é descabida a condenação ao ressarcimento das custas processuais adiantadas pelo impetrante, ora apelado, pois se trata de autarquia estadual isenta do pagamento.

Requer o conhecimento e provimento do apelo, com a improcedência do pleito autoral.

O apelado não apresentou contrarrazões (f. 396).

Parecer da PGJ opinando pelo não provimento dos recursos (f. 422-432).

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação cível interpostos por Estado de Mato Grosso do Sul e Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev, inconformados com a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança Cível (feito n. 1412337-02.2018.8.12.0000, em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS) em que lhe promove Carlos Roberto Aguero de Araújo, que concedeu a segurança pretendida para o fim de determinar aos impetrados que se abstenham de reter na fonte o imposto de renda do impetrante (f. 344-348).

Dos efeitos legais da apelação e do 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 da remessa necessária e dos recursos voluntários e passo à análise conjunta de suas razões.

Do relato da demanda

Trata-se de mandado de segurança, onde a parte impetrante objetiva a concessão da segurança para determinar aos impetrados que se abstenham de reter na fonte o imposto de renda daquela.

Afirma que foi aposentado, de forma voluntária, no cargo de Agente Tributário Estadual no ano de 2011. E que em, 08/03/2012, foi diagnosticado com cardiopatia grave, motivo pelo qual, em consonância com disposição da Lei n. 7.713/88, requereu, perante a impetrada Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev, que não mais fosse retido o imposto de renda na fonte. No entanto, tal pedido foi indeferido na via administrativa.

Entendendo que a decisão violou seu direito líquido e certo de isenção de imposto de renda, impetra o presente *mandamus*, aduzindo possuir o referido direito desde o ano de 2012, conforme previsão legal, diante de sua aposentadoria e diagnóstico de moléstia grave, comprovado por laudos médicos juntados nos autos.

Pleiteou a concessão de medida liminar, bem como, ao final, requer a segurança, para o fim de determinar a suspensão de retenção do tributo em sua folha de proventos.

A medida liminar foi indeferida (f. 272-273). Contudo, interposto o recurso de agravo de instrumento, a decisão foi reformada por este órgão julgador (f. 290-294).

As autoridades impetradas prestaram informações à f. 295-303 e 308-329, suscitando, ambas, preliminar de inadequação da via eleita e, caso superada, a denegação da segurança.

O representante ministerial de primeiro grau se manifestou pela concessão da segurança (f. 340-343).

Sobreveio a sentença de procedência dos pedidos iniciais, ora recorrida.

Em síntese, a controvérsia recursal cinge-se quanto à: (i) contemporaneidade/recidiva da enfermidade; (ii) imprescindibilidade de apresentação de laudo médico oficial para a concessão do benefício pleiteado; e (iii) isenção do pagamento das custas processuais adiantadas pelo impetrante.

Do mérito recursal

A isenção do imposto de renda é tratada pelo artigo 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88, que prescreve a neoplasia como mau que autoriza a concessão do citado favor legal, artigo que transcrevo:

> *"Art. 6º. Ficam isentos do imposto de renda os seguinte 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;".*

Já o artigo 176, *caput*, do Código Tributário Nacional, prescreve que as isenções decorrem da lei e devem atender aos requisitos e condições legais, conforme que se depreende da leitura do citado dispositivo:

> *"Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração".*

Desse modo, observa-se que a legislação não exige a contemporaneidade dos sintomas nem da recidiva da enfermidade para que seja concedido o benefício de isenção do imposto de renda.

Tal entendimento é pacífico na jurisprudência, tendo, inclusive, o STJ editado a súmula n. 627, com a seguinte redação:

> *"O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda,* **não se lhe exigindo** *a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade" (destacado).*

Deste Tribunal de Justiça, colho os seguintes julgados:

*"REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – SERVIDOR PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA – CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – DESNECESSIDADE – ARTIGO 6° DA LEI N° 7.713/88 E ARTIGO 40, § 21, DA CF – VALORES A SEREM RESTITUÍDOS DEVEM SER ACRESCIDOS DE JUROS MORATÓRIOS DE ACORDO COM O ART. 161, § 1º, DO CTN – APLICADOS APÓS O TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – SÚMULA 188 DO STJ – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E DESDE O VENCIMENTO DE CADA PARCELA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS APÓS LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO– RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E DA AGEPREV PARCIALMENTE PROVIDOS.* **Reconhecida a existência de cardiopatia grave**, *fato atestado pelo 'Sistema de Perícias Médicas – BIM',* **não se exige a contemporaneidade dos sintomas**, *bem como a indicação de validade do laudo,* **ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção do imposto de renda** *nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, haja vista que referido benefício objetiva a minoração do sacrifício do aposentado, com o alívio dos encargos financeiros relativos ao tratamento médico".* (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0808672-87.2019.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Rel.: Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 24/08/20202, p: 01/09/2020) – destacado.

*"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, aliviandoos 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) – destacado.

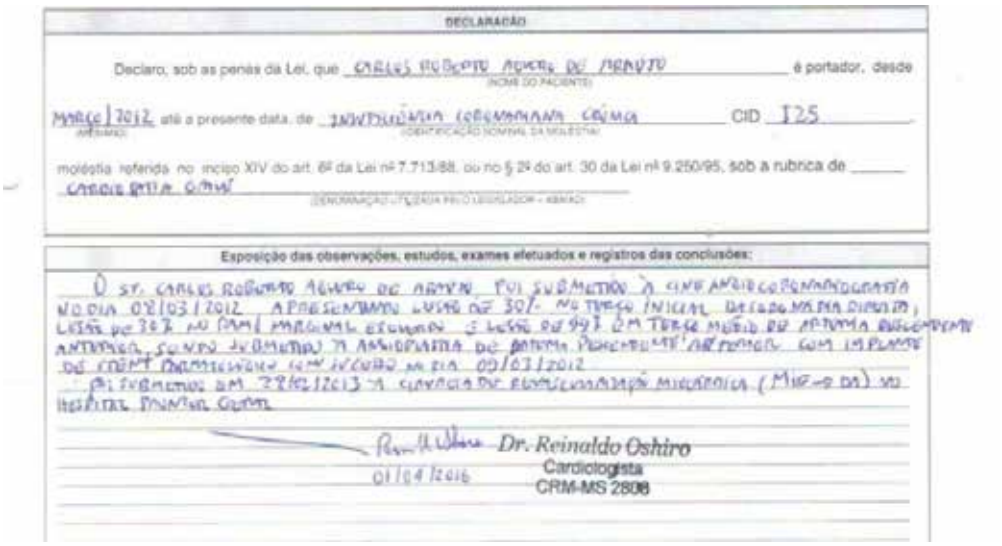
*"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR ESTADUAL APOSENTADO NO CARGO DE DELEGADO DA POLÍCIA – PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE – QUADRO CLÍNICO DE CARDIOPATIA GRAVE COM ESTENOSE AÓRTICA + INSUFICIÊNCIA CORONARIANA – ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NO RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO XIV, DA LEI FEDERAL Nº 7.713/1988 – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ART. 20, INCISO V DA LEI ESTADUAL Nº 3.150/2005 – TERMO INICIAL DESDE A DATA DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SEGURANÇA CONCEDIDA. 1.* **O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento acerca da desnecessidade de laudo médico oficial e da comprovação da contemporaneidade da moléstia, com a finalidade de isentar os inativos portadores de doenças graves do imposto de renda com o objetivo de diminuir os sacrifícios dos aposentados**. *2. 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). 3. 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. 4. No caso, o impetrante comprova que é portador de 'cardiopatia grave com estenose aórtica + Insuficiência Coronariana', tendo sido submetido à procedimento cirúrgico de 'troca de válvula aórtica com Prótese Biológica - Epic nº 21 + Revascularização Miocárdica Psf (CID I-25.9 e CID I-25.0)' motivo pelo qual a concessão da segurança é medida que se impõe para reconhecer 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) desde a data do procedimento cirúrgico (11.07.2011). 5. A Corte Superior também tem entendido 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. (STJ. 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)".* (TJMS. Mandado de Segurança n. 1411808-51.2016.8.12.0000, N/A, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 28/08/2017, p: 21/11/2017) – destacado.

Compulsando os autos, verifica-se que é incontroverso que o impetrante, ora apelado, é aposentado dos quadros do serviço público estadual, no cargo de Agente Tributário Estadual, desde 1º de julho de 2011, concedida por meio do Decreto "P" n. 2.586/11, veiculado no Diário Oficial n. 7.980, p. 69.

Do mesmo modo, constata-se do laudo pericial juntado aos autos, confeccionado por médico particular, em 01/04/2016, que o apelado possui diagnóstico de Insuficiência Coronariana Crônica (CID I25), cardiopatia grave, desde o ano de 2012. No laudo, inclusive, consta que o apelante foi submetido ao procedimento cirúrgico de angioplastia com implante de *stent* e revascularização miocárdica, nos anos de 2012 e 2013.

Veja-se (f. 21):



DECLARAÇÃO

Declaro, sob as penas da Lei, que CARLOS ROBERTO ALVES DE ARRUDA (NOME DO PACIENTE) é portador, desde MARÇO/2012 até a presente data, de INSUFICIÊNCIA CORONARIANA CRÔNICA (IDENTIFICAÇÃO NOMINAL DA MOLÉSTIA) CID I25

moléstia referida no inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713/88, ou no § 2º do art. 30 da Lei nº 9.250/95, sob a rubrica de CARDIOPATIA GRAVE

(INFORMAÇÃO OPCIONAL PARA O CONTRIBUINTE - ABNT)

Exposição das observações, estudos, exames efetuados e registros das conclusões:

O SR. CARLOS ROBERTO ALVES DE ARRUDA FOI SUBMETIDO À CINEANGIOCORONARIOGRAFIA NO DIA 02/03/2012. APRESENTANDO LESÃO DE 30% NO TRONCO INICIAL DA CORONÁRIA DIREITA, LESÃO DE 70% NO TERÇO MÉDIO DA CORONÁRIA ESQUERDA E LESÃO DE 99% EM TERÇO MÉDIO DE ARTÉRIA DESCENDENTE ANTERIOR, SENDO SUBMETIDO À ANGIOPLASTIA DE ARTÉRIA DESCENDENTE ANTERIOR COM IMPLANTE DE STENT FARMACOLÓGICO COM INÍCIO NO DIA 02/03/2012. RETORNOU EM 22/02/2013 À CLÍNICA DE REVASCULARIZAÇÃO MIOCÁRDICA (MIG-8 DA) NO HOSPITAL SANTA CASA.

Dr. Reinaldo Oshiro
Cardiologista
CRM-MS 2806

01/04/2016

Por sua vez, a isenção do imposto de renda por doença grave, tratada no *caput* do artigo 30 da Lei n. 9.250/95, prescreve que para comprovar a doença é necessário laudo pericial oficial emitido por serviço médico da União, Estado, Distrito Federal ou Município, dispositivo que transcrevo:

> *"Art. 30. 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".*

Ocorre que, embora a doença que acomete o impetrante não tenha sido declarada por órgão oficial, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado, no enunciado da súmula n. 598, em sentido contrário a esse tipo de exigência.

Veja-se:

> *"É **desnecessária** a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova" (destacado).*

Na hipótese, o magistrado *a quo* assim discorreu (f. 347):

> *"Vale ressaltar que embora o laudo médico de f. 56 não tenha sido emitido por órgão oficial, os demais documentos que instruem o feito demonstram de forma inequívoca a moléstia.*
>
> *(...)*
>
> *Dessa forma, considerando que o conjunto probatório acostado à inicial comprova que o impetrante preencheu os requisitos previstos na legislação pátria, a concessão da segurança é medida impositiva".*

É este, também, o posicionamento do representante do órgão ministerial (f. 427-428):

> *"E em que pese a irresignação dos apelantes, a contemporaneidade da doença caracterizada como grave, bem como a exigência de constatação do diagnóstico por meio de laudo oficial, não são requisitos exigidos para o gozo do benefício de isenção do tributo em questão de acordo com entendimento jurisprudencial consolidado pelas Cortes Superiores.*
>
> *(...)*
>
> *E, neste eito, o magistrado consignou na sentença ora reexaminada, que os demais documentos constantes do feito demonstraram, de forma inequívoca, que o apelado é portador de cardiopatia grave.*
>
> *Assim, em consonância com o entendimento jurisprudencial, para se ter direito à isenção do imposto de renda, é necessário, tão somente, a cumulação de dois requisitos, quais sejam: a comprovação de percebimento de proventos de aposentadoria, pensão ou reforma, e ser portador de uma das doenças descritas no dispositivo legal, consideradas como moléstia grave.*
>
> *Logo, os documentos acostados aos autos comprovam que o impetrante é aposentado, bem como que é portador de cardiopatia grave, de modo que faz jus à isenção de imposto de renda, independentemente de ter sido submetido a procedimentos cirúrgicos para tratamento da doença ou de não apresentar sintomas atuais".*

Ademais, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a finalidade precípua do benefício é reduzir a carga financeira dos aposentados, reformados ou pensionistas, decorrentes do necessário acompanhamento médico periódico diferenciado, que, na hipótese de cardiopatia, se faz necessário, muitas vezes por um longo período após a alta médica, mesmo naqueles que aparentemente estão curados, tendo em vista ser bastante comum a recidiva da doença.

Registro, ainda, que a sentença recorrida não contraria ao disposto no art. 111, inciso II do CTN (Código Tributário Nacional), que veda expressamente a outorga de isenção deste tributo quando se utiliza do instituto da analogia ou de extensão de direitos e/ou hipóteses não contempladas em lei, na medida em que a doença do autor ficou sobejamente comprovada nos autos, além de estar prevista no rol do art. 6º da Lei 7.713/88.

Portanto, diante do exposto, conclui-se que o autor possui direito ao benefício de isenção do imposto de renda, não comportando reforma a sentença recorrida neste ponto.

Outrossim, no que tange ao pedido de isenção da apelante Ageprev a título de reembolso quanto ao pagamento das custas e despesas do processo, entendo que não lhe assiste razão.

Isto porque, o art. 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/09 (Regimento de Custas do Poder Judiciário Estadual), prevê que são isentos de pagamento de custas processuais a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações, mas, uma vez vencidos, os referidos entes passam a ter a obrigação de reembolsar o vencedor, nos termos do que dispõe o § 1º do dispositivo legal acima citado.

Confira-se:

> *"Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:*
>
> *I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º* ***A isenção*** *prevista no inciso I deste artigo* ***não dispensa o reembolso à parte vencedora das custas que efetivamente tiver suportado*** *e nem se aplica ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)"* (destacado).

No mesmo sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONDENAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA A REEMBOLSAR AO IMPETRANTE OS VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE CUSTAS PROCESSUAIS – REGIMENTO DE CUSTAS JUDICIAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – § 1º DO ART. 24, I, DA LEI ESTADUAL N. 3.779/2009 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/2009 (Regimento de Custas do Poder Judiciário Estadual), dispõe que são isentos do recolhimento das custas processuais a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações. Contudo, ressalta-se que* **a aludida isenção não afasta o direito da parte impetrante em ser ressarcida pelas despesas**, *conforme preceitua o parágrafo primeiro do aludido artigo".* (TJMS. Apelação n. 0801699-24.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Rel.: Des. Eduardo Machado Rocha, j: 19/02/2019, p: 21/02/2019) – destacado.

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ORDINÁRIA – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA EM CASO DE DOENÇA GRAVE – RECURSO DO ESTADO – QUESTIONAMENTO SOBRE OS JUROS E A CORREÇÃO MONETÁRIA, EM CONFORMIDADE COM O JULGAMENTO PROFERIDO NO RE 870.947 – SENTENÇA CORRETAMENTE ADEQUADA AOS ENTENDIMENTOS DO STF E DO STJ, NO CASO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TERMOS INICIAIS – NECESSIDADE DE FIXAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – QUANTIFICAÇÃO APENAS NA FASE DE LIQUIDAÇÃO – RECURSO DO AUTOR E DOS ADVOGADOS – FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DO ART. 85, §3º, DO CPC, NA FASE DE LIQUIDAÇÃO – PREJUDICADO NESSE PONTO – DESPESAS PROCESSUAIS – POSSIBILIDADE DE REEMBOLSO – PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a alteração dada pela Lei nº 11.960/2009, conforme descrita no julgamento do RE 870.947, apenas possibilitou a uniformização da correção monetária aos precatórios e às condenações contra a Fazenda Pública, no que tange à aplicação do IPCA-E, a partir de 25/03/2015, não havendo previsão alguma de autorização de uso dos índices de caderneta de poupança para o período anterior a esta data, ou mesmo de afastamento dos juros aplicáveis pela própria Fazenda contra os contribuintes, quando se tratar de repetição de indébito tributário. Os juros de mora devem incidir a partir da citação; já a correção monetária, desde cada pagamento indevido, conforme os termos da Súmula nº 162, do STJ. Tratando-se de sentença ilíquida, os honorários advocatícios devem ser fixados apenas na fase de liquidação.* **Embora os entes públicos não sejam obrigados a recolher as custas iniciais e outras despesas, eles devem responder, ao final, por aquelas que foram adiantadas pela parte vencedora***".* (TJMS. Apelação n.

0821920-28.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Rel.: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 09/05/2019, p: 10/05/2019) – destacado.

Assim, sendo prudente negar provimento aos apelos, mantenho inalterada a sentença que concedeu a segurança deduzida na petição inicial.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e dos recursos voluntários interpostos por Estado de Mato Grosso do Sul e Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - Ageprev, mas nego-lhes provimento, para manter a sentença recorrida como proferida.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 27 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
## Apelação Cível nº 0805867-30.2020.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE – NÃO OCORRÊNCIA – VEDAÇÃO À MANIPULAÇÃO, EXPOSIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS FITOTERÁPICOS – RESOLUÇÃO N.º 67/2007 DA ANVISA – RESTRIÇÃO NÃO ESTABELECIDA EM LEI – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Cabível a impetração do mandado de segurança, pois não é ele contra lei em tese, pois a restrição de manipulação, exposição, entrega, pequeno estoque gerencial e comercialização de produtos e medicamentos manipulados que não exigem prescrição médica, foi imposta por meio de Resolução – RDC n. 67/07 – em evidente desconformidade com a Legislação Federal Federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973 (Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos) e a Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 (trata da Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos), as quais permitem a manipulação, dispensação e comercialização de produtos manipulados à apresentação de receita médica, quando inexigível prescrição.

A atividade fiscalizatória e sancionatória amparada na Resolução nº 67/2007 da ANVISA para restringir direitos ou impor obrigações não previstas em lei, ofende o princípio da legalidade e extrapola seu poder regulamentar, tendo em vista que a lei não exige que a manipulação, preparação, exposição e comercialização de produtos cosméticos e fitoterápicos sejam precedidas de prescrição médica.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, 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 outubro de 2020

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator(a) do processo

### RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Oliveira & Witcell Ltda, nos autos do mantado de segurança de n. 0805867-30.2020.8.12.0001, em que contende com o Município de Campo Grande e a Diretora de Vigilância Em Saúde da Secretaria de Saúde deste Município, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – o fundamento de que o seu mandado de segurança foi impetrado contra lei em tese, não procede, eis que baseou-se na ameaça concreta a direito líquido e certo de manipular, expor e estocar produtos e medicamentos manipulados isentos, impondo ato administrativo de efeitos concretos imediatos o qual, consistente na autuação de qualquer estabelecimento que continue tal prática; e,

2 – inexiste razão válida para dificultar a comercialização de produtos e medicamentos isentos, livre de prescrição, em estabelecimentos farmacêuticos, havendo sim a expressa permissão nas resoluções do Conselho Federal de Farmácio e da Anvisa, habilitando a suplicante para tais atos.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, concedendo-se a segurança, ordenando que a apelada se abstenha de autuar a apelante por ocasião da manipulação, exposição, estoque gerencial (Pequeno estoque para suprir uma venda semanal), comercialização de produtos cosméticos, fitoterápicos, suplementos, nutracêuticos, saneantes, domissanitários e similares manipulados, independente de prescrição prévia.

O reclamo foi respondido, batendo-se o Município de Campo Grande pelo não provimento do mesmo.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento da súplica.

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator(a))

Oliveira & Witcell Ltda, nos autos do mantado de segurança de n. 0805867-30.2020.8.12.0001, em que contende com o Município de Campo Grande e a Diretora de Vigilância Em Saúde da Secretaria de Saúde deste Município, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

A recorrente propôs o presente feito, alegando, em resumo, que: pleiteia a concessão de segurança preventiva, contra possível ato da autoridade coatora que inquina de ilegalidade, consistente na aplicação de sanção a farmácias pela comercialização de produtos e medicamentos isentos de prescrição médica, por entender que devam ser precedidos de ordem de manipulação ou receita médica; se trata de farmácia de manipulação, que é autorizada a produzir e vender produtos farmacêuticos livremente e, inclusive, estocar o produto finalizado para a venda cotidiana; a Vigilância Sanitária fundamenta o ato restritivo na definição de preparação magistral contida na RDC nº 67/2007 da Anvisa, norma que regula as boas práticas de farmácias de manipulação; a autoridade coatora vem entendendo, de forma equivocada, que a referida resolução proíbe a atividade do farmacêutico de manipular e vender através de "e-commerce" produtos manipulados, sem receita médica e individualização do paciente, restringindo assim a atividade que é própria das farmácias de manipulação; e, não há dispositivo legal que proíba a atividade em comento, apontando que a RDC 67/2007 ofende o princípio da legalidade, o princípio da livre iniciativa e o exercício legal da profissão. Por fim, requereu a concessão de liminar e a concessão da segurança, ao final, para os fins de determinar que a impetrada se abstenha de aplicar-lhe qualquer tipo de sanção por ocasião da manipulação, exposição, entrega, possuir pequeno estoque gerencial e comercializar os medicamentos, produtos e manipulados isentos de prescrição médica, sem a necessidade de apresentação de prescrição.

O pedido de liminar foi indeferido (p. 335-337), mas admitido no agravo de instrumento interposto contra a respectiva decisão (p. 416-417 / 423-438).

Através da sentença de páginas 384-386, foi denegada a segurança.

Pois bem. Verifico, no presente caso, que assiste razão à suplicante, quanto à necessidade de reforma da sentença por ela combatida.

Cabimento do Mandado de Segurança

O Juízo de primeiro grau concluiu que a hipótese dos autos não cabe mandado de segurança, por ser contra lei em tese e que no mandado de segurança preventivo deve ser demonstrado que o ato indicado como coator está na iminência de ser praticado, bem como concluiu não haver ilegalidade.

Entretanto, não se trata de mandado de segurança contra lei em tese, pois a restrição de manipulação, exposição, entrega, pequeno estoque gerencial e comercialização de produtos e medicamentos manipulados que não exigem prescrição médica, foi imposta por meio de Resolução – RDC n. 67/07 – em evidente desconformidade com a Legislação Federal Federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973 (Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos) e a Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 (trata da Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos), as quais permitem a manipulação, dispensação e comercialização de produtos manipulados à apresentação de receita médica, quando inexigível prescrição.

Logo, a Resolução n. 67/07 da ANVISA, a bem da verdade, trata-se de ato normativo regulamentar que extrapola legislações específicas (Leis n. 5.999/73 e 6.360/76) ao obstar de forma irrestrita a manipulação de medicamentos, em clara ofensa ao princípio da legalidade.

A respeito:

> *MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO. PRETENSÃO DE OBSTAR A APLICAÇÃO DE SANÇÃO POR OCASIÃO DA MANIPULAÇÃO, EXPOSIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS MANIPULADOS E MEDICAMENTOS ISENTOS DE PRESCRIÇÃO MÉDICA. Restrição imposta pela Resolução de Diretoria Colegiada. RDC nº 67/07, da ANVISA. Sentença que concedeu a segurança. Recurso da Municipalidade buscando a inversão do julgado. Desacolhimento. Vedação introduzida por Resolução. Ato normativo regulamentador que extrapola a legislação que o originou. Inteligência das Leis federais nºs 5.991/73 e 6.360/76, e das Resoluções do Conselho Federal de Farmácia nºs 467/07, 477/08 e 546/11, que não exigem a apresentação de receituário médico para a manipulação de produtos e medicamentos dispensados de prescrição médica. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Recursos oficial e voluntário improvidos."* (TJSP; AC 1001402-90.2019.8.26.0210; Ac. 13045151; Guaíra; Décima Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Aroldo Mendes Viotti; Julg. 16/01/2012; DJESP 07/11/2019; Pág. 3000)

Assim, a pretensão é passível de ser amparada por mandado de segurança preventivo.

Mérito

Quanto ao mérito da ação constituicional, propriamente dito, conforme este relator se manifestou quando do julgamento do agravo de instrumento n. 1402018-04.2020.8.12.0000, interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de liminar, a pretensão da requente quanto a concessão, merece acolhimento.

A Lei Federal nº 5.991/73 estabelece que:

> *"CAPÍTULO III - Da Farmácia Homeopática*
>
> *Art. 9º - O comércio de medicamentos homeopáticos obedecerá às disposições desta Lei, atendidas as suas peculiaridades.*
>
> *Art. 10 - A farmácia homeopática só poderá manipular fórmulas oficinais e magistrais, obedecida a farmaco-técnica homeopática. Parágrafo único. A manipulação de medicamentos homeopáticos não constantes das farmacopéias ou dos formulários homeopáticos depende de aprovação do órgão sanitário federal.*
>
> *Art. 11 - O Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia baixará instruções sobre o receituário, utensílios, equipamentos e relação do estoque mínimo de produtos homeopáticos.*

*Art. 12 - É permitido às farmácias homeopáticas manter seções de vendas de correlatos e de medicamentos não homeopáticos quando apresentados em suas embalagens originais.*

*Art. 13 - Dependerá da receita médica a dispensação de medicamentos homeopáticos, cuja concentração de substância ativa corresponda às doses máximas farmacologicamente estabelecidas. Art.*

*14 - Nas localidades desprovidas de farmácia homeopática, poderá ser autorizado o funcionamento de posto de medicamentos homeopáticos ou a dispensação dos produtos em farmácia alopática."*

Como se vislumbra, a Lei Federal nº 5.991/73 (que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos) não exige que a manipulação, preparação, exposição e comercialização de produtos fitoterápicos e cosméticos sejam precedidas de prescrição médica, mas apenas para a dispensação destes quando possuírem concentração de substância ativa nas doses máximas farmacologicamente estabelecidas.

A Resolução nº 67/07 da ANVISA, ao restringir direitos ou impor obrigações não previstas em lei, ofende o princípio da legalidade, extrapolando os limites previstos nas normas que dispõem sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, que lhe são hierarquicamente superiores.

O tema em discussão já foi objeto de acolhimento nesta Primeira Câmara Cível em processos semelhantes, vejamos:

*APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – VEDAÇÃO À MANIPULAÇÃO, EXPOSIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS FITOTERÁPICOS – RESOLUÇÃO N.º 67/2007 DA ANVISA – RESTRIÇÃO NÃO ESTABELECIDA EM LEI – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. A atividade fiscalizatória e sancionatória amparada na Resolução nº 67/2007 da ANVISA para restringir direitos ou impor obrigações não previstas em lei, ofende o princípio da legalidade e extrapola seu poder regulamentar, tendo em vista que a lei não exige que a manipulação, preparação, exposição e comercialização de produtos cosméticos e fitoterápicos sejam precedidas de prescrição médica.* (TJMS. Apelação Cível n. 0826338-04.2019.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 30/09/2020, p: 02/10/2020)

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – SENTENÇA TORNADA INSUBSISTENTE – PRETENSÃO QUE PODE SER AMPARADA POR MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Considerando que a Resolução n. 67/07 da ANVISA, trata-se de ato normativo regulamentar que extrapola legislações específicas (Leis n. 5.999/73 e 6.360/76) em obstar de forma irrestrita a manipulação de medicamentos, em clara ofensa ao princípio da legalidade, a pretensão da impetrante pode ser amparada por mandado de segurança preventivo, decorrente da real possibilidade de atuação e eventual sanção pela Vigilância Sanitária. Sentença que indeferiu a inicial tornada insubsistente. Recurso conhecido e provido.* (TJMS. Apelação Cível n. 0816479-61.2019.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j: 29/01/2020, p: 02/02/2020)

*EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – RECURSO VOLUNTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – VEDAÇÃO À MANIPULAÇÃO, EXPOSIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS FITOTERÁPICOS – RESOLUÇÃO N.º 67/2007 DA ANVISA – RESTRIÇÃO NÃO ESTABELECIDA EM LEI – ART. 5º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SENTENÇA RATIFICADA, COM O PARECER. A Resolução n. 67/2007, da Anvisa, extrapola o poder regulamentar e ofende o art. 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Não existindo respaldo nas Leis nºs 5.991/73 e 6.360/76, deve ser reconhecido o direito líquido e certo da farmácia de manipulação no que concerne à preparação, exposição e comercialização de produtos fitoterápicos, independente de prescrição. Sentença ratificada, com o parecer*

*Recurso não provido. Remessa Necessária não provida.* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária n. 0807557-36.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 22/04/2019, p: 23/04/2019)

*EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO – RESOLUÇÃO 67/2007 DA ANVISA – VEDAÇÃO À PREPARAÇÃO, EXPOSIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS FITOTERÁPICOS – RESTRIÇÃO NÃO ESTABELECIDA NA LEI – RECURSO NÃO PROVIDO. Lei Federal nº 5.991/73 (que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos) não exige que a manipulação, preparação, exposição e comercialização de produtos fitoterápicos e cosméticos sejam precedidas de prescrição médica, de modo que a Resolução nº 67/07 da ANVISA, ao restringir direitos ou impor obrigações não previstas em lei, ofende o princípio da legalidade, extrapola seu poder regulamentar.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1404080-56.2016.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 29/08/2017, p: 04/09/2017)

Portanto, reconheço a existência de ameaça a direito líquido e certo, consubstanciado nas próprias manifestações da parte impetrada nos autos, defendendo o ato normativo e apontando a ilicitude da conduta da impetrante em face da proibição regulamentada pela autarquia especial.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de apelação de Oliveira & Witcell Ltda para reformar a sentença e conceder a segurança, determinando que a autoridade coatora se abstenha de infligir sanções à impetrante e suas filiais pela "manipulação, exposição, estoque gerencial (Pequeno estoque para suprir uma venda semanal), comercialização de produtos cosméticos, fitoterápicos, suplementos, nutracêuticos, saneantes, domissanitários e similares manipulados", quando isentos de pontual imperativo expresso de prescrição médica, por força de suas prerrogativas profissionais conferidas pela Resolução 467/2007 do Conselho Federal de Farmácia.

Sem honorários e majoração.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 30 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
## Agravo de Instrumento nº 1411935-47.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, CORPORAIS E ESTÉTICOS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – ALIENAÇÃO DO VEÍCULO ANTERIOR AO ACIDENTE DE TRÂNSITO – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO DETRAN – IRRELEVÂNCIA – APLICAÇÃO DA SÚMULA 132 DO STJ – PROVAS FRÁGEIS ACERCA DA ALIENAÇÃO – DECISÃO MODIFICADA - RECURSO PROVIDO.

É certo que, em se tratando de bem móvel, a transferência do domínio opera-se com a tradição, ou seja, mediante entrega da coisa alienada ao adquirente, a teor do que dispõe o artigo 1.226 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, nos termos da súmula n. 132, sedimentou o entendimento de que a ausência de registro da transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado.

Não restando suficientemente comprovado documentalmente nos autos que a alienação do veículo e sua tradição se deram anteriormente ao acidente automobilístico, não há que se reconhecer a ilegitimidade passiva do agravado, sendo imprescindível a instrução processual a fim de provar que a venda do veículo ocorreu em momento pretérito ao sinistro.

### 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, 30 de outubro de 2020

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Thaline Fernanda dos Santos Maciel, nos autos de ação de indenização por danos morais, corporais e estéticos de n. 0836631-67.2018.8.12.0001, em que contende com Celso Oliveira Ferreira e Claudio Luis da Silva, interpõe recurso de agravo de instrumento.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – ajuizou a presente demanda alegando que, em outubro de 2017, foi vítima de acidente de trânsito após colisão entre a motocicleta na qual a agravante estava na condição de passageira e o automóvel conduzido por Claudio Luis da Silva, de propriedade do agravado Celso Oliveira Ferreira;

2 – estava gestante à época dos fatos e que, devido à violência do impacto, sofreu diversas lesões graves que, inclusive, acarretaram a perda gestacional, tendo o sinistro lhe causado danos de ordem física, psicológica e moral;

3 – não deve prosperar a decisão singular que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do agravado Celso Oliveira Ferreira;

4 – sustenta que as declarações acerca da transferência do domínio do veículo envolvido no acidente para terceiros, juntadas nos autos originários pelo requerido Celso Oliveira Ferreira, não têm o condão de afastar a responsabilidade solidária deste, eis que teriam sido produzidas exclusivamente para eximi-lo de figurar no polo passivo da demanda;

5 – ressalta, ainda, que não foi localizado o documento de comunicação de venda ao DETRAN/MS, bem como a inexistência de qualquer prova documental que demonstre que a tradição do automóvel se deu em momento anterior ao acidente.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do reclamo.

Sobreveio decisão monocrática, recebendo o recurso apenas em seu efeito devolutivo (p.240-244).

O reclamo foi respondido, batendo o recorrido pelo desprovimento do agravo de instrumento (p. 253-263).

## VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Thaline Fernanda dos Santos Maciel, nos autos de ação de indenização por danos morais, corporais e estéticos de n. 0836631-67.2018.8.12.0001, em que contende com Celso Oliveira Ferreira e Claudio Luis da Silva.

A decisão recorrida foi proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, em relação ao requerido Celso Oliveira Ferreira, nos seguintes termos:

> *"(...) Na espécie, a presente demanda foi proposta em desfavor de Celso Oliveira Ferreira e Cláudio Luis da Silva, porque, segundo constou da inicial, o primeiro seria o proprietário e o segundo o condutor do veículo GM/Monza SL/E, placa HQW 3216, envolvida no acidente que vitimou a autora.*
>
> *Contudo, segundo se infere das declarações anexadas às fls. 185/186 e 187/188, o veículo foi alienado a terceiros em meados de dezembro de 2016, sem que houvesse a regular transferência do bem, daí por que exsurge desse contexto fático a ilegitimidade passiva do réu Celso Oliveira Ferreira.*
>
> *Vale ressaltar que inexistem evidências de parentesco entre os réus e que o fato de o registro da venda não ter sido concretizado perante o DETRAN/MS não impede o reconhecimento da ilegitimidade, pois, como se sabe, a tradição é o meio pelo qual se transfere a propriedade de coisa móvel no ordenamento jurídico pátrio, nos termos dos artigos 1.226 e 1.267 do Código Civil, in verbis:*
>
> *"Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição"*
>
> *(...)*

*"Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição"*

*Dessa forma, uma vez comprovado que o veículo conduzido pelo requerido Cláudio Luis da Silva à época dos fatos já não pertencia mais ao réu Celso Oliveira Ferreira, é de rigor acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, consoante reiterada jurisprudência nesse sentido:*

*"APELAÇÃO CÍVEL INDENIZAÇÃO ACIDENTE DE TRÂNSITO RESPONSABILIDADE CIVIL PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ANTERIOR PROPRIETÁRIO ALIENAÇÃO DO VEÍCULO A TERCEIRO ANTES DO SINISTRO AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA ADMINISTRATIVA IRRELEVÂNCIA TRANSMISSÃO QUE SE DÁ PELA TRADIÇÃO ALIENAÇÃO PROVADA POR OUTROS ELEMENTOS ACOLHIDA RECURSO PROVIDO SENTENÇA ULTRA PETITA NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA RECONHECIDA DE OFÍCIO. 1. É parte ilegítima para responder por danos decorrentesde acidente de trânsito, o proprietário anterior do veículo que o alienou a terceiro, em data anterior aos fatos, sendo irrelevante a ausência de transferência administrativa, quando por outros elementos se puder comprovar a venda. 2. Configura-se ultra petita a sentença que condena a parte ao pagamento de verba que não integrou o elenco de pedidos formulados na inicial. Tal não implica a nulidade da decisão na sua integralidade, mas apenas da parte que extrapolou o pedido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0818720-52.2012.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 20.02.2018)

*Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva e, por consequência, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação ao réu Celso Oliveira Ferreira, o que faço na forma do art. 485, VI, do CPC.*

*Condeno a autora ao pagamento de honorários em favor do advogado do réu, que fixo em R$ 2.500,00 para cada, cuja exigibilidade ficará suspensa em razão da gratuidade da justiça.(...)".*

Conforme relatado, a agravante apresenta o seu inconformismo em relação à decisão singular que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do agravado Celso Oliveira Ferreira, argumentando que as declarações acerca da transferência do domínio do veículo envolvido no acidente para terceiros, juntadas nos autos originários pelo requerido Celso Oliveira Ferreira, não têm o condão de afastar a responsabilidade solidária deste, eis que teriam sido produzidas exclusivamente para eximi-lo de figurar no polo passivo da demanda; bem como não ter sido localizado o documento de comunicação de venda ao DETRAN/MS ou a existência de qualquer prova documental que demonstre que a tradição do automóvel se deu em momento anterior ao acidente.

Pois bem. É certo que, em se tratando de bem móvel, a transferência do domínio opera-se com a tradição, ou seja, mediante entrega da coisa alienada ao adquirente, a teor do que dispõe o artigo 1.226 do Código Civil.

*"Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição."*

Entretanto, em se tratando de veículo, o registro junto ao órgão de trânsito é a prova da propriedade do automóvel, não se desconhecendo ser comum ocorrerem alienações sem que estas sejam levadas a registro perante o Departamento de Trânsito – situação que, como é cediço, é informal e irregular na esfera administrativa.

Neste rumo, o Superior Tribunal de Justiça, nos termos da súmula n. 132, sedimentou o entendimento de que a ausência de registro da transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado.

Sendo assim, cabe ao interessado comprovar a alienação do veículo e que a transação foi consumada antes da data do acidente, por se tratar de fato impeditivo ao exercício do direito da parte autora, a teor do que prescreve o artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil[1].

No caso em tela, a despeito do entendimento do Juízo singular, tenho que o requerido Celso Oliveira Ferreira deve compor o polo passivo desta ação.

Isso porque os elementos constantes nos autos não consistem em provas suficientemente robustas a comprovar que, de fato, o automóvel envolvido no acidente foi objeto de negócio jurídico (permuta) celebrado entre o requerido Celso Oliveira Ferreira e Valdir Pereira, em momento anterior ao sinistro.

Outrossim, tampouco restou devidamente demonstrado que, após a celebração da referida avença, no ano de 2017, o veículo foi vendido para Rosileide C. Sebastião, que, por sua vez, vendera o bem a terceiro, sem que houvesse o devido registro junto ao órgão de trânsito responsável.

Tal conclusão decorre do fato de que o requerido Celso Oliveira Ferreira suscita a sua ilegitimidade passiva para compor o polo passivo da ação tão somente com esteio nas declarações prestadas de próprio punho por Valdir Pereira e Rosileide C. Sebastião (p. 186-189 dos autos originários), as quais, além de estarem desacompanhadas de qualquer documento capaz de corroborar o alegado (como contratos, recibos, transferência de valores, por exemplo), foram confeccionadas em momento posterior ao sinistro e contemporâneo à defesa do demandado.

Desta feita, tendo em vista a fragilidade das provas carreadas aos autos e havendo dúvida quanto à legitimidade passiva do agravado, é certo que a matéria deve ser submetida à cognição exauriente e examinada após a instrução probatória, eis que imprescindível oportunizar o debate acerca da questão posta ao crivo do Juízo, notadamente a fim de comprovar se houve, de fato, a tradição ou não do automóvel ao terceiro.

Assim, evidente que a situação dos autos aproxima-se da hipótese destacada pela autora, pois, até prova em contrário, se trata de responsabilidade solidária entre o condutor do veículo e o seu proprietário.

Destarte, não comprovado a contento que o veículo foi alienado em momento anterior ao evento lesivo narrado nos autos, não há que se reconhecer, ao menos neste momento processual e com supedâneo tão somente nas provas encartadas nos autos, a ilegitimidade passiva de Celso Oliveira Ferreira.

Por oportuno, destaca-se o seguinte julgado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DECISÃO QUE RECONHECEU A ILEGITIMIDADE DA PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO AUTOMOTOR PARA SER DEMANDADA JUNTO COM O CONDUTOR DO AUTOMÓVEL, EM RAZÃO DE SUPOSTA VENDA ANTERIOR AO EVENTO DANOSO – QUESTÃO QUE DEPENDE DE APROFUNDAMENTO DA COGNIÇÃO E, PORTANTO, DEVE SER ANALISADA APÓS O FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1412959-47.2019.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 08/04/2020, p: 13/04/2020)

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a decisão objurgada e reconhecer a legitimidade passiva do agravado Celso Oliveira Ferreira.

---

1 Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

## 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. Marcos José de Brito Rodrigues

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 30 de outubro de 2020.

***

## Órgão Especial
## Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
## Direta de Inconstitucionalidade nº 1411132-64.2020.8.12.0000

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PLEITO DE URGÊNCIA – LEI N. 3.463/18 DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS – INSTITUIÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DE ESPORTE DE BASE – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES BEM COMO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR EXCESSO DE PRAZO PARA REJEIÇÃO DO VETO – FUMAÇA DO BOM DIREITO – DEMONSTRADA – PERIGO NA DEMORA – PRESENTE – REQUISITOS PREENCHIDOS – CAUTELAR DEFERIDA.

Tendo em vista que a lei impugnada, de iniciativa do Poder Legislativo, trata da criação de um fundo de esporte de base e tal fato adentra em competência privativa do Chefe do Poder Executivo, há demonstração, perfunctória, de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes, sendo evidente a inconstitucionalidade formal. Ainda que assim não fosse, a legislação mencionada também teria inconstitucionalidade material na medida em que a rejeição do veto deu-se fora do prazo legal, o que demonstra a fumaça do bom direito.

Outrossim, o perigo na demora também se faz presente, tendo em vista que a norma em questão causa embaraço orçamentário e evidente oneração aos cofres públicos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e, com o parecer, deferiram a medida cautelar, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de novembro de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Prefeito de Três Lagoas contra a Câmara de Vereadores daquela Cidade, pretendendo obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal de n. 3.463/18.

O requerente, em síntese, alega que:

1- a norma em questão possui vício de formalidade, tendo em vista que a criação de fundo municipal de esporte de base é matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local e, não de iniciativa do Poder Legislativo, nos termos dos arts. 13; 25; 89, XII;160, §4º, I; e 165, IX, todos da CE, o que acaba por violar o princípio da harmonia e separação de poderes e incorre em inconstitucionalidade formal;

2- a legislação mencionada possui ainda vício material, uma vez que desrespeita o princípio do devido processo legal na medida em que não observou o disposto no art. 70, §§4º e 6º, da CE, pois se o conhecimento

do veto deu-se em 23/11/2018, a derrubada deste deveria acontecer em 30 dias ou na sessão seguinte imediata, o que, no entanto, só ocorreu aos 09/06/2020, possuindo, portanto, inconstitucionalidade material.

Pede, assim, a concessão de cautelar para suspender liminarmente a eficácia da aludida norma, considerando os vícios apontados e a necessidade de urgência no acolhimento do pleito de urgência, sob pena de sua ineficácia.

O despacho da p. 44-45, determinou a intimação das autoridades que produziram o normativo, bem como da Procuradoria-Geral de Justiça para manifestar acerca da cautelar.

A Câmara Municipal de Vereadores, embora intimada na pessoa do seu Presidente, deixou transcorrer o prazo sem manifestação (p. 49 e 54).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo deferimento do pedido cautelar (p. 58-62).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Prefeito de Três Lagoas contra a Câmara de Vereadores daquela Cidade, pretendendo obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal de n. 3.463/18.

O requerente alega que a norma em questão possui vício de formalidade, tendo em vista que a criação de fundo municipal de esporte de base é matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local e, não de iniciativa do Poder Legislativo, nos termos dos arts. 13; 25; 89, XII;160, §4º, I; e 165, IX, todos da CE, o que acaba por violar o princípio da harmonia e separação de poderes e incorre em inconstitucionalidade formal.

Sustenta, outrossim, que a legislação mencionada possui ainda vício material, uma vez que desrespeita o princípio do devido processo legal na medida em que não observou o disposto no art. 70, §§4º e 6º, da CE, pois se o conhecimento do veto deu-se em 23/11/2018, a derrubada deste deveria acontecer em 30 dias ou na sessão seguinte imediata, o que, no entanto, só ocorreu aos 09/06/2020, possuindo, portanto, inconstitucionalidade material.

Como é cediço, a concessão de medida cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, está condicionada à presença dos pressupostos exigidos para toda e qualquer ação cautelar, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

A medida cautelar deverá ser examinada pelo Colegiado, nos seguintes moldes:

> *Art. 517. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias.*
>
> *§ 1º Em caso de urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, cujo julgamento será feito independentemente de pauta.*
>
> *§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, no prazo de três dias. § 3º No feriado forense, caberá ao Presidente do Tribunal de Justiça ou seu substituto apreciar o pedido de liminar, redistribuindo-se a ação, posteriormente; concedida a liminar pelo*

*Presidente ou seu substituto, a decisão será submetida à deliberação do colegiado para ratificá-la ou revogá-la.*

*§ 4º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato.*

*§ 5º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva lhe conceder eficácia retroativa.* (Destaque)

Ainda, com relação à concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina pátria entende ser medida extrema, pois há presunção *juris tantum* da constitucionalidade da legislação, conforme esclarece Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional, 24.ª edição, p. 747:

*"O art. 102, I, p, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, 'segundo axioma incontroverso, a lei se presume inconstitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário."*

No caso vertente, tenho que os requisitos para concessão da cautelar encontram-se presentes.

Isso porque, da análise perfunctória da norma impugnada, Lei Municipal de n. 3.463/18, percebe-se que a legislação mencionada possui tanto vício de inconstitucionalidade formal quanto material, o que preenche um dos pressupostos para subsidiar o deferimento do pleito de urgência.

Com efeito, no que diz respeito à inconstitucionalidade formal, infere-se que há, em tese, violação ao princípio da harmonia e separação dos poderes, nos termos do art. 2º, da Constituição Federal, e também dos arts. 2º e 14, da Constituição Estadual, tendo em vista que a criação de fundo municipal de esporte de base é matéria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo e, não de iniciativa do Poder Legislativo. Confira-se:

*Art. 13. Os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição Federal, por esta Constituição e pelas respectivas Leis Orgânicas.* (destacado)

*Art. 89.* ***Compete privativamente*** *ao Governador do Estado:*

*XII - enviar à Assembleia Legislativa o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento;* (destacado)

*Art. 160. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

*§ 4º A lei orçamentária anual compreenderá:*

*I -* ***orçamento fiscal referente aos Poderes do Estado, seus fundos,*** *órgãos e entidades da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público;* (destacado)

*Art. 165. São vedados:*

*IX -* ***a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa;*** (destacado)

Destarte, percebe-se que a norma impugnada, de iniciativa do Poder Legislativo de Três Lagoas, ao criar um fundo de esporte de base acaba por adentrar em matéria de competência privativa do Chefe do Poder

Executivo, o que a torna formalmente inconstitucional, dado o vício de iniciativa e ofensa ao princípio de separação dos poderes.

Em sentido semelhante:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.* ***Lei nº 7.138, de 20 de junho de 2013, do Município de Guarulhos, que institui o Fundo Municipal de Segurança Pública. Iniciativa Parlamentar. Ingerência na Administração Pública. Vício material e Formal.*** *Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, item 2, 47, II e XIV, XIX, "a", 174, III c.c. § 4º, item 1, 176, inciso IX e 144 da Constituição Estadual.* ***Reconhecimento de vício de iniciativa e de Separação dos Poderes****. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente, com efeito ex tunc.* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2001634-36.2019.8.26.0000; Relator (a) Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 14/08/2019; Data de Registro: 15/08/2019). Destacado

> *I. Ação Direta de Inconstitucionalidade.* ***Lei municipal de origem parlamentar que dispôs sobre "a criação do Fundo Municipal*** *de Turismo de Santa Bárbara d'Oeste". Fundo público vinculado à Secretaria Municipal de Cultura e Turismo. Conjunto de bens e recursos a ser administrado por órgão da administração, cujas atribuições foram também modificadas pela norma. Lei que determina, ainda, a Secretário Municipal a designação de um servidor para executar os serviços administrativos do fundo.* ***II. Configurado vício formal de constitucionalidade, atinente à iniciativa do processo legislativo, por tratar a lei de criação de fundo vinculado a órgão da administração pública e por esse gerido.*** *Violação aos artigos 5º, caput, e 24, §2º, 2, ambos da Constituição Estadual. III. Inconstitucionalidade também no aspecto material, quanto às disposições relacionadas à organização administrativa. Criação de atribuições a órgãos e servidor subordinados ao Poder Executivo. Ofensa aos artigos 5º, caput, e 47, inciso XIX, ambos da Constituição Estadual. IV. Precedentes recentes deste Órgão Especial. Liminar convalidada. Pedido julgado procedente.* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2077814-98.2016.8.26.0000; Relator (a): Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 10/08/2016; Data de Registro: 16/08/2016). Destacado

Ainda que assim não se entenda, percebe-se que a norma impugnada padece de inconstitucionalidade material, pois, como se infere dos autos, o veto foi derrubado pelo Poder Legislativo, aos 09/06/2020, ou seja, muito tempo após (mais de um ano e meio) de transcorrido o prazo de 30 dias do seu recebimento (23/11/2018 – p. 19-22) e/ou, depois de fluído tal lapso temporal, da sessão imediata de votação da Câmara de Vereadores, o que viola o disposto no art. 70, §§4º e 6º, da Constituição Estadual. Veja-se:

> *Art. 70.*
>
> *§ 4º* ***O veto será apreciado em trinta dias a contar de seu recebimento,*** *só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados, em escrutínio aberto. (destacado)*
>
> *§ 6º* ***Esgotado, sem deliberação, o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata,*** *sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.* (destacado)

Nesse sentido:

> *CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO MUNICIPAL, QUE CONCEDE DESCONTO DE ATÉ 15% NO IPTU PARA EMPRESAS E MUNÍCIPES QUE INSTALAREM CÂMERAS DE VIDEOMONITORAMENTO DE ALTA RESOLUÇÃO ("CIDADE VIGIADA") – LEI MUNICIPAL N. 3.425/2018, DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS, CUJO VETO FOI REJEITADO FORA DO PRAZO LEGAL – PROCESSO LEGISLATIVO VICIADO – ATO EQUIPARÁVEL À RENÚNCIA FISCAL, PRIVATIVO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA*

> *LEGALIDADE, HARMONIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES, ISONOMIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.* ***I – Padece de inconstitucionalidade formal e material a lei municipal, de iniciativa do legislativo, cujo veto foi rejeitado fora do prazo legal,*** *que concede desconto no IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), sem estudo de impacto financeiro, para empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento em frente aos seus estabelecimentos comerciais e residenciais. II – Muito embora a lei impugnada trate de matéria tributária, referida norma não consiste apenas em obrigar o Poder Executivo a implantar câmeras de videomonitoramento, mas igualmente em oferecer descontos no IPTU àqueles que cumprirem a norma, o que implica em renúncia de receita, matéria da competência privativa do Executivo, prevista na Lei Orgânica Municipal, que invade campo atinente ao orçamento público e atenta contra a Lei de Responsabilidade Fiscal.* (TJMS. Direta de Inconstitucionalidade n. 1412566-25.2019.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 04/06/2020, p: 10/06/2020). Destacado

Assim, como já dito, dessume-se a norma em questão possui inconstitucionalidade formal e material, vislumbrando-se, assim, a fumaça do bom direito.

Outrossim, o perigo na demora também se faz presente, tendo em vista que a legislação mencionada causa embaraço orçamentário e evidente oneração aos cofres públicos.

Portanto, presentes os pressupostos legais, entendo ser o caso de conceder a medida liminar pretendida.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, defiro o pedido cautelar de suspensão da eficácia da Lei Municipal n. 3.463/18, até o julgamento definitivo da presente ação.

À Secretaria Judiciária para a intimação da Câmara Municipal de Três Lagoas - MS para que, no prazo legal, preste as devidas informações, em assim compreendendo pela necessidade, e para comunicação da presente decisão.

Em seguida, dê-se vistas ao Ministério Público Estadual.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, deferiram a medida cautelar, nos termos do voto do relator.

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. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Presidente, Des. Julizar Barbosa Trindade, Vice-Presidente, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 18 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Nélio Stábile
## Apelação Cível nº 0000858-25.2009.8.12.0028 - Bonito

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ALEGADOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZOS AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA EM RELAÇÃO AO ARTIGO 10 DA LEI Nº 8.429/1992 – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DOLO (AINDA QUE GENÉRICO) OU MUITO MENOS CULPA, NO QUE SE REFERE AOS ALEGADOS ATOS QUE ACARRETAM PREJUÍZOS AO ERÁRIO – DISTRIBUIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS EM PERÍODO ELEITORAL COM ALEGADO OBJETIVO DE TROCA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL POR APOIO AO ENTÃO PREFEITO, CANDIDATO À REELEIÇÃO, NO PLEITO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA – AÇÃO ELEITORAL, COM ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO, EM QUE SE DISCUTIA HIPÓTESE COM IDÊNTICO FUNDAMENTO, FOI JULGADA IMPROCEDENTE, POR RECONHECER QUE A ALEGADA CONDUTA NÃO SE VERIFICOU – COISA JULGADA ADVINDA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA (ELEITORAL) INFLUENCIA NO JULGAMENTO DA QUESTÃO NA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL, MORMENTE SE O NÚCLEO-BASE DO FATO ATRIBUÍDO AO AGENTE PÚBLICO FOI TIDO POR INEXISTENTE NA AÇÃO ELEITORAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONDUTA ÍMPROBA – SENTENÇA 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, 8 de setembro de 2020.

Des. Nélio Stábile - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por José Arthur Soares de Figueiredo e outros contra a Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bonito, na Ação Cível Pública, por ato de Improbidade Administrativa movida por Ministério Público Estadual, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de condenar os Requeridos pela prática de ato de improbidade administrativa por prejuízo ao erário, nas seguintes penas:

> *"a) obrigação solidária de reparar o dano causado ao Município, com a restituição de 500 (quinhentas) cestas básicas à Secretaria de Assistência Social, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa de R$20.000,00 (vinte mil reais). b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos. c) proibição de contratar com 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 mesmo prazo. d) e condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento de R$30.000,00 (trinta mil reais), a título de indenização por dano difuso moral, com correção monetária pelo IGPM-FGV*

> *e juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e partir da data desta sentença de arbitramento (a correção monetária com base na Súmula de n. 362 do e. Superior Tribunal de Justiça; neste capítulo, a quantia também deverá ser depositada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos".*

Os Apelantes requerem a reforma da Sentença, para que o pedido seja julgado improcedente, ao argumento de que o Juízo *a quo* teria utilizado como fundamento para julgar procedente o pedido o convencimento adotado no julgamento de representação eleitoral por captação ilícita de sufrágio e uso indevido de verbas públicas, o qual foi modificado tanto pelo E. Tribunal Regional Eleitoral quanto pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, que entenderam não haver qualquer ilícito e muito menos utilização de programas sociais de forma indevida. Argumentam que nem o Recorrido e nem a Sentença apontaram quais seria os beneficiários que receberam cestas básicas sem estarem devidamente cadastrados no programa social do município, não havendo, ainda, o apontamento do número de cestas, o que torna sem fundamento a alegação de que os Réus, em época de campanha eleitoral e em conluio, teriam doado cestas básicas pertencentes ao município de Bonito, com o fito de obter votos. Asseveram que não há qualquer cometimento de ilícito que possa caracterizar a prática de improbidade administrativa, não havendo, na hipótese, qualquer prejuízo ao erário, posto que a administração conduzida pelo Apelante *José Arthur*, então Prefeito de Bonito, efetivava a entrega de cestas básicas todos os anos, independentemente de ser ano eleitoral. Ponderam que, conforme já decidido na Justiça Eleitoral, para que reste caracterizado o ilícito em questão, de entrega de cestas básicas do município a pessoas não cadastradas em programas sociais, para obtenção de voto, é necessária a caracterização do dolo, o que não restou demonstrado no decorrer da ação. Aduzem que não há comprovação de que as duas testemunhas ouvidas em Juízo tenham recebido qualquer cesta básica. Alega que não procede a condenação baseada em presunções genéricas, sem prova efetiva do quanto alegado na inicial. Afirmam que não há individualização das condutas descritas na inicial e, muito menos, fora respeitado o contraditório na fase da apuração dos supostos delitos, haja vista que as supostas provas foram colhidas no bojo de inquérito civil, sem a participação dos investigados. Alternativamente, requerem a diminuição da condenação, para que seja imposto apenas o pagamento de multa e ou de recolhimento das custas processuais.

Em contrarrazões de f.1.993/2013, o Recorrido rechaça as alegações do recurso, alegando que há provas suficientes para sustentar a condenação dos Recorrentes. Requer a manutenção da Sentença nos termos em que lançada e o consequente desprovimento deste Apelo.

Em Parecer de f.2.026/2.036, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

## VOTO (EM 28/07/2020)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

I – O Recorrido aduz, na inicial da Ação de Improbidade Administrativa, que os Apelantes teriam praticado os atos descritos no artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, que estabelece:

> *Seção II*
>
> *Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário*
>
> *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:*

Ao fim da inicial, o *Parquet* requer sejam os Recorrentes condenados nas penas do artigo 12, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que dispõe:

> *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:*
>
> *II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, 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;*

Assim, cumpre analisar se nas condutas narradas na petição inicial, e atribuídas aos Apelantes, quais sejam, José Arthur (o então Prefeito Municipal de Bonito), Conceição Izabel (então Secretária Municipal de Assistência Social de Bonito), Pedro Aparecido (então Vereador do município de Bonito) Valdirnei (o então servidor público municipal), é possível identificar alguma adequação ao tipo narrado no caput do artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa (acima transcrito).

Consoante consta resumidamente nos autos, o Ministério Público Estadual propôs a presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra os requeridos, alegando que os Apelantes, em conluio, durante o período de campanha para as eleições municipais de 2008, arquitetaram um esquema de doação de cestas básicas pertencentes ao Município de Bonito, com o fim de obter votos para o então candidato à reeleição, José Arthur Soares de Figueiredo. Conforme alegação contida na inicial, a distribuição das cestas básicas à população, supostamente em troca de votos para a reeleição do prefeito, ficava a cargo da Apelante Conceição Izabel Aivi de Figueiredo, primeira-dama e Secretária Municipal de Assistência Social à época, e contava com o auxílio dos demais Réus. Consta, ainda, que muitos dos beneficiados pelas cestas básicas não eram cadastrados na Secretaria de Assistência social para o recebimento do auxílio, e sequer haviam comparecido ao local para pleitear assistência do Município.

Pela análise das provas contidas nos autos, não vislumbro a prática de ato de improbidade administrativa capaz de gerar as condenações previstas na Lei Federal nº 8.429/1992.

II – Relativamente à suposta lesão ao erário municipal, por distribuição de cestas básicas adquiridas pela municipalidade em troca de suposto apoio, por meio de voto em eleições municipais, a um dos Apelantes, tenho que a ação deve ser julgada improcedente por um singelo motivo: o móvel dos então requeridos, que seria a troca das cestas básicas por votos dos eleitores do município de Bonito, ao candidato à reeleição e Requerido José Arthur Soares de Figueiredo, foi tido por inexistente, no Recurso Eleitoral nº 1.316, julgado pelo E. Tribunal Regional Eleitoral (Acórdão a f.1.625/1.629 e Voto condutor a f.1.602/1.622 destes autos), por não haver prova robusta da prática de ilícito eleitoral, além de restar provado que o programa social de entrega de cestas básicas a munícipes, da forma como alegada naqueles e nestes autos, é anterior ao pleito eleitoral. O Acórdão proferido no referido Recurso Eleitoral foi mantido em Embargos de Declaração opostos contra aquele Decisum (Acórdão a f. 1.697/1.701). O Acórdão em epígrafe transitou em julgado em 28.09.2009 (Certidão de trânsito em julgado da Justiça Eleitoral a f.1.710).

Assim, em tendo sido a Representação Eleitoral nº 219/2008 julgada improcedente, por Acórdão proferido no Recurso Eleitoral nº 1.316, restou afastada a tese de ocorrência de captação ilícita de sufrágio, por abuso do poder econômico ou político, com o uso da máquina administrativa, para fins de consecução de apoio em eleição municipal em troca de cestas básicas. Restou assentado, ainda, no Acórdão da Justiça Eleitoral, a constatação de que o programa social de distribuição de cestas básicas era preexistente à eleição, não sendo meramente criado naquele período para favorecer o candidato à reeleição no pleito municipal.

É evidente que as esferas cíveis e eleitorais são independentes e autônomas, sendo que, ordinariamente, as decisões proferidas em uma das Justiças não têm o condão de alterar a condução ou entendimento a ser adotado por outra esfera jurisdicional. Todavia, no caso específico dos autos, em que a suposta finalidade para a distribuição de cestas básicas em período eleitoral não restou provada; e, ainda, restou evidenciado que o programa social era preexistente ao período eleitoral, não se evidenciando que foi redirecionado para

beneficiar o então prefeito, candidato à reeleição nas eleições municipais, entendo que é o caso de aplicação, por analogia e subsidiariamente, do disposto no artigo 935, do Código Civil, que estabelece:

> *Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

Dessa forma, em restando estabelecido na Justiça Eleitoral, que é Justiça Especializada em relação a esta Justiça Comum, por Acórdão do E. Tribunal Regional Eleitoral transitado em julgado, que o fato que motivou o ajuizamento desta Ação Civil Pública (utilização indevida de cestas básicas de programa de assistência municipal para beneficiamento de candidato à reeleição municipal) não ocorreu, tal circunstância não pode ser revista ou mesmo modificada por esta Justiça Comum Estadual, sob pena de se afrontar a segurança jurídica que devem guardar as decisões transitadas em julgado. E, em não restando caracterizada a captação ilícita de sufrágio, por não restar provado o desvio de finalidade no uso de cestas básicas oriundas de programa assistencial do município, tem-se, então, que a distribuição daquelas cestas não caracteriza prejuízo ao erário, posto que demonstrado que não fora utilizado para fins pessoais e ou eleitorais, e nem que fora distribuída para pessoa que não fosse socialmente vulnerável.

Aliás, também restou assentado, no Acórdão proferido pelo E. TRE, que o programa assistencial era preexistente ao pleito eleitoral, não havendo se falar, então, em suposto prejuízo ao erário gerado pela circunstância da ocorrência das eleições municipais com objetivo de favorecer um dos Apelantes (candidato à reeleição), pois a distribuição das cestas básicas era, que consta na Ação Eleitoral, prática corrente realizada pela Secretaria de Assistência Social do município.

Já por esse prisma, é indubitável a improcedência da Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, ora analisada, posto que escorada em premissa inexistente, em relação a fatos tidos como não ocorridos, por Acórdão transitado em julgado exarado pela Justiça Eleitoral que, repita-se, é Especializada em relação a esta Justiça Comum, e analisou o mérito da questão, qual seja: o suposto beneficiamento de candidato à reeleição municipal, fato que, se confirmada a existência (o que não se verificou, como já dito), em tese teria trazido prejuízo aos cofres públicos, e poderia servir de base ao ajuizamento desta ação.

III – Portanto, do contido nos autos, não vislumbro a adequação típica entre as condutas atribuídas aos Recorrentes e as descritas pelo *Parquet* na Ação de Improbidade Administrativa ajuizada. Em outras palavras, não reputo ímproba, nos termos da Lei nº 8.429/1992 qualquer das condutas descritas na inicial e objeto do recurso de apelação *sub judice*.

Convém mencionar, ainda, que, no caso dos autos, além da sobredita adequação típica, é necessário que o Ministério Público demonstre a culpa do administrador e ou demais envolvidos em causar prejuízo ao erário (hipótese do artigo 10), circunstância que não vislumbrei na análise do quanto debatido nos autos. Esse é o entendimento jurisprudencial dominante, tanto no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça quanto neste Tribunal. É de bom alvitre ressaltar que, segundo o entendimento firmado na jurisprudência pacífica do aludido Tribunal Superior, ainda que eventualmente haja algum ato que aparentemente se enquadre na hipótese legal, se não comprovado o dolo do administrador público (ainda que genérico), ou a culpa (exigida para o caso específico do artigo 10, da LIA), a conduta se enquadra como sendo mera irregularidade, e não ato ímprobo, consoante se vê no seguinte julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARA A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DOS RÉUS COMO INCURSA NAS PREVISÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, É NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra os ora agravados, objetivando a condenação dos réus pela prática de atos ímprobos, consistentes na abertura de conta bancária, com a finalidade de realizar movimentações financeiras relativas às arrecadações provenientes de atividade*

*relacionada à obtenção de recursos financeiros do Centro de Integração do Menor Carente - CIMED, em prejuízo da Prefeitura Municipal.*

*2. O Juiz de 1º Grau julgou procedentes os pedidos.*

*3. O Tribunal a quo deu parcial provimento às Apelações dos ora agravados.*

*4. Contudo, o v. acórdão recorrido reconheceu a ausência do elemento subjetivo, seja a culpa, seja o dolo.*

*5. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incursa nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.*

*6. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.*

*7. O Tribunal a quo reconheceu que não houve "intenção de vantagem própria dos agentes públicos" (fl. 959); portanto, ausente o elemento subjetivo, seja a culpa, seja o dolo genérico, seja o dolo específico.*

*8. A jurisprudência do STJ, diante da falta do elemento subjetivo, afasta a aplicação da Lei 8.429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015, 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, e REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015.*

*9. Agravo Interno não provido.* (STJ. AgInt no REsp nº 1.532.296/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento: 28.11.2017).

Ainda no mesmo sentido:

*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – PRELIMINARMENTE – FORMAÇÃO DA COISA JULGADA EM FACE DE UM REQUERIDO – AFASTADA – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO E FAVORECIMENTO DE EMPRESA DE PUBLICIDADE CONTRATADA PELO GOVERNO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA ILEGALIDADE QUALIFICADA – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE APONTAM PARA A EFETIVA REGULARIDADE DA LICITAÇÃO, CONTRATAÇÃO E EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS – INEXISTÊNCIA DE DANOS AO ERÁRIO PÚBLICO – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, EM PARTE COM O PARECER.*

*I. Não importa em afronta ao princípio da dialeticidade o fato de reafirmar eventual argumento utilizado na petição inicial, mormente quando tal circunstância não tem o condão de retirar a logicidade das razões recursais e possibilita tanto ao órgão ad quem entender o porquê da irresignação quanto aos recorridos refutarem seu conteúdo.*

*II. Se a interposição de recurso devolveu ao conhecimento do Tribunal toda a matéria debatida em face de todos os requeridos, não se há de falar em trânsito em julgado da sentença hostilizada.*

*III. Se o órgão acusador não logrou erigir provas suficientes de que houve ilegalidades nas fases da licitação, subscrição do contrato de publicidade e execução deste, não demonstrando que houve prática de condutas desonestas daqueles que interviram e nem esclarecendo a existência de direcionamento e prejuízo ao erário em favor de terceiros,*

*impõe-se manter integralmente a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em face dos inúmeros agentes e particulares envolvidos.*

*IV. A eventual constatação das ilegalidades ou irregularidades em contratos administrativos não implica necessariamente na ocorrência de ato de improbidade administrativa, já que o móvel deste instituto é penalizar o administrador desonesto ou corrupto, e não aquele que se apresenta apenas despreparado ou inábil. Precedentes.* (TJMS. Apelação nº 0368828-84.2008.8.12.0001. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 26.04.2016).

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES – AFASTADA. MÉRITO – DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS – JUSTIFICATIVAS ACEITAS PELO TCE/MS – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO – ELEMENTO SUBJETIVO NÃO EVIDENCIADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*Havendo impugnação específica quanto aos fundamentos contidos na sentença, a exposição de fato e de direito, as razões do pedido de reforma e pedido de nova decisão, deve ser afastada a alegada ofensa ao princípio da dialeticidade. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. As regras insertas no art. 10 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com cautela, mesmo porque uma interpretação ampliativa poderá classificar de ímprobas condutas meramente irregulares, assente que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. (*TJMS. Apelação nº 0801314-46.2013.8.12.0045. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. J.: 23.06.2020).

*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOAÇÃO DE TERRENOS DENTRO DOS COMANDOS LEGAIS – LESÃO AO ERÁRIO E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO CARACTERIZADOS – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – RECURSO DESPROVIDO.*

*Para configuração dos atos de improbidade administrativa é indispensável que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos art. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10. Não havendo comprovação da prática de atos de improbidade administrativa, porque não há prova do elemento subjetivo necessário à configuração do alegado prejuízo ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.* (TJMS. Apelação nº 0900105-32.2016.8.12.0017. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Eduardo Machado Rocha. J.: 28.01.2020).

Os documentos trazidos pelo Apelado, e muito menos as testemunhas ouvidas nos autos (f.1.830) não foram capazes de confirmar o suposto objetivo dos Recorrentes de causar dano ao erário, com a conduta de distribuição de cestas básicas em período eleitoral, com intento de troca de tais itens por votos ao então Prefeito Municipal, candidato à reeleição. Antes, demonstram que o programa assistencial era anterior ao período do pleito. Também não há comprovação de que as cestas foram distribuídas para

pessoas que não necessitavam dos produtos, ou seja, para pessoas que não estivessem em situação de vulnerabilidade social. O fato de eventualmente algum beneficiário não estar cadastrado na Secretaria Municipal de Assistência Social pode eventualmente configurar mera irregularidade, por inépcia do administrador, mas não a culpa ou dolo genérico capaz de classificar a conduta como sendo ímproba, causadora de dano ao patrimônio público, e punível pela LIA. Ainda mais se o Órgão Ministerial não comprovar, por exemplo e como já dito, que as cestas básicas foram distribuídas para pessoas com suficiência econômica, que não necessitariam do benefício, ou, ainda, em troca de votos ao candidato da situação, fatores que não foram verificados na hipótese dos autos.

Dessa forma, em não restando comprovados nem o dolo (genérico ou não), e nem a culpa, em relação à acusação de prática de ato capitulado no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, é forçoso o reconhecimento de ausência de adequação típica, do que decorre a necessidade de reforma da Sentença apelada, e o consequente provimento do presente recurso.

IV – Ante o exposto, conheço do presente recurso de *Apelação* aviado por *José Arthur Soares de Figueiredo e outros* para o fim de dar-lhe provimento e, em reformando a Sentença recorrida, julgar improcedente o pedido inicial contido na Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, ajuizada na origem.

Consequentemente, em razão da inversão do julgado, não há custas a recolher, por conta da qualidade do Recorrido.

Sem honorários recursais, posto que incabíveis na hipótese.

É como voto.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator dar provimento ao recurso. o 1º vogal aguarda.

## VOTO (EM 08/09/2020)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (2º Vogal)

Pedi vista para uma análise mais detida dos elementos dos autos e analisando os pormenores do caso tenho que o voto condutor se direciona no sentido mais escorreito, eis que, como bem elucidado o Recurso Eleitoral nº 1.316, foi julgado improcedente pela Justiça Especializada (TRE), por ausência de prova da prática de ilícito eleitoral, além da comprovação de que o programa social de entrega de cestas básicas ser anterior ao pleito eleitoral.

Faz-se mister consignar que a configuração de ato ímprobo, nos moldes da Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), condiciona-se ao efetivo enquadramento da conduta do agente em algum dos três tipos de atos previstos pela referida lei: I) atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito; II) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; III) atos de improbidade administrativa que violam princípios da administração pública.

Por tudo o quanto restou consignado, faz-se imperiosa a conclusão de inexistência de improbidade administrativa pois para a imposição das sanções estabelecidas pela LIA é imprescindível que as condutas imputadas adéquem-se às hipóteses elencadas nos art. 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92, o que, após ampla

apreciação dos fatos ocorridos, não se verifica no caso dos autos, razão pela qual acompanho o voto condutor.

É como voto

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

## 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, 8 de setembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Nélio Stábile
## Apelação Cível nº 0842118-23.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C C CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO LIMINAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DE VILLA FACTORING FOMENTO MERCANTIL LTDA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA – CESSÃO DE CRÉDITO – RELAÇÃO DE CONSUMO – FACTORING – CDC APLICÁVEL. DANO MORAL EXISTENTE – APONTAMENTO DO TÍTULO A PROTESTO – INDEVIDO. DANO MORAL CONFIGURADO E MANTIDO NO VALOR FIXADO, NA FORMA SOLIDÁRIA. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

### 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, 19 de outubro de 2020

Des. Nélio Stábile

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Villa Factoring Fomento Mercantil Ltda., contra Sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c c Cancelamento de Protesto e Indenização por Danos Morais movida contra si e contra Pink Image Foto & Vídeo Eireli-ME por Antonia Bruna Araujo Soares, que julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando a requerida na obrigação de entrega dos produtos contratados e de indenização por danos morais no valor de R$5.000,00. Concedeu a Tutela provisória de evidência e determinou a exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes. Condenou também a requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 12% sobre o valor da condenação.

A Apelante alega que a Sentença merece reforma. Aduz não ser possível sua condenação, de forma solidária ao pagamento da indenização por danos morais e custas/honorários, porque a Decisão não estaria de acordo com os fatos e provas trazidas aos autos. Afirma que não houve a juntada de comprovante de pagamento, ainda que a Autora tenha recebido o álbum de formatura, cujo valor por certo é superior àquele pago. Argumenta que não há relação de consumo e que, por tratar-se de factoring não se aplica o CDC, logo não há que se falar em indenização. Argumenta, também que não houve consignação dos valores contratados e que por ser terceira de boa-fé não pode ser penalizada. Não houve ato ilícito. Não houve demonstração do nexo causal e dano indenizável. Prequestiona genericamente dispositivos legais. Requer provimento.

Em contrarrazões, a Apelada rebate os argumentos e postula pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Os argumentos apresentados pela Apelante não tem o condão de alterar a Sentença como proferida. Isso porque, não vejo nas irresignações, razões para alterar o que muito bem decidido.

Por primeiro, que o Magistrado de piso estabeleceu inexistir responsabilidade da Apelante em relação à obrigação de fazer com referência à entrega dos produtos contratados, por ser apenas cessionária do suposto crédito. Aliás, o documento de f. 24 comprova ser a Apelante Villa Factoring Fomento Mercantil Ltda. favorecida quando da apresentação do título a protesto, demonstrando cabalmente seu interesse no recebimento dos valores, por ter se sub-rogado no crédito.

Todavia, quanto aos danos morais, tenho que o Recurso não merece provimento, nos exatos termos da sentença, que ouso transcrever como forma de decidir:

> *"(...) Analisando os autos, verifico que a ré PINK cedeu à ré VILLA o suposto crédito que possuía com a autora. Ocorre que, ao assumir que a primeira se encontrava inadimplente com a sua obrigação de entrega de coisa certa, à qual seria devida a contraprestação pela autora, não é possível admitir que o crédito sequer existisse à época da cessão – pois não era exigível, na forma do artigo 476 do CCB.*
>
> *Não vislumbro, portanto, que a ré PINK possa eximir-se pelo ato abusivo perpetrado pela ré VILLA, qual seja a indevida negativação do nome da autora, posto que deveria ao menos ter provado que tomou as cautelas necessárias para informar a ré VILLA acerca da inexigibilidade do crédito no momento da cessão, a fim de eximir sua responsabilidade.*
>
> *A ré VILLA, na mesma toada, responde de forma solidária, consoante o artigo 7º, parágrafo primeiro do CDC, aplicável ao caso concreto.*
>
> *Em se tratando de responsabilidade contratual, os danos morais eventualmente configurados estariam abrangidos no dever de indenizar por perdas e danos ante a inadimplência contratual, já constada alhures. Não se afere culpa no caso em tela, veja-se, pois se trata de situação de responsabilidade objetiva do fornecedor[2].*
>
> *A ocorrência do dever de indenizar por danos morais, é condicionada a existência de ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo.*
>
> *O caso em tela, tratando-se de protesto indevido, consiste em situação de dano moral presumido, como sendo aquele que dispensa dilação probatória, eis que os objetos de direito de personalidade, compreendidos por nome, honra e crédito, já foram maculados de plano pela conduta. Tal entendimento é pacífico nos tribunais superiores[3] (...)".*

De ver-se que está devidamente fundamentada a questão que a Apelante entende como controversa, porém sem razão, nos exatos termos acima transcritos.

Convem trazer à colação, parte da Decisão proferida em Acórdão Acórdão, pelo Eminente Desembargador Vladimir Abreu da Silva, nos autos 0808619-82.2014.8.12.0001:

2 Artigo 927, parágrafo único do CCB e artigo 14 do CDC.

3 Tema 922 do STJ.

> *"(...) Com efeito, o contrato de faturização ou factoring, traduz uma cessão de crédito, por meio do qual o faturizador adquire créditos da faturizada. Em tais hipóteses, não se está diante da mera circulação do título por endosso, eis que o faturizador se sub-roga no direito representado no título adquirido.*
>
> *A factoring é, pois, uma operação de risco e não de crédito, de modo que o endosso lançado no título não é cambial, mas derivado da cessão de crédito levada a efeito no contrato de factoring, respondendo o cessionário pela existência, validade e eficácia do negócio jurídico subjacente que deu causa à emissão do título (...)".*

Em sendo assim, por consequência deve ser aplicado o disposto no artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor que estabelece que todos os fornecedores de serviço respondem solidariamente pelo danos causados, o que leva à correta condenação da Apelante e da requerida Pink Image Foto & Vídeo Eireli-ME, como finalizou o Magistrado sentenciante.

Assim, sem razão qualquer manifestação contrária.

Quanto ao valor da indenização, tenho que também deve ser mantido.

Isso porque o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais), em razão da existência de uma anotação indevida em cadastro restritivo de crédito, atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito. A importância arbitrada como indenização pelo Juízo *a quo* é suficiente para punir a Apelante e a Requerida pela conduta ilícita perpetrada contra a consumidora, que viu seu nome inscrito em cadastro de restrição ao crédito por cobrança de dívida inexistente, sendo que seu nome ficou inscrito em tal cadastro (protesto de f. 24) por um período de aproximadamente 05 (cinco) anos, se levado em conta a data da inscrição (18.12.2013) e a data de exclusão (19.07.2018) – f. 201. Não é demais anotar que a quantia fixada não é capaz de deixar as requeridas, em situação de penúria ou que possa comprometer sua atividade financeira.

Por outro lado, a importância arbitrada também não configura enriquecimento sem causa por parte da Recorrida. Enfim, o valor arbitrado é adequado e suficiente, compatível com o dano experimentado pela Apelada por conduta ilícita do Recorrente. Em igual sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. O Tribunal de origem, com base na análise dos elementos fático-probatórios dos autos, foi taxativo em afirmar a responsabilidade do ora agravante pelo envio de cobranças e pela manutenção indevida do nome do recorrido no rol dos maus pagadores, mesmo após a quitação integral do financiamento e encerramento da conta, de modo que a alteração do julgado, tal como pleiteada, encontra óbice na Súmula 7/STJ.*
>
> *2. A inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, por si só, enseja indenização, sendo desnecessária a comprovação do prejuízo, por ser presumida a sua ocorrência, configurando, assim, o chamado dano moral in re ipsa. Precedentes.*
>
> *3. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter pedagógico da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do quantum indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ. AgRg no AREsp nº 630.604/SP. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 17.03.2015).

Assim, respeitadas a proporcionalidade e razoabilidade da quantia fixada a título de indenização pelos danos morais, aquela deve ser mantida tal como arbitrada na Sentença apelada.

Quanto ao prequestionamento, estando suficientemente debatida e fundamentada a matéria, não há razão para manifestação expressa sobre todos os dispositivos legais, como sabido e ressabido.

Ante o exposto, conheço do Recurso de Apelação interposto por Villa Factoring Fomento Mercantil Ltda, porém nego-lhe provimento, mantendo inalterada a Sentença combatida. Condeno a Apelante ao pagamento de honorários recursais, que fixo em 2% 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. 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, 19 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Nélio Stábile
## Apelação Cível nº 0000123-88.1996.8.12.0014 - Maracaju

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – INÉRCIA DO EXEQUENTE POR PERÍODO SUPERIOR A 8 ANOS – PRAZO PRESCRICIONAL DA EXECUÇÃO – SÚMULA 150 DO STF – DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DE OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – POSSIBILIDADE – JULGAMENTO CONFORME INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1) O prazo prescricional da ação de execução é o mesmo da ação de conhecimento. Aplicação da Súmula 150, do E. STF. Em havendo inércia do Exequente em feito executivo por período superior a 8 anos, o reconhecimento de ocorrência de prescrição intercorrente, de ofício, é medida que se impõe.

2) A mera suspensão do processo de execução, com base no disposto no artigo 791, III, do CPC/1973, não obsta a fluência do prazo da prescrição intercorrente. Se no período em questão a parte não fez uso de todos os meios disponíveis para encontrar bens do devedor passíveis de penhora, como, por exemplo, o BacenJud, resta caracterizada sua inércia, que é suficiente para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

3) É desnecessária a prévia intimação da parte para se manifestar antes do reconhecimento, de ofício, da prescrição, uma vez que não se trata de abandono de causa (fenômeno processual) e sim de prescrição da ação (fenômeno de natureza material). Precedentes do STJ. Precedente vinculado a julgado constante em Incidente de Uniformização de Jurisprudência deste Tribunal de Justiça.

4) Recurso conhecido e desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de novembro de 2020

Des. Nélio Stábile

Relator(a) do processo

## RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Apelação interposta por Banco Bradesco S.A. contra Sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Maracaju que, nos autos de Execução de Título Extrajudicial, declarou a prescrição intercorrente do direito do Recorrente de prosseguir com a execução movida contra V.S. Rodrigues & Cia Ltda. e outro, e julgou extinta, com resolução de mérito, a referida execução. Aduz o Apelante que a prescrição da execução não poderia ter sido declarada, haja vista que a demora na tramitação do feito não pode ser a ele atribuída, e sim ao fato de os devedores não possuírem bens para suportar o débito cobrado. Assevera que

não abandonou o processo, uma vez que sempre que intimado se manifestou nos autos. Afirma que para a consumação da prescrição é necessária a inércia da parte, o que não se observou no andamento do processo. Alega que durante a suspensão do processo, que é por prazo indeterminado e decorre da lei, é defesa a prática de quaisquer atos processuais, com exceção das providências cautelares urgentes, a serem deferidos pelo Juiz. Aduz que a suspensão do feito se deu por determinação judicial e, dessa forma, não haveria se falar em prescrição intercorrente. Menciona que ele Apelante não foi intimado para dar impulso ao feito antes que fosse declarada a prescrição atacada.

Os Recorridos, que foram citados em Primeiro Grau e não responderam aos termos da ação (sendo revéis, portanto), não foram encontrados para serem intimados dos termos da Apelação (f.66/67).

## VOTO

O(A) Sr(a). Des. Nélio Stábile. (Relator(a))

I – Antes de adentrar no julgamento da ação, reputo necessário anotar que, nada obstante a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) ter entrado em vigor em 18.03.2016, ao presente caso são aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que tanto a Sentença recorrida, quanto o próprio Apelo, foram aviados sob a égide deste último *Codex*.

O entendimento de aplicabilidade da legislação processual civil aplicável ser a da data de publicação do provimento jurisdicional é corroborado por farta jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do julgado abaixo transcrito:

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO CPC/15. RECURSO SUJEITO AOS REQUISITOS DO CPC/73. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/2016 DO PLENÁRIO DO STJ. INFRINGÊNCIA DO ART. 511 DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A decisão agravada, isto é, que analisou a admissibilidade do recurso especial no Tribunal de origem, foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme o Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça* (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, Julgado em 5/4/2016).
>
> *2. Na esteira da reiterada jurisprudência desta Corte, não se pode conhecer do recurso interposto sem a comprovação do preparo nos moldes do art. 511, caput, do Código de Processo Civil.*
>
> *3. O recurso mostra-se manifestamente inadmissível, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º, do citado artigo de lei.*
>
> *4. Agravo interno não provido, com aplicação de multa.* (STJ. AgInt no AREsp nº 808.551/BA. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28.06.2016).

Dessa forma, é estreme de dúvida que ao presente recurso são aplicáveis somente as disposições do CPC de 1973.

II – Analisando detidamente o contido nos autos, concluo que é o caso de desprovimento do recurso, e consequente manutenção da Sentença apelada.

A Sentença que declarou a prescrição intercorrente do direito do Apelante Exequente de continuar movendo a ação executiva é irretorquível, e deve ser mantida em seus termos.

Com efeito. A execução de título extrajudicial (a saber, um Termo de Renegociação de Dívida, cujo inadimplemento gerou o ajuizamento de ação no valor inicial de R$5.730,89) foi proposta em 20.11.1996. O feito teve seu curso normal até 16.05.2006, quando o Juízo *a quo*, atendendo a pedido do Exequente, determinou o a suspensão da execução, com fundamento no artigo 791, III, do CPC/1973, por ausência de bens dos devedores passíveis de penhora.

O feito, então, ficou suspenso até 03.09.2014, quando o Magistrado proferiu a Sentença ora recorrida, declarando a prescrição intercorrente do direito de ação do Exequente. Nesse período (16.05.2006 a 03.09.2014), o ora Apelante não apresentou qualquer manifestação nos autos, tendente a dar continuidade à execução. Ou seja, sua inércia perdurou por mais de 08 (oito) anos, levando-se em conta o deferimento do pedido de suspensão do feito (16.05.2006), fato que, inexoravelmente, leva à conclusão de ocorrência da prescrição intercorrente na hipótese dos autos.

Senão vejamos. Conforme consta no Enunciado nº 150, da Súmula do E. Supremo Tribunal Federal, "*prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação*". O prazo prescricional da ação de execução de dívida por quantia certa é de 05 (cinco) anos, conforme prescreve o artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil de 2002, que estabelece tal prazo prescricional para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento particular (tendo em vista que entre o ajuizamento da ação – 1996 – e a entrada em vigor do CC/2002 – em 2003 – ainda não havia decorrido metade do prazo prescricional previsto no CC/1916 – de 20 anos – inteligência do artigo 2.028 do CC/2002).

Dessa feita, em tendo decorrido prazo superior a 08 (oito) anos sem que o Apelante demonstrasse qualquer interesse no prosseguimento do feito executivo, a declaração da prescrição é medida que se impõe.

Ressalto, ainda, que não prospera a alegação da parte, de que não poderia ter tomado qualquer providência no tempo em que o processo ficou suspenso, pois é seu dever diligenciar no sentido de averiguar se os Executados, no tempo em que o feito ficou paralisado, possuíam bens passíveis de penhora. Exemplo disso é a utilização do BacenJud, que foi criado em 2001 e aperfeiçoado no ano de 2005.

No mesmo sentido do acima esposado é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê no recente julgamento de Recurso Especial interposto de recurso julgado pelo Tribunal de Justiça deste Estado:

> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE POR MAIS DE TREZE ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. SÚMULA 150/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.*
>
> *2. "Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação" (Súmula 150/STF).*
>
> *3. "Suspende-se a execução: [...] quando o devedor não possuir bens penhoráveis" (art. 791, inciso III, do CPC).*
>
> *4. Ocorrência de prescrição intercorrente, se o exequente permanecer inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado.*
>
> *5. Hipótese em que a execução permaneceu suspensa por treze anos sem que o exequente tenha adotado qualquer providência para a localização de bens penhoráveis.*
>
> *6. Desnecessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito.*

*7. Distinção entre abandono da causa, fenômeno processual, e prescrição, instituto de direito material.*

*8. Ocorrência de prescrição intercorrente no caso concreto.*

*9. Entendimento em sintonia com o novo Código de Processo Civil.*

*10. Revisão da jurisprudência desta Turma.*

*11. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ no que tange à alegação de excesso no arbitramento dos honorários advocatícios.*

*12. Recurso Especial Desprovido.* (STJ. REsp nº 1.522.092/MS. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 06.10.2015).

Friso, também, que no caso *sub judice* não há necessidade de prévia intimação do Exequente para que seja declarada a prescrição intercorrente, pelos motivos que elenco a seguir.

Primeiro, porque não se trata de hipótese de abandono de causa (fenômeno processual), mas sim de ocorrência de prescrição (que atinge o próprio direito material da parte).

Segundo, porque ao tempo da declaração da prescrição vigia o Código de Processo Civil de 1973, sendo, então, inaplicáveis as disposições do artigo 10, do CPC/2015, por uma questão de intertemporalidade, conforma já esclarecido no item II deste julgado.

Terceiro, porque ainda que fosse oportunizada a manifestação prévia do Exequente, este só poderia dizer quanto a possível existência de causa impeditiva de declaração de prescrição. Como nenhuma das alegações trazidas nesta Apelação e tratadas neste julgamento é capaz de infirmar a conclusão a que chegou o Juízo *a quo*, de que ocorreu a prescrição intercorrente, a qual confirmo depois de análise pormenorizada do conteúdo dos autos, a medida de intimação prévia seria, então, inócua, uma vez que, repito, não vislumbro qualquer óbice ou fator impeditivo à ocorrência de prescrição intercorrente declarada na hipótese.

E, quarto, porque este E. Tribunal de Justiça já decidiu, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência, pela desnecessidade de intimação prévia do Exequente, nos casos de início ou reinício de prazo prescricional, quando tal prazo já se encontra esgotado, tomando-se por base o prazo do próprio direito material. Eis a ementa do julgado:

*EMENTA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.*

*O início ou reinício do prazo prescricional, nos processos de execução ou em fase de execução ou de cumprimento de sentença, cuja suspensão sine die ou não, por ausência de bens penhoráveis, foi determinada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não exige intimação da parte e nem de seu representante processual para dar andamento ao processo, sendo desnecessárias intimação pessoal ou intimação por publicação no Diário da Justiça.* (TJMS. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1413994-81.2015.8.12.0000. Órgão Julgador: Seção Especial e de Uniformização de Jurisprudência. Relator: Des. Nélio Stábile. Julgamento: 29.08.2016)

Ainda no mesmo sentido é a jurisprudência dominante no âmbito deste Tribunal:

*APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INÉRCIA E DESÍDIA DO EXEQUENTE – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXEQUENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*Verificada a paralisação do feito executivo por prazo superior àquele previsto na lei para a pretensão executória, por inércia e desídia única do credor, tal circunstância leva à consumação da prescrição intercorrente. O Incidente de Uniformização de Jurisprudência de*

*relatoria do I. Desembargador Nélio Stábile corrobora entendimento de que nos processos de execução como no caso em testilha, não há a exigência de intimação da parte e nem de seu representante processual para dar andamento ao processo, sendo prescindível intimação pessoal ou intimação por publicação no Diário da Justiça para que flua o prazo prescricional intercorrente. O STJ, conforme julgamento do recurso representativo da controvérsia, o termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).* (TJMS. Apelação Cível nº 0551019-55.2005.8.12.0049. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Julgamento: 29.10.2020).

*RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – EXTINÇÃO DO FEITO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA DAR ANDAMENTO – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO STJ – PROCESSO PARALISADO POR LONGO PERÍODO – SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.*

*Para que haja o reconhecimento da prescrição intercorrente desnecessária prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito, apenas lhe devendo ser dada a oportunidade para apresentar defesa quanto à eventual ocorrência de fatos impeditivos, interruptivos ou suspensivos da prescrição. Caracterizada a prescrição intercorrente, quando o feito ficada paralisado, por longo período em arquivo (20 anos), ainda que em razão da falta de bens passíveis de penhora, em razão da inércia do exequente que, durante todos esses anos não tomou qualquer providência para que a marcha processual pudesse ser retomada.* (TJMS. Apelação Cível nº 0551486-73.2001.8.12.0049. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento: 29.10.2020).

*APELAÇÃO CÍVEL – BANCO DO BRASIL S/A – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – INÉRCIA DO EXEQUENTE – CONTRADITÓRIO RESPEITADO – EXTINÇÃO INDEPENDENTE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CREDOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*

*Conforme entendimento adotado pelo STJ no REsp n. 1.604.412/SC, incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. O curso do prazo prescricional volta a fluir independentemente de prévia intimação do credor para dar andamento ao feito, após o transcurso do prazo definido na decisão que a sobrestou ou após 01 (um) ano da suspensão, respeitando-se o contraditório. Permanecendo o exequente (ora apelante) inerte por mais de 8 (oito) anos, em se tratando de contrato de abertura de crédito fixo, correta a sentença que reconheceu a prescrição, pois, instado a se manifestar, não comprovou a existência de nenhuma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.*

*RECURSO DE APELAÇÃO DE JOSÉ LUIS DE ABREU – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ACOLHIDA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS EM FAVOR DO PATRONO DA PARTE EXECUTADA – SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

*Conforme entendimento adotado pelo STJ no REsp n. 1.604.412/SC, incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado. Tendo em vista que o credor deu causa à instauração do incidente de exceção de pré-executividade, bem como restou vencido na demanda expropriatória, a qual foi extinta, deve responder pelos honorários advocatícios, em virtude do princípio da causalidade e da sucumbência.* (TJMS. Apelação Cível nº 0000951-98.2003.8.12.0027. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. Julgamento: 31.08.2020).

Assim, em se confirmando a constatação de prescrição intercorrente, por desídia da parte, que deixou o feito executivo paralisado por mais de 08 anos, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

III – Ante o exposto, conheço do presente Recurso de Apelação interposto por *Banco Bradesco S.A.* para o fim de negar-lhe provimento, e manter a Sentença recorrida em seus termos.

Sem honorários recursais, posto que incabíveis na hipótese.

É como voto.

Desembargador Nélio Stábile

Relator

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Nélio Stábile

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 27 de novembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
## Apelação Cível nº 0802048-35.2019.8.12.0029 - Naviraí

EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – INAPLICABILIDADE DA LEI N. 13.786/2018 – CONTRATO FIRMADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL – CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – TAXA DE FRUIÇÃO – IMÓVEL NÃO EDIFICADO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL OU PROVA DE USO E DO EFETIVO PROVEITO ECONÔMICO – COBRANÇA INDEVIDA – IPTU – RESPONSABILIDADE DA REQUERENTE – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INDEFERIDA – RECURSO CONHECIDO E 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.

Não é possível a cumulação da cláusula penal com a taxa de retenção, mormente se não comprovado que a empresa comercializadora dos imóveis teve despesas que justifiquem a sua cobrança.

Em se tratando de imóvel não edificado e inexistente a previsão contratual, não é possível a cobrança da taxa de fruição quando não comprovado o uso e o proveito econômico auferido pelo consumidor em razão da posse.

É devido, pelo consumidor, o IPTU, as taxas e tributos incidentes sobre o imóvel em relação ao período de vigência do contrato, por se tratarem de obrigação propter rem.

Não havendo abuso de direitos processuais, não há falar em aplicação de multa por litigância de má-fé.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal. Julgamento de acordo com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 23 de setembro de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

São Bento Incorporadora Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 93-111) proferida em 11.02.2020 por Eduardo Lacerda Trevisan, Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Naviraí que, na ação de rescisão com anulação de cláusula contratual c/c restituição de valores proposta por Cleonice de Oliveira Santos em face de São Bento Incorporadora Ltda, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 126-146), São Bento Incorporadora Ltda sustenta a legalidade da cláusula que prevê a retenção de 25% do valor pago pela requerente, necessário para "*recompor os custos operacionais*

*suportados pela apelante para realização da venda do bem imóvel e da própria manutenção do contrato desde a sua assinatura*".

Argumenta que o valor a ser devolvido pela contratante evitará perdas excessivas que não decorrem do risco da atividade.

Defende a manutenção da cláusula penal de 2% do valor do contrato, pois o valor é razoável e adequado se comparado ao valor da obrigação contraída pela autora.

Afirma a aplicabilidade imediata da Lei n. 13.786/2018.

Assevera que a taxa de fruição destina-se a remunerar a posse exercida pela requerente, pois a vigência do contrato impediu-lhe de dispor do imóvel para outro consumidor.

Alega que é da consumidora a responsabilidade pelo pagamento dos débitos de IPTU pelo período em que exerceu a posse sobre o bem.

Requer:

> *"(...) aos ilustres Julgadores designados para o julgamento, que se dignem a reformar a sentença atacada para, em dando provimento integral ao presente recurso de apelação, para o fim de:*
>
> *a) reconhecer a legalidade da retenção do percentual de 25% sobre o valor do contrato a título de taxa administrativa e de 2% a título de cláusula penal, conforme expressamente previsto no contrato celebrado entre as partes, ou, a sua aplicação até o limite dos valores efetivamente pagos, vez que representam ponto de equilíbrio econômicofinanceiro do contrato e da própria atividade, afastando assim a aplicação de apenas de 2% sobre o valor atualizado do contrato, vez que sequer cobre os custos operacionais da venda realizada pela Apelante, sob pena de violação aos artigos 412, 419, 884, 944 do Código Civil, artigos 20 e 21 da LINB, artigos 2º, 5º incisos II e XXXVI e artigo 170 ambos da Constituição Federal;*
>
> *a.1) subsidiariamente, observem os parâmetros definidos na Lei n. 13.786/2018 no caso concreto, e, por conseguinte, determinem a aplicação de um percentual de retenção justo para ambas as partes nos casos de restituição de valores ao Apelado, fixados em respeito aos critérios contidos no art. 32-A da Lei nº 13.786/2018*
>
> *b) reconhecer a legitimidade de retenção dos valores referentes à taxa de fruição do imóvel.*
>
> *c) condenar o Apelado nos consectários sucumbenciais Cabíveis".*

Em contrarrazões (f. 160-165), a requerrente sustenta a necessidade de condenação do apelado ao pagamento de multa por litigância de má-fé e pugna pelo desprovimento do recurso.

A requerida manifestou-se contrária a aplicação da multa por litigância de má-fé (f. 165-168) e à f. 171 manifestou-se contrária ao julgamento virtual.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

São Bento Incorporadora Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 93-111) proferida em 11.02.2020 por Eduardo Lacerda Trevisan, Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Naviraí que,

na ação de rescisão com anulação de cláusula contratual c/c restituição de valores proposta por Cleonice de Oliveira Santos em face de São Bento Incorporadora Ltda, julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença:

> *"Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pela parte autora em face de São Bento Incorporadora Ltda para o fim de:*
>
> *A) Declarar rescindido o contrato de compra e venda de lote firmado entre as partes, colacionado às fls. 21/23 dos autos;*
>
> *B) Declarar nula a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea "a" do contrato de fls. 21/23, determinando sua exclusão;*
>
> *b) Modificar(revisar) a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea "b" do contrato de fls. 14/16 para que passe a constar com a seguinte redação: "[...] Desconto de 20 % (vinte por cento) sobre o valor das parcelas pagas referentes a taxas de administração, cobranças bancárias e demais despesas[...]";*
>
> *C) Condenar a parte ré a restituir à parte autora, em parcela única, a importância de R$ 14.749,61 (quatorze mil e setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e um centavos), devidamente acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da presente sentença e correção monetária pelo IGPM/FGV partir de cada desembolso (fls. 24/25), ambos até a data do efetivo pagamento, conforme fundamentação supra; e,*
>
> *D) Autorizar a parte ré a realizar a retenção de 20% (vinte por cento) do valor a ser restituído à parte autora devidamente atualizado da mesma forma do item anterior.*
>
> *Por consequência, declaro resolvido o mérito da ação com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes nas custas processuais e honorários advocatícios em proporção, sendo que a parte ré arcará com 80% (oitenta por cento), ao passo que a parte autora arcará com os restantes 20% (vinte por cento) das verbas de sucumbência.*
>
> *Fixo os honorários advocatícios em 15 % (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação atento aos ditames do art. 85, §2º do Novo Código de Processo Civil, já considerados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *Resta, contudo, suspensa a exigibilidade de tais verbas com relação à parte autora por ser beneficiária da justiça gratuita.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se. Oportunamente, arquive-se."*

Em razões recursais (f. 126-146), São Bento Incorporadora Ltda sustenta a legalidade da cláusula que prevê a retenção de 25% do valor pago pela requerente, necessário para "recompor os custos operacionais suportados pela apelante para realização da venda do bem imóvel e da própria manutenção do contrato desde a sua assinatura".

Argumenta que o valor a ser devolvido pela contratante evitará perdas excessivas que não decorrem do risco da atividade.

Defende a manutenção da cláusula penal de 2% do valor do contrato, pois o valor é razoável e adequado se comparado ao valor da obrigação contraída pela autora.

Afirma a aplicabilidade imediata da Lei n. 13.786/2018.

Assevera que a taxa de fruição destina-se a remunerar a posse exercida pela requerente, pois a vigência do contrato impediu-lhe de dispor do imóvel para outro consumidor.

Alega que é da consumidora a responsabilidade pelo pagamento dos débitos de IPTU pelo período em que exerceu a posse sobre o bem.

Requer:

> *"(...) aos ilustres Julgadores designados para o julgamento, que se dignem a reformar a sentença atacada para, em dando provimento integral ao presente recurso de apelação, para o fim de:*
>
> *a) reconhecer a legalidade da retenção do percentual de 25% sobre o valor do contrato a título de taxa administrativa e de 2% a título de cláusula penal, conforme expressamente previsto no contrato celebrado entre as partes, ou, a sua aplicação até o limite dos valores efetivamente pagos, vez que representam ponto de equilíbrio econômicofinanceiro do contrato e da própria atividade, afastando assim a aplicação de apenas de 2% sobre o valor atualizado do contrato, vez que sequer cobre os custos operacionais da venda realizada pela Apelante, sob pena de violação aos artigos 412, 419, 884, 944 do Código Civil, artigos 20 e 21 da LINB, artigos 2º, 5º incisos II e XXXVI e artigo 170 ambos da Constituição Federal;*
>
> *a.1) subsidiariamente, observem os parâmetros definidos na Lei n. 13.786/2018 no caso concreto, e, por conseguinte, determinem a aplicação de um percentual de retenção justo para ambas as partes nos casos de restituição de valores ao Apelado, fixados em respeito aos critérios contidos no art. 32-A da Lei nº 13.786/2018;*
>
> *b) reconhecer a legitimidade de retenção dos valores referentes à taxa de fruição do imóvel.*
>
> *c) condenar o Apelado nos consectários sucumbenciais Cabíveis".*

Em contrarrazões (f. 160-165), a requerente sustenta a necessidade de condenação do apelado ao pagamento de multa por litigância de má-fé e pugna pelo desprovimento do recurso.

A requerida manifestou-se contrária à aplicação da multa por litigância de má-fé à f. 165-168, e contrária ao julgamento virtual à f. 171.

É o relatório.

Breve relato da demanda

A requerente alega, na inicial, que firmou contrato de compra e venda com a requerida, em 06.01.2014, referente ao lote 01 da Quadra 83, medindo 150m², do loteamento Cidade Jardim Residence III, localizado na cidade e comarca de Naviraí/MS.

Expôs que o valor pago pelo imóvel foi de R$ 20.900,00, tendo efetuado o pagamento de entrada e parcelas totalizando R$ 14.749,61.

Alegou que pretende a rescisão do contrato e que os encargos contratuais são abusivos e deve receber integralmente o valor pago, pois sequer tomou posse do terreno.

Requereu a procedência dos pedidos para: a) declarar a rescisão contratual; b) anular a cláusula primeira e a cláusula segunda, parágrafo segundo, letras A e B; e b) condenar a parte ré na restituição do valor pago.

Em contestação (f. 34-65), a requerida arguiu preliminar de prescrição em relação à comissão de corretagem.

No mérito, defendeu a validade das cláusulas contratuais e pugnou pela improcedência dos pedidos.

Impugnação à contestação às f. 83-88.

Por fim, sobreveio a sentença objeto do recurso.

Da rescisão contratual

Antes de adentrar o mérito da questão, cumpre consignar, embora comezinho em direito, que a responsabilidade civil com suporte na teoria subjetiva, repousa, fundamentalmente, no conceito de culpa, por infração de norma preestabelecida, decorrente de lei ou do contrato, esta, manifestação de vontade em conformidade com o que estabelece a ordem jurídica e que obriga da mesma forma que o comando estatal.

Constituindo a manifestação de vontade, fonte do direito, seja ela emanada dos órgãos estatais (lei; regulamento administrativo ou provimento judicial) seja emanada do contrato, deverá ser observada pelos indivíduos, de modo que é possível afirmar-se que a culpa pode configurar-se como infração ao preceito legal ou à declaração individual de vontade. Em qualquer das hipóteses há uma norma de comportamento que foi transgredida, daí sustentarem alguns doutrinadores a irrelevância quanto à distinção entre a culpa extracontratual ou aquiliana e a culpa contratual, posto que ambas têm em comum a infração de uma norma (legal ou contratual), distinguindo apenas quanto à matéria de prova e quanto à extensão de seus efeitos.

A culpa extracontratual ou aquiliana tem seu fundamento no artigo 927 do Código Civil, não havendo, por outro lado, qualquer regra genérica que fundamente a culpa contratual, posto que suficiente o fato de que incide em culpa quem descumpre as cláusulas do contrato, consoante disposição do art. 389 do Código Civil.

Na culpa extracontratual ou aquiliana incumbe ao autor demonstrar todos os elementos da responsabilidade (dano, infração à norma e nexo causal), já na culpa contratual inverte-se tal ônus em favor do lesado, pois o contrato impõe um dever positivo e específico quanto à prestação. Ao lesado basta a prova da infração para que se estabeleça a responsabilidade, já que suposto o dano e o nexo causal, cabendo ao inadimplente comprovar as razões jurídicas para o não cumprimento do avençado.

Assim, na culpa contratual há violação ao dever de adimplir ao que foi convencionado pelas partes, presumindo-se a culpa do inadimplente, posto que se desvia do pactuado, enquanto na culpa extracontratual ou aquiliana há uma obrigação de não prejudicar, impondo o dever secundário de indenizar, a todo aquele que viola o "neminem laedere".

Na hipótese dos autos, a relação instaurada entre as partes é de consumo e, portanto, regida pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, que em seu art. 3º, § 2º, considera serviço, para efeitos de definição de fornecedor, "*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.*"

Se assim é, os contratos envolvendo relação de consumo têm de ser interpretados à luz do novo paradigma protetivo e de princípios tais como: "*vulnerabilidade do consumidor*" (art. 4ª, I, do CDC); "*da interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor*" (art. 47, do CDC), entre outros, competindo ao julgador, no caso concreto, ponderar os fatos apresentados, de sorte a tomar a decisão que mais se aproxima do justo.

Demais disso, em caso de conflito entre o interesse do usuário e o interesse do fornecedor, o contrato deverá ser interpretado favorável ao usuário-consumidor, segundo a disposição constante do artigo 47 do CDC.

Vale destacar que, segundo a melhor doutrina consumerista, o CDC é lei principiológica, trazendo em seu bojo, um modelo que inexistia no ordenamento jurídico nacional, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, podendo inclusive interagir com outras normas, num verdadeiro "Diálogo das Fontes", diálogo este, que permite uma relação de convivência, harmonia e

coordenação, entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, tendo como norte os princípios da Constituição Federal, que objetivando a defesa do consumidor e a dignidade da pessoa humana, irradiam seus efeitos para o Código e Defesa do Consumidor, Código Civil e outras leis infraconstitucionais.

Necessário esclarecer, também, que o contrato foi firmado em 06.01.2014 (f. 74-76), antes da entrada em vigor da Lei n. 13.876/2018.

Dessa forma, a norma não é aplicável à hipótese dos autos, em razão da irretroatividade da lei civil, garantia prevista na Constituição Federal, nos seguintes termos:

> *"Art. 5º. (...)*
>
> *XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".*
>
> *No mesmo sentido, a previsão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:*
>
> *"Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*
>
> *§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.*
>
> *§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*
>
> *§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."*

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise do mérito do recurso.

Da taxa de administração e da cláusula penal

A respeito da cláusula penal, dispõe o Código Civil:

> *"Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora."*
>
> *"Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora."*
>
> *Sobre a cláusula penal, não é demasiado rememorar que, segundo Flávio Tartuce:*
>
> *"A cláusula penal pode ser conceituada como sendo a penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido."* (Manual de direito civil: volume único. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 413)

O CDC prevê como abusiva qualquer cláusula contratual que coloque o consumidor em exagerada desvantagem perante o fornecedor (artigo 51, IV, do CDC).

Confira-se:

> *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(....)*

*IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

No Superior Tribunal de Justiça, já se firmou a tese em recurso repetitivo de que é possível o desfazimento de contrato de compra e venda de imóvel, sendo que o valor desembolsado pelo consumidor será devolvido na íntegra se a rescisão se der culpa do vendedor ou parcialmente se o comprador der causa ao desfazimento.

Confira-se:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARTE DO VALOR PAGO. MOMENTO.*
>
> *1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, 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.*
>
> *2. Recurso especial não provido".* (REsp 1300418/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 13/11/2013, DJe 10/12/2013)

Embora a requerente sustente que o pedido de rescisão do contrato decorre dos "reajustes abusivos das parcelas", não comprovou a alegação. Portanto, o desfazimento do vínculo negocial ocorreu por iniciativa da requerente, sem culpa ou anuência da requerida, devendo a autora arcar com os ônus de tal conduta.

O contrato objeto da demanda previu o pagamento de cláusula penal e de taxa de administração para a hipótese de rescisão contratual (f. 75-76):

De pronto, é necessário esclarecer que não é possível a cumulação da cláusula penal com a taxa de administração, por terem a mesma natureza jurídica.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL COM RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – RESCISÃO CONTRATUAL – NÃO INCIDÊNCIA DA LEI N. 13.786/18 AOS CONTRATOS FIRMADOS EM DATA ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA – RETENÇÃO DE VALORES – CLÁUSULA PENAL E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – CUMULAÇÃO INDEVIDA – MANTEM A CLÁUSULA PENA NO PERCENTUAL DO CONTRATO – TAXA DE FRUIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de compra e venda de imóvel. A Lei n. 13.786/18 não incide nos contratos firmados em data anterior à sua vigência. 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. Afasta-se a taxa administrativa e mantém a multa penal. Inexistindo previsão contratual prevendo cobrança de taxa de fruição, não há que se falar em taxa de fruição."* (TJMS. Apelação Cível n. 0803499-95.2019.8.12.0029, Naviraí, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 31/07/2020, p: 13/08/2020)
>
> *"RECURSO DE SÃO BENTO INCORPORADORA LTDA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 13.786/2018. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – PERCENTUAL – 10% - BASE DE CÁLCULO – VALOR DAS PARCELAS PAGAS. CLÁUSULA PENAL – INDEVIDA. TAXA DE FRUIÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DE PROVEITO ECONÔMICO – INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 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. Do valor a ser restituído pode ser retido pela promitente-vendedora a quantia equivalente a 10% (dez por cento) para ressarcimento das gastos com a comercialização dos imóveis, para que haja o retorno das partes ao status quo ante, evitando-se o enriquecimento sem causa. Não é possível a cumulação da cláusula penal com a taxa de retenção, mormente se não comprovado que a empresa comercializadora dos imóveis teve despesas que justifiquem a sua cobrança. Embora a taxa de fruição seja legítima, não é possível a sua cobrança quando se trata de imóvel não edificado, por não ter o consumidor auferido proveito econômico em razão de sua posse. RECURSO DE ODAIR DE SOUZA SILVA – RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – PERCENTUAL – 10% – BASE DE CÁLCULO – VALOR DAS PARCELAS PAGAS. JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – CITAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Do valor a ser restituído pode ser retido pela promitente-vendedora a quantia equivalente a 10% (dez por cento) para ressarcimento das gastos com a comercialização dos imóveis, para que haja o retorno das partes ao status quo ante, evitando-se o enriquecimento sem causa. Nos termos do Art. 405 do Código Civil: "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial"."* (TJMS. Apelação Cível n. 0802221-59.2019.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 29/07/2020, p: 03/08/2020)

Não fosse isto, de acordo com o contrato, a taxa de administração destina-se à restituição dos valores referentes a comissões, cobranças bancárias e demais despesas.

Entretanto, sequer há prova nos autos de que a requerida teve de arcar com tais despesas, tampouco a respeito da quantia despendida por ela.

Assim, não é possível admitir-se o desconto pretendido pela apelante.

Por fim, registre-se que a empresa comercializará o imóvel devolvido pela autora, de modo que não sofrerá prejuízos em razão da rescisão do contrato.

Há entendimento no STJ, no sentido de que é possível a retenção pelo vendedor, de percentual compreendido entre 10% e 25% do total da quantia paga.

Confira-se:

*AGRAVO INTERNO – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CLÁUSULA PENAL. PERCENTUAL DE RETENÇÃO FIXADO EM 10% DAS PARCELAS PAGAS PELO PROMITENTE COMPRADOR – ALTERAÇÃO – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – INVIABILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ – TERMO INICIAL DOS JUROS – CITAÇÃO – QUESTÃO SEDIMENTADA NA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – SÚMULA 83 DO STJ – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*1. O Tribunal a quo baseou-se na interpretação de fatos e provas para fixar a retenção, a título de cláusula penal, no percentual de 10% do valor pago, percentual que atende os parâmetros da jurisprudência do STJ no sentido de que, "nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, esta Corte tem admitido a retenção, pelo vendedor, entre 10% e 25%, do total da quantia paga" (REsp 1.364.510/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1º/12/2015, DJe de 14/12/2015). 2. Sendo razoável o montante fixado, não cabe a esta Corte sopesar tal percentual fixado pelo Tribunal de origem, a título de cláusula penal, tendo em vista que tal procedimento demandaria, necessariamente, revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, bem como interpretação de cláusula contratual, providência, todavia, que encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ, para ambas as alíneas do permissivo constitucional.*

*3. O acórdão recorrido aplicou entendimento desta Corte de que, em casos de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem a partir da data da citação, atraindo a incidência da Súmula 83 do STJ, no ponto. Precedentes.*

*4. Agravo interno a que se nega provimento.* (AgInt no AREsp 1110460/DF, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado Do Trf 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 15%. RAZOABILIDADE. MELHOR PERCENTUAL A SER RETIDO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. JUROS MORATÓRIOS DA CITAÇÃO. CABIMENTO. SÚMULA 83 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. Precedentes.*

*2. No caso, o percentual de 15% do valor pago a ser retido pelo vendedor foi fixado pelas instâncias ordinárias com base nas particularidades do caso concreto. Saber qual seria o percentual mais condizente com a realidade do processo demanda a revisão de todo o substrato probatório, providência obstada no recurso especial pelas Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que, "tratando-se de responsabilidade contratual, e sendo a promitente vendedora a única responsável pelo descumprimento da avença, o termo inicial para a incidência dos juros moratórios é a data da citação"* (AgInt no AREsp 978.519/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/08/2017, DJe de 25/08/2017). Incidência da Súmula 83 do STJ.

*4. Agravo interno a que se nega provimento.* (AgInt no AREsp 1121909/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado Do Trf 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018)

Neste Tribunal, tem-se entendido que em hipóteses como a dos autos, o valor da cláusula penal deve ser reduzido a 10% (dez por cento).

Confira-se:

*EMENTA – SENTENÇA PROFERIDA E RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. Considerando que a sentença e a interposição dos recursos 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. APELAÇÃO DA REQUERIDA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO DE DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA – CLÁUSULA PENAL – DEVIDA – REDUÇÃO PARA 10% - MONTANTE RAZOÁVEL. INSERÇÃO INDEVIDA DO NOME DA COMPRADORA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – DANO MORAL PURO. QUANTIFICAÇÃO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Deve haver a redução do percentual da cláusula penal prevista para a rescisão contratual, quando o montante contratado é excessivo e coloca o consumidor em desvantagem exagerada (artigos 51, IV, CDC e 413, do CC). É indevida a negativação do nome da requerente por dívida cobrada após a notificação extrajudicial visando a rescisão contratual. A fixação do valor arbitrado a título de dano moral fica a critério do julgador e deve ser balizada na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto. RECURSO ADESIVO DOS REQUERENTES - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS, INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES - ACOLHIDA EM PARTE. MÉRITO - RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA - CLÁUSULA PENAL - DEVIDA - RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO VENDEDOR. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O pedido formulado apenas em sede recursal consiste em inovação na lide e, por isso, não pode ser conhecido. Deve haver a redução do percentual da cláusula penal prevista para a rescisão contratual, quando o montante contratado é excessivo e coloca o consumidor em desvantagem*

*exagerada (artigos 51, IV, CDC e 413, do CC). A fixação do valor arbitrado a título de dano moral fica a critério do julgador e deve ser balizada na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.* (TJMS. Apelação n. 0821628-14.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 15/06/2016, p: 21/06/2016)

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DE MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CLÁUSULA PENAL – COBRANÇA CUMULADA COM DESPESAS COM COMERCIALIZAÇÃO, PUBLICIDADE E IMPOSTOS – COBRANÇAS ABUSIVAS – RETENÇÃO DE 10% – VALOR RAZOÁVEL – RECURSO IMPROVIDO. Os embargos de declaração não são a via própria para rediscussão e rejulgamento de matéria devidamente valorada pelo Tribunal. Não se pode imputar ao consumidor a responsabilidade pelas despesas de comercialização, marketing publicitário e impostos, que se referem à própria atividade econômica exercida pelo fornecedor, cujos custos são embutidos no preço do produto ou serviço. Demonstrado que o promitente efetuou o pagamento de poucas prestações e não ingressou no imóvel, revela-se razoável o direito de retenção estipulado em favor da vendedora no patamar de 10% do total das parcelas a serem devolvidas.* (TJMS. Embargos de Declaração n. 0059110-34.2011.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 20/04/2016, p: 29/04/2016)

*EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE COMPRADOR – RETENÇÃO DE 10% DAS PARCELAS PAGAS – PERCENTUAL DE RETENÇÃO E MULTA COMPENSATÓRIA – VALORES DE MESMA NATUREZA E DESTINAÇÃO – DESCABIMENTO – REEMBOLSO PARCELADO – NÃO CABIMENTO – SÚMULA Nº 543 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DESPESAS COM CORRETAGEM – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NO NEGÓCIO E VALOR DEVIDO A TÍTULO DE INTERMEDIAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – TERMO A QUO – DESEMBOLSO DAS PARCELAS PAGAS E CITAÇÃO, RESPECTIVAMENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 85, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO DO AUTOR PROVIDO PARCIALMENTE – RECURSO DA REQUERIDA DESPROVIDO. Rescindido o contrato de promessa de compra e venda, impõe-se a restituição das parcelas efetivamente recebidas pela vendedora, sendo lícito à parte credora reter parte do valor pago como forma de ressarcimento pelas despesas decorrentes do negócio. Do valor a ser restituído pode ser retido pela promitente-vendedora a quantia equivalente a 10% (dez por cento) para ressarcimento das gastos com a comercialização dos imóveis, para que haja o retorno das partes ao status quo ante, evitando-se o enriquecimento sem causa. É vedada a cumulação da cláusula penal com o direito de retenção de percentual das parcelas quitadas, sob pena caracterização de bis in idem. A cláusula contratual que autoriza a possibilidade de reembolso parcelado ao consumidor na hipótese de rescisão contratual revela-se abusiva, na medida em que viola frontalmente o disposto no inciso V, art. 6º c/c inciso IV do art. 51, todos do Código de Defesa do Consumidor. Não havendo comprovação da intervenção de terceiro corretor na negociação do imóvel ou sequer discriminação do valor devido a título de intermediação, descabe a parte pretender receber qualquer quantia por tais serviços, ainda que expressamente previsto no contrato. Na devolução das parcelas, a correção monetária e os juros de mora deverão incidir, respectivamente, do desembolso e da citação. Os honorários advocatícios deverão ser fixados entre o percentual de dez e vinte por cento sobre o valor da condenação, proveito econômico ou valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.* (TJMS. Apelação n. 0802203-93.2017.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 15/05/2018, p: 17/05/2018)

Na hipótese, entretanto, o juiz da causa fixou a taxa de retenção em 20%, o que está de acordo com o contrato firmado entre as partes.

Confira-se (f. 23):

*Sendo assim, deve prevalecer a cláusula contratual que previu o percentual de 20% de taxa de retenção.*

*- Do IPTU*

O contrato prevê que o pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel comercializado, nos quais está incluído o IPTU, é de responsabilidade do adquirente.

Veja-se (f. 76):

*Não vislumbro abusividade da cláusula.*

*O Código Civil prevê:*

*"Art. 1.345. O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios."*

O IPTU se trata de tributo propter rem, que é devido em razão da posse exercida sobre o bem.

A questão já foi objeto de recurso repetitivo, em que se concluiu pela responsabilidade tributária do possuidor direto pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel. Veja-se:

*"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR). DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEI 9.065/95.*

*1. A incidência tributária do imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR (de competência da União), sob o ângulo do aspecto material da regra matriz, é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município (artigos 29, do CTN, e 1º, da Lei 9.393/96).*

*2. O proprietário do imóvel rural, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, à luz dos artigos 31, do CTN, e 4º, da Lei 9.393/96, são os contribuintes do ITR.*

*3. O artigo 5º, da Lei 9.393/96, por seu turno, preceitua que: "Art. 5º É responsável pelo crédito tributário o sucessor, a qualquer título, nos termos dos arts. 128 a 133 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional)." 4. Os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU) decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato imponível encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações propter rem, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel.*

*5. Consequentemente, a obrigação tributária, quanto ao IPTU e ao ITR, acompanha o imóvel em todas as suas mutações subjetivas, ainda que se refira a fatos imponíveis anteriores à alteração da titularidade do imóvel, exegese que encontra reforço na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão prevista nos artigos 130 e 131, I, do CTN, verbis: "Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.*

*Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.*

*Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;*

*(Vide Decreto Lei nº 28, de 1966) (...)" 6. O promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel, bem como seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis), consoante entendimento exarado pela Primeira Seção do STJ, quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.110.551/SP e 1.111.202/SP (submetidos ao rito do artigo 543-C, do CPC), são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10.06.2009, DJe 18.06.2009).*

*7. É que, nas hipóteses em que verificada a "contemporaneidade" do exercício da posse direta e da propriedade (e não a efetiva sucessão do direito real de propriedade, tendo em vista a inexistência de registro do compromisso de compra e venda no cartório competente), o imposto sobre o patrimônio poderá ser exigido de qualquer um dos sujeitos passivos "coexistentes", exegese aplicável à espécie, por força do princípio de hermenêutica ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*

*8. In casu, a instância ordinária assentou que: (i) ". os fatos geradores ocorreram entre 1994 e 1996. Entretanto, o embargante firmou compromisso de compra e venda em 1997, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores.*

*O embargante, ademais, apenas juntou aos autos compromisso de compra e venda, tal contrato não transfere a propriedade. Não foi comprovada a efetiva transferência de propriedade e, o que é mais importante, o registro da transferência no Cartório de Registro de Imóveis, o que garantiria a publicidade do contrato erga omnes.*

*Portanto, correta a cobrança realizada pela embargada." (sentença) (ii) "Com base em afirmada venda do imóvel em novembro/97, deseja a parte apelante afastar sua legitimidade passiva executória quanto ao crédito tributário descrito, atinente aos anos 1994 a 1996, sendo que não logrou demonstrar a parte recorrente levou a registro, no Cartório imobiliário pertinente, dito compromisso de venda e compra.*

*Como o consagra o art. 29, CTN, tem por hipótese o ITR o domínio imobiliário, que se adquire mediante registro junto à Serventia do local da coisa: como se extrai da instrução colhida junto ao feito, não demonstra a parte apelante tenha se dado a transmissão dominial, elementar a que provada restasse a perda da propriedade sobre o bem tributado.*

*Sendo ônus do originário embargante provar o quanto afirma, aliás já por meio da preambular, nos termos do § 2º do art. 16, LEF, bem assim em face da natureza de ação de conhecimento desconstitutiva da via dos embargos, não logrou afastar a parte apelante a presunção de certeza e de liquidez do título em causa.*

*Cobrando a União ITR relativo a anos-base nos quais proprietário do bem o ora recorrente, denota a parte recorrida deu preciso atendimento ao dogma da legalidade dos atos administrativos e ao da estrita legalidade tributária." (acórdão recorrido) 9. Consequentemente, não se vislumbra a carência da ação executiva ajuizada em face do promitente vendedor, para cobrança de débitos tributários atinentes ao ITR, máxime à luz da assertiva de que inexistente, nos autos, a comprovação da translação do domínio ao promitente comprador através do registro no cartório competente.*

*10. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel.*

*Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008,*

*DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005).*

*11. Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios.*

*13. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular."* (REsp 1073846/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Portanto, havendo débitos em aberto a título de IPTU, deverão ser descontados do valor a ser restituído à requerente.

Taxa de fruição

A taxa de fruição é prevista na Lei n. 13.876/2018. Entretanto, a norma não é aplicável ao contrato objeto da demanda, que fora firmado antes de sua vigência.

Veja-se o teor do art. 32-A da lei:

*"Art. 32-A. Em caso de resolução contratual por fato imputado ao adquirente, respeitado o disposto no § 2º deste artigo, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens:*

*I - os valores correspondentes à eventual fruição do imóvel, até o equivalente a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, cujo prazo será contado a partir da data da transmissão da posse do imóvel ao adquirente até sua restituição ao loteador;*

*II - o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;*

*III - os encargos moratórios relativos às prestações pagas em atraso pelo adquirente;*

*IV - os débitos de impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, contribuições condominiais, associativas ou outras de igual natureza que sejam a estas equiparadas e tarifas vinculadas ao lote, bem como tributos, custas e emolumentos incidentes sobre a restituição e/ou rescisão;*

*V - a comissão de corretagem, desde que integrada ao preço do lote.*

*§ 1º O pagamento da restituição ocorrerá em até 12 (doze) parcelas mensais, com início após o seguinte prazo de carência:*

*I - em loteamentos com obras em andamento: no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após o prazo previsto em contrato para conclusão das obras;*

*II - em loteamentos com obras concluídas: no prazo máximo de 12 (doze) meses após a formalização da rescisão contratual.*

*§ 2º Somente será efetuado registro do contrato de nova venda se for comprovado o início da restituição do valor pago pelo vendedor ao titular do registro cancelado na forma e condições pactuadas no distrato, dispensada essa comprovação nos casos em que o adquirente não for localizado ou não tiver se manifestado, nos termos do art. 32 desta Lei.*

*§ 3º O procedimento previsto neste artigo não se aplica aos contratos e escrituras de compra e venda de lote sob a modalidade de alienação fiduciária nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997."*

Na espécie, não há previsão, no contrato, obrigando a requerente ao pagamento da taxa de fruição na hipótese de rescisão contratual.

Não fosse isto, é certo que, em se tratando de imóvel não edificado, não é cabível a taxa de fruição, quando não comprovado o uso e o efetivo proveito econômico auferido pelo consumidor em razão de sua posse.

Confira-se o entendimento neste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – INADIMPLÊNCIA – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE DE TERRENO SEM EDIFICAÇÃO – DESCABIMENTO – ARRAS – RESCISÃO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR – RETENÇÃO DEVIDA – ARTIGOS 417 E 418 DO CÓDIGO CIVIL – IPTU – RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR A PARTIR DA DATA DA ASSINATURA DO CONTRATO ATÉ A RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO INDEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Em se tratando de lote não edificado e inexistindo proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há que se falar em cobrança da taxa de fruição. (...)".* (TJMS. Apelação Cível n. 0839357-48.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 17/07/2019, p: 19/07/2019)

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA DE TERRENO – TAXA DE FRUIÇÃO – INDEVIDA – LOTE SEM EDIFICAÇÃO – SUPOSTA OMISSÃO – REDISCUSSÃO – RECURSO IMPROVIDO. Em se tratando de imóvel sem edificação (terreno), incabível o pagamento de percentual a título de taxa de fruição, assim, o acórdão recorrido não padece de qualquer vício, isso porque os Embargos de Declaração não se prestam para rediscussão de matérias já devidamente enfrentadas e decididas pelo julgado."* (TJMS. Embargos de Declaração Cível n. 0812398-06.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 11/09/2019, p: 17/09/2019)

> *"AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE DE TERRENO – RECURSO DO CONSUMIDOR – NÃO É DEVIDA A TAXA DE FRUIÇÃO DE IMÓVEL EM QUE NÃO HÁ PROVEITO ECONÔMICO POTENCIAL IMEDIATO, MORMENTE QUANDO JÁ HÁ PREVISÃO DE OUTRA PENALIDADE POR INADIMPLEMENTO DA AVENÇA – RECURSO PROVIDO NO PONTO – NÃO HÁ SE FALAR EM RETENÇÃO DE BENFEITORIAS OU DE MANUTENÇÃO DO INADIMPLENTE NA POSSE DO BEM ATÉ O PERCEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE QUANDO NÃO PROVADA A BOA-FÉ DA POSSE – QUESTÃO QUE DEVERIA TER SIDO OBJETO DE RECONVENÇÃO NÃO PROPOSTA, OU DE EVENTUAL AÇÃO PRÓPRIA, EM QUE HAJA PRODUÇÃO DE PROVAS PELO POSSEIRO – DESPROVIMENTO DO RECURSO NO PONTO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE DE TERRENO – RECURSO DA EMPRESA – QUESTÃO RELATIVA À ALTERAÇÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO – PREJUDICADA POR TER SIDO PROVIDO O RECURSO DA PARTE ADVERSA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – NÃO SÃO DEVIDOS, POIS O CPC PREVÊ A CONDENAÇÃO DA PARTE EM TAL VERBA – ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE ADESÃO – SENTENÇA MANTIDA NO PONTO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0046051-76.2011.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 27/08/2019, p: 28/08/2019)

Entendimento no Superior Tribunal de Justiça é que a taxa de fruição em imóvel não edificado depende de prova de uso do imóvel que indique o proveito econômico do consumidor.

Nesse sentido:

> *EMENTA CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. COMPRA E VENDA DE TERRENO EM LOTEAMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL MOTIVADA POR INTERESSE DO ADQUIRENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 402, 475 E 884 DO CC/02. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. 25%. RECENTE PRONUNCIAMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO. ACÓRDÃO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE. TAXA DE OCUPAÇÃO NÃO DEVIDA. INEXISTÊNCIA DE FRUIÇÃO DO BEM. CONCLUSÃO ADOTADA COM BASE NOS FATOS DA CAUSA. REFORMA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE (RECURSO ESPECIAL Nº 1885020 - SP (2020/0178145-7) RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO. JULGAMENTO EM 25/8/2020).*

Confira-se excerto da decisão monocrática:

> *(2) Da taxa de ocupação EMPREENDEDORA afirmou que é cabível, no caso, o arbitramento da taxa de taxa de ocupação no período em que o bem esteve a disposição do recorrido, sob pena de enriquecimento sem causa dos recorridos.*

Sem embargo, o TJSP, soberano na apreciação das provas dos autos, afastou o pedido de condenação do promitente-comprador ao pagamento de taxa de fruição do imóvel ao constatar a ausência de qualquer prova de proveito econômico.

A propósito, transcreve-se:

> *Com relação à taxa de ocupação, também com razão os apelantes. No caso, trata-se de terreno para edificação, e, mesmo que os adquirentes tivessem tomado posse de referido terreno no momento da assinatura do contrato, não tiveram nenhum proveito econômico com isso* (e-STJ, fl. 163).

Desse modo, não há como acolher a tese recursal delineada pela recorrente, pois, para rever a conclusão estadual, seria necessária a análise de cláusulas contratuais e o reexame de fatos e provas dos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial, dado o óbice das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.

A requerente alega, na inicial, que não edificou construção no imóvel, o que não foi contestado pela requerida.

Portanto, não é possível condenar a requerente ao pagamento de taxa de fruição.

Prequestionamento

A apelante requer o prequestionamento expresso dos artigos 394, 407, 412, 419, 422, 722, 723, 724, 725, 884 e 944 do Código Civil, artigos 20 e 21 da LINB, artigos 2º, 5º incisos II, LXXIV e XXXVI e 170 da Constituição Federal, bem como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não surpresa.

Confira-se o teor dos dispositivos:

> *Código Civil*
>
> *Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.*
>
> *Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.*

*Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.*

*Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.*

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

*Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.*

*Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. (Redação dada pela Lei nº 12.236, de 2010 )*

*Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência. (Incluído pela Lei nº 12.236, de 2010 )*

*Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.*

*Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.*

*Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

*Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.*

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*

*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

*LINDB*

*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)*

*Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

*Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)*

*Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e*

*equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.*

*Constituição Federal*

*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

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

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

*XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*

*LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".*

Não há falar em violação aos dispositivos, pois o acórdão e a sentença observaram os regramentos aplicáveis à rescisão contratual, bem como aos encargos a serem cobrados da autora.

Da multa por litigância de má-fé arguida em contrarrazões.

Segundo disposição do artigo 80 do CPC/2015, considera-se litigante de má-fé, dentre outras condutas, aquele que:

*"Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:*

*I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*

*II - alterar a verdade dos fatos;*

*III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*

*IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*

*V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*

*VI - provocar incidente manifestamente infundado;*

*VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*

*Por sua vez, o art. 77, do mesmo diploma processual civil, prevê:*

*Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:*

*I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;*

*II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;*

*III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;*

*IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;*

> *V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;*
>
> *VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.*

José Miguel Garcia Medina (p. 172) faz o seguinte apontamento:

> *"O direito processual civil brasileiro adotou o critério objetivo, funcional ou finalístico para a caracterização do exercício abusivo de direitos processuais (cf. comentário ao art. 5º do CPC/2015). Na interpretação da regra prevista no art. 80 do CPC/2015, deve-se observar que "a busca pela tutela jurisdicional não pode se caracterizar como litigância de má-fé, já que se reveste na efetivação do direito fundamental à proteção judiciária dos direitos" (STJ, EDcl no RMS 27.759/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 26.10.2010). Assim, o mero erro não caracteriza litigância de má-fé: Não há de se confundir má-fé, dolo, com erro processual ou falta de técnica jurídica" (STJ, REsp 1177878/SP, rel. Min. Castro Meira, 2ª T. J. 06.04.2010). De igual modo, o fato de a parte valer-se de argumentos fracos ou improcedentes em suas manifestações processuais não pode significar, por si só, litigância de má-fé (STJ, REsp 556929/SC, rel. Min. Aldir Passarinha Júnior, 4ª T., j. 28.09.2010). É o que ocorre, p. ex., se a parte apresenta "sucessivos embargos com a mesma linha de argumentação, desvinculada da orientação traçada no CPC"* (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg na ExSusp 87/GO, rel. Min. Raul Araújo, 2.ª Seção, j. 25.08.2010)."

Acerca da alteração da verdade dos fatos, Daniel Amorim Assumpção Neves esclarece:

> *"Trata-se de ofensa ao dever consagrado no art. 77, I, do Novo CPC. A exposição dos fatos conforme a verdade é dever de todos que postulam em juízo, seja o autor em sua causa de pedir, seja o réu em seus fundamentos de defesa e dos terceiros que participaram do processo como testemunhas. O dever de veracidade veda que as partes e seus procuradores litiguem conscientemente contra a verdade, fazendo alegações que sabem serem falsas ou enganosas, com o objetivo de induzir o julgador a erro."*

Na hipótese, entendo que não houve conduta processual do apelante que configure abuso de direito, tampouco má-fé, tanto que o recurso foi parcialmente provido, não havendo motivos para a condenação pretendida.

Dispositivo

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por São Bento Incorporadora Ltda para determinar que, do valor a ser restituído à requerente, sejam descontados os valores comprovadamente pagos pela requerida a título de IPTU até a data da rescisão do contrato.

Redistribuo os ônus sucumbenciais em 70% para a requerida e 30% para a requerente e majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 17% do valor atualizado da condenação, com fulcro no § 11, do art. 85, do CPC.

É como voto.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º Vogal)

Extrai-se dos autos que Cleonice de Oliveira Santos, por não ter mais condição financeira de honrar o compromisso assumido afeto a contrato que celebrou com a São Bento Incorporadora Ltda., de compra de imóvel objeto de loteamento urbano em construção, ingressou com a ação em face de Incorporadora São Bento objetivando rescindir o contrato (Lote 01M, da quadra 83, com área de 150m², do loteamento Cidade

Jardim Residence III, em Naviraí-MS, pelo preço de R$ 20.900,00 (vinte mil e novecentos reais), mediante uma entrada no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), e o valor remanescente em 100 (cem) parcelas de R$ 199,00 (cento e noventa e nove reais), com vencimento no dia 10 (dez) de cada mês, iniciando o pagamento em 10/03/2014.

Sustenta que pagou ao todo sobre o Lote 01M, da quadra 83, o valor de R$ 14.749,61 (catorze mil, setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e um centavos), perfazendo o valor total atualizado monetariamente de acordo com o IGPM-FGV acrescidos com juros de 1% a.m em R$ 22.603,05 (vinte e dois mil, seiscentos e três reais e cinco centavos) conforme planilha em anexa a exordial.

Requereu a decretação de nulidade de determinadas cláusulas contratuais reputadas abusivas e a devolução do valor pago pelo imóvel.

Por não ter mais condições de continuar o pagamento das parcelas, tornou-se inadimplente e propôs a referida ação.

Após regular trâmite processual, com o seguinte dispositivo:

> *"Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados pela parte autora em face de São Bento Incorporadora Ltda para o fim de:*
>
> *A) Declarar rescindido o contrato de compra e venda de lote firmado entre as partes, colacionado às fls. 21/23 dos autos;*
>
> *B) Declarar nula a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea "a" do contrato de fls. 21/23, determinando sua exclusão;*
>
> *b) MODIFICAR(REVISAR) a cláusula segunda, parágrafo segundo, alínea "b" do contrato de fls. 14/16 para que passe a constar com a seguinte redação: "[...] Desconto de 20 % (vinte por cento) sobre o valor das parcelas pagas referentes a taxas de administração, cobranças bancárias e demais despesas[...]";*
>
> *C) Condenar a parte ré a restituir à parte autora, em parcela única, a importância de R$ 14.749,61 (quatorze mil e setecentos e quarenta e nove reais e sessenta e um centavos), devidamente acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da presente sentença e correção monetária pelo IGPM/FGV partir de cada desembolso (fls. 24/25), ambos até a data do efetivo pagamento, conforme fundamentação supra; e,*
>
> *D) Autorizar a parte ré a realizar a retenção de 20% (vinte por cento) do valor a ser restituído à parte autora devidamente atualizado da mesma forma do item anterior.*
>
> *Por consequência, declaro resolvido o mérito da ação com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes nas custas processuais e honorários advocatícios em proporção, sendo que a parte ré arcará com 80% (oitenta por cento), ao passo que a parte autora arcará com os restantes 20% (vinte por cento) das verbas de sucumbência.*
>
> *Fixo os honorários advocatícios em 15 % (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação atento aos ditames do art. 85, §2º do Novo Código de Processo Civil, já considerados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *Resta, contudo, suspensa a exigibilidade de tais verbas com relação à parte autora por ser beneficiária da justiça gratuita.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se. Oportunamente, arquive-se."*

A ré interpôs o presente recurso de apelação, sendo que, conforme consignado pelo relator, a matéria devolvida pela ré está limitada ao percentual da taxa de retenção, à incidência da cláusula penal, à taxa de fruição e à retenção relativa ao valor do IPTU.

O nobre relator, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, deu provimento ao recurso para determinar também a retenção do valor correspondente ao IPTU devido sobre o imóvel, mantendo a r. sentença que fixou o percentual de 20% a título de cláusula penal incidente sobre o valor das parcelas pagas pelo rompimento imotivado do contrato.

Pedi vista para melhor analisar a matéria discutida no recurso e, após atenda análise, estou divergindo em parte do douto relator.

Da taxa de retenção e cláusula penal

O juiz declarou a abusividade da cláusula penal prevista em 2% do valor do contrato e manteve o desconto de 20% sobre o total a ser devolvido, a título de taxa de administração, mas sobre o valor pago e não sobre o valor do contrato.

Conforme destacado na douta sentença, é incontroverso que houve inadimplemento parcial do autor no contrato de compra e venda do imóvel descrito na inicial, sendo autorizada a rescisão contratual por culpa sua.

O que ainda se discute é aplicação da taxa de administração e da cláusula penal, na definição sobre o valor sobre o qual haverá de incidir, se sobre o valor do contrato, ou se sobre o valor das prestações pagas.

É incontroverso que inexistiu descumprimento pela empresa vendedora, ora apelante, uma vez que a compradora requereu a resilição contratual por motivos de falta de condições de prosseguir com o pagamento das parcelas.

A recorrente afirma que, à luz do instrumento contratual, incidiria a previsão de devolução com a retenção prevista na cláusula segunda, parágrafo segundo do contrato (fl. 75/76), mas objetiva que essa retenção seja de 25% e não sobre os 20% ordenados na r. sentença.

O contrato (fls. 75/76) previu:

Ou seja, o contrato prevê a retenção de 2% e de 20% do valor total do contrato.

Em relação à taxa de administração e à cláusula penal, a r. sentença coaduna com o nosso entendimento no sentido de que, evidenciada a mesma natureza da taxa de administração e da cláusula penal, ambas tendo por objetivo indenizar os prejuízos pela inexecução do contrato, revela-se inadmissível a cumulação, sob pena de violação do princípio do non bis in idem (proibição da dupla condenação sob o mesmo título).

Deve-se considerar as disposições do art. 51 do CDC, especialmente os incisos II e IV:

> *"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...)*
>
> *II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;*
>
> *(...)*
>
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;"*

Assim, é evidente que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a perda exorbitante do valor já pago pelo comprador no caso de este solicitar a rescisão.

A finalidade da retenção é garantir que o promitente comprador responda pelas consequências patrimoniais decorrentes da posse do imóvel, sob pena de enriquecimento ilícito de sua parte.

No caso dos autos, ainda que a autora não tenha efetivamente ocupado o imóvel, como alega (mas a cláusula contratual a respeito lhe é adversa, como aponto adiante) ele lhe estava reservado, ficando a apelante impedida de aliená-lo ou ocupá-lo.

Daí porque não importa se se tratava de lote vago, sem construção. O fato é que a requerida ficou privada da posse desde a entrega, o que por si já faz incidir a referida cláusula para compensar o vendedor.

Por outro norte, vale consignar que a praxe do mercado é vender os lotes por numerário superior aos vendidos na época da negociação, tendo em vista a valorização no mercado.

Por tais motivos, penso que é razoável a devolução de 80% do valor pago pelo autor (retendo 20%), considerando que a empresa não deu causa à rescisão contratual, sendo que a quantia é satisfatória e cumprirá a função de compensar as despesas havidas com a comercialização do imóvel e o impedimento de comercializá-lo a terceiros até a rescisão do contrato.

O equilíbrio contratual deve ser privilegiado de maneira que, por seu turno, a empresa vendedora não pode ficar à mercê de qualquer garantia, sendo irrazoável que sofra a quebra contratual sem auferir qualquer vulto compensatório ou sancionatório da parte que resolve rescindir a avença.

Nessa toada, tenho que a devolução no patamar de 80% (oitenta por cento do valor já pago prima pelo equilíbrio contratual e não afronta os princípios-basilares da razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé, diante de contratação expressa delimitando referida obrigatoriedade de devolução em 10% sobre o valor das prestações pagas, e não sobre o valor do contrato, segundo iterativa jurisprudência do STJ a esse respeito.

A obrigação de a parte inadimplente arcar com a cláusula penal em comento decorre dos termos expressos do artigo 389 do Código Civil, que estabelece:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

Não tivesse existido a cláusula, a retenção poderia se dar até 25% do valor das prestações pagas, e é também esse o entendimento da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, como se infere dos seguintes julgados:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - RECURSO DOS RÉUS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.514/97 – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO DO AUTOR – INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS – RETENÇÃO DE 20% DO TOTAL PAGO, A TÍTULO DE MULTA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. O contrato de compra e venda de imóvel garantido por alienação fiduciária que não foi levado a registro no Cartório de Imóveis e junto à sua matrícula, não serve como título fiduciário, por ausência de cumprimento do disposto no artigo 23 da Lei 9.514/97. Logo, não se aplica os procedimentos do referido diploma legal ao presente caso. A jurisprudência vem firmando entendimento no sentido de que o percentual de retenção em caso de arrependimento do promissário-comprador, tendo em vista o eventual prejuízo causado ao promitente vendedor, pode ser fixado no percentual de 10% a 25% do valor pago, de modo a restaurar o equilíbrio contratual e evitar o enriquecimento sem causa. É razoável e proporcional a retenção do percentual de 20% do valor efetivamente pago pelo comprador inadimplente a título de multa contratual para ressarcir à promitente vendedora pelos prejuízos decorrentes do*

*descumprimento do contrato.* (TJMS. Apelação n. 0801289-66.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 29/03/2019, p: 03/04/2019)

*EMENTA – Apelação – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR – PAGAMENTO DE TAXA DE FRUIÇÃO – NÃO CONHECIMENTO – CLÁUSULA QUE PREVÊ RETENÇÃO DE PERCENTUAL CALCULADO PELO VALOR INTEGRAL DO CONTRATO – NULIDADE – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Hipótese em que se discute: a) se é devida taxa de fruição do imóvel a ser arbitrada pelo Juízo; b) se é nula a cláusula contratual que prevê a retenção de 20% sobre o valor total do contrato a título de taxa de administração. 2. O pedido de pagamento de taxa de fruição não merece ser apreciado, visto que o apelante não impugnou especificamente os fundamentos da sentença. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. 4. Na espécie, a autora firmou contrato de compra e venda de lote, o qual prevê o desconto de 20% sobre o valor total do contrato, referentes a taxas de administração, comissões, cobranças bancárias e demais despesas (cláusula segunda, parágrafo segundo, letra 'B'), a ser retido da importância que efetivamente pagou, em caso de rescisão por inadimplemento do comprador. 5. Conforme a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior, a quantia a ser retida pode ser entre 10% e 25% do valor pago, e não do valor total do contrato, como foi pactuado entre as partes, sendo assim nula a mencionada cláusula por ser abusiva, devendo ser corrigida como restou determinado na sentença. 6. Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários de sucumbência.* (TJMS. Apelação n. 0801443-60.2017.8.12.0029, Naviraí, 3ª Câmara Cível, Relator (a) Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 21/03/2019, p: 25/03/2019)

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM PEDIDOS CUMULATIVO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS E TUTELA DE URGÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE RESCISÃO DO AJUSTE – DESCABIMENTO – NULIDADE E VALOR DA CLÁUSULA PENAL – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE – DEVOLUÇÃO DE FORMA PARCELADA – IMPOSSIBILIDADE – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O princípio do força obrigatória dos contratos cede lugar ao princípio da relatividade do contrato, quando existentes cláusulas abusivas, de modo a assegurar o equilíbrio da relação contratual. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou bem imóvel, é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra com retenção 10% a 20% das prestações pagas, a título de cláusula penal, sem que isso implique em qualquer abusividade contratual. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador.* (TJMS. Apelação n. 0048862-33.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 17/12/2018, p: 20/01/2019)

Tal entendimento está devidamente embasado tanto no regramento do Código de Defesa do Consumidor referente às cláusulas abusivas, quanto na aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, vez que a multa contratual não pode acarretar locupletamento indevido por parte da empresa vendedora.

Porém, como afirmei, deve prevalecer a cláusula contratual celebrada entre as partes que estabeleceu, no caso concreto, a retenção de 20%, a incidir, todavia, sobre as prestações pagas e não sobre o valor do contrato, muito menos em 25% como almejado pela recorrente.

É que aqui, como visto acima da transcrição da cláusula contratual respectiva, as partes convencionaram que a retenção seria de 20% (vinte por cento) sobre o previsto no contrato, o que se constitui, no caso, em ajuste abusivo e ofensivo aos valores encartados no Código de Defesa do Consumidor.

A definição de que o valor a ser restituído deve ser sobre os valores pagos e não sobre o valor do contrato, resulta de adoção de um critério de maior justiça, para favorecer o equilíbrio contratual, por força, até, do disposto no CDC, em especial seus artigos 51, II e IV, § 1º, II e III e 54, § § 3º e 4º, que dispõem:

> *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;*
>
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*
>
> *§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:*
>
> *I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*
>
> *II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;*
>
> *III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*
>
> *Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.*
>
> .....
>
> *§ 3º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.*
>
> *§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.*
>
> *"Os pactos devem ser cumpridos" – permitindo-se todavia, aferição do que se contratou em face das normas protetivas do direito do consumidor - e constitui um princípio da força obrigatória de um contrato que, na lição de Orlando Gomes:*
>
> *"O principal efeito do contrato é criar um vínculo jurídico entre as partes. Fonte de obrigações, é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo que tem força de lei entre as partes. O contrato deve ser executado tal como se suas cláusulas fossem disposições legais para os que o estipularam. Quem assume obrigação contratual tem de honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu.*
>
> *E arremata o erudito mestre:*
>
> *"A primeira consequência da força vinculante do contrato é a sua irretratabilidade. Uma vez perfeito e acabado, não pode ser desfeito senão por outro acordo de vontades, chamado distrato.*
>
> *A irrevogabilidade do contrato é, em síntese, corolário imediato de um dos grandes princípios do direito contratual: o da força vinculante."*

Esse princípio se liga a outro, qual seja, o da liberdade de contratar, o qual, ainda segundo Orlando Gomes, consiste no "poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente" , e vem encartado no artigo 421 do CC, que dispõe que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

Assim, se dentro da liberdade de contratar as partes convencionaram que haveria cláusula penal estabelecida em 20% sobre o valor do contrato, tal convenção torna-se obrigatória e cria força vinculante ao que foi livremente estabelecido, não podendo sofrer alteração do seu conteúdo, pena de violação do artigo 421 do CC.

Finalmente, evidenciada a mesma natureza da taxa de administração e da cláusula penal, ambas tendo por objetivo indenizar os prejuízos pela inexecução do contrato, revela-se inadmissível a cumulação, sob pena de violação do princípio do non bis in idem (proibição da dupla condenação sob o mesmo título).

Na situação em apreço, deve-se manter a retenção estabelecida em 20% sobre o valor total do contrato devidamente atualizada, sendo incabível, portanto a cobrança da cláusula penal em percentual maior, como objetivado pela empresa apelante, de modo que a sentença deve ser mantida quanto ao percentual de 209% ali fixado.

Divirjo, todavia, da conclusão de que haveria de ser de 20% sobre o valor das prestações pagas, o que contraria a regra contratual que fixa essa indenização em 20% sobre o valor do contrato, de tal forma que o pacto, assim, deve ser observado.

Da taxa de fruição.

O douto juiz a quo deixou de estabelecer a taxa de fruição, tendo em vista que não há provas de que tenha a autora utilizado o pretenso imóvel, seja para edificar ou para qualquer outro fim.

A r. sentença deve ser reformada quanto a este ponto e, aqui, também divirjo do e. relator, com todo respeito.

A finalidade da verba de fruição é garantir que o promitente comprador responda pelas consequências patrimoniais decorrentes do uso do imóvel, sob pena de enriquecimento ilícito de sua parte. Objetiva, pois, compensar o promitente vendedor pela utilização do bem pelo possuidor do imóvel compromissado, que se torna inadimplente.

No caso dos autos, a posse foi transferida à apelada desde o momento da assinatura do contrato, de modo que, ainda que não tenha efetivamente ocupado o imóvel, ele lhe estava reservado, ficando a ré-apelante impedida de aliená-lo ou ocupá-lo.

Daí porque não importa se se tratava de lote vago, sem construção. O fato é que a requerida ficou privada da posse desde a entrega, o que por si já faz incidir a taxa de fruição.

Restando a adquirente inadimplente, e estando autorizada à exploração econômica imediata do imóvel, desde a posse, evidentemente que desde então, ou seja, desde a posse, deve pagar pela taxa de fruição.

Não se pode afastar, em casos como o presente, o disposto nos art. 402 e 403, do Código Civil de 2002, que atribuem ao credor o direito de cobrir as perdas e danos, além do que efetivamente deixou de lucrar, com indenização justa.

É também esse o entendimento da jurisprudência pátria, como se infere do seguinte julgado:

> *EMENTA: RESCISÃO DE CONTRATO – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO PREÇO – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – CULPA DO PROMISSÁRIO COMPRADOR – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – POSSIBILIDADE – ARRAS CONFIRMATÓRIAS – RETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FRUIÇÃO – INDENIZAÇÃO.*

Demonstrado nos autos que o promissário comprador não honrou com suas obrigações assumidas no contrato de compra e venda de imóvel, visto que não efetuou o pagamento do preço conforme avençado,

assiste à promitente vendedora o direito de ver rescindido o contrato firmado entre as partes, bem como se ver reintegrada na posse do imóvel objeto da lide.

As arras confirmatórias por destinarem-se apenas ao pagamento do preço ajustado não podem ser retidas.

A taxa de fruição é devida a partir da data do recebimento do imóvel pela apelada, até a data de sua efetiva entrega à apelante, isso porque, aquela é uma forma de contraprestação pelo uso e gozo do imóvel por parte dos promissários compradores, sob pena de se enriquecerem ilicitamente à custa da promitente vendedora. (TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.263127-6/001, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, julgado em 24/10/2012).

Conforme se observa de recente precedente do Superior Tribunal de Justiça , entende-se que:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO DO CONTRATO POR CULPA DO PROMITENTE-COMPRADOR. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. CLÁUSULA PENAL. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PAGOS PELO ADQUIRENTE. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO IMÓVEL. LEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A ausência de particularização dos dispositivos de lei federal em tese violados pelo acórdão recorrido caracteriza deficiência de fundamentação, conforme pacífico entendimento desta Corte Superior, fazendo incidir, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF. 2. A Segunda Seção do STJ, ao apreciar o REsp 1.723.519/SP, da Relatoria da Ministra Isabel Gallotti, estabeleceu, no tocante à cláusula penal fixada no contrato, nas hipóteses de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, que o percentual de retenção pelo vendedor pode ser de até 25% do total da quantia paga. Precedente: EAg 1.138.183/PE, Rel.Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 27/06/2012, DJe de 04/10/2012 (AgInt no AREsp 1.568.920/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/03/2020, DJe de 25/03/2020). 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a cobrança de valores correspondentes ao período de fruição do bem pelo comprador não é abusiva e se mostra necessária para evitar o enriquecimento ilícito da parte. Assim, "Decretada a resolução do contrato de compra e venda de imóvel, com a restituição das parcelas pagas pelo comprador, o retorno das partes ao estado anterior implica o pagamento de indenização pelo tempo em que o comprador ocupou o bem, desde a data em que a posse lhe foi transferida"* (AgInt no Resp 1.216.477/RS, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 07/06/2018). 4. Agravo interno não provido. AgInt no AREsp 1378049/SE .Relator Ministro Raul Araújo, 4a. Turma. Julgado em 10.08.2020, DJ de 26.08.2020"

> *AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLEMENTO DO PROMISSÁRIO COMPRADOR. PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO USO DO IMÓVEL. OBRIGAÇÃO DEVIDA POR TODO O PERÍODO DE OCUPAÇÃO. CONSECTÁRIO LÓGICO DO RETORNO AO ESTADO ANTERIOR. PRECEDENTES DA CORTE.*
>
> *1. Decretada a resolução do contrato de compra e venda de imóvel, com a restituição das parcelas pagas pelo comprador, o retorno das partes ao estado anterior implica o pagamento de indenização pelo tempo em que o comprador ocupou o bem, desde a data em que a posse lhe foi transferida. Precedentes.*
>
> *2. A pretensão de que apenas fosse indenizada a posse do imóvel a partir do momento em que o comprador se tornou inadimplente ensejaria enriquecimento ilícito do ocupante, uma vez que as prestações pagas serão devolvidas como efeito da própria rescisão.*
>
> *3. Agravo interno provido para negar provimento ao recurso especial.* (AgInt no REsp 1216477/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do Trf 5ª Região),

Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 07/06/2018)".

Afinal, com as prestações pagas sendo todas devolvidas à compradora como efeito da decretação da rescisão contratual, o pagamento da taxa de fruição deve-se dar desde a data da ocupação.

Nesse sentido foi que esta 3ª Câmara Cível decidiu num caso de minha relatoria, na Apelação nº. 0000079-15.2001.8.12.0040, julgada: 19/10/2016.

A jurisprudência dominante tem admitido, em casos semelhantes, a condenação do ocupante do imóvel pelo valor correspondente a 0,5% sobre o valor do imóvel, o que reputo razoável por se tratar de lote de terreno, sendo quantia que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Seguem os julgados desta Corte em que o percentual da taxa de fruição do bem imóvel foi fixado no mesmo valor:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL – MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL DE 0,5% – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*
>
> *É incontroverso ser direito do promitente comprador a restituição dos valores pagos ao promitente vendedor, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, uma vez que a rescisão de um contrato exige, na medida do possível, que se promova o retorno das partes ao status quo ante. A taxa de fruição deve ser de 0,5% sobre o valor atualizado imóvel, uma vez que essa quantia atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a função de indenizar o vendedor pelo período em que o comprador usufruiu do bem. Recurso conhecido e não provido. Sentença singular mantida.* (TJMS. Apelação n. 0002124-93.2009.8.12.0045, Sidrolândia 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 17/10/2018, p: 19/10/2018)
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE TERRENO – INADIMPLEMENTO DO ADQUIRENTE – CONTRATO RESCINDIDO – RETORNO DAS PARTES AO STATU QUO ANTE - PAGAMENTO DE TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL – POSSE DO BEM – PERCENTUAL DE 0,5% SOBRE O VALOR DO IMÓVEL – VALOR RAZOÁVEL NO CASO CONCRETO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *A chamada taxa de fruição é imposta ao promitente comprador quando o compromisso de compra e venda é rescindido e o promitente vendedor obrigado a restituir as parcelas já pagas (ou parte delas). Com a resolução da avença, e o retorno dos contratantes ao statu quo ante, aquele que utilizou do bem por certo período deve indenizar o proprietário, desde a data da posse, sob pena de enriquecimento sem causa. No caso concreto, para não incorrer em decisão ultra petita, deve ser considerado como termo inicial da taxa de fruição a data da inadimplência. É razoável a fixação de taxa de fruição no valor correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor do imóvel quando se trata de terreno com 360 m², sem edificação e não localizado no centro da cidade.* (TJMS. Apelação n. 0826845-72.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 07/10/2014, p: 09/10/2014)
>
> *'AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – TAXA DE FRUIÇÃO – 0,5% DO VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL POR MÊS DE POSSE - INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO – INDEVIDA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.' Determinada a indenização por fruição do bem, considerando-se o valor atualizado do imóvel, não há que se falar em incidência de correção monetária.* (TJMS. Agravo Interno n. 0047375-07.2011.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 07/02/2012, p: 15/02/2012)

> *'APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO RESCISÃO CONTRATUAL – INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR – INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul FRUIÇÃO DO IMÓVEL DE 0,5% AO MÊS – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS - INOVAÇÃO NA LIDE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.'* (TJMS. Apelação n. 0111257-47.2005.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 13/07/2010, p: 19/07/2010)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL – REDUÇÃO PARA 0,5% – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS À DEVEDORA – PERCENTUAL DE 30% REDUZIDO PARA 25% – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I - É incontroverso ser direito do promitente comprador a restituição dos valores pagos ao promitente vendedor, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, uma vez que a rescisão de um contrato exige, na medida do possível, que se promova o retorno das partes ao status quo ante. II - A taxa de fruição deve ser de 0,5% sobre o valor atualizado imóvel, uma vez que essa quantia atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a função de indenizar o vendedor pelo período em que o comprador usufruiu do bem. III - No tocante ao percentual de retenção dos valores pagos, o Superior Tribunal de Justiça entende como razoável que o percentual de seja arbitrado entre 10% e 25%, conforme as peculiaridades de cada caso.* (TJMS. Apelação n. 0800791-63.2015.8.12.0045, Sidrolândia, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 18/07/2018, p: 20/07/2018)

Assim, é plenamente admissível e, mais, é justo, que a autora, em contrapartida, indenize a promitente-vendedora, ora apelante, pelo período em que esteve na posse do bem sem a devida contraprestação, porquanto se trata de aproveitamento de um imóvel que integrava o patrimônio da autora-vendedora, mas que de seu gozo esteve desprovida pelo período de posse direta da autora, que poderia ter pago a integralidade do preço avençado.

Dentro desta perspectiva, tenho que a taxa de fruição deve incidir desde a data em que a compradora efetivamente recebeu a posse do bem (assinatura do contrato) até a sua devolução, razão pela qual dou provimento ao recurso da requerida neste ponto.

Da retenção do valor relativo a débitos com IPTU

O nobre julgador de primeiro grau entendeu que o autor não tomou posse do imóvel, de modo que não teria a obrigação de pagamento do tributo a ele relativo.

A ré-apelante, por sua vez, defende que a posse foi transmitida na data da assinatura do contrato transcrevendo em suas razões recursais suposta cláusula contratual com tal previsão:

Essa questão também foi objeto de pactuação expressa entre as partes, como se afere da cláusula terceira do contrato:

Nesse ponto acompanho o e. Relator, quando decidiu:

> *O contrato prevê que o pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel comercializado, nos quais está incluído o IPTU, é de responsabilidade do adquirente.*

Veja-se (f. 76):

> *Não vislumbro abusividade da cláusula.*

O Código Civil prevê:

> *"Art. 1.345. O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios."*

O IPTU se trata de tributo propter rem, que é devido em razão da posse exercida sobre o bem.

A questão já foi objeto de recurso repetitivo, em que se concluiu pela responsabilidade tributária do possuidor direto pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel. Veja-se:

> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR). DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEI 9.065/95.*
>
> *1. A incidência tributária do imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR (de competência da União), sob o ângulo do aspecto material da regra matriz, é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município (artigos 29, do CTN, e 1º, da Lei 9.393/96).*
>
> *2. O proprietário do imóvel rural, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, à luz dos artigos 31, do CTN, e 4º, da Lei 9.393/96, são os contribuintes do ITR.*
>
> *3. O artigo 5º, da Lei 9.393/96, por seu turno, preceitua que: "Art. 5º É responsável pelo crédito tributário o sucessor, a qualquer título, nos termos dos arts. 128 a 133 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional)."*
>
> *4. Os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU) decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato imponível encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações propter rem, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel.*
>
> *5. Consequentemente, a obrigação tributária, quanto ao IPTU e ao ITR, acompanha o imóvel em todas as suas mutações subjetivas, ainda que se refira a fatos imponíveis anteriores à alteração da titularidade do imóvel, exegese que encontra reforço na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão prevista nos artigos 130 e 131, I, do CTN, verbis: "Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.*
>
> *Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.*
>
> *Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;*
>
> *(Vide Decreto Lei nº 28, de 1966) (...)"*
>
> *6. O promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel, bem como seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis), consoante entendimento exarado pela Primeira Seção do STJ, quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.110.551/SP e 1.111.202/SP (submetidos ao rito do artigo 543-C, do CPC), são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10.06.2009, DJe 18.06.2009).*
>
> *7. É que, nas hipóteses em que verificada a "contemporaneidade" do exercício da posse direta e da propriedade (e não a efetiva sucessão do direito real de propriedade, tendo em vista a inexistência de registro do compromisso de compra e venda no cartório competente), o imposto sobre o patrimônio poderá ser exigido de qualquer um dos sujeitos*

*passivos "coexistentes", exegese aplicável à espécie, por força do princípio de hermenêutica ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*

*8. In casu, a instância ordinária assentou que: (i) "... os fatos geradores ocorreram entre 1994 e 1996. Entretanto, o embargante firmou compromisso de compra e venda em 1997, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores.*

*O embargante, ademais, apenas juntou aos autos compromisso de compra e venda, tal contrato não transfere a propriedade. Não foi comprovada a efetiva transferência de propriedade e, o que é mais importante, o registro da transferência no Cartório de Registro de Imóveis, o que garantiria a publicidade do contrato erga omnes.*

*Portanto, correta a cobrança realizada pela embargada." (sentença) (ii) "Com base em afirmada venda do imóvel em novembro/97, deseja a parte apelante afastar sua legitimidade passiva executória quanto ao crédito tributário descrito, atinente aos anos 1994 a 1996, sendo que não logrou demonstrar a parte recorrente levou a registro, no Cartório imobiliário pertinente, dito compromisso de venda e compra.*

*Como o consagra o art. 29, CTN, tem por hipótese o ITR o domínio imobiliário, que se adquire mediante registro junto à Serventia do local da coisa: como se extrai da instrução colhida junto ao feito, não demonstra a parte apelante tenha se dado a transmissão dominial, elementar a que provada restasse a perda da propriedade sobre o bem tributado.*

*Sendo ônus do originário embargante provar o quanto afirma, aliás já por meio da preambular, nos termos do § 2º do art. 16, LEF, bem assim em face da natureza de ação de conhecimento desconstitutiva da via dos embargos, não logrou afastar a parte apelante a presunção de certeza e de liquidez do título em causa.*

*Cobrando a União ITR relativo a anos-base nos quais proprietário do bem o ora recorrente, denota a parte recorrida deu preciso atendimento ao dogma da legalidade dos atos administrativos e ao da estrita legalidade tributária." (acórdão recorrido)*

*9. Conseqüentemente, não se vislumbra a carência da ação executiva ajuizada em face do promitente vendedor, para cobrança de débitos tributários atinentes ao ITR, máxime à luz da assertiva de que inexistente, nos autos, a comprovação da translação do domínio ao promitente comprador através do registro no cartório competente.*

*10. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e EREsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005).*

*11. Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios.*

*13. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular."* (REsp 1073846/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

Portanto, havendo débitos em aberto a título de IPTU, deverão ser descontados do valor a ser restituído à requerente.

Portanto, pactuado que a adquirente apelada pagaria todos os tributos que incidiriam sobre o lote compromisso à venda, prevalece também o que foi convencionado, ainda mais por ser induvidoso que a autora tomou posse do bem na data da assinatura do contrato, razões pelas quais, no ponto, acompanho o e. relator.

Dispositivo

Ante o exposto, ouso divergir do eminente relator para dar provimento ao recurso da apelante, em maior extensão, reformando em parte a r. sentença para o fim de:

> *A) - autorizar a retenção, pela ré, do percentual de 20% sobre o valor do contrato a título de indenização por perdas e danos ocasionados à mesma ré, pelo rompimento imotivado do contrato assinado entre as partes, conforme estabelecido na cláusula SEGUNDA, parágrafo segundo, item "B" do contrato, monetariamente corrigido pelo IGPM-FGV desde a data da assinatura da avença contratual, a serem descontados sobre os valores a serem devolvidos pela ré à autora;*
>
> *B) - determinar que do valor a ser devolvido pela ré, serão descontados os valores correspondentes a 0,5% ao mês, desde a data do contrato, a título de taxa de fruição, também corrigido pelo IGPM-FGV desde a data da assinatura do contrato;*
>
> *C) - Acompanho o e. relator no capítulo referente à obrigatoriedade de desconto, pela apelante, do valor correspondente ao IPTU.*

Mantem-se a sentença em seus demais termos.

É como voto.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal. Julgamento de acordo com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

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

Campo Grande, 23 de setembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
## Agravo de Instrumento nº 1411010-51.2020.8.12.0000 - Mundo Novo

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO .– AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONCESSÃO DE MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DA EX-COMPANHEIRA – IMÓVEL DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO AGRAVANTE – TUTELA DE URGÊNCIA – DEFERIMENTO – REQUISITOS PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Sendo a agravada mera detentora da posse do imóvel, ainda que por força de medida protetiva de afastamento do lar, não pode permanecer no imóvel "ad infinitum" em detrimento do agravante, visto que estaria obtendo, por via transversa, a posse de imóvel que pertence exclusivamente ao agravante/requerente.

### 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 setembro de 2020

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por D. S. da S. em face da decisão proferida por Vinicius Aguiar Milani, juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Mundo Novo, que nos autos de ação de imissão de posse que move em face de S. d. S., indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Em razões recursais (f. 1-17), sustenta que ajuizou ação de imissão de posse em face de sua ex-companheira S. da S., buscando ser imitido na posse do imóvel onde S. se encontra residindo.

Aduz que quando da dissolução da união estável existente entre D. e S., as partes firmaram acordo perante a 1ª Defensoria Pública de Mundo Novo (fls. 18-9, autos de origem), onde, dentre outros termos, constou que S. ficaria morando no imóvel de propriedade exclusiva do agravante, situado na cidade de Mundo Novo/MS, na Rua Pernambuco, 1.285 – Bairro Tapajós, até a data determinada para a entrega do imóvel, em caso de venda pelo mesmo.

Diz que, em "*18 de junho de 2019, o agravante vendeu o imóvel em questão, trocando-o por outro localizado na Rua Espírito Santo, 67 – Bairro Universitário, nesta cidade de Mundo Novo (lote 31, quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, com área de 132,62 m², conforme procuração juntada às fls. 13-4 dos autos de origem, outorgada pelo proprietário CONSTRUL – Engenharia e Construção Ltda EPP.*", o qual não escriturou nem registrou por falta de condições financeiras.

Menciona que, conforme acordado quando da dissolução da união estável, a ex-companheira entregou o imóvel, e como não tinha condições financeiras de alugar um imóvel para residir com os filhos, o agravante permitiu que ela e seu núcleo familiar fossem morar no novo imóvel, sem, no entanto, restabelecerem o relacionamento.

Sustenta que por força de pedido de medida protetiva de urgência da agravada (processo n. 0000020-35.2020.8.12.0016) e ação penal n. 0000568.60.2020.8.12.0016, em trâmite na comarca de Mundo Novo/MS, foi afastado do lar em 17.01.2020, enquanto a agravada encontra-se na posse do imóvel que é de sua propriedade exclusiva.

Assevera que "embora não conste no registro imobiliário do imóvel (9046) o nome do agravante, registrado em nome de Construl Engenharia e Construção LTDA, esta constituiu como seu bastante procurador D. S. da S./agravante, a quem conferiu plenos, especiais e específicos poderes para vender, prometer vender, transferir, compromissar, anuir, concordar ou por qualquer outra forma e título alienar ou onerar, à quem bem entender, inclusive a si próprio, na forma do artigo 117 do Código Civil Brasileiro, o imóvel "Lote 31, da Quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, situado no município de Mundo Novo/MS, com área de 132,62m2".

Aduz que "*em vista da prova da propriedade do imóvel constituída pela procuração em causa própria, documento juntado às fls. 13- 4, faz-se mister a reforma da decisão agravada, para conceder a tutela de urgência, com a expedição de mandado, inaudita altera parte, para desocupação do imóvel contra a requerida/possuidora, a fim de ser imitido na posse o agravante, legítimo proprietário do bem*".

Requer:

> *"b) Seja concedido Efeito Ativo ao presente recurso, através da antecipação da tutela recursal pleiteada, por estarem presentes os requisitos elencados pelos arts. 300 e 1.019, inciso I, ambos do CPC, e, assim, reformar imediatamente a decisão de fls. 47-9, para que seja determinada, inaudita altera pars, a expedição de mandado a ser cumprido por oficial de justiça, para desocupação do imóvel localizado na Rua Espírito Santo, 67 – Bairro Universitário, nesta cidade de Mundo Novo (lote 31, quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, com área de 132,62 m², matrícula n. 9046 do CRI de Mundo Novo), contra S. da S., a fim de ser imitido na posse o agravante, legítimo proprietário do imóvel;*
>
> *c) a intimação do agravado para que responda ao presente recurso;*
>
> *d) ao final, que seja confirmada a antecipação dos efeitos da tutela recursal, de expedição de mandado de desocupação do imóvel localizado na Rua Espírito Santo, 67 – Bairro Universitário, nesta cidade de Mundo Novo (lote 31, quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, com área de 132,62 m², matrícula n. 9046 do CRI de Mundo Novo), contra S. da S., a fim de ser imitido na posse o agravante, legítimo proprietário do imóvel;*
>
> *e) que seja comunicado o juiz da causa acerca da interposição do recurso, e, mantida a decisão agravada, que seja conhecido e provido o recurso de agravo para deferir liminarmente a antecipação da tutela de urgência na forma pleiteada na exordial;*
>
> *f) a intimação do Defensor Público de Segunda Instância para atuar na defesa dos interesses dos agravantes em 2.º grau de jurisdição."*

Foi deferido o pedido de efeito antecipação da tutela recursal (f. 67-78).

Informações foram prestadas (f. 83).

O recorrido apresentou contrarrazões (f. 96-119), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[1].

## VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por D. S. da S. em face da decisão proferida por Vinicius Aguiar Milani, juiz(a) de direito da 2ª Vara da Comarca de Mundo Novo, que nos autos de ação de imissão de posse que move em face de S. da S., indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Confira-se:

> *"Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela de urgência, por não estar presente ao menos um dos requisitos do art. 300, caput, do Código de Processo Civil, qual seja a probabilidade do direito."*

Em razões recursais (f. 1-17), sustenta que ajuizou ação de imissão de posse em face de sua ex-companheira S. da S., buscando ser imitido na posse do imóvel onde S. se encontra residindo.

Aduz que quando da dissolução da união estável existente entre D. e S., as partes firmaram acordo perante a 1ª Defensoria Pública de Mundo Novo (fls. 18-9, autos de origem), onde, dentre outros termos, constou que S. ficaria morando no imóvel de propriedade exclusiva do agravante, situado na cidade de Mundo Novo/MS, na Rua Pernambuco, 1.285 – Bairro Tapajós, até a data determinada para a entrega do imóvel, em caso de venda pelo mesmo".

Diz que, em "18 de junho de 2019, o agravante vendeu o imóvel em questão, trocando-o por outro localizado na Rua Espírito Santo, 67 – Bairro Universitário, nesta cidade de Mundo Novo (lote 31, quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, com área de 132,62 m²), conforme procuração juntada às fls. 13-4 dos autos de origem, outorgada pelo proprietário CONSTRUL – Engenharia e Construção Ltda EPP.", o qual não escriturou nem registrou por falta de condições financeiras.

Menciona que, conforme acordado quando da dissolução da união estável, a ex-companheira entregou o imóvel, e como não tinha condições financeiras de alugar um imóvel para residir com os filhos, o agravante permitiu que ela e seu núcleo familiar fossem morar no novo imóvel, sem, no entanto, restabelecerem o relacionamento.

Sustenta que por força de pedido de medida protetiva de urgência da agravada (processo n. 0000020-35.2020.8.12.0016) e ação penal n. 0000568.60.2020.8.12.0016, em trâmite na comarca de Mundo Novo/MS, foi afastado do lar em 17.01.2020, enquanto a agravada encontra-se na posse do imóvel que é de sua propriedade exclusiva.

Assevera que "embora não conste no registro imobiliário do imóvel (9046) o nome do agravante, registrado em nome de Construl Engenharia e Construção LTDA, esta constituiu como seu bastante procurador D. S. da S./agravante, a quem conferiu plenos, especiais e específicos poderes para vender, prometer vender, transferir, compromissar, anuir, concordar ou por qualquer outra forma e título alienar ou onerar, à quem bem entender, inclusive a si próprio, na forma do artigo 117 do Código Civil Brasileiro, o imóvel "Lote 31, da Quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, situado no município de Mundo Novo/MS, com área de 132,62m2".

Aduz que "*em vista da prova da propriedade do imóvel constituída pela procuração em causa própria, documento juntado às fls. 13- 4, faz-se mister a reforma da decisão agravada, para conceder a tutela de*

1 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

*urgência, com a expedição de mandado, inaudita altera parte, para desocupação do imóvel contra a requerida/possuidora, a fim de ser imitido na posse o agravante, legítimo proprietário do bem*".

Requer:

> *"b) Seja concedido Efeito Ativo ao presente recurso, através da antecipação da tutela recursal pleiteada, por estarem presentes os requisitos elencados pelos arts. 300 e 1.019, inciso I, ambos do CPC, e, assim, reformar imediatamente a decisão de fls. 47-9, para que seja determinada, inaudita altera pars, a expedição de mandado a ser cumprido por oficial de justiça, para desocupação do imóvel localizado na Rua Espírito Santo, 67 – Bairro Universitário, nesta cidade de Mundo Novo (lote 31, quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, com área de 132,62 m², matrícula n. 9046 do CRI de Mundo Novo), contra S. da S., a fim de ser imitido na posse o agravante, legítimo proprietário do imóvel;*
>
> *c) a intimação do agravado para que responda ao presente recurso;*
>
> *d) ao final, que seja confirmada a antecipação dos efeitos da tutela recursal, de expedição de mandado de desocupação do imóvel localizado na Rua Espírito Santo, 67 – Bairro Universitário, nesta cidade de Mundo Novo (lote 31, quadra 350, Loteamento Parque dos Ipês, com área de 132,62 m², matrícula n. 9046 do CRI de Mundo Novo), contra S. da S., a fim de ser imitido na posse o agravante, legítimo proprietário do imóvel;*
>
> *e) que seja comunicado o juiz da causa acerca da interposição do recurso, e, mantida a decisão agravada, que seja conhecido e provido o recurso de agravo para deferir liminarmente a antecipação da tutela de urgência na forma pleiteada na exordial;*
>
> *f) a intimação do Defensor Público de Segunda Instância para atuar na defesa dos interesses dos agravantes em 2.º grau de jurisdição."*

Este relator deferiu o pedido de efeito antecipação da tutela recursal (f. 67-78), nos seguintes termos :

> *Pois bem.*
>
> *Acerca do deferimento da antecipação de tutela a pretensão recursal, o inciso I do art. 1.019 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece:*
>
> *"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;*
>
> *II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;*
>
> *III - determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias".*

Sobre a possibilidade da tutela provisória ser concedida pelo Relator, no agravo de instrumento, confira-se os comentários de Cassio Scarpinella Bueno:

> *"O inciso I do art. 1.019, a respeito do agravo de instrumento, acabou por manter a previsão do inciso III do art. 527 do CPC de 1973, "deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal", o que, para o CPC de 2015, não deixa de ser uma das variadíssimas formas de expressão e de concretização da tutela provisória antecipada, bem*

*ao estilo do caput do art. 297 e do "dever-geral de antecipação" nele agasalhado."* (Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 621).

Como se vê, o novo Código de Processo Civil trouxe como gênero a tutela provisória, que pode se fundamentar em urgência ou evidência, consoante exposto no art. 294.

Confira-se:

> *"LIVRO V*
>
> *DA TUTELA PROVISÓRIA*
>
> *TÍTULO*
>
> *DISPOSIÇÕES GERAIS*
>
> *Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.*
>
> *Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental." – destacado.*

A tutela antecipada, antigamente prevista no art. 273, I,do CPC/73, agora vem prevista no art. 300 do CPC/2015, sob a denominação de tutela de urgência.

Confira-se:

> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*
>
> *§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*
>
> *§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*
>
> *Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.*
>
> *Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:*
>
> *I - a sentença lhe for desfavorável;*
>
> *II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;*
>
> *III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;*
>
> *IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.*
>
> *Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível".*

Sobre o tema, confira-se os comentários de Fredie Didier Jr.:

> *"Na forma do art. 294, CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.*
>
> *As tutelas provisórias de urgência (satisfativa ou cautelar) pressupõem a demonstração de "probabilidade do direito" e do "perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC).*
>
> *A tutela provisória de evidência (sempre satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311, CPC, examinado mais à frente.*
>
> *A urgência pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória cautelar ou satisfativa (arts. 294, parágrafo único, e 300, CPC). A evidência, contudo, só autoriza a tutela provisória satisfativa (ou simplesmente "tutela antecipada", metonímia legislativa) (arts. 294 e 311 CPC).*
>
> *Assim, para pedir uma tutela provisória satisfativa, é preciso alegar e demonstrar urgência (art. 300, CPC) ou evidência (art. 311, CPC) - ou ambas, obviamente; mas a tutela provisória cautelar somente pode ser pleiteada em situações de urgência.*
>
> *Isso se dá porque a urgência é inerente à tutela cautelar."* (Curso de direito processual civil. V. 2. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 569-570)

Dos dispositivos citados extrai-se que a antecipação de tutela a pretensão recursal, depende da verificação dos requisitos probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Na hipótese, está presente a probabilidade do direito.

Não obstante nominada de ação de imissão de posse, que tem natureza petitória e é apropriada àquele que detém o domínio e pretende haver a posse (*jus possidendi*) dos bens adquiridos, contra o alienante ou terceiros, que os detenham injustamente, o que pretende o agravante é ser reintegrado na posse do imóvel que possuía e do qual foi desapossado por força de medida protetiva concedida em favor da agravada.

Os artigos 1.199 e 1.210 do CC estabelecem:

> *"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.(...)"*

No que se refere às ações possessórias, o Código de Processo Civil prevê:

> *"Art. 560. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho".*
>
> *"Art. 561. Incumbe ao autor provar:*
>
> *I - a sua posse;*
>
> *II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;*
>
> *III - a data da turbação ou do esbulho;*
>
> *IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração".*

Luiz Guilherme Marinoni discorre[2]:

2 MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 168.

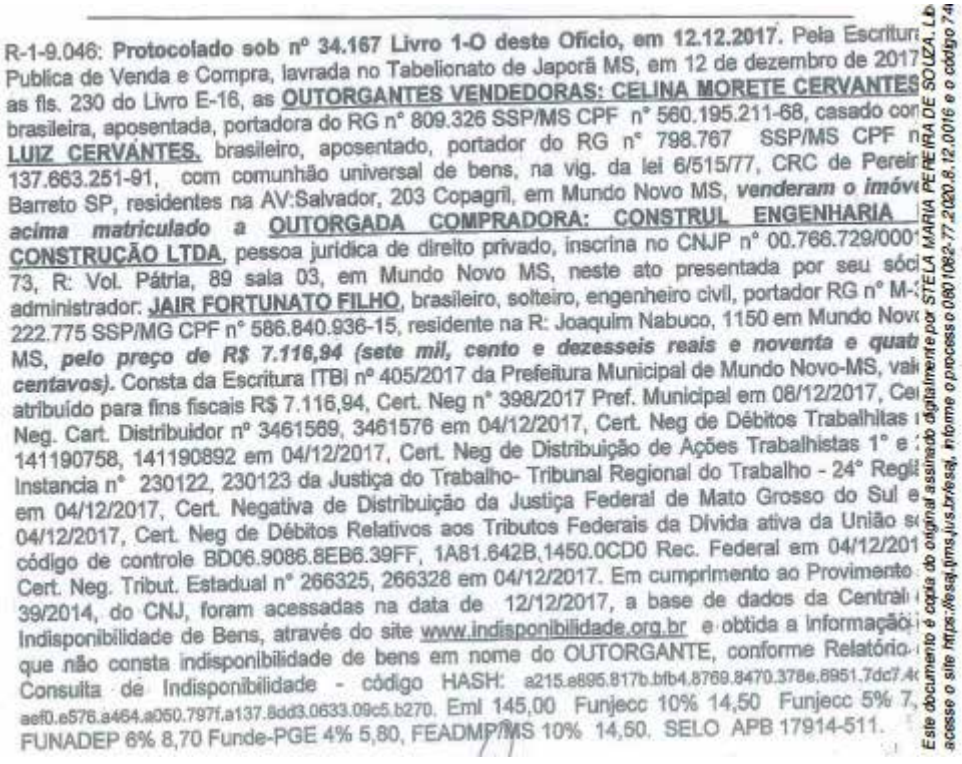
*"A ação possessória se inicia por petição inicial, que deve observar os requisitos do art. 319 e 320 do CPC. A inicial deve ainda estar instruída com a prova da posse e do ato violador. Embora não se trate de documento essencial à propositura da ação (nos termos do que prevê o art. 318 do CPC), trata-se de prova essencial para que possa ser deferida liminarmente a proteção possessória.*

*Nesse sentido, fala o art. 563 do CPC em petição inicial devidamente instruída. A concessão da tutela possessória antecipada, todavia, nada tem a ver com a juntada do instrumento da procuração outorgada ao advogado. Ao aludir à petição inicial devidamente instruída, o art. 562 do CPC quer esclarecer que para a concessão da tutela antecipada é imprescindível prova documental, juntada com a petição inicial, capaz de demonstrar ainda que sumariamente os requisitos do art. 561 do CPC, o juiz tem o dever de conceder a tutela possessória na forma antecipada.*

*Na ação de reintegração de posse, proposta dentro de ano e dia do esbulho, a tutela antecipatória pode ser concedida independentemente da afirmação de perigo (art. 562 do CPC). Para a concessão da antecipação de tutela no procedimento especial basta a presença dos requisitos do art. 561 do CPC, sendo dispensável a demonstração de perigo".*

A propriedade do imóvel objeto da matrícula n. 9046 do CRI da comarca de Mundo Novo está registrada em nome de Construl Engenharia e Construção Ltda.

Veja-se o R-1, feito na matrícula do imóvel (f. 36):


R-1-9.046: **Protocolado sob nº 34.167 Livro 1-O deste Ofício, em 12.12.2017**. Pela Escritura Publica de Venda e Compra, lavrada no Tabelionato de Japorã MS, em 12 de dezembro de 2017 as fls. 230 do Livro E-16, as **OUTORGANTES VENDEDORAS: CELINA MORETE CERVANTES** brasileira, aposentada, portadora do RG nº 809.326 SSP/MS CPF nº 560.195.211-68, casado com **LUIZ CERVANTES**, brasileiro, aposentado, portador do RG nº 798.767 SSP/MS CPF nº 137.663.251-91, com comunhão universal de bens, na vig. da lei 6/515/77, CRC de Pereira Barreto SP, residentes na AV:Salvador, 203 Copagril, em Mundo Novo MS, ***venderam o imóvel acima matriculado a*** **OUTORGADA COMPRADORA: CONSTRUL ENGENHARIA CONSTRUÇÃO LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrina no CNJP nº 00.766.729/0001 73, R: Vol. Pátria, 89 sala 03, em Mundo Novo MS, neste ato presentada por seu sóci administrador: **JAIR FORTUNATO FILHO**, brasileiro, solteiro, engenheiro civil, portador RG nº M-3 222.775 SSP/MG CPF nº 586.840.936-15, residente na R: Joaquim Nabuco, 1150 em Mundo Novo MS, ***pelo preço de R$ 7.116,94 (sete mil, cento e dezesseis reais e noventa e quatr centavos).*** Consta da Escritura ITBI nº 405/2017 da Prefeitura Municipal de Mundo Novo-MS, vai atribuído para fins fiscais R$ 7.116,94, Cert. Neg nº 398/2017 Pref. Municipal em 08/12/2017, Cer Neg. Cart. Distribuidor nº 3461569, 3461576 em 04/12/2017, Cert. Neg de Débitos Trabalhitas 141190758, 141190892 em 04/12/2017, Cert. Neg de Distribuição de Ações Trabalhistas 1° e 2 Instancia nº 230122, 230123 da Justiça do Trabalho- Tribunal Regional do Trabalho - 24° Regi em 04/12/2017, Cert. Negativa de Distribuição da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul e 04/12/2017, Cert. Neg de Débitos Relativos aos Tributos Federais da Dívida ativa da União s código de controle BD06.9086.8EB6.39FF, 1A81.642B.1450.0CD0 Rec. Federal em 04/12/201 Cert. Neg. Tribut. Estadual nº 266325, 266328 em 04/12/2017. Em cumprimento ao Provimento 39/2014, do CNJ, foram acessadas na data de 12/12/2017, a base de dados da Central Indisponibilidade de Bens, através do site www.indisponibilidade.org.br e obtida a informação que não consta indisponibilidade de bens em nome do OUTORGANTE, conforme Relatório Consulta de Indisponibilidade - código HASH: a215.e895.817b.bfb4.8769.8470.378e.8951.7dc7.4 aef0.e576.a464.a050.797f.a137.8dd3.0633.09c5.b270. Eml 145,00 Funjecc 10% 14,50 Funjecc 5% 7, FUNADEP 6% 8,70 Funde-PGE 4% 5,80, FEADMP/MS 10% 14,50. SELO APB 17914-511.

*Este documento é cópia do original assinado digitalmente por STELA MARIA PEREIRA DE SOUZA, Lib acesse o site https://esaj.tjms.jus.br/esaj, informe o processo 0801082-77.2020.8.12.0016 e o código 74*

Embora o agravante ainda não tenha registrado o imóvel, há prova de que, em 18.06.2019, adquiriu a propriedade do Lote 31, da Quadra 350, do Loteamento Parque dos Ipês, situado em Mundo Novo/MS, de Construl Engenharia e Construção Ltda, EPP, conforme faz prova a procuração de f. 33-34.

Confira-se:

**PROCURAÇÃO BASTANTE QUE FAZ: CONSTRUL - ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA EPP**

SAIBAM quantos este Público Instrumento de Procuração virem que, no ano de dois mil e dezenove (2.019), aos dezoito (18) dias do mês de Junho, nesta Cidade e Comarca de Mundo Novo, Estado de Mato Grosso do Sul, nesta Serventia, perante mim, Tabeliã de Notas e Oficial Registradora Substituta, compareceu **como outorgante: CONSTRUL - ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA EPP**, sociedade empresária limitada, inscrita no CNPJ número 00.766.729/0001-73, NIRE número 5420056341-1, com sede na rua Voluntários da Pátria, número 89, sala 03 fundos centro, na cidade de Mundo Novo/MS, endereço eletrônico: jairconstrul@gmail.com, com seu contrato social devidamente registrado na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, sob número 5420056341-1, em data de 23 de agosto de 1995 e última alteração contratual número 003, datada de 06 de março de 2012, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, sob número 54318987, em data de 14 de março de 2012, certidão simplificada da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul, emitida eletronicamente em data de 12 de junho de 2019 e cadastro nacional de pessoa jurídica emitido eletronicamente pela Receita Federal do Brasil, em data de 18 de junho de 2019, **neste ato representada por seu sócio administrador JAIR FORTUNATO FILHO**, brasileiro, solteiro, engenheiro civil, portador da carteira de identidade número 3.222.775, expedida pela SSP/MG, inscrito no CPF número 586.840.936-15, filho de Jair Fortunato e de Alice Araujo Fortunato, endereço eletrônico: jairconstrul@gmail.com, residente e domiciliado na Rua Joaquim Nabuco, número 1150, bairro Tapajós, na cidade de Mundo Novo/MS; reconhecido como o próprio por mim, à vista dos documentos apresentados e de cuja capacidade jurídica para o ato dou fé. E então por ele me foi dito que, por este Público Instrumento, nomeia e constitui seu **bastante procurador**: **DARCI SILVESTRE DA SILVA**, brasileiro, divorciado, vendedor, portador da carteira nacional de habilitação número 00326219370, expedida pelo DETRAN/MS, portador da carteira de identidade número 14487514, expedida pela SSP/PR, inscrito no CPF número 321.234.429-68, filho de Ataliba Silvestre e de Tereza Silvestre de Queiroz, endereço eletrônico: declara não possuir, residente e domiciliado na rua Espírito Santo, número 67, bairro Universitário, na cidade de Mundo Novo/MS; a quem confere plenos, especiais e específicos poderes para **vender, prometer vender, transferir, compromissar, anuir, concordar ou por qualquer outra forma e título alienar ou onerar, à quem bem entender, inclusive a si próprio, na forma do artigo 117 do Código Civil Brasileiro,** pelo preço, prazo e condições que convencionar o seguinte imóvel: **Lote 31, da Quadra 350, "Loteamento Parque dos Ipês", situado neste município de Mundo Novo/MS, com área de 132,62 m²**, com os demais limites e confrontações constantes na matrícula número **9046** do 1º Ofício de Registro Público e de Protesto de Títulos Cambiais de Mundo Novo/MS; podendo dito procurador

Portanto, determino anotações nos registros da distribuição e autuação para constar ação de reintegração de posse.

Da narrativa constante da inicial, possível extrair que se trata de imóvel de propriedade exclusiva do agravante, do qual foi desapossada em 17.02.2020, por força de medida protetiva concedida em favor da agravada, que já perdura por quase 7 (sete) meses.

Ocorre que a agravada é mera detentora do imóvel, pois neste residia, juntamente com as suas duas filhas e com os dois filhos menores das partes, por mera liberalidade do agravante, proprietário exclusivo do imóvel, conforme se infere do termo de dissolução de união estável de f. 38-39.

Confira-se:

A segunda acordante ficará morando no imóvel de propriedade exclusiva do primeiro acordante, situado nesta cidade de Mundo Novo-MS, na Rua Pernambuco, 1.285, Bairro Tapajós, até a data determinada para a entrega do imóvel, em caso de venda pelo primeiro acordante.

A PEREIRA DE SOUZA, 020.8.12.0016 e o código

Ora, sendo a agravada mera detentora da posse do imóvel, ainda que por força de medida protetiva de afastamento do lar, não pode permanecer no imóvel "ad infinitum" em detrimento do agravante, visto que estaria obtendo, por via transversa, a posse de imóvel que pertence exclusivamente ao agravante/requerente.

O perigo de dano grave ou de difícil reparação também está presente, pois o agravante é idoso e está privado de utilizar imóvel de que detém a posse e a propriedade, tendo de residir em pensão ao custo de R$ 520,00, conforme recibo de f. 31.

*Conclusão*

*Assim, defiro o pedido de antecipação de tutela recursal, para reintegrar o autor na posse do imóvel objeto da demanda, concedendo à requerida o prazo de 30 (trinta) dias para desocupar o imóvel, garantidas todas as determinações da medida protetiva n. 0000020-35.2020.8.12.0016, à exceção do item "a) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;", pois a requerida é que deverá se retirar do imóvel.*

*PROCEDA-SE À ANOTAÇÃO NOS REGISTROS DA DISTRIBUIÇÃO E AUTUAÇÃO PARA CONSTAR AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.*

*Comunique-se à MM. Juíza a quo.*

*Intime-se a agravada para responder, querendo, no prazo de 15 dias, na forma prevista no inciso II[3] do art. 1.019 do Código de Processo Civil.*

*Publique-se. Intime-se.*

*Informações foram prestadas (f. 83).*

*O recorrido apresentou contrarrazões (f. 96-119), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[4].*

*Considerando-se que não houve qualquer fato novo a alterar a convicção deste julgador, quanto ao direito do recorrente, mantenho o entendimento sustentado às f. 67-78.*

Dispositivo

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por D. S. da S., para reintegrar o autor na posse do imóvel objeto da demanda, concedendo à requerida o prazo de 30 (trinta) dias para desocupar o imóvel, garantidas todas as determinações da medida protetiva n. 0000020-35.2020.8.12.0016, à exceção do item "a) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;", pois a requerida é que deverá se retirar do imóvel.

É como voto

3 Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:
I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;
II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;

4 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

## 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. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 30 de setembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
## Apelação Cível nº 0803301-65.2017.8.12.0017 - Nova Andradina

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE – AFASTADA – OFENSA DESFERIDA À AUTORA NO ÂMBITO DE UMA CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE TIA E SOBRINHA – AUSÊNCIA DE PUBLICIZAÇÃO – INEXISTENTE DEVER DE INDENIZAR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não há falar em violação ao princípio da dialeticidade se das razões recursais é possível extrair os fundamentos do pedido de reforma da sentença.

Tratando-se de ofensa desferida à autora no âmbito de uma ligação telefônica realizada entre tia e sobrinha, sem publicização, não se verifica abalo à reputação da autora passível de ser indenizado.

### 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, 28 de outubro de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Trata-se de recurso de apelação interposto Rosa Lúcia Rodrigues Sanches em face da sentença proferida em 19/02/2020 pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina que, na ação de indenização por danos morais proposta pela recorrente em desfavor de Celia Aparecida Sanches, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 246-277), alega que a conduta da apelada em afirmar, por meio de ligação telefônica, que a apelante teria sido flagrada traindo o marido com outro homem e que este fato foi o motivo pelo qual o marido teria cometido suicídio, ultrapassa o desarrazoado, uma vez que não há qualquer prova que ampare tal acusação.

Afirma que apelada "usou" a sobrinha Jaqueline para disseminar a suposta traição *"tendo seu marido presenciado e somente por este fato, decidido atentar contra a sua própria vida"*.

Expõe que a testemunha Jaqueline Márcia Popov confirma o teor da conversa com a apelada, ressaltando que o *"ato de gravar referida conversa representa que até mesmo a pessoa de Jaqueline compreendeu o absurdo do conteúdo da conversa e a gravidade contida em proferir tal fala"*.

Sustenta que a conduta da requerida causou danos irreparáveis à sua reputação, sendo exposta não somente ao filho, que foi o primeiro a acessar à gravação, mas à família inteira do marido, levantando questionamentos e acusações que de fora responsável pela morte do esposo.

Aduz que a forma da óbito, por si só, já gera abalo emocional e que até hoje tenta entender as motivações que levaram o marido a cometer suicídio, sendo agora atacada pela cunhada de ato desonroso que jamais aconteceu.

Requereu:

> *Seja conhecido e provido o presente recurso, reformando a respeitável sentença a fim de que:*
>
> *a) Seja reconhecido o dano moral sofrido pela apelante, bem como, seja ARBITRADO o quantum indenizatório deste em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora até o efetivo adimplemento.*

A apelada apresentou contrarrazões de apelação (f. 266-278), arguiu, preliminarmente, ausência de dialeticidade. No mérito, pugnou pelo desprovimento do recurso, aduzindo que não ficou comprovado o abalo moral supostamente causado à requerida. Alternativamente, em caso de condenação, sustenta que o valor indenizatório deve ser fixado em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A apelante manifestou-se pela rejeição da preliminar de violação ao princípio da dialeticidade (f. 295-299).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto Rosa Lúcia Rodrigues Sanches em face da sentença proferida em 19/02/2020 pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina que, na ação de indenização por danos morais proposta pela recorrente em desfavor de Celia Aparecida Sanches, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 229-234:

> *''Isto posto, julgo improcedente a ação indenizatória proposta por Rosa Lúcia Rodrigues Sanches em face de Celia Aparecida Sanches.*
>
> *Atento ao princípio da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez porcento) do valor atualizado da causa, conforme dispõe o art. 85, §§2º e 6º do NCPC, tendo em vista 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, ficando sua exigibilidade suspensa em razão de ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.*
>
> *Ainda atento ao princípio da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento dos honorários periciais arbitrados nestes autos, os quais deverão ser custeados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, que deverá ser intimado da presente sentença, porquanto, a autora é beneficiária da justiça gratuita.*
>
> *Declaro extinto o processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, I do Código de Processo Civil.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.*
>
> *Vindo aos autos recurso de apelação, intime-se o apelado para, querendo, apresentar as contrarrazões, no prazo legal.*

> *Decorrido o prazo legal, com ou sem resposta, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com as cautelas de estilo.*
>
> *Oportunamente, arquive-se com a devida baixa na distribuição."*

Em razões recursais (f. 246-277), alega que a conduta da apelada em afirmar, por meio de ligação telefônica, que a apelante teria sido flagrada traindo o marido com outro homem e que este fato foi o motivo pelo qual o marido teria cometido suicídio, ultrapassa o desarrazoado, uma vez que não ha qualquer prova que ampare tal acusação.

Afirma que a apelada "usou" a sobrinha Jaqueline para disseminar a suposta traição *"tendo seu marido presenciado e somente por este fato, decidido atentar contra a sua própria vida"*.

Expõe que a testemunha Jaqueline Márcia Popov confirma o teor da conversa com a apelada, ressaltando que o *"ato de gravar referida conversa representa que até mesmo a pessoa de Jaqueline compreendeu o absurdo do conteúdo da conversa e a gravidade contida em proferir tal fala"*.

Sustenta que a conduta da requerida causou danos irreparáveis à sua reputação, sendo exposta não somente ao filho, que foi o primeiro a acessar à gravação, mas à família inteira do marido, levantando questionamentos e acusações que de fora responsável pela morte do esposo.

Aduz que a forma da óbito, por si só, já gera abalo emocional e que até hoje tenta entender as motivações que levaram o marido a cometer suicídio, sendo agora atacada pela cunhada de ato desonroso que jamais aconteceu.

Requereu:

> *Seja conhecido e provido o presente recurso, reformando a respeitável sentença a fim de que:*
>
> *a) Seja reconhecido o dano moral sofrido pela apelante, bem como, seja ARBITRADO o quantum indenizatório deste em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora até o efetivo adimplemento.*

A apelada apresentou contrarrazões de apelação (f. 266-278), arguiu, preliminarmente, ausência de dialeticidade. No mérito, pugnou pelo desprovimento do recurso, aduzindo que não ficou comprovado o abalo moral supostamente causado à requerida. Alternativamente, em caso de condenação, sustenta que o valor indenizatório deve ser fixado em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A apelante manifestou-se pela rejeição da preliminar de violação ao princípio da dialeticidade (f. 295-299).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Breve relato da demanda

Rosa Lúcia Rodrigues Sanches ajuizou ação de indenização por danos morais em face de Celia Aparecida Sanches, alegando, em síntese, que em 02/08/1982 casou-se com José Carlos Mazzo Sanches, o qual cometeu suicídio em 04/02/2004, tendo de superar a dor da perda e criar dois filhos menores à época.

Informou que desde o ocorrido, sofre abalo emocional que marcou sua vida, possuindo dificuldades de diversas ordens, não tendo recebido amparo da família do marido, principalmente na criação dos dois filhos.

Afirmou que, no dia 28/04/2014, teve acesso a uma gravação telefônica, na qual a requerida Celia conversava com sua sobrinha Jaqueline Sanches, discutindo assuntos familiares, sendo que num dado momento da conversa Celia disse "ele se matou por causa da Rosinha (autora) que traiu ele, ele pegou ela debai., dentro

do...galinheiro tá...foi isso, por isso ele se matou, não por causa de dinheiro, ninguém se mata por causa de dinheiro não, ninguém...".

Disse que, estarrecida, Jaqueline enviou o áudio da conversa para o filho da autora que, então, lhe mostrou.

Mencionou que ao ouvir a afirmação, na presença dos filhos, ficou totalmente transtornada, sentindo-se humilhada, difamada, desesperada, pois tal fato nunca ocorreu, tratando-se de uma acusação inverídica e que possivelmente tenha justificado a distância que a família do seu falecido esposo manteve durante todo este período da requerente e de seus filhos.

Expôs que houve ofensa a sua honra e personalidade, causando-lhe abalo moral que ultrapassa o mero dissabor, devendo ser indenizada pelo sofrimento.

Requereu:

> *"c) seja, ao final, julgado totalmente procedente o presente pedido, com:*
>
> *c.1) Condenação da requerida ao pagamento a titulo de danos morais, no valor mínimo de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), observando os fatos narrados acima, a natureza da conduta ilícita, o dolo da requerida, tendo a intenção em abalar a reputação da requerida, acrescidos de correção monetária (IGPM/FGV) e juros de mora de 1% ao mês a contar da ciência da requerente. Não sendo este o entendimento de Vossa Excelência, seja determinado a contar da citação.*
>
> *c.2) a condenação da requerida no pagamento dos honorários advocatícios, despesas processuais e extraprocessuais.*
>
> *d) a concessão dos benefícios da justiça gratuita a requerente."*

Em contestação (f. 63-62), a requerida nega a conversa telefônica juntada aos autos, bem como nega o dever de indenizar. Aduz que eventual condenação por dano moral deve ser proporcional e razoável, devendo a correção e os juros serem contados a partir da decisão condenatória. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

Impugnação à contestação à f.75-82.

Instadas a especificarem as provas que pretendiam produzir (f. 83) a parte requerida não requereu a produção de provas (f. 84), sendo que a parte autora requereu a produção de prova pericial, depoimento pessoal e testemunhal (f. 85).

Determinada a produção da prova pericial (f. 93-98), o laudo foi juntado aos autos à f. 156-173, cujo teor as partes manifestaram-se à f. 176 e à f. 177-178.

Audiência de instrução e julgamento à f. 195, na qual foram colhidas as oitivas da requerida Celia Aparecida Sanches e da testemunha Jaqueline Márcia Popov.

Alegações finais (f. 198-217 e f. 218-228).

Por fim, sobreveio a sentença objeto do recurso.

Preliminar de violação ao princípio da dialeticidade

O princípio da dialeticidade é previsto no artigo 1.010 do CPC/2015.

Confira-se:

> *Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:*

*I - os nomes e a qualificação das partes;*

***II - a exposição do fato e do direito;***

***III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;***

***IV - o pedido de nova decisão.*** *destaquei

O atual diploma processual civil ainda prevê expressamente a inadmissibilidade do recurso que não impugna os fundamentos da decisão recorrida.

Confira-se:

*Art. 932. Incumbe ao relator:*

*(...)*

*III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que* ***não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;*** *destaquei

Fredie Didier Jr, comenta que *"A apelação deve "dialogar" com a sentença apelada: é preciso combater os pontos da decisão, e não simplesmente reiterar manifestações anteriores."*

A respeito deste princípio, veja-se os ensinamentos de Dorival Renato Pavan:

*"No processo, todos os sujeitos que comparecerem para a prática de um ato processual devem motivar, fundamentar, expor as razões de fato e de direito que dão base à pretensão formulada. Para o juiz, a fundamentação é ato indispensável do decisório, pena de nulidade, como consta expressamente do texto constitucional (CF, art. 93, IX).*

*Nesse passo, não é difícil constatar que se constitui em elemento indispensável do recurso a apresentação das razões pelas quais se deseja obter a reforma do julgado. Tal exigência consta, aliás, do art. 513, inciso II, do Código de Processo Civil, para a apelação, encontrando similar nos demais recursos (CPC, arts. 524, II e 541, II, por exemplo).*

*Se houver falta de motivação, a consequência processual é uma só: inépcia do recurso, dele não se conhecendo."* (PAVAN. Dorival Renato. Recursos Cíveis. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda. 2004. p. 36-37.)

Daniel Amorim Assumpção Neves, leciona:

*"O princípio da dialeticidade diz respeito ao segundo elemento, exigindo do recorrente a exposição da fundamentação recursal (causa de pedir: error in judicando e error in procedendo) e do pedido (que poderá ser de anulação, reforma, esclarecimento ou integração). Tal necessidade se ampara em duas motivações: permitir ao recorrido a elaboração das contrarrazões e fixar os limites de atuação do Tribunal no julgamento do recurso.*

*O princípio do contraditório exige do recorrente a exposição de seus fundamentos recursais, indicando precisamente qual a injustiça ou ilegalidade da decisão impugnada. Essa exigência permite que o recurso tenha efetivamente uma característica dialética, porque somente diante dos argumentos do recorrente o recorrido poderá rebatê-los, o que fará nas contrarrazões recursais.*

*Por outro lado, o pedido se mostra indispensável na formulação de qualquer recurso porque, ao lado da fundamentação, limita a atuação e decisão do Tribunal...Todos os recursos deverão ser devidamente fundamentados..."* (NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 5 ed. São Paulo: Método. 2013. p. 604.)

Na hipótese, a apelante apresentou, nas razões recursais, fundamentos e o pedido de reforma da sentença, os quais são suficientes para a análise do recurso.

Conforme exposto, a recorrente pretende a reforma da sentença, ao argumento de que a ofensa perpetrada pela requerida causou-lhe dano moral. Concluiu que a requerida deve ser condenada ao pagamento do por indenização por danos morais.

Sendo assim, rejeito a alegação de violação ao princípio da dialeticidade.

Mérito

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/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].

A hipótese dos autos segue a regra geral adotada pelo Código Civil, sendo imprescindível a averiguação do elemento volitivo da conduta, seja dolo ou culpa, para caracterizar a responsabilidade civil.

A apelante afirma que há provas suficientes nos autos de que a apelada denegriu a sua imagem perante seus filhos e a família do marido falecido, ao afirmar, em conversa telefônica via whatsapp com a sobrinha, que este teria cometido suicídio após ter flagrado a autora com outro homem no galinheiro, difamando-a.

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

Confira-se:

> *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
>
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Daniel Amorim Assumpção Neves[2]:

> *"O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus da prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida*

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.

2 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador, Podivm, 2016, P. 656.

*pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova."*

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

Nesse contexto, uma vez que o autor ajuíze uma pretensão, terá o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, sob pena de ver seu pedido julgado improcedente.

Tratando-se de ação em que se pretende o recebimento de indenização por danos suportados por ofensas verbais, é necessário que os pressupostos caracterizadores do pedido da apelante fiquem cabalmente demonstrados (conduta culposa, dano e nexo de causalidade), uma vez que, a teor do disposto no art. 373, I, do CPC/15, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, demonstrar as circunstâncias básicas e essenciais a que se lhe reconheça o direito postulado.

Na espécie, a prova pericial e testemunhal colhida nos autos são uníssonas em afirmar que foi a requerida, ora apelada, que em conversa telefônica com a sobrinha das partes, Jaqueline Márcia Popov, disse "*ele se matou por causa da Rosinha (autora) que traiu ele, ele pegou ela debai., dentro do...galinheiro tá... foi isso, por isso ele se matou, não por causa de dinheiro, ninguém se mata por causa de dinheiro não, ninguém...*".

Não obstante isso, do depoimento de Jaqueline Márcia Popov, possível extrair que *"essa gravação não era para passar, sabe, tava no meu celular, não era para chegar nesse ponto, eu nunca fui de querer prejudicar ninguém, era coisa minha, sabe, nem coloquei no face, nem whatsapp, nada, ficou no meu celular e pegaram do meu celular e quando eu soube eu fiquei constrangida, eu não queria"*, não tendo sido esclarecido, no entanto, como o filho da autora teve acesso ao aludido áudio, cujo teor levou ao conhecimento da autora.

O que se verifica, portanto, é que se tratou de uma conversa reservada entre tia e sobrinha, não se confirmando a versão da autora de que Jaqueline teria enviado o áudio para o seu filho.

Como bem destacado pelo nobre magistrado "As palavras desferidas a autora se deram no âmbito de uma ligação telefônica entre sobrinha e tia, apenas, sem publicização alguma ao ponto de malucar a sua reputação. Ou seja, a ofensa não alcançou o complexo das relações sociais da demandante, de modo a atingir os chamados direitos de personalidade. Não se verificou aqui a nenhuma exposição" (f. 231).

Modo igual, não há qualquer comprovação nos autos de que a família do falecido marido da autora teria mantido distância da requerente e de seus filhos em razão do alegado pela requerida, tampouco se pode presumir tal fato.

Some-se a isso que a autora teve acesso a áudio da conversa em 28.08.2014, mais de dez anos após o falecimento do marido da apelante ocorrido em 04.02.2004.

Sendo assim, e não havendo provas de que a apelada causou abalo à reputação da apelante perante seus filhos e a família do marido, outra medida não há, senão manter a sentença de improcedência.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Rosa Lúcia Rodrigues Sanches e nego-lhe provimento**.**

Em razão da necessidade de atuação na esfera recursal, majoro os honorários advocatícios fixados em favor do advogado da apelada para 15% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no § 11 do art. 85, do NCPC[1], restando suspensa a exigibilidade em face de a requerente ser beneficiária 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. 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, 28 de outubro de 2020.

***

1 "§ 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".

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
## Apelação Cível nº 0803950-81.2018.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – Apelação – AÇÃO MONITÓRIA – EMBARGOS À MONITÓRIA – REJEIÇÃO PELA SENTENÇA – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – INTERESSE PROCESSUAL – PROPOSITURA DE AÇÃO MONITÓRIA COM BASE PROVA ESCRITA COM FORÇA DE TÍTULO EXECUTIVO – POSSIBILIDADE – FACULDADE DO CREDOR – INSTRUMENTO PARTICULAR DE RENEGOCIAÇÃO FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS EM RELAÇÃO EMPRESARIAL – NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.078, DE 11/09/1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) – "ABUSIVIDADE" NA COMPOSIÇÃO DO DÉBITO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE DEFEITO NEGOCIAL A PERMITIR EVENTUAL ANULAÇÃO/REVISÃO DO CONTRATO – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA EXCEPCIONALIDADE DA REVISÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS REGIDAS PELO CÓDIGO CIVIL – LEI Nº 13.874, DE 20/09/2019 (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA) – APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA.

1. Discute-se no presente recurso: a) em preliminar, eventual cerceamento de defesa, por falta de realização de perícia contábil; e, no mérito recursal, b) o interesse processual do autor em propor Ação Monitória, mesmo possuindo, em tese, título executivo; c) a incidência da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na relação jurídica material havida entre as partes, e d) a eventual ocorrência de "abusividade" na composição do valor do débito definido quando da pactuação do Instrumento Particular de Renegociação que subsidia o pedido inicial.

2. Embora hodiernamente se reconheça que os destinatários da prova são todos aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, o controle acerca de eventuais diligências inúteis ou meramente protelatórias sendo possível ao Juiz ex vi do disposto no art. 370, parágrafo único, do CPC/15. Preliminar rejeitada.

3. O credor possuidor de título executivo extrajudicial pode utilizar-se, tanto da Ação Monitória, como da Ação Executiva, para a cobrança do crédito respectivo, mesmo porque não se verifica prejuízo para o direito de defesa com a escolha do rito da Ação Monitória, que é mais demorado que o rito da Ação de Execução de Título Extrajudicial. Precedentes do STJ.

4. 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. Precedentes do STJ.

5. Na espécie, todavia, não se verifica nos autos a presença de elementos que revelem haver algum tipo de vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica e/ou informacional, a tornar a ré, na relação contratual, parte em posição de desigualdade frente ao fornecedor, sobretudo no que diz respeito à eventual impossibilidade de negociação bilateral dos termos das cláusulas contratuais, já que não se tem na espécie um contrato de adesão.

6. Segundo prevê o parágrafo único, do art. 421, do CC/02, com redação conferida pela Lei nº 13.874, de 20/09/2019, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

7. Também estabelece o novel art. 421-A, do CC/02, com redação igualmente dada pela Lei nº 13.874, de 20/09/2019, que "*os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção*".

8. Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários de sucumbência.

## 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, 26 de outubro de 2020

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 26/09/2019

Trata-se de Apelação interposta por I.F.Z. Pereira Transportes Eireli-Me contra sentença proferida nos autos nº 0803950-81.2018.8.12.0021 pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas-MS.

Ação: monitória proposta por Unipetro MS Distribuidora de Petróleo Ltda contra I.F.Z. Pereira Transportes Eireli-ME, sustentando, em suma, que, fruto da contratação e não adimplemento, do Instrumento Particular de Renegociação, tornou-se credor da quantia de R$ 76.573,92 (f. 01-05).

Sentença: julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação monitória, para o fim de declarar constituído o documento nela apresentado como título executivo judicial.

Sucumbência atribuída ao réu, com honorários de sucumbência fixados em dez por cento (10%) do valor atualizado da causa (f. 94-98).

Apelação: interposta pelo réu I.F.Z. Pereira Transportes Eireli-ME, sustentando a) em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante a falta de "*realização de prova pericial contábil*" (f. 108); e, no mérito recursal, b) a falta de interesse processual da autora, uma vez que "*pleiteia o pagamento de quantia em dinheiro fundada em título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, inciso III, do CPC, pela via da ação monitória*" (f. 105); c) que o contrato deve ser analisado à luz da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e, por fim, d) que há excesso de execução, haja vista que, dentre as duplicatas incluídas no cálculo utilizado para produzir o Instrumento Particular de Renegociação objeto da presente lide, há duas que já foram pagas por meio de cheque, além do que, não houve indicação expressa no instrumento a respeito do índice utilizado para correção monetária e da periodicidade e percentual de juros, sendo abusivos os encargos utilizados para atualização do débito na ocasião da repactuação (f. 102-118).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 124-133).

Julgamento virtual: não houve oposição (f. 138).

É o relatório.

## VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) em preliminar, eventual cerceamento de defesa, por falta de realização de perícia contábil; e, no mérito recursal, b) o interesse processual do autor em propor Ação Monitória, mesmo possuindo, em tese, título executivo; c) a incidência da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na relação jurídica material havida entre as partes, e d) a eventual ocorrência de "abusividade" na composição do valor do débito definido quando da pactuação do Instrumento Particular de Renegociação que subsidia o pedido inicial.

1 – Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 12/08/2019 (f. 94-98), tendo a respectiva intimação ocorrido em 15/08/2019 (f. 101), enquanto que o presente recurso foi interposto em 04/09/2019 (f. 102-118).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, caput, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, caput, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 119-121).

2 – Preliminar: nulidade da sentença por cerceamento de defesa

A respeito do cerceamento de defesa, tenho afirmado que, mesmo que respeitada a livre convicção do Juízo a quo, não se pode descurar que, em eventual recurso, pode ser adotado entendimento diverso, e, nesse caso, o processo precisa estar suficientemente instruído, para que seja possível a análise do pedido da parte autora em sua inteireza – mesmo que em sentido diverso daquele trilhado pela sentença –, sob pena de se forçar, ou a adoção do entendimento da sentença, ou o julgamento em sentido diverso à luz de um conjunto probatório insuficiente.

Isso não significa que o Juiz de primeiro grau seja obrigado a produzir toda e qualquer prova requerida pelas partes, mesmo porque não se quer um processo ineficiente e contraproducente, mas também é verdade que o Juiz tem o dever de bem instruir o processo, sendo previsto, desde a vigência do CPC/73, que ao Juiz cabe, de ofício ou a requerimento das partes, "*determinar as provas necessárias à instrução do processo*", apenas indeferindo, se for o caso, as *diligências inúteis* ou *meramente protelatórias* (art. 130).

No CPC/15, este dever imposto ao Juiz – que, em verdade, já vem previsto no sistema desde a vigência da CF/88, ante a garantia do *devido processo legal*, máxime em razão de sua vertente substancial – foi robustecido pelo disposto no art. 369, no sentido de que "*as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*".

O controle acerca de eventuais diligências inúteis ou meramente protelatórias continua sendo possível ao Juiz, ex vi do disposto no art. 370, parágrafo único, do CPC/15, mas resta ainda mais evidente o dever de se permitir ampla margem à dilação probatória, a fim de que as partes possam produzir as provas que guardem relação de pertinência com suas teses, mesmo que, com estas, no plano abstrato e/ou concreto, discorde o Juiz.

O processo atingirá o seu verdadeiro escopo quando permitir que, independentemente da posição que se adote no julgamento da causa, as partes possam, efetiva e integralmente, se assim o desejarem, devolver às instâncias superiores as questões discutidas – isso porque, na esteira da própria Exposição de Motivos do CPC/15, o processo deve ter o "maior rendimento possível".

E somente haverá o adequado rendimento em grau recursal se permitida a produção de provas acerca dos fatos que subsidiam as teses do autor e do réu, de modo a assim se tornar possível eventual julgamento em sentido diverso, em sede recursal.

A propósito, assim prevê o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz*".

Na espécie, todavia, restou clara a desnecessidade de dilação probatória, sobretudo no que diz respeito à alegada necessidade de perícia contábil , pois a lide se limita a analisar se o Instrumento Particular de Renegociação, firmado entre as partes, possui alguma cláusula abusiva (no tocante à evolução do débito), além, obviamente, da análise de questões jurídicas relativas ao tipo de instrumento analisado, para o que não se faz necessária a produção de outras provas, além daquelas documentais já produzidas.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

3 – Interesse processual

Acerca do interesse processual do autor, que, mesmo possuindo, em tese, título executivo, propõe Ação Monitória, há muito está pacificado no STJ que o credor possuidor de título executivo extrajudicial pode utilizar-se, tanto da Ação Monitória, como da Ação Executiva, para a cobrança do crédito respectivo, mesmo porque não se verifica prejuízo para o direito de defesa com a escolha do rito da Ação Monitória, que é mais demorado que o rito da Ação de Execução de Título Extrajudicial (REsp 1.175.238/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 23/06/2015; REsp 1.748.849/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/12/2018; AgRg no REsp 1209717/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 17/09/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 118.562/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 09/06/2015; AgInt nos EDcl no AREsp 1.523.017/SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 13/02/2020).

Nesse sentido, prevê o o Enunciado nº 446 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*Cabe ação monitória mesmo quando o autor for portador de título executivo extrajudicial*".

Ainda, o Enunciado 101, da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal, prevê que: "*é admissível ação monitória, ainda que o autor detenha título executivo extrajudicial*".

Portanto, neste ponto, não deve ser provido o recurso.

4 – 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)

Na espécie, todavia, não se verifica nos autos a presença de elementos que revelem haver algum tipo de vulnerabilidade *técnica*, *jurídica*, *econômica* e/ou *informacional*, a tornar a ré, na relação contratual, parte em posição de desigualdade frente ao fornecedor, sobretudo no que diz respeito à eventual impossibilidade de negociação bilateral dos termos das cláusulas contratuais, já que não se tem na espécie um *contrato de adesão*.

Assim, não havendo evidências acerca de eventual relação de dependência de uma das partes frente à outra, não se verifica presente a vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor)

Assim, também neste ponto, não deve ser provido o recurso.

5 – Ausência de "abusividade" no valor cobrado

Por fim, o devedor-apelante aduz que há "excesso de execução", haja vista que, dentre as duplicatas incluídas no cálculo utilizado para produzir o Instrumento Particular de Renegociação objeto da presente lide, há duas (de nº DM-083290/01 e de nº DM-083589/01) que já foram pagas por meio de cheque, em valor maior (R$ 10.772,50) que o constante de tais duplicatas (R$ 9.778,20), contudo, ainda assim, no "instrumento particular que instruiu a exordial" constou a "numeração das duas duplicatas", mas se pretende a cobrança do valor constante nos cheques (R$ 10.772,50), de modo que não ficou claro se a pretensão "*se refere à cobrança do valor original, contido nas duplicatas, ou o valor [...] representados por cheques*" (f. 113-114).

Ainda, aduziu que não houve indicação expressa no Instrumento Particular de Renegociação a respeito do índice utilizado para a correção monetária, tampouco a periodicidade e o percentual de juros moratórios utilizados quando da renegociação, sendo abusivos os encargos utilizados para atualização do débito em tal ocasião.

Analisando-se os autos, se vê que, no primeiro argumento, não tem razão o réu-apelante, pois no rol de títulos não pagos, que constou do Instrumento Particular de Renegociação, se vê que o valor do débito, considerado em tal ocasião, para os títulos de nº 083290/01 e 083589/01, foi o de R$ 10.772,50 (f. 10), não havendo dúvidas acerca de qual quantia foi levada em conta no momento da renegociação, embora, de fato, tenha constado o número das duplicatas, mas o valor se o dos cheques.

Vale lembrar, todavia, que o próprio réu-apelante reconheceu que emitiu tais cártulas no valor de R$ 10.772,50 numa primeira renegociação. Portanto, não há qualquer dúvida quanto ao valor que foi levado em conta naquela oportunidade.

Ainda, no tocante ao segundo argumento, com relação à alegada existência de "abusividade" nos encargos moratórios utilizados, no momento da pactuação do Instrumento Particular de Renegociação, para a atualização do débito dos títulos vencidos, também não tem razão o réu-apelante, pois, em se tratando de uma relação jurídica de direito material regida pelo Código Civil, em princípio, não cabe a alegação, pura e simples, de "abusividade".

Isso porque, pelo que consta dos autos, o contrato foi firmado livremente entre as partes, sem qualquer indicação de possível vício de vontade; aliás, "abusividade" não é prevista no CC/02 como um dos vícios que dão ensejo à anulação/revisão de negócio jurídico firmado por pessoas capazes.

Também não há se cogitar de possível *lesão* (art. 157, CC/02), pois sequer se alegou que o réu estava em estado de premente necessidade, ou que, por inexperiência, se obrigou a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Assim, como bem salientado pela sentença, não há razão, no caso dos autos, para se afastar a regra do *pacta sund servanda*.

Além disso, segundo prevê o parágrafo único, do art. 421, do CC/02, com redação conferida pela Lei nº 13.874, de 20/09/2019, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Nesse mesmo sentido, também estabelece o novel art. 421-A, do CC/02, com redação igualmente dada pela Lei nº 13.874, de 20/09/2019, que "*os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção*".

Portanto, também neste ponto, sem maiores delongas, impõe-se o não provimento do recurso.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, conheço o recurso interposto por I.F.Z. Pereira Transportes Eireli-ME e nego provimento.

Nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (dupla conforme), bem como, o trabalho adicional realizado (v.g., f. 124-133), majoro os honorários de sucumbência para doze por cento (12%) sobre o valor atualizado da causa, ex vi o disposto no § 2º.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 26 de outubro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
## Apelação Cível nº 0841514-23.2019.8.12.0001 - Campo Grande

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO À EDUCAÇÃO – ALUNO DE NÍVEL MÉDIO – APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR – DESNECESSIDADE DE JUNTADA DE LAUDO PERICIAL DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA PARA FAZER PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO ATO COATOR E DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO ALEGADO – REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL – CONHECIMENTO DO MÉRITO PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA (ART. 1.013, § 3º, INC. I, CPC) – POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO ANTECIPADA DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO – SUFICIÊNCIA DA APROVAÇÃO NO VESTIBULAR PARA PROVA DA CAPACIDADE INTELECTUAL DO ALUNO PARA AVANÇO DE SÉRIE – PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO – IMPOSSIBILIDADE DE O JUIZ SE IMISCUIR NA SEARA PEDAGÓGICA/EDUCACIONAL PARA REALIZAR PONDERAÇÕES ACERCA DA EFETIVA CAPACIDADE INTELECTUAL DO ESTUDANTE – PROVIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Discute-se no presente recurso: a) a possibilidade de indeferimento, de plano, da inicial de Mandado de Segurança, sob a exigência de avaliação psicológica para a impetração que visa à expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, ante aprovação em concurso vestibular antes da conclusão daquele; e, no mérito, b) a existência de direito líquido e certo à expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, na hipótese de aprovação do aluno em concurso vestibular para curso de nível superior, antes mesmo da conclusão do Ensino Médio.

2. Nem a legislação processual, tampouco a Lei nº 12.016, de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), fazem exigência específica de prova pericial a amparar eventual impetração de Mandado de Segurança, mesmo porque a propositura de tal ação se funda na alegada existência de um direito líquido e certo previsto na legislação ordinária ou constitucional brasileira, aliada à prova – esta sim deve ser pré-constituída – da ocorrência de ato ilegal ou abusivo emanado de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

3. No caso dos autos, restou comprovada a aprovação da impetrante em concurso vestibular para ingresso em curso de nível superior, bem como também foi provada a negativa de expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, sendo suficientes tais documentos para a impetração do presente Mandado de Segurança, restando ao Juízo a análise acerca da existência, ou não, de direito líquido e certo à matrícula na universidade, ex vi dos artigos 208, inc. V, da CF/88, e artigos 4º, inc. V, e 5º, § 5º, da Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional), os quais supostamente albergariam a pretensão da impetrante; não cabendo, portanto, a criação de requisitos da inicial, não previstos em lei, como fez a sentença.

4. O art. 208, inc. V, da CF/88, garante o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um.

5. Não faz o texto constitucional qualquer outra exigência de índole biológica (idade) ou mesmo emocional (avaliação psicológica), limitando-se a norma a exigir que haja capacidade intelectual individual para o acesso aos níveis mais elevados do ensino.

6. Além disso, a própria Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional), contemplou a possibilidade de avanço nos cursos e nas séries, mediante verificação do aprendizado, conforme se depreende de seu art. 24, inc. V, alínea "c". Precedentes do STJ.

7. Do mesmo modo, a Lei Estadual nº 2.787, de 24/12/2003 (Lei do Sistema Estadual de Ensino do Mato Grosso do Sul), prevê a "*possibilidade de avanço em séries ou cursos para educandos com comprovado desempenho*" (art. 45, inc. IV).

8. Assim, em que pese o art. 44, inc. II, da Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996, preveja que a educação superior, na modalidade de graduação, deva ser acessada por candidatos que: i) "tenham concluído o ensino médio ou equivalente", e ii) "tenham sido classificados em processo seletivo", a interpretação sistemática de tal dispositivo, às luz do disposto no art. 24, da lei de regência, e do art. 208, inc. V, da CF/88, conduz à conclusão de que a aprovação em concurso vestibular (classificação em processo seletivo) faz presumir a possibilidade de conclusão antecipada do "ensino médio ou equivalente", frente a sua comprovada capacidade individual, servindo a aprovação no vestibular como atestado de "verificação do aprendizado".

9. A propósito, seria de todo impertinente ao julgador se imiscuir na seara pedagógica/educacional e realizar ponderações acerca da efetiva capacidade intelectual do estudante tomando por base, por exemplo, apenas o grau de dificuldade do vestibular prestado, ou mesmo a análise das notas do aluno no Ensino Médio. Precedente do STJ.

10. Apelação conhecida e provida. Segurança concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 03/09/2020

Trata-se de Apelação interposta por contra sentença proferida nos autos nº 0841514-23.2019.8.12.0001 pelo Juiz da Vara da Infância, Adolescência e do Idoso da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Mandado de Segurança impetrado por menor púbere (16 anos), assistida por sua mãe (Rosana Rezende da Costa Caramalac), contra o Diretor Pedagógico do Colégio Salesiano Dom Bosco, sustentando, em síntese, que, ao tempo da impetração, estava matriculada no 2º ano do Ensino Médio do Colégio Salesiano Dom Bosco quando foi aprovada no concurso vestibular do curso de Nutrição da Universidade Católica Dom Bosco–UCDB, com acesso à "bolsa de estudos", contudo, ao solicitar a expedição antecipada de seu Certificado de Conclusão do Ensino Médio, para efetuar sua matrícula na Universidade, teve seu pedido indeferido pela direção de seu colégio, autoridade impetrada.

Requereu, assim, em sede liminar, a determinação do impetrado para que expeça seu Certificado de Conclusão do Ensino Médio, e no mérito, a confirmação do pedido de tutela antecipada (f. 01-15, na origem).

Sentença: indeferiu a inicial, sob o fundamento de que não foi juntada prova pré-constituída de que a impetrante possui "maturidade emocional e condições psicológicas" para cursar antecipadamente o curso de nível superior pretendido (f. 40-41, na origem).

Apelação: interposta pela impetrante, sustentando, em suma, que é desnecessário laudo psicológico para comprovar a sua maturidade para iniciar curso de nível superior (f. 47-56, na origem).

Efeito suspensivo à *Apelação*: deferido nos autos da Petição nº 1400451-35.2020.8.12.0000, para o fim de determinar a *"expedição provisória de Certificado de Conclusão de Ensino Médio (Modelo 19) e de histórico escolar em favor da impetrante-apelante, ou documento equivalente, para que possa, ao fim e ao cabo, viabilizar a sua matrícula no curso superior (Nutrição) para a qual fora aprovada no vestibular da Universidade Católica Dom Bosco (UDCB), sob pena de multa diária de R$ 1.000,00*" (f. 31-38, autos nº 1400451-35.2020.8.12.0000).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos da recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 139-147).

Parecer do Ministério Público: da lavra do eminente Procurador de Justiça Sérgio Luiz Morelli, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (F. 193-201)

Julgamento virtual: não houve oposição (f. 191).

É o relatório.

## VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a possibilidade de indeferimento, de plano, da inicial de Mandado de Segurança, sob a exigência de avaliação psicológica para a impetração que visa à expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, ante aprovação em vestibular antes da conclusão deste; e, no mérito, b) a existência de direito líquido e certo à expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, na hipótese de aprovação do aluno em vestibular para curso de nível superior, antes mesmo da conclusão do ensino médio.

1 – Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 11/12/2019 (f. 42), tendo a respectiva intimação ocorrido em 13/12/2019 (f. 46), enquanto que o presente recurso foi interposto em 13/12/2019 (f. 47-56).

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

2 – Exigência de avaliação psicológica para impetração de Mandado de Segurança visando à expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio ante aprovação em concurso vestibular

A impetrante sustenta a necessidade de reforma da sentença, com o retorno dos autos à origem para processamento do Writ, argumentando, em suma, que a legislação não prevê a exigência feita pela sentença, no sentido da necessidade de juntada de avaliação psicológica para atestar a capacidade emocional de aluna que, apesar de não ter concluído o ensino médio, obteve aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior (nutrição), bastando tal aprovação (fator conhecimento) para amparar a expedição do Certificado de Conclusão de Ensino Médio, independentemente da idade do aluno (critério biológico).

A sentença, ao indeferir de plano a inicial, argumentou que, embora a aprovação no vestibular comprove a "*capacidade intelectual do aluno*", para o seu ingresso no ensino superior "*não basta tal capacidade, sendo necessário possuir maturidade emocional e condições psicológicas para tanto, já que é um desafio proposto a fim de preparar o aluno para a vida profissional*" (f. 40-41).

Ainda, afirmou que:

> *"[...] para se verificar a presença dessa condição, tendo em vista que a impetrante possui apenas 16 (dezesseis) anos, é necessária uma avaliação psicológica, com profissional habilitado para esse fim, o que não foi trazido na inicial.*
>
> *Não se admite dilação probatória em sede de mandado de segurança, devendo a inicial trazer prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado. A situação fática poderia ensejar o manejo de ação de obrigação de fazer, mas optando pelo mandado de segurança era indispensável que viesse regularmente instruído.*
>
> *[...]*
>
> *Portanto, inexistindo prova da capacidade emocional da impetrante, indispensável para o ingresso na educação superior, o pedido deve ser indeferido liminarmente." (f. 41)*

O art. 6º, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), prevê que a petição inicial do Mandado de Segurança deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, sendo apresentada em 2 (duas) vias, devendo indicar, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Por sua vez, o art. 319, do CPC, prevê que a petição inicial indicará: *a*) o Juízo a que é dirigida (inc. I); *b*) os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu (inc. II); *c*) o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (inc. III); *d*) o pedido com as suas especificações (inc. IV); *e*) o valor da causa (inc. V); *f*) as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (inc. VI); *g*) a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (inc. VII).

Como se vê, nem a legislação processual, tampouco a Lei nº 12.016, de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), fazem exigência específica de prova pericial a amparar eventual impetração de Mandado de Segurança, mesmo porque a propositura de tal ação se funda na alegada existência de um direito líquido e certo previsto da legislação ordinária ou constitucional brasileira, aliada à prova – esta sim deve ser pré-constituída – da ocorrência de ato ilegal ou abusivo emanado de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

No caso dos autos, restou comprovada a aprovação da impetrante em vestibular para ingresso em curso de nível superior (f. 35-36), bem como também foi provada a negativa de expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio (f. 32), sendo suficientes tais documentos para a impetração do presente Mandado de Segurança, restando ao Juízo a análise acerca da existência, ou não, de direito líquido e certo à matrícula na universidade, ex vi dos artigos 208, inc. V, da CF/88, e artigos 4º, inc. V, e 5º, § 5º, da Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996 (Lei das diretrizes e bases da educação nacional), os quais supostamente albergariam a pretensão da impetrante; não cabendo, portanto, a criação de requisitos da inicial, não previstos em lei, como fez a sentença.

Nesse sentido, existe precedente específico no âmbito do TJ/MS:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA NO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA INSUBSISTENTE.*

*1. O mandado de segurança é ação constitucional instituída para proteger direito líquido e certo, não protegido por habeas corpus. sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a via mandamental inadequada ao deslinde de situações de fato controvertidas para as quais seja essencial a produção de prova.*

*2. Para a admissibilidade do mandado de segurança o impetrante deve demonstrar o direito líquido e certo que entende ter sido violado, por se tratar de condição especial das ações dessa natureza, sendo que o exame deste como requisito de admissibilidade da ação mandamental nada tem a ver com o mérito da demanda, pois enquanto aquele está ligado à ideia de prova pré-constituída, este se relaciona com a concessão ou denegação da ordem.*

*3. Não há falar em indeferimento da inicial, por se tratar o direito líquido e certo, consubstanciado em prova pré-constituida, de pressuposto de admissibilidade que deve ser analisado sob a ótica estritamente processual, não guardando relação com o mérito da demanda."* (Apelação nº 0800843-86.2018.8.12.0002, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Dje 18/02/2019)

Assim, a reforma da sentença, por violação ao devido processo legal, é medida que se impõe.

Contudo, como já houve manifestação da autoridade coatora, sustentando a legalidade do ato atacado (Contrarrazões – f. 139-147), bem como em razão de já ter havido participação do Ministério Público (Pareceres de f. 113-115 e de f. 193-201), possível se afigura o julgamento, desde logo, do mérito da causa, ex vi do disposto no art. 1.013, § 3º, inc. I, do CPC (aplicação da teoria da causa madura), sem necessidade de retorno dos autos à origem, para processamento e julgamento do *Writ*.

Passo, portanto, ao exame do mérito.

3 – Mérito: direito líquido e certo à expedição antecipada de Certificado de Conclusão de Ensino Médio ante aprovação em vestibular

Segundo o art. 5º, inc. LXIX, da CF/88, conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A Lei nº 12.016, 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), em seu art. 1º, também prevê que o Mandado de Segurança será concedido apenas para proteger direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

A impetrante aduz a existência de direito líquido e certo à matrícula na universidade, ex vi dos artigos 208, inc. V, da CF/88, e artigos 4º, inc. V, e 5º, § 5º, da Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996 (Lei das diretrizes e bases da educação nacional), os quais assim dispõem:

*"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*

*[...*

*V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"*

*"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:*

*[...]*

> *V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
>
> *Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.*
>
> *[...]*
>
> *§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior."*

O art. 208, inc. V, da CF/88, garante o acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um.

Não faz o texto constitucional qualquer outra exigência de índole biológica (idade) ou mesmo emocional (avaliação psicológica), limitando-se a norma a exigir que haja *capacidade intelectual individual* para o acesso aos níveis mais elevados do ensino.

Além disso, a própria Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996 (Lei das diretrizes e bases da educação nacional), contemplou a possibilidade de avanço nos cursos e nas séries, mediante verificação do aprendizado, conforme se depreende de seu art. 24, inc. V, alínea "*c*", *verbis*:

> *"Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:*
>
> *[...]*
>
> *V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios:*
>
> *a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais;*
>
> *b) possibilidade de aceleração de estudos para alunos com atraso escolar;*
>
> *c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado;*
>
> *d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito;*
>
> *e) obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos;"*

Do mesmo modo, a Lei Estadual nº 2.787, de 24/12/2003 (Lei do Sistema Estadual de Ensino do Mato Grosso do Sul), prevê a "*possibilidade de avanço em séries ou cursos para educandos com comprovado desempenho*" (art. 45, inc. IV).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996, de fato, contemplou a possibilidade de avanço nos cursos e nas séries, mediante verificação do aprendizado.

Veja-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME SUPLETIVO. LIMINAR PARA INGRESSO EM CURSO SUPERIOR.*

*DEFERIMENTO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. ESTUDOS AVANÇADOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO IRRAZOÁVEL. PROCEDÊNCIA.*

*[...]*

*7. Ademais, como bem rememorado pelo MPF, a mesma Lei Darcy Ribeiro, em seu art. 24, V, "c", prevê a possibilidade de avanço nas séries do ensino médio pelo estudante, sem olvidar, por fim, que a Carta Magna garante o acesso aos níveis mais elevados do ensino, "segundo a capacidade de cada um" - art. 208, V, da CF/1988.*

*[...]*

*9. Recurso Especial provido para restabelecer na íntegra a sentença original."* (REsp 1.812.547/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/10/2019)

Nesse sentido, também já se decidiu no STJ que não se pode vedar a certificação antecipada de Ensino Médio no âmbito Estadual, "*sob pena de afronta ao art. 208, inc. V, da CR/88, bem como com a Lei n. 9.394/96, a qual permite tal prerrogativa*" (RMS 21.138/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 03/10/2011).

Assim, em que pese o art. 44, inc. II, da Lei Federal nº 9.394, de 20/09/1996, preveja que a educação superior, na modalidade de graduação, deva ser acessada por candidatos que: *i*) "*tenham concluído o ensino médio ou equivalente*", e *ii*) "*tenham sido classificados em processo seletivo*", a interpretação sistemática de tal dispositivo, às luz do disposto no art. 24, da lei de regência, e do art. 208, inc. V, da CF/88, conduz à conclusão de que a aprovação em vestibular (*classificação em processo seletivo*) faz presumir a possibilidade de conclusão antecipada do "*ensino médio ou equivalente*", frente a comprovada capacidade individual aluno, servindo a aprovação no vestibular deste como atestado de "*verificação do aprendizado*".

Isso se deve ao fato de que seria de todo impertinente ao julgador se imiscuir na seara pedagógica/educacional e realizar ponderações acerca da efetiva capacidade intelectual do estudante tomando por base, por exemplo, apenas o grau de dificuldade do vestibular prestado, ou mesmo a análise das notas do aluno no ensino médio (nesse sentido: REsp 1.812.547/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/10/2019).

A propósito, convém salientar que, se o Ministério da Educação (MEC) permite a inscrição em concurso vestibular de pessoa que ainda não concluiu o ensino médio, e, com isso, autoriza as Universidades inclusive a arrecadarem taxa de inscrição de pessoas nessa condição, por certo, implicitamente, anui à possibilidade de se forçar a conclusão do Ensino Médio na hipótese de eventual aprovação daquele aluno no vestibular, de modo que o contrário configuraria, além de um contrassenso, evidente má-fé por parte do sistema educacional.

Em outras palavras: a impossibilidade de acesso ao Ensino de Nível Superior sem a prévia conclusão do Ensino Médio, obrigatoriamente constituiria óbice à efetivação do ato de inscrição em concurso vestibular sem a comprovação daquela exigência; isto é, a conclusão do Ensino Médio seria requisito imprescindível para se efetuar a inscrição em concurso vestibular.

No âmbito desta 3ª Câmara Cível, existem precedentes nesse sentido, destacando-se o seguinte, no qual se concluiu que:

*"(...) o candidato que esteja cursando o terceiro ano do ensino médio e é chamado para efetuar matrícula na universidade por força de aprovação no exame vestibular tem direito de obter o certificado de conclusão do ensino médio ainda que não tenha cursado na íntegra o ano letivo, tendo em vista a comprovação do seu desenvolvimento intelectual compatível com o ingresso no curso superior", entendimento este que prestigia "o direito à educação, no aspecto de evoluir nos estudos de acordo com a sua capacidade"* (Agravo de Instrumento nº 1400267-79.2020.8.12.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, Dje 31/03/2020).

Também nesse sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – NEGATIVA DE EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – ALUNO CURSANDO TERCEIRO ANO DO ENSINO MÉDIO – APROVAÇÃO EM VESTIBULAR – POSSIBILIDADE DE AVANÇO – COMPROVAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO INTELECTUAL COMPATÍVEL COM O INGRESSO NO CURSO SUPERIOR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O candidato que, cursando o 3º ano do ensino médio, é chamado para efetuar matrícula em Universidade, em razão de aprovação no exame vestibular, tem direito de obter o certificado de conclusão do ensino médio, ainda que não tenha completado o ano letivo inteiramente, diante da comprovação do seu desenvolvimento intelectual compatível com o ingresso no curso superior."* (Agravo de Instrumento nº 1400386-40.2020.8.12.0000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, Dje 27/02/2020)
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA – EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO – ENEM – ALUNO COM 16 ANOS DE IDADE QUE ALCANÇOU NOTAS SUPERIORES ÀS ESTABELECIDAS PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – NEGATIVA DA AUTORIDADE COATORA EM EMITIR CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO POR CONTA DO FATOR CRONOLÓGICO – AFRONTA AOS ARTS. 205 E 208, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRESUNÇÃO DE SUA CAPACIDADE INTELECTUAL E COGNITIVA – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *Se o impetrante, ao realizar a prova do ENEM, alcançou pontuação acima da média exigida pelo Ministério da Educação, e foi pré-selecionado para ingressar no curso de Ciência da Computação na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, demonstrou possuir capacidade intelectual e cognitiva, fazendo jus à expedição do certificado exigido para realização de sua matrícula e ingresso no curso superior." (Mandado de Segurança Cível nº 4002367-65.2013.8.12.0000, 2ª Seção Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, Dje 15/05/2014)*

Por fim, cabe salientar que, mesmo que se concluísse de forma diversa, ou seja, no sentido da impossibilidade legal de avanço de série, no caso dos autos, não haveria como se impedir a impetrante de concluir seu curso universitário, já que, conforme informações supervenientes trazidas às f. 181-185, esta já cursou quase 1/4 do curso de Nutrição (dois semestres) em decorrência de tutela provisória deferida em seu favor, estando, portanto, protegida pela teoria do fato consumado, conforme reiteradamente vem decidindo o STJ em hipóteses semelhantes, *verbis:*

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME SUPLETIVO. LIMINAR PARA INGRESSO EM CURSO SUPERIOR. DEFERIMENTO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. ESTUDOS AVANÇADOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO IRRAZOÁVEL. PROCEDÊNCIA.*
>
> *1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pela recorrente e que lhe concedeu o direito de concluir o ensino médio antes dos dezoito anos, haja vista sua aprovação no vestibular para a graduação em Psicologia.*
>
> *2. O Tribunal mineiro, todavia, reformou a sentença e revogou a liminar, sob a tese de que a parte não tinha a idade mínima prevista da LDB para realizar o exame supletivo, além de que se estaria desvirtuando seu propósito, pois foi "instituído com a função precípua de atender a um público ao qual foi negado o direito à educação durante a infância ou adolescência" (fls. 135-136, e-STJ).*
>
> *3. Outrossim, a Corte rejeitou a aplicação da teoria do fato consumado "porque a vaga no ensino superior foi obtida por força de liminar" (fl. 135, e-STJ).*
>
> *4. "No Superior Tribunal de Justiça tem sido acolhida a tese de que a aprovação do estudante universitário em vestibular - no qual tenha sido inscrito por força de liminar, com*

*a outorga do certificado de conclusão do ensino médio em supletivo, como nos autos -, com a conclusão de parte da graduação, excepcionalmente não pode ser prejudicada em razão da apreciação superveniente e negativa do mérito". Precedentes: AgRg no AREsp 460.157/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.3.2014; REsp 1.394.719/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.11.2013; REsp 1.289.424/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.6.2013; AgRg no REsp 1.267.594/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21.5.2012; e REsp 1.262.673/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.8.2011, DJe 30.8.2011.*

*5. A recorrente atualmente cursa o terceiro período da graduação, estando mais próxima da conclusão do curso do que da gênese. Assim, não se afigura razoável, sob nenhum prisma, a reversão fática da situação já claramente consumada em detrimento do apego exacerbado à legalidade estrita.*

*6. Outrossim, descabe ao julgador, concessa venia, imiscuir-se na seara pedagógica/educacional e realizar ponderações acerca da efetiva capacidade intelectual do estudante tomando por base apenas o grau de dificuldade do vestibular prestado, uma vez que o próprio exame supletivo não enfrenta tal escrutínio judicial, embora o pudesse.*

*7. Ademais, como bem rememorado pelo MPF, a mesma Lei Darcy Ribeiro, em seu art. 24, V, "c", prevê a possibilidade de avanço nas séries do ensino médio pelo estudante, sem olvidar, por fim, que a Carta Magna garante o acesso aos níveis mais elevados do ensino, "segundo a capacidade de cada um" - art. 208, V, da CF/1988.*

*8. Dissídio jurisprudencial prejudicado.*

*9. Recurso Especial provido para restabelecer na íntegra a sentença original."* (REsp 1.812.547/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/10/2019)

*"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO EDUCACIONAL. ENSINO SUPERIOR. MENOR. EXAME SUPLETIVO. INSCRIÇÃO. LIMINAR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR. CASSAÇÃO DA LIMINAR. IDADE JÁ ULTRAPASSADA. CURSO DE GRADUAÇÃO EM BOM ANDAMENTO. CONSOLIDAÇÃO DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE.*

*1. Cuida-se de medida cautelar inominada ajuizada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra acórdão no qual se definiu impossível a matrícula de estudante universitário cuja inscrição no vestibular se deu com base em título de aprovação no ensino médio obtido antes dos dezoito anos completos, por força de liminar.*

*2. Nos presentes autos somente se debate a outorga, ou não, de efeito suspensivo ao recurso especial, cuja possibilidade excepcional de atribuição pode ser postulada pela via processual acessória da medida cautelar, nos termos do art. 288 do RISTJ.*

*3. No Superior Tribunal de Justiça tem sido acolhida a tese de que a aprovação do estudante universitário em vestibular - no qual tenha sido inscrito por força de liminar, com a outorga do certificado de conclusão do ensino médio em supletivo, como nos autos -, com a conclusão de parte da graduação, excepcionalmente não pode ser prejudicada em razão da apreciação superveniente e negativa do mérito. Precedentes: AgRg no AREsp 460.157/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.3.2014; REsp 1.394.719/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.11.2013; REsp 1.289.424/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.6.2013; AgRg no REsp 1.267.594/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21.5.2012; e REsp 1.262.673/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.8.2011, DJe 30.8.2011.*

*Medida cautelar procedente. Liminar mantida."* (MC 22.463/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/08/2014)

*"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. APROVAÇÃO EM VESTIBULAR ANTES DA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. TEORIA DO FATO CONSUMADO.*

*1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Reitor da Universidade Federal de Uberlândia que impossibilitou o ingresso no ensino superior de candidato classificado em processo seletivo de julho/2007 para o curso de Engenharia Mecatrônica, que, diante do cumprimento de 77% da carga horária, frequentou mais de 75% das aulas e obteve notas acima de 60%, mas deixou de apresentar certificado de conclusão do ensino médio, não obstante o tenha concluído antes da prolação da sentença.*

*2. Quanto à apontada negativa de vigência ao art. 535 do CPC, nota-se que o órgão a quo ofereceu conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada, manifestou-se de forma clara e harmônica sobre o eventual direito de estudante que comprova conclusão do ensino médio, antes de prolatada a sentença no processo judicial, à matrícula em curso superior, para o qual logrou aprovação em vestibular.*

*3. Sobre a aludida violação do art. 53, V, da Lei 9.394/96, melhor sorte não socorre a recorrente, vê-se que a matrícula na universidade foi deferida pelo acórdão que julgou a apelação, em agosto de 2008.*

*4. A ora recorrente informou às fls. 177/182 que já havia concluído o ensino médio em 2007, ou seja, antes mesmo de proferido o acórdão que concedeu a segurança.*

*5. Os autos, portanto, denotam situação de fato consolidada. O aluno já concluiu o ensino médio e a matrícula na universidade foi deferida em 2008.*

*6. Recurso especial não provido."* (REsp 1.244.991/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 01/12/2011)

Também assim já se decidiu nesta 3ª Câmara Cível, *verbis*:

*"REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE ENSINO MÉDIO, EM VIRTUDE DE APROVAÇÃO EM VESTIBULAR – LIMINAR CONCEDIDA – MATRÍCULA EFETIVADA EM CURSO SUPERIOR – APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA – RECURSO DESPROVIDO.*

*Se a emissão do certificado de conclusão de ensino médio da requerente foi autorizada por força de liminar para que pudesse proceder à matrícula em curso superior, cabe a aplicação da teoria do fato consumado, para ratificar a situação jurídica sedimentada pela liminar concedida, sob pena de causar maior prejuízo à estudante. (Remessa Necessária nº 0801160-57.2015.8.12.0045, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Dje 18/10/2017)*

Portanto, impõe-se o provimento do recurso para a reforma da sentença e, superado o óbice processual por esta invocado, a concessão da segurança, para fins de tornar definitiva a expedição de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, legitimando, assim, em definitivo, o ingresso da impetrante no curso superior para o qual foi aprovada em concurso vestibular válido e regular.

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço o recurso interposto por e dou-lhe provimento para reformar a sentença e, assim, superar o óbice processual por esta invocado, de modo a, no mérito, conceder a segurança, para fins de tornar definitiva a expedição de Certificado de Conclusão de Ensino Médio, legitimando, assim, em definitivo, o ingresso da impetrante no curso superior para o qual foi aprovada em concurso vestibular (processo seletivo para o Curso de Nutrição – ano de 2019; Universidade Católica Dom Bosco).

É como voto.

## 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. 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 outubro de 2020.

***

## 3ª Câmara Cível
## Relator(a) Des. Paulo Alberto de Oliveira
## Agravo de Instrumento n. 1412235-09.2020.8.12.0000 - São Gabriel do Oeste

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUPRESSÃO DE GARANTIAS – MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DO CREDOR À APROVAÇÃO DO PLANO QUE IMPORTA EM ANUÊNCIA À REGRA DE SUPRESSÃO DE GARANTIAS – VALIDADE DA CLÁUSULA – EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA COOBRIGADOS – IMPOSSIBILIDADE – ARTIGO 49, § 1º, DA LEI Nº 11.101, DE 09/02/2005 – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 581 DO STJ – NULIDADE DA CLÁUSULA DO PLANO NO PONTO EM QUE PREVÊ A EXTINÇÃO IRRESTRITA DAS AÇÕES E EXECUÇÕES CONTRA A RECUPERANDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Discute-se no presente recurso a eventual ilegalidade do Plano de Recuperação Judicial por: a) incidir em supressão indevida de garantias; e, b) impedir a exigibilidade do crédito em face dos coobrigados.

2. "*A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores*" (REsp 1660195/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/04/2017).

3. Já concluiu o Superior Tribunal de Justiça que a aprovação do Plano de Recuperação Judicial pelo credor, sem oposição de objeções à cláusula que prevê a supressão de garantias, importa em manifestação de anuência dessa restrição, atendendo ao que dispõe o art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005 (REsp nº 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe 10/10/2016).

4. Na espécie, o credor nada disse acerca da supressão de garantias quando da apresentação de objeção ao Plano de Recuperação Judicial, bem como manteve a mesma inércia na Assembleia de Credores, em que se manifestou favorável à aprovação do Plano de Recuperação Judicial, sem opor qualquer objeção à supressão das garantias que se mostrarem incompatíveis com o plano, cuja inércia, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, importa em inegável anuência acerca da disposição sobre a supressão de garantias, e configura cumprimento da exigência do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101 de 09/02/2005.

5. A Segunda Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo, definiu a tese de que "*a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005*" (REsp 1333349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 02/02/2015).

6. No caso, a cláusula 6.2, embora, em sua maior parte, diga respeito especifica e restritamente à recuperanda, é certo que, em sua parte final, mostra-se deveras abrangente, possibilitando que as regras ali previstas (sobre a extinção de execuções e liberação de constrições) atinjam os coobrigados, embora

estes não sejam beneficiados pela Recuperação Judicial, de forma que deve ser declarada a nulidade dessa cláusula, no particular ponto em que prevê a extinção de ações e liberação de constrições de forma irrestrita, atingindo os coobrigados, sem que tal vício atinja a integralidade do Plano de Recuperação Judicial, que permanece hígido em todos os seus demais termos.

7. Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2020

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator(a) do processo

## RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 27/10/2020

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Banco Bradesco S/A contra decisão interlocutória proferida nos autos nº 0801110-03.2016.8.12.0043 pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de São Gabriel do Oeste-MS.

Ação: Recuperação Judicial proposta por Mega Tintas Ltda EPP (f. 01-12, na origem).

Petição do Banco Bradesco S/A: ofertando objeção ao Plano de Recuperação Judicial, ressaltando que o prazo para pagamento é muito longo, e que discorda da vinculação do plano aos sócios e credores, incluindo os cessionários e sucessores, inclusive extinguindo-se as ações em desfavor da empresa e de seus sócios e avalistas (f. 349-352, na origem).

Petição do Banco Bradesco S/A: informando que dois (2) contratos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial não foram arrolados, e que ingressou com a habilitação do crédito no valor de R$ 111.329,67 (f. 420-421, na origem).

Decisão Interlocutória: homologou o plano de recuperação judicial, consignando que "*as objeções apresentadas ficaram prejudicadas com a aprovação pela assembleia geral de credores*" (f. 496, na origem), bem como concedeu a recuperação judicial à Mega Tintas Ltda (f. 495-496, na origem).

Embargos de Declaração: opostos pelo agravante Banco Bradesco S/A e pelo terceiro Itaú Unibanco S/A, alegando a existência de omissão na decisão (f. 497-502 e 504-511, na origem); ambos foram rejeitados pelo Juízo a quo (f. 524-525, na origem).

Agravo de Instrumento: interposto pelo credor Banco Bradesco S.a, sustentando que a decisão deve ser reformada, para que seja feito controle de legalidade do Plano de Recuperação Judicial, uma vez que: *a*) tal plano se opõe aos artigos 50 e 59, ambos da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, na cláusula 6.1.1, no ponto em que prevê que deixarão de ser aplicáveis as garantias incompatíveis com as condições do plano, já que, embora "*induza em novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas*" (f. 07); *b*) também viola o art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, já que as cláusulas 6.2 e 6.5 impõem proibição aos credores de buscar a satisfação de seus créditos concursais por quaisquer meios, acabando por

ensejar a inexigibilidade da dívida junto aos coobrigados, que, conforme previsão legal, "*não são atingidos pelos reflexos da recuperação judicial e os créditos são exigíveis em face destes garantidores*" (f. 09).

Requereu, assim: a) liminarmente, a concessão de efeito suspensivo; e, b) no mérito, a revogação da decisão agravada.

Decisão Liminar do Relator: indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso (f. 117-124).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 140-145).

É o relatório.

## VOTO

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

Discute-se no presente recurso a eventual ilegalidade do Plano de Recuperação Judicial por: a) incidir em supressão indevida de garantias; e, b) impedir a exigibilidade do crédito em face dos coobrigados.

1 – Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 14/12/2018 (f. 496, na origem), com decisão integrativa proferida e disponibilizada nos autos digitais em 10/08/2020 (f. 525, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 27/08/2020 (f. 527, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 18/09/2020 (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 (preparo às f. 111-113).

2 – Legalidade do Plano de Recuperação Judicial: Supressão de garantias

O agravante sustenta a existência de ilegalidade do Plano de Recuperação Judicial quanto à cláusula 6.1.1, ao prever que as garantias incompatíveis com as condições do plano deixarão de ser aplicáveis, caracterizando violação aos artigos 50 e 59, ambos da Lei nº 11.101, de 09/02/2005, já que, embora "*induza em novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas*" (f. 07).

De início, faz-se mister esclarecer que o fato de o Plano de Recuperação Judicial ter sido votado em Assembleia Geral de Credores não prejudica a análise, neste recurso, de questões de legalidade.

Cediço que, como todo negócio jurídico, a aprovação assemblear do Plano de Recuperação Judicial deve observar as normas legais e os princípios jurídicos, o que autoriza o controle de legalidade do ato pelo Poder Judiciário.

É entendimento corrente na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que:

> *"(...) no processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consectária manutenção das fontes de produção e de trabalho"* (REsp 1587559/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 22/05/2017).

Sendo assim, *"a jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o* ***controle de legalidade do plano de recuperação judicial****, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores*" (REsp 1660195/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017) - grifamos.

Logo, a figura do Juiz não se presta a mensurar a viabilidade econômica dos Planos de Recuperação Judicial, devendo, no entanto, exercer o controle de sua legalidade, repudiando atitudes de fraude e de abuso de direito.

Portanto, as decisões tomadas em *Assembleia Geral de Credores* não são soberanas a ponto de retirar do Poder Judiciário o controle da legalidade.

Tanto é assim que o Conselho de Justiça Federal editou os seguintes Enunciados, *in verbis:*

> *"44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade".*
>
> *"45. O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito".*
>
> *"46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores".*

Traçados os limites de atuação do Magistrado no controle judicial do Plano de Recuperação Judicial, segue-se apreciando as nulidades invocadas, que, neste ponto, incide sobre a cláusula 6.1.1 do referido plano, que assim dispõe:

> *"6.1.1. Novação. O Plano acarretará a novação dos Créditos Concursais e dos Créditos Extraconcursais detidos por credores extraconcursais que tenham expressamente aderido ao presente Plano, que serão liquidados na for ma estabelecida neste Plano. Mediante referida novação, todas as obrigações, índices financeiros, hipóteses de vencimento antecipado, bem como outras obrigações e garantias que sejam incompatíveis com as condições deste Plano deixarão de ser aplicáveis"* (f. 228, na origem)

A respeito das garantias titularizadas por credores, no âmbito da *Recuperação Judicial*, assim prevê o art. 50, § 1º, e o art. 59, ambos da Lei nº 11.101, de 09/02/2005:

> *Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:*
>
> *[...]*
>
> *§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.*
>
> *Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.*

Sobre o tema, já concluiu o Superior Tribunal de Justiça que a aprovação do Plano de Recuperação Judicial pelo credor, sem oposição de objeções à cláusula que prevê a supressão de garantias, importa em manifestação de anuência dessa restrição, atendendo ao que dispõe o art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005 (REsp nº 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe 10/10/2016).

É válida a transcrição de trecho do voto proferido pelo relator, no julgamento do Recurso Especial acima mencionado (REsp nº 1.532.943/MT):

> *"Assinala-se, ainda, que a necessidade de que os credores com garantia real consintam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, contemplada no art. 50, § 1º da Lei n. 11.101/2005, na hipótese dos autos, afigura-se absolutamente preservada, pois, como visto, todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispôs sobre tal matéria (supressão das garantias reais e fidejussórias), com ela anuíram, inegavelmente.*
>
> *Descabido, assim, permitir que o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, não seja integralmente observado pelas partes envolvidas, a pretexto da aplicação do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005.*
>
> *(...)*
>
> *Na hipótese dos autos, como assinalado, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores."*

Na espécie, o credor-agravante Banco Bradesco S/A, ao apresentar objeção ao Plano de Recuperação Judicial (f. 349-352, na origem), nada dispôs acerca da previsão de supressão de garantias, mas se resumiu a impugnar: a) o prazo de pagamento, por entender ser longo; e, b) o óbice ao prosseguimento das ações quanto aos devedores coobrigados, que causa "*prejuízos ao direito de ação do credor objetor em desfavor dos devedores solidários caso permaneça no plano*".

Como visto, o credor nada disse acerca da supressão de garantias quando da apresentação de objeção ao Plano de Recuperação Judicial, bem como manteve a mesma inércia na Assembleia de Credores (f. 479-483), momento em que se manifestou favorável à aprovação do Plano de Recuperação Judicial, sem opor qualquer objeção à supressão das garantias que se mostrarem incompatíveis com o plano.

Essa inércia, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, importa em inegável anuência acerca da disposição sobre a supressão de garantias, e configura cumprimento da exigência do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101 de 09/02/2005.

Assim sendo, descabida a pretensão do credor-agravante de exercer o controle de legalidade sobre a previsão de supressão de garantias incompatíveis em Plano de Recuperação Judicial, uma vez que, tendo se manifestado favoravelmente a aprovação deste, em Assembleia de Credores, entende-se que anuiu com tal previsão, sendo esta, portanto, legítima.

Recurso não provido neste ponto.

3 – Legalidade do Plano de Recuperação Judicial: Exigibilidade do crédito contra coobrigados

O agravante também sustenta que o Plano de Recuperação Judicial é ilegal quanto as cláusulas 6.2 e 6.5, que preveem a proibição aos credores de buscar a satisfação de seus créditos concursais por quaisquer meios, o que acaba por restringir a exigibilidade da dívida junto aos coobrigados, estes que, conforme previsão legal (art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005), "*não são atingidos pelos reflexos da recuperação judicial e os créditos são exigíveis em face destes garantidores*" (f. 09).

Sobre a questão dos efeitos da Recuperação Judicial sobre os coobrigados, a lei prevê que "*os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*" (art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005).

A matéria já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 581, que prevê que *"a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória"*.

Um dos precedentes que deu azo à edição dessa súmula foi julgado sob a sistemática do recursos repetitivos (REsp nº 1.333.349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão), cuja ementa vale transcrever:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO E CONCESSÃO. GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COOBRIGADOS EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, CAPUT, 49, § 1º, 52, INCISO III, E 59, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005.*
>
> *1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: "A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005".*
>
> *2. Recurso especial não provido.* (REsp 1333349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015)

Na espécie, inicialmente, há de se ressalvar, que no presente caso, conforme já analisado no item anterior, tendo o credor-agravante anuído com a supressão das garantias, através da manifestação favorável à aprovação do *Plano de Recuperação Judicial*, por óbvio, não lhe é dado manter ou ajuizar ações e execuções contra eventuais garantidores pessoais, de forma que a análise da nulidade da cláusula se aterá aos coobrigados, classe em que se inclui os devedores solidários.

Assim dispõem as cláusulas 6.2 e 6.5 do Plano de Recuperação Judicial:

> *"6.2. Extinção de ações. Exceto se previsto de forma diversa neste Plano, os Credores não mais poderão, a partir da Aprovação do Plano (i) ajuizar ou prosseguir toda e qualquer ação judicial ou processo de qualquer tipo relacionado ou não a qualquer crédito contra a Mega Tintas; (ii) executar qualquer sentença, decisão judicial ou sentença arbitral contra a Mega Tintas; (iii) penhorar quaisquer bens da Mega Tintas para satisfazer seus créditos; (iv) criar, aperfeiçoar ou executar qualquer garantia real sobre bens e direitos da Mega Tintas para assegurar o pagamento de seus créditos; (v) reclamar qualquer direito de compensação contra qualquer crédito devido à Mega Tintas; (vi) buscar a satisfação de seus créditos por quaisquer outros meios. Todas as ações e execuções judiciais em curso contra a Mega Tintas relativas aos Créditos serão extintas, e as penhoras e constrições existentes serão liberadas" (f. 228-229, na origem)*
>
> *"6.5. Isenção de Responsabilidades e Renúncia. Em razão da aprovação do Plano pela Assembleia de Credores, os Credores expressamente reconhecem e isentam as Partes Isentas de toda e qualquer responsabilidade pelos atos praticados e obrigações contratadas no curso da Recuperação Judicial, conferindo às Partes Isentas quitação ampla, rasa, geral, irrevogável e irretratável de todos os direitos e pretensões materiais ou morais porventura decorrentes dos referidos atos a qualquer título. A aprovação do Plano pela Assembleia de Credores representa igualmente a renúncia expressa e irrevogável dos credores a toda e qualquer pretensão, ação ou direito a demandar, perseguir ou reclamar, em Juízo ou fora dele, a qualquer título e sem reserva ou ressalva, reparação de danos e/ou quaisquer outras ações ou medidas contra as partes Isentas em relação aos atos já praticados e obrigações contraídas pelas Partes Isentas durante a Recuperação Judicial." (f. 229-230, na origem)*

As "*partes isentas*" referidas na cláusula 6.5, conforme previsto na cláusula 1.1.21 do Plano de Recuperação Judicial, "*são as Sociedades do mesmo Grupo Econômico que a Mega Tintas, os seus acionistas, e suas respectivas controladas subsidiárias, afiliadas e coligadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário e econômico, seus diretores, conselheiros, acionistas, minoritários, sócios, agentes, funcionários, representantes, assessores, consultores e advogados, sucessores e cessionários*" (f. 223-224, na origem).

Na espécie, a cláusula 6.2, embora, em sua maior parte, diga respeito especifica e restritamente à recuperanda *Mega Tintas LTDA*, é certo que, em sua parte final[1], mostra-se deveras abrangente, possibilitando que as regras ali previstas (sobre a extinção de execuções e liberação de constrições) atinjam os coobrigados, embora estes, como visto, não sejam beneficiados pela Recuperação Judicial.

Assim sendo, a declaração de nulidade dessa cláusula (6.2), no particular ponto em que prevê a extinção de ações e liberação de constrições de forma irrestrita, atingindo os coobrigados.

No que tange à cláusula 6.5, é de fácil verificação que as regras nela inseridas dizem respeito aos "*atos praticados e obrigações contratadas no curso da Recuperação Judicial*", que, como se sabe, cuidam de créditos extraconcursais, estes que, conforme consta no próprio Plano de Recuperação Judicial, *"não estão sujeitos ao presente Plano, de forma que sua aprovação pela Assembleia de Credores não implica a imediata reestruturação dos Créditos Extraconcursais nos termos e condições aqui descritos"* (cláusula 5.3; f. 228, na origem)

Assim sendo, os créditos mencionados na cláusula 6.5 não se submetem às regras do Plano de Recuperação Judicial, sendo, portanto, inadequado avaliar a validade da cláusula com base nas normas que tratam dos créditos concursais (inseridos na Recuperação Judicial), como aquela que prevê a manutenção dos créditos assumidos pelos coobrigados, mesmo com a ocorrência de novação no âmbito da Recuperação Judicial.

Logo, o recurso deve ser provido em parte, apenas no que tange à nulidade da cláusula 6.2, sem que tal vício atinja a integralidade do Plano de Recuperação Judicial, que permanece hígido em todos os seus demais termos.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Banco Bradesco S.A e dou-lhe provimento em parte, para o fim de declarar nula a cláusula 6.2 do Plano de Recuperação Judicial, no ponto em que prevê a extinção de ações e liberação de constrições de forma irrestrita, atingindo, assim, os coobrigados, sendo que tal nulidade não impede seja mantida, no restante, a decisão que homologou o aditivo do plano de recuperação judicial.

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(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Dorival Renato Pavan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Paulo Alberto de Oliveira

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2020.

***

1 "*Todas as ações e execuções judiciais em curso contra a Mega Tintas relativas aos Créditos serão extintas, e as penhoras e constrições existentes serão liberadas*"

## 4ª Câmara Cível
## Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel
## Apelação Cível nº 0801306-57.2012.8.12.0028 - Bonito

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO – ACOLHIMENTO – NECESSIDADE DE NOVA DOSIMETRIA DAS SANÇÕES – MÉRITO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REFLEXOS CIVIS DO CRIME DE CONCUSSÃO – FATOS ALEGADOS NA INICIAL SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS – APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA CIVIL – DANO MORAL COLETIVO – IMPROCEDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os arts. 141 e 492 do NCPC positivam o princípio da adstrição (ou congruência), que impõe ao juiz o dever de decidir a lide nos limites propostos pelas partes, vedando-lhe proferir decisões de natureza diversa da pedida, bem como proferir condenações diversas da que lhe foi demandado. É nulo o capítulo da sentença que impõe ao agente ímprobo penas diversas daquelas pleiteadas na inicial, a merecer recorte do excesso.

2. A lide tem por contornos a pratica de fatos tipificados como concussão pelo Presidente da Câmara de Vereadores de unrbe interiorada, que, aproveitando-se dessa contidção exigiu vantagem indevida como condição para prática de ato de ofício (pagamento de vantagens pecuniárias a outro membro do Poder Legislativo local). Os fatos restaram suficientemente demonstrados nos autos, considerando especialmente captação ambiental realizada segundo os parâmetros legais, dai a inarredável constatação da prática de ato de improbidade administrativa tipificada no art. 11 da lei 8.429/92.

3. A imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12, da lei 8.429/92, 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. Nesta ordem de ideias e considerando esses parâmetros, aliados ao princípio da proporcionalidade, deve ser fixada multa civil arbitrada em valor equivalente a 3 vezes a remuneração percebida pelo servidor à época dos fatos.

4. Consoante entendimento consolidado no STJ, não é toda violação ao dever de informar que é capaz de gerar dano moral coletivo, mas apenas o ato ilícito de razoável relevância e que acarrete verdadeiro sofrimento a toda coletividade, sob pena de banalização do instituto. Não evidenciado o dano coletivo na hipótese, deve ser rejeitada a pretensão respectiva.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e contra o parecer, rejeitaram a questão de ordem e afastaram a preliminar, nos termos do voto do Relator e, no mérito, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º Vogal, vencidos o Relator e 1º Vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator designado

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Reginaldo dos Reis Nunes Rocha apela da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública que lhe move o Ministério Público Estadual, em que forma julgados procedentes os pedidos iniciais, com a condenação ao pagamento de multa civil fixada em R$ 30.000,00; suspensão de direitos políticos por 5 anos; proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos; e ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, arbitrada em 20.000,00.

Argui preliminar de nulidade da sentença por julgamento ultra petita, pois a inicial alude a atos de improbidade previstos no art. 11, da LIA ao passo em que a sentença escora-se no art. 9º do mesmo diploma.

No mérito, sustenta que a prova dos autos seria imprestável ao fim a que se destina; também, que não restou comprovada a prática de ato ilícito, considerando frágeis os elementos de convicção constantes dos autos, alusivos a depoimentos da suposta vítima, seu adversário político. Alternativamente, mesmo que se considere demonstrado o ilícito, pondera não estar caracterizado ato de improbidade administrativa, ante a ausência de nexo entre o ato e a atividade pública do agente. Nega os fatos alegados na inicial, ressaltando que nunca houve transação de valores e que todos os vereadores sabiam que os valores alusivos a verbas indenizatórias eram pagos por ordem de protocolo. Alega, por fim, ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções. Requer o provimento do recurso.

Resposta pugnando pelo parcial provimento do recurso.

Parecer ministerial pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Após início do julgamento, foi suscitada questão de ordem pelo Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, sobre a minha prevenção para julgamento.

Acolhida pelos demais pares, os autos foram a mim remetidos para julgamento.

É o relatório.

## VOTO (EM 01/09/2020)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Reginaldo dos Reis Nunes Rocha apela da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública que lhe move o Ministério Público Estadual, em que forma julgados procedentes os pedidos iniciais, com a condenação ao pagamento de multa civil fixada em R$ 30.000,00; suspensão de direitos políticos por 5 anos; proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos; e ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, arbitrada em 20.000,00.

Síntese dos autos

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul em face de Reginaldo dos Reis Nunes Rocha, em razão dos fatos apurados em Inquérito Civil, no qual restou apurado que o requerido, Presidente da Câmara dos Vereadores de Bonito à época, aproveitando-se do cargo por ele ocupado, exigiu que a vereadora Terezinha Dellas Pace

Braga lhe repassasse parte de uma quantia a que ela tinha direito de receber como ex-vereadora para autorizar o pagamento a ela.

Em razão disso, o MPE imputou ao requerido a prática do ato de improbidade administrativa constante no artigo 9º, caput e incisos I e X, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), com as sanções previstas no artigo 12, inciso I, do mesmo Códex e, alternativamente, pelo ato previsto no artigo 11 também da citada lei, bem como a obrigação de ressarcimento em razão dos danos morais decorrentes do ato de improbidade praticado.

Devidamente notificado (f.473), o demandado apresentou defesa preliminar.

A inicial foi recebida por decisão proferida em 16 de outubro de 2013 (fls. 512/517).

Citado (f. 570), o requerido contestou a inicial às fls. 575/604.

Realizada audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas arroladas (fls. 725).

Depoimentos utilizados como prova emprestada, acostados às fls.729/751.

As partes apresentaram alegações finais (fls. 785/788 e 799/820).

A pretensão ministerial foi acolhida em julgamento de mérito pelo juízo singular (sentença de fls. 821/826):

> *Isso posto, com base no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inicial, para, em razão de cometimento de ato de improbidade administrativa:*
>
> *I para CONDENAR o requerido REGINALDO DOS REIS NUNES ROCHA pela prática da conduta do artigo 9º, inciso I, e do artigo 11, caput, ambos da Lei 8.429/92;*
>
> *II- condenar o requerido ao pagamento de multa civil de R$30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária pelo IGPM-FGV e com juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e a contar da data da cessação da conduta ilícita;*
>
> *III- suspender os direitos políticos do requerido pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do trânsito em julgado judicial;*
>
> *IV - condenar o requerido à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos (obrigação de não fazer).*
>
> *V - e condenar o requerido ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por dano difuso moral, com correção monetária pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e partir da data desta sentença de arbitramento (a correção monetária com base na Súmula de n. 362 do e. Superior Tribunal de Justiça).*
>
> *Em consequência, condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais. Sem honorários* (STJ. Primeira Turma. REsp n. 1329607/RS. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJ de 2-9-2014).

Da referida sentença, sobreveio o presente recurso de apelação.

Preliminar de nulidade da sentença

Preliminarmente, em suas razões de inconformismo, pugna o apelante para que seja a sentença declarada parcialmente nula, ante a suposta ocorrência de julgamento *ultra petita.*

De fato, examinando a exordial, verifica-se que a causa de

pedir consiste no ato direcionado contra Terezinha Della Pace Braga, de quem foi exigido o repasse de parte de uma quantia a que ela tinha direito de receber como ex vereadora para autorizar o pagamento a ela, dando ordem para que o Assessor Jurídico da Câmara Municipal a procurasse para extorqui-la; e, o pedido, na condenação do apelante pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, "caput", da Lei nº 8.429/92, sendo-lhe aplicadas as sanções cabíveis previstas no artigo 12, inciso III, dessa mesma lei, em sua totalidade, bem como na condenação para ressarcir os danos morais decorrentes do ato de improbidade administrativa que praticou.

Ocorre que, não há falar em julgamento ultra petita, quando o juiz fixa a pena dentro dos limites legais e em observância do parâmetro pleiteado na peça inaugural. O que importa para as ações de improbidade administrativa é a descrição dos fatos, cabendo ao juiz fazer a subsunção às normas legais.

Nesses termos, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Mérito Recursal

Dos atos ilícitos praticados

Primeiramente, importante consignar que os documentos que integram o Inquérito Civil nº 018/2012/1ª PJBTO guardam pertinência com o ato do réu que gerou a presente demanda, motivo pelo qual não padecem de vício ou nulidade.

Quanto aos atos praticados, é sabido que a Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) contempla três espécies de atos de improbidade administrativa, a saber: aqueles que importam enriquecimento ilícito do infrator (art. 9º), aqueles de que decorre lesão ao erário público (art. 10) e aqueles que atentem contra os princípios da administração (art. 11).

As condutas do réu foram enquadradas nas modalidades previstas nos artigos 9º e 11 (artigo 9º que será retificado, conforme mencionado no tópico acima).

E, pela leitura do conjunto probatório dos autos, é possível verificar que o apelante, valendo-se do cargo de Presidente da Câmara Municipal, ordenou que o Assessor Jurídico da Casa procurasse a vítima Terezinha para extorqui-la, sendo inquestionável que, por conta disso, Reginaldo cometeu ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, tem-se as declarações da vítima no Termo de Depoimento complementar, perante a autoridade Policial:

> *(...) Que, após conversa com o vereador e atual presidente da Câmara Municipal Reginaldo dos Reis Nunes Rocha, já descrita em suas declarações, a declarante recebeu um telefonema do assessor jurídico da Câmara, o Dr. Norival Nunes, que convidou a declarante para ir até seu escritório para conversarem sobre o pagamento da diferença salarial que a declarante tem direito; Que a declarante aceitou tal convite e na mesma data se dirigiu ao referido escritório, porém decidiu gravar a conversa para se resguardar de qualquer tipo de alegação em seu desfavor; Que foi atendida pelo Dr. Norival que se apresentou extremamente constrangido pelo que tinha que falar, porém afirmou para* ***a declarante que o vereador Reginaldo dos Reis Nunes Rocha teria lhe determinado a conversar com a declarante e negociar o pagamento de 10% (dez por cento) do valor referente à diferença salarial para que o valor fosse pago imediatamente à declarante; Que o Dr. Norival estava intermediando a exigência feita por "Nandinho" para que fosse pago a ele referido percentual em troca do pagamento da diferença salarial;*** *Que a declarante questionou o valor de 10% (dez por cento) ser em relação ao valor total ou ao valor descontado os honorários do advogado; Que o Dr. Norival afirmou que teria que fazer o que "Nandinho" havia determinado uma vez que era um "pau mandado" e estava cumprindo ordens; Que, passados alguns dias da conversa o Dr. Norival ligou na residência da declarante querendo saber se a declarante tinha aceitado a exigência de "Nandinho" uma vez que este aguardava uma resposta (...) (f. 272). 33-64*

Consta igualmente no Relatório do Inquérito Policial nº 146/2012, que:

> *(...) o indiciado Reginaldo não reuniu os vereadores e ex-vereadores que faziam jus à diferença salarial para lhes explicar a forma de pagamento assim como não justificou o motivo de escolher tal critério. Ora, não existindo definição legal para a ordem neste tipo de pagamento, os princípios constitucionais da isonomia, moralidade e impessoalidade bem como o dever de transparência da administração pública nos leva a crer que a forma mais correta de pagamento seria por meio de cotas para que todos os beneficiários recebessem ao mesmo tempo até que o valor total fosse atingido. (...)*
>
> ***Antes do início da reunião Reginaldo dos Reis, popularmente conhecido como "Nandinho exigiu que Maria do Carmo deixasse o seu aparelho celular em uma sala e foram conversar em outra. Ora, quem tem um tipo de atitude como esta no mínimo tem o receio de estar sendo gravado. Somente tem este tipo de preocupação quem tem algo a esconder, caso contrário, se a conversa for sem qualquer conteúdo ilícito não existe problema algum em se gravar. Pois bem, ali naquela reunião inicial "Nandinho" exigiu o apoio político e financeiro de Maria do Carmo para que, em troca, pagasse o valor que Maria do Carmo tinha a receber referente à diferença salarial.*** *O apoio financeiro citado por "Nandinho" na verdade era uma exigência de certo percentual do valor que Maria do Carmo tinha a receber. (f. 344-354).*

Ora, a análise dos documentos colacionados ao caderno processual permite concluir, sem qualquer dúvida, que o recorrente realmente praticou, com dolo, os atos ímprobos a ele imputados, consubstanciados em exigir ilicitamente de então vereadores locais vantagem pecuniária para liberar uma verba a que os mesmos tinham direito em decorrência de pagamentos salariais feitos a menor, anteriormente.

Vale destacar, conforme salientado pelo Parquet (f. 921):

> *"Muito embora alegue o Apelante que a grande maioria das provas acostadas aos autos dizem respeito à prisão em flagrante do Recorrente, de tal forma que foi condenado duas vezes, em dois processos, pelos mesmos fatos do primeiro, fato é que a conduta do Apelante que gerou a presente demanda foi apurada no competente Inquérito Civil nº 018/2012/1ª PJBTO, instaurado pelo Ministério Público Estadual requerente, que ensejou o ajuizamento de três ações civis públicas, uma ação penal pela prática de concussão, uma ação de investigação judicial eleitoral e de representação eleitoral por conduta vedada, considerando a sua gravidade e a variação dos seus desdobramentos".*

Destarte, não restam dúvidas quanto a conduta ilícita praticada pelo apelante, motivo pelo qual deve ser mantida a condenação por atos de improbidade administrativa, consubstanciada no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Das sanções impostas (multa e danos morais)

Uma vez caracterizados os atos de improbidade administrativa, previstos nos art. 11, da lei 8.429/92, as sanções a serem arbitradas estão previstas no art. 12.

Importa destacar que a imposição das sanções não é automática, devendo o julgador adotar aquelas compatíveis com a conduta do agente.

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).

O Juízo da causa aplicou ao apelante, além de outras sanções, o pagamento de multa civil de R$ 30.000,00.

De fato, o apelante agiu com inegável desprezo aos princípios que regem a Administração Pública. À luz disso, inarredável a condenação do agente público, ora apelante, ao pagamento de multa civil, como levado a efeito na sentença.

E, a meu ver, o valor arbitrado pelo magistrado de origem mostra-se proporcional à conduta praticada pelo agente público, daí que entendo desnecessária a redução do valor.

Por fim, para a configuração de dano moral coletivo, fazia-se necessária a demonstração clara e inconteste de que as condutas ímprobas praticadas afora terem vulnerado a moralidade da Administração Pública circunstância ínsita à própria responsabilização civil por ato de improbidade administrativa, provocaram profunda comoção ou abalo social nos munícipes, de modo a justificar a compensação pecuniária, o que ficou delineado nos autos.

Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

> *"ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO 'MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos" 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstancias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido."* (REsp. 1.057.274- RS, 2ª Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, j. 01.12.2009).

No caso concreto, das provas apresentadas decorre a comprovação suficiente e específica da ocorrência de circunstâncias que autorizem a condenação por danos morais coletivos, motivo pelo qual mantenho a condenação.

Conclusão

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

Sem majoração de honorários advocatícios, porque sequer fixados em primeiro grau diante da natureza de ação.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 22/09/2020 em face do pedido de vista do des. Sideni, após o relator afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. o vogal aguarda.

## VOTO (EM 22/09/2020)

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

Justifico o pedido de vista na necessidade de estudo da matéria, considerando especialmente o teor da decisão proferida pelo ilustre Relator, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Reginaldo dos Reis Nunes da Rocha. Segundo consta da inicial, o requerido, Presidente da Câmara dos Vereadores de Bonito à época, aproveitando-se do cargo por ele ocupado, exigiu que Terezinha Della Pace Braga lhe repassasse parte de quantia a que ela tinha direito de receber como ex-vereadora para autorizar o pagamento dessa quantia à ela, a caracterizar ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, da Lei nº 8.429/92, requerendo a aplicação das sanções previstas no art. 12, III, do diploma citado.

Os pedidos foram julgados procedentes:

> *"(...) I – para condenar o requerido reginaldo dos reis nunes rocha pela prática da conduta do artigo 9º, inciso I, e do artigo 11, caput, ambos da Lei 8.429/92;*
>
> *II- condenar o requerido ao pagamento de multa civil de R$30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária pelo IGPM-FGV e com juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e a contar da data da cessação da conduta ilícita;*
>
> *III- suspender os direitos políticos do requerido pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do trânsito em julgado judicial;*
>
> *IV - condenar o requerido à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos (obrigação de não fazer).*
>
> *V - e condenar o requerido ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por dano difuso moral, com correção monetária pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e partir da data desta sentença de arbitramento (a correção monetária com base na Súmula de n. 362 do e. Superior Tribunal de Justiça)."*

Insurge-se a parte requerida arguindo a nulidade da sentença por julgamento ultra petita (1) e, no mérito, que não restou comprovada a prática de ato ilícito (2); não estar caracterizado ato de improbidade administrativa, ante a ausência de nexo entre o ato e a atividade pública do agente (3); ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções (4).

O ilustre Relator acolheu preliminar de nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*, apenas quanto à dosimetria das sanções impostas. Quanto ao mérito, votou pelo parcial provimento do recurso, apenas para afastar a condenação com fundamento no art. 9º, da lei 8.429/92.

Preliminar de nulidade da sentença

Aponta o recorrente que a pretensão inicial volta-se à sua condenação pela prática de atos de improbidade administrativa elencados no art. 11 da Lei 8.429/92, que alude à violação a princípios da Administração Pública. Pontua, entretanto, que a sentença estabeleceu a condenação com fundamento nos arts. 9º e 11, aplicando-lhe as sanções previstas no art. 12, I, todos da Lei 8.429/92. Pretende, assim, o reconhecimento da nulidade da sentença.

A arguição merece guarida, ao menos em parte.

Com efeito, do cotejo entre os pedidos formulados na inicial e a solução oferecida pelo Juízo da causa é possível notar clara discrepância, a evidenciar o vício de julgamento *ultra petita*. Disso não decorre, contudo, a nulidade da sentença, como se verá adiante, mas apenas a nulidade daquilo que discrepa e excede a pretensão inicial, a demandar mero ajuste da parte dispositiva, com aproveitamento do restante do corpo decisório.

Consta da inicial a referência específica ao reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, e à sanção correspondente previsa no art. 12, III, veja:

> *"(...) Posto isso, o Ministério Público requer a condenação de Reginaldo dos Reis Nunes Rocha pela prática de* ***ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, "caput", da Lei nº 8.429/92****, nos termos descritos acima, bem como que, então, sejam-lhe aplicadas as* ***sanções cabíveis previstas no artigo 12, inciso III****, dessa mesma lei, em sua totalidade. Além disso, requer que ele seja condenado a ressarcir os danos morais decorrentes do ato de improbidade administrativa que praticou, sendo-lhe imposta a obrigação de recolher ao FUNLES – Fundo Estadual de Defesa e Reparação dos Direitos Difusos Lesados (Lei Estadual nº 1.721, de 18 de dezembro de 1996) quantia equivalente a 500 (quinhentos)*

> *salários mínimos, montante este alcançado tendo em vista as possibilidades do requerido, as circunstâncias da infração e a extensão do dano."* (f. 10, sem destaque no original)

A sentença, por outro lado, conforme transcrição colacionada ao início deste texto, reconhece a prática de ato de improbidade administrativa previstas nos arts. 9º, inciso I (alusiva a enriquecimento ilícito), e art. 11, caput (que trata da violação de princípios da Administração Pública), da Lei 8.429/92.

Todavia, impôs, como se vê, condenação pelas sanções previstas no art. 12, I, notadamente mais graves do que aquelas previstas no inciso III.

É certo que o Juízo não está adstrito a tipificações legais e que a parte defende-se dos fatos, o que permitiria, em tese, o reconhecimento da pratica de ato de improbidade administrativa com base em tipo legal diverso daquele alegado na inicial, desde que correspondente aos limites objetivos da lide, seus contornos fáticos.

Diferentemente, a condenação, ou imposição de sanções, deve observância ao princípio da adstrição, sob pena de julgamento fora, além ou aquém ao pedido.

Os arts. 141 e 492 do NCPC positivam o princípio da adstrição (ou congruência), que impõe ao juiz o dever de decidir a lide nos limites propostos pelas partes, vedando-lhe proferir decisões de natureza diversa da pedida, bem como proferir condenações diversas da que lhe foi demandado.

Colha-se, nesse sentido, valioso comentário de Daniel Amorim Assumpção Neves ao art. 141, do NCPC:

> *"(...) Em conjunto com o art. 492, o presente dispositivo legal consagra em nosso sistema processual o princípio da demanda (também chamado de princípio da inércia da jurisdição). Segundo o art. 492 do Novo CPC, o juiz não pode proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, e segundo o art. 141 do Novo CPC o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta. Trata-se do princípio da congruência, também conhecido como princípio da correlação ou adstrição, que exige do juiz a prolação de decisão vinculada às partes, , causa de pedir e pedido do processo que se apresenta para seu julgamento. Quando o juiz decide pedido não formulado ou se funda em razões não alegadas pelas partes profere decisão viciada (extra ou ultra petita)."* (Novo CPC Comentado artigo por artigo, JusPodivm, 2016, p. 236)

Assentadas essas premissas, tem-se, no caso dos autos, julgamento além do pedido, pois pretende-se apenas a imposição das sanções previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/92, que corresponde ao ato de improbidade administrativa previsto no art. 9, do mesmo diploma legal.

Referido vício, contudo, atinge apenas o capítulo da sentença que trata das sanções impostas, motivo pelo qual apenas nesta extensão é viciada a sentença, a merecer o devido reajuste. O tema dosimetria da pena foi devolvido à análise desta Corte e será oportunamente enfrentado.

Acolho, portanto, apenas em parte a prefacial, para anular o capítulo da sentença que versa sobre a dosimetria da pena, em conformidade com o voto da lavra de Sua Excelência, o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Mérito

Quanto à questão de fundo, a lide tem por contornos os seguintes fatos, segundo a inicial: "*o requerido (Reginaldo dos Reis Nunes Rocha), aproveitando-se da função de Presidente da Câmara de Vereadores de Bonito, exigiu parte dos valores que a sra. Terezinha Dellas Pace Braga tinha direito de receber como ex-vereadora para autorizar o pagamento desta quantia pleiteada"*.

A convicção quanto à ocorrência desses fatos, segundo consta da sentença, decorreria da prova testemunhal e captação ambiental. Cumpre registrar que os mesmos fatos culminaram também no manejo de ação penal por crime de concussão, que culminou, inclusive, na prisão em flagrante do ora apelante, em 14 de setembro de 2012, pelo delito de concussão, convertida em prisão preventiva (f. 95).

A defesa sustenta, nas razões de apelação, que as provas produzidas no processo criminal seriam imprestáveis, pois produzida em razão dos fatos narrados em outros autos, n. 0801305-72.2012.8.12.0028, de natureza criminal. Ocorre que os mesmos fatos causaram consequências diversas, com responsabilização penal e civil, apurada nestes autos que versam sobre a improbidade administrativa.

De qualquer sorte, os elementos de convicção carreados com a inicial evidenciam, de maneira bastante clara e objetiva, os fatos narrados na inicial, no sentido de que o apelante exigiu vantagem indevida como condição para prática de ato de ofício e assim o fez utilizando-se das prerrogativas do cargo de Presidente da Câmara de Vereadores de Bonito, a quem incumbia realizar o pagamento de vantagens pecuniárias aos Vereadores daquela urbe.

Dito tudo isto, entendo que, devidamente comprovada a prática de atos de improbidade administrativa, a manutenção da condenação do recorrente é medida de justiça.

Inobstante, tenho que cabe razão ao recorrente quanto ao excesso das sanções aplicadas. Esclareço.

Uma vez caracterizado o ato de improbidade administrativa, as sanções a serem arbitradas estão previstas no art. 12 da lei 8.429/92:

> *"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:*
>
> *(...)*
>
> *III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos."*

Importa destacar que a imposição das sanções referidas não é automática, devendo o julgador adotar aquelas compatíveis com a conduta do agente. Em conformidade com o parágrafo único, transcrito, a fixação das sanções deve ser individualizada e proporcional à gravidade do ato, extensão do dano e o proveito econômico auferido pelo agente.

Comentando essa regra de gradação das penalidades no caso concreto, a Professora Maria Sylvia Di Pietro assinala que:

> *"A expressão extensão do dano causado tem que ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio púbico em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade."* (Direito Administrativo. Editora Atlas, 27ª Ed., 2014, p. 922/923).

Também nesse sentido, a lição de Arnaldo Rizzardo:

> *"A Lei nº 8.429 regula a espécie e a gradação das sanções, devendo sempre dominar o princípio da proporcionalidade. Estabelece-se o máximo ou o mínimo em função da gravidade do ato, das repercussões negativas ou prejudiciais aos entes públicos, do maior ou*

*menor benefício ilícito, e inclusive da intensidade do dolo."* (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, p. 555).

Pois bem, no caso em apreço reputo inviável a imposição de pena de ressarcimento ao erário, pois não houve prejuízo aos cofres públicos. Inviável, também, a imposição de pena de perda do cargo, tendo em mente o encerramento do seu mandato eletivo.

Noutro vértice, reputo inviável a aplicação da pena de suspensão de seus direitos políticos ou mesmo a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pois incompatíveis com o princípio da razoabilidade, já que não guardam estrita proporcionalidade com os atos por ele praticados e a repercussão por eles gerada.

Deve ser aplicada, outrossim, a pena de multa civil, que fixo em 3 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente à época dos fatos, em atenção ao princípio da proporcionalidade e à gravidade dos fatos (art. 12, III, da Lei 8.429/92).

No que concerne ao dano moral coletivo, entendo que também assiste razão ao apelante.

Com efeito, não vislumbro na hipótese a ocorrência de dano moral coletivo, porquanto, ainda que se reconheça a ilegalidade praticada pelo apelante, não se extrai dos autos a existência de conduta que atinja, efetivamente, valores coletivos, pois não há gravidade fática suficiente a ensejar dor, sofrimento, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Sobre a matéria, já decidiu o Superior Tribuna de Justiça. Confira:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO MORAL COLETIVO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Na hipótese dos autos, o Sodalício a quo consignou, com base no contexto fático-probatório: "(...) não se pode dizer, no presente caso, que o fato de ter havido desvio das verbas repassadas às mencionadas entidades tenha abalado de modo substancial a operacionalidade harmônica do sistema de educação pública, minando a sua credibilidade perante o público destinatário do serviço, capaz de configurar o dano moral coletivo (...)". **2. Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, o dano moral coletivo é cabível quando ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos, o que não foi constatado pela Corte de origem.** 3. In casu, o acolhimento da pretensão recursal, principalmente no que diz respeito à avaliação de possível abalo moral coletivo, demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ.* (AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 15/3/2016; AgRg no REsp 1.513.156/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 25/8/2015). 3. Recurso Especial não conhecido." (REsp 1681245/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 12/09/2017) frisei

E ainda,

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. SERVIÇO BANCÁRIO. TEMPO DE ESPERA EM FILA SUPERIOR A 15 OU 30 MINUTOS. DESRESPEITO A DECRETO MUNICIPAL RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTRANQUILIDADE SOCIAL E FALTA DE RAZOABILIDADE EVIDENCIADAS. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO AO ART. 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (...) 2. O STJ já estabeleceu as premissas para o reconhecimento do dano moral coletivo, não havendo que indagar - para a apreciação desse dano - sobre a capacidade, ou não, de o fato gerar dor ou atingir a dignidade da pessoa humana. 3. "O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas é inaplicável aos interesses difusos e coletivos". (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26.2.2010) **4. "O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do***

> ***ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa****." (REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.12.2014).* ***5. Se, diante do caso concreto, for possível identificar situação que importe lesão à esfera moral de uma comunidade - isto é, violação de direito transindividual de ordem coletiva, de valores de uma sociedade atingidos sob o ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade - exsurge o dano moral coletivo.*** *Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.440.847/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.10.2014, DJe 15.10.2014; REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.9.2013, DJe 1º.10.2013; REsp 1.367.923/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.8.2013, DJe 6.9.2013; REsp 1.197.654/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 8.3.2012. 6. Na hipótese dos autos, a intranquilidade social decorrente da excessiva demora no atendimento ao consumidor dos serviços bancários é evidente, relevante e intolerável no Município afetado. Conquanto incontroversa a insatisfação da população local, a parte recorrida permaneceu - e quiçá ainda permanece - recalcitrante. Reverbera, por conseguinte, a violação ao art. 6º, VI, da Lei Consumerista, devendo a parte recorrida ser condenada por dano moral coletivo. 7. No que diz respeito ao arbitramento dos danos morais, compete à Corte a quo a sua fixação, observando o contexto fático-probatório dos autos e os critérios de moderação e proporcionalidade. Precedentes: AgRg no REsp 1.488.468/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, DJe 30.3.2015; AgRg no Ag 884.139/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 11.2.2008, p. 112) 8. Recurso Especial provido, determinando-se a devolução dos autos à Corte de origem para arbitramento do valor dos danos morais coletivos."* (REsp 1402475/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 28/06/2017) destaquei

A prática de ato ilícito não se confunde, necessariamente, com dano moral coletivo, exigindo-se, para sua caracterização situação que importe lesão à esfera moral de uma comunidade, o que sequer foi aventado na hipótese dos autos.

Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, não é toda violação ao dever de informar que é capaz de gerar dano moral coletivo, mas apenas o ato ilícito de razoável relevância e que acarrete verdadeiro sofrimento a toda coletividade, sob pena de banalização do instituto. Confira:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.* ***DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR. DANOS MORAIS COLETIVOS. AUSÊNCIA DE ABALO A TODA COLETIVIDADE. DANOS MATERIAIS. INEXISTÊNCIA****. INVIÁVEL MODIFICAR AS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO A QUO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.* ***1. A condenação à indenização por dano moral coletivo em ação civil pública deve ser imposta somente aos atos ilícitos de razoável relevância e que acarretem verdadeiros sofrimentos a toda coletividade, pois do contrário estar-se-ia impondo mais um custo às sociedades empresárias. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.*** *2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo probatório dos autos, consignaram não ter havido prova da ocorrência de danos, sejam eles materiais ou morais, capazes de ensejar a condenação à reparação civil, pois não se comprovou o dano aos correntistas, tendo em vista as isenções de tarifas, bem como não houve dificuldade oposta pela casa bancária para transferência dos vencimentos para as instituições financeiras escolhidas pelos servidores públicos. Infirmar tais conclusões demandaria o reexame de provas, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido."* (AgInt no AREsp 964.666/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 11/11/2016) frisei

Diante disso, entendo deve ser afastada a condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais coletivos na hipótese versada, de forma que o apelo da ré deve ser provido nesse tópico.

Diante do exposto, contrariando o parecer ministerial e divergindo do voto proferido pelo ilustre Relator, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para reformar a sentença e substituir as sanções aplicadas pela multa civil, que fixo em três vezes o valor da última remuneração mensal percebida pelo apelante à época dos fatos, devidamente corrigida na forma da lei, afastando-se, também, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. Ficam ratificados os demais termos da sentença.

É como voto.

O Sr. Des. Alexandre Bastos (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por unanimidade, rejeitaram a questão de ordem e afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo 1º vogal, vencido o 2º vogal, que lhe dava parcial provimento. este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

## VOTO (EM 29/09/2020)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (3º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

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

Acompanho o voto do 2º Vogal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, rejeitaram a questão de ordem e afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e 1º vogal, em conformidade com o art. 942 do cpc.

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, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
## Apelação Cível nº 0835494-21.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES – SUBJETIVA – CULPA NÃO DEMONSTRADA – IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO INDENIZATÓRIO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Em consonância com entendimento sedimentado no âmbito da jurisprudência do STF, a responsabilidade civil pelos atos praticados por notários e registradores pode ser dirigida ao Estado, aos tabeliães ou a ambos. Será objetiva se direcionada ao Estado e subjetiva se voltada ao titular da delegação, tendo em vista sua condição equivalente à de servidor público. 2. Conquanto não comprovada a culpa ou dolo do tabelião por danos decorrentes de fraude praticada na compra e venda de imóvel, não há falar em responsabilidade civil.

APELAÇÃO CÍVEL – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL COM PERDA DE OBJETO DA DENUNCIAÇÃO À LIDE – SUCUMBÊNCIA DO DENUNCIANTE NA LIDE SECUNDÁRIA – HONORÁRIOS REDUZIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Com a improcedência do pedido da lide principal, prejudicada a lide secundária pela perda de seu objeto, devendo ser extinta por falta de interesse de agir superveniente, nos termos art. 485, VI, do CPC, com a condenação do denunciante na verba honorária em favor da seguradora denunciada, como preconiza o parágrafo único do art. 129 do CPC. 2. Quanto ao valor dos honorários, considerando que o valor da apólice supera o valor da causa, legítimo o arbitramento segundo à pretensão inicial. No entanto, como houve simples solução da denunciação à lide por perda de objeto em decorrência da improcedência do principal, apesar do zelo dos patronos, não se justifica a condenação acima do mínimo de 10% do valor da causa previsto no art. 85, §2º, do CPC, devendo ser reduzida.

## 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 Helena Januário de Oliveira e deram parcial provimento ao apelo de Fábio Zonta Pereira, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de outubro de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Fábio Zonta Pereira interpõe recurso de apelação pela reforma da sentença proferida nos autos da Ação Indenizatória que lhe movem Helena Januário de Oliveira e João Francisco de Oliveira, na qual denunciou à lide Allianz Seguros S/A. Defende que a sentença merece reforma no capítulo em que o condenou ao pagamento de honorários à listidenunciada. Afirma que a lide principal foi julgada improcedente sagrando-se vencedor, o que torna evidente que foram os autores e não o réu que deu causa à denunciação à lide. Invoca o princípio da causalidade. Pela eventualidade, defende a redução dos honorários para R$ 1.000,00, pois na

lide secundária não houve vencedor e nem vencido e seu valor não corresponderia ao valor da causa principal. Pugna pelo provimento.

Helena Januário de Oliveira e João Francisco de Oliveira também apelam. Asseveram que compraram um terreno após serem informados pelo serventuário do Cartório, cujo tabelião é o primeiro apelado, que a documentação dos vendedores e do imóvel estava em ordem, no entanto, posteriormente descobriram que os vendedores eram estelionatários ao serem acionados pelos verdadeiros proprietários. Afirmam que perderam o dinheiro dado no negócio (R$ 50.000,00), além do valor pago ao Cartório (R$ 4.833,59), o que lhes traz indignação. Questionam as garantias de cidadão de bem ao efetuar a compra de imóvel. Defendem a responsabilidade objetiva dos notários e registradores. Alegam que o apelado não agiu com zelo e eficiência na prestação do serviço, sendo obrigado a responder pelos danos. Sustentam que restou comprovado o nexo de causalidade ao restou comprovado que o escrevente agiu com negligência ao conferir legitimidade aos atos dos falsários. Invocam a teoria do risco administrativo, a aplicação do CDC e do Tema 777 do STF. Pugnam pelo provimento.

Contrarrazões às f. 389/395 e 396/409.

## VOTO (EM 22/09/2020)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Fábio Zonta Pereira interpõe recurso de apelação pela reforma da sentença proferida nos autos da Ação Indenizatória que lhe movem Helena Januário de Oliveira e João Francisco de Oliveira, na qual denunciou à lide Allianz Seguros S/A. Os autores também apelam.

Pela ordem de prejudicialidade, analiso primeiro o recurso interposto pelos autores Helena Januário de Oliveira e João Francisco de Oliveira.

Conforme relatado, os autores/apelantes asseveram que compraram um terreno após serem informados pelo serventuário do Cartório, cujo tabelião é o primeiro apelado, que a documentação dos vendedores e do imóvel estava em ordem, no entanto, posteriormente descobriram que os vendedores eram estelionatários ao serem acionados pelos verdadeiros proprietários. Afirmam que perderam o dinheiro dado no negócio (R$ 50.000,00), além do valor pago ao Cartório (R$ 4.833,59), o que lhes traz indignação. Questionam as garantias de cidadão de bem ao efetuar a compra de imóvel. Defendem a responsabilidade objetiva dos notários e registradores. Alegam que o apelado não agiu com zelo e eficiência na prestação do serviço, sendo obrigado a responder pelos danos. Sustentam que restou comprovado o nexo de causalidade ao restou comprovado que o escrevente agiu com negligência ao conferir legitimidade aos atos dos falsários. Invocam a teoria do risco administrativo, a aplicação do CDC e do Tema 777 do STF. Pugnam pelo provimento.

Pois bem.

Considerando que os notários e registradores exercem suas funções em virtude de ato de delegação do Poder Público (art. 236, CF); que estão sujeitos à permanente fiscalização do Poder Judiciário no desempenho de suas atividades (art. 236, § 1º, CF) e que dependem de prévia aprovação em concurso público (art. 236, § 3º, CF), pode-se concluir seguramente tratar-se de servidores públicos. E, como tais, respondem pelos atos que praticam no exercício das funções.

Feitas essas considerações, há que se distinguir entre a responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, que é objetiva, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e do serventuário (a exemplo dos notários e registradores), que é subjetiva, nos termos da lei civil (art. 928 do Código Civil).

Ocorre que o art. 22 da Lei n. 8.935/94 estabelece:

> *"Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos."*

Há aqui relevante dissenso jurisprudencial sobre a responsabilidade civil dos tabeliães, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

É certo, porém, que ambos, Estado e servidor (aqui incluídos os notários e registradores) respondem pelos danos que este último causar a terceiro, que poderá acionar um, outro ou ambos. A divergência reside justamente na natureza jurídica da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva.

Rui Stocco traz relevantes conclusões sobre o tema, com respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *"Em resumo, segundo as considerações acima expendidas, podemos concluir que:*
>
> *I – Os notários e registradores, titulares de serventias extrajudiciais, sob a vigência da Lei 8.935/94, devem ser considerados agentes públicos, equiparados, pois, aos servidores públicos típicos;*
>
> *II – O Poder Público responderá objetivamente pelos danos que os titulares das serventias extrajudiciais, enumerados no art. 5º da Lei 8.935/94, ou seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros;*
>
> *III – Nos termos do art. 22 dessa Lei, do art. 38 da Lei 9.492, de 10.09.97, e do § 6º do art. 37 da CF/88, os notários e registradores responderão, por via de regresso, perante o Poder Público, pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, nos casos de dolo ou culpa, assegurando-se-lhes o direito de ação regressiva em face do funcionário causador direito do prejuízo;*
>
> *IV – Nada impede, contudo, que o prejudicado ajuíze a ação diretamente contra o titular do Cartório, desde que se disponha a provar-lhe a culpa (latu sensu), posto que, contra o Estado, tal seria dispensado, bastando a demonstração do nexo de causalidade e do dano.*
>
> *Aliás o Colendo STF restou por afirmar e confirmar esse nosso posicionamento no julgamento de recursos extraordinários* (STF – RE 212.724 – Rel. Maurício Correa – DJU 06.08.99 e Informativo do STF 156, agô/1999; e STF – RE 209.354 – Rel. Carlos Velloso – j. 02.03.99 - RDA 216/183)." (Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª ed., RT, 2007, p. 610)

Segundo essa orientação, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de demandar contra o Estado, será dispensada demonstração da culpa (responsabilidade objetiva), elemento que será, entretanto, imprescindível caso demande diretamente contra o servidor (responsabilidade subjetiva).

Este é, inclusive, o conteúdo do Tema 777 do STF:

> *"O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa."*

Assim é que, a despeito da divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, entendo deva prevalecer esse entendimento, tendo em vista especialmente que a questão alusiva à responsabilidade civil do Estado é matéria de ordem constitucional, sendo a última palavra da nossa Corte Constitucional, que, bem por isso, merece ser prestigiada.

Feitas essas considerações, tem-se que, para a caracterização da responsabilidade civil do réu/apelado no tocante aos danos materiais e morais pedidos especificamente nestes autos, faz-se imprescindível a demonstração da culpa *lato sensu*.

E, compulsando detidamente o caderno processual, verifica-se que não há como atribuir culpa ao apelante quanto a tais danos.

Veja que, ao que consta, não houve prova da negligência do preposto do Cartório na aferição de documentos e assinaturas. Ocorreu na hipótese a apresentação de documentos de identidade falsos, que continham as fotos e assinaturas dos falsários e o laudo pericial feito no inquérito policial não esclarece se a falsificação era grosseira.

Nenhuma outra diligência se exigia do tabelião, nem mesmo o comparecimento de testemunhas, pois esta são imprescindíveis somente na falta de identificação das partes por documentos, nos termos do art. 215, § 5º, do CPC. E não houve falta de identificação. Veja:

> *"Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade."*

Assim, tenho que diante da prova produzida especificamente nestes autos não há como se imputar a responsabilidade ao apelado, seja pela falta de prova da negligência ou envolvimento de algum funcionário do cartório nos fatos, seja pela existência de fato de terceiro, que consiste na falsificação dos documentos de identifidade, que não poderia ser apurada pelo servidor.

Existe precedente nesta Câmara Cível em caso bastante semelhante com este mesmo resultado sob minha relatoria:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES – SUBJETIVA – CULPA NÃO DEMONSTRADA – IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO INDENIZATÓRIO – PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES – RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PROVIDOS. 1. Em consonância com entendimento sedimentado no âmbito da jurisprudência do STF, a responsabilidade civil pelos atos praticados por notários e registradores pode ser dirigida ao Estado, aos tabeliães ou a ambos. Será objetiva se direcionada ao Estado e subjetiva se voltada ao titular da delegação, tendo em vista sua condição equivalente à de servidor público. 2. Conquanto não demonstrada ou mesmo alegada a culpa dos tabeliães por danos decorrentes de fraude praticada na compra e venda de imóveis (falsário que se passou por proprietário e procurador dos alienantes), não há falar em responsabilidade civil. APELAÇÃO ADESIVA – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – FRAUDE – MERO DISSABOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O evento qualificado como moralmente lesivo há que ser relevante, de forma tal que a dor ou a humilhação fuja à normalidade e ao tolerável, produzindo efeitos no comportamento psicológico da vítima de modo a provocar um desequilíbrio duradouro no seu bem-estar. Os meros dissabores da vida cotidiana, tal como figurar como vítima de fraude, não enseja reparação civil."* (Apelação Cível - Ordinário - n. 2012.010534-5/0000-00 - Campo Grande, Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel;Comarca: Campo Grande;Órgão julgador: 5ª Câmara Cível;Data do julgamento: 03/05/2012;Data de registro: 09/05/2012)

À luz deste desiderato, tenho que deve ser mantida a improcedência dos pedidos feitos na lide principal com a consequente majoração da verba honorária de 15% para 17% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

Dito isso, passo ao exame do recurso interposto pelo réu/litisdenunciante.

O réu Fábio Zonta Pereira denunciou à lide Allianz Seguros S/A. Nesta apelação defende que a sentença merece reforma no capítulo em que o condenou ao pagamento de honorários à listidenunciada. Afirma que a lide principal foi julgada improcedente sagrando-se vencedor, o que torna evidente que foram os autores e não o réu que deram causa à denunciação à lide. Invoca o princípio da causalidade. Pela eventualidade, defende a redução dos honorários para R$ 1.000,00, pois na lide secundária não houve vencedor e nem vencido e seu valor não corresponderia ao valor da causa principal. Pugna pelo provimento.

A primeira pretensão recursal é *contra legem*. Nos termos do parágrafo único do art. 129 do CPC:

> *"Se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado."*

Esse é justamente o caso dos autos. Com a improcedência do pedido da lide principal, prejudicada a lide secundária pela perda de seu objeto, devendo ser extinta por falta de interesse de agir superveniente, nos termos art. 485, VI, do CPC, com a condenação do denunciante na verba honorária em favor da seguradora denunciada.

Quanto ao valor dos honorários, considerando que o valor da apólice supera o valor da causa, considero legítimo o arbitramento segundo à pretensão inicial.

Pondero apenas que a solução da denunciação à lide é simples por perda de objeto em decorrência da improcedência do principal, de modo que, apesar do zelo dos patronos, não se justifica a condenação acima do mínimo de 10% do valor da causa previsto no art. 85, §2º, do CPC, devendo ser reduzida.

Anoto que, com isso, tenho que não se refere o princípio da isonomia, pois a complexidade de solução da lide principal é diversa e não houve recurso a respeito da verba honorária pela parte sucumbente.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso interposto por Helena Januário de Oliveira e João Francisco de Oliveira e, por consequência, nos termos do art. 85, §11, do CPC, majoro para 17% do valor da causa os honorários de sucumbência devidos pelos apelantes ao réu/apelado na ação principal, cuja exigibilidade mantenho sobrestada por serem beneficiários da gratuidade de justiça. Em prosseguimento, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Fábio Zonta Pereira para reduzir os honorários devidos aos advogados da seguradora denunciada para 10% do valor atribuído à causa principal. Fica mantida a sentença quanto ao mais.

É como voto.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 06/10/2020 em face do pedido de vista do Des. Júlio, após o relator dar parcial provimento ao recurso de Fábio Zonta pereira e negar provimento ao apelo de Helena Januário de Oliveira e outro. o vogal aguarda. sust. oral dr. André de Carvalho Pagnoncelli

## VOTO (EM 06/10/2020)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

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

Acompanho o voto do Relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Helena Januário de Oliveira e deram parcial provimento ao apelo de Fábio Zonta Pereira, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 6 de outubro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
## Conflito de Competência Cível nº 1602486-81.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C REPARAÇÃO DE DANOS – AJUIZADA POR CONDOMÍNIO – PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO PELO CRITÉRIO DO VALOR DA CAUSA – CONFLITO PROCEDENTE.

Embora o condomínio não figure entre as pessoas descritas na referida legislação, os precedentes dos Tribunais Pátrios, inclusive do STJ, tem adotado o entendimento de que ele pode propor ação nos Juizados, inclusive é o que se extrai do Enunciado 09 do FONAJE.

Segundo entendimento do STJ, a teor do disposto no art. 3º, II, da Lei 9.099/95, o Juizado Especial é competente para o julgamento das ações que, no revogado Código de Processo Civil de 1973, submetiam-se ao procedimento sumário (art. 275, II, do CPC/73). Isso porque, além de conferir uniformidade na repartição da competência para demandas faticamente semelhantes, harmoniza-se com o metaprincípio de submissão ao sistema dos Juizados Especiais das causas mais simples, que podem ser solucionadas de maneira mais célere e efetiva.

Ademais, a competência do Juizado da Fazenda Pública é absoluta, vez que o critério é o valor da causa, conforme preceitua a Lei Federal n. 12.153/2009 e a hipótese dos autos não está descrita dentre as exceções.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade e com o parecer, julgaram procedente o Conflito, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande suscita conflito negativo de competência na Ação de Obrigação de Fazer, c/c Reparação de Danos, que Condomínio Edifício Yes ajuizou em desfavor de Trianon Administração Empreendimentos e Participações Ltda e do Município de Campo Grande, por entender que a competência é do Juizado Especial da Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, tendo em vista que, ainda que o condomínio não tenha personalidade jurídica nos termos da lei, esta não tem o condão de alterar a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Referida demanda foi distribuída inicialmente ao juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, que declinou da competência para o Juizado Especial da Fazenda Pública e aquele juízo se declarou incompetente e determinou a redistribuição para a Vara de Fazenda Pública, sob a

justificativa de que o condomínio não tem personalidade jurídica, tampouco é pessoa física, não se enquadrando na definição do art. 8º da Lei n. 9.099/95.

O Juízo suscitado prestou as informações.

A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência do presente conflito, pois é competente o Juizado Especial da Fazenda Pública, cuja competência é absoluta.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

A controvérsia posta em debate reside em definir de quem é a competência para processar e julgar ação ajuizada por condomínio. Se da Vara de Fazenda Pública ou do Juizado de Fazenda Pública, tendo em vista a previsão contida na Lei Federal n. 12.153/2009, que estabelece quais pessoas podem figurar como parte no Juizado Especial da Fazenda Pública. Confira:

> *"Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*
>
> *I - como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;*
>
> *II - como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas."*

Embora o condomínio não figure entre as pessoas descritas na referida legislação, os precedentes dos Tribunais Pátrios, inclusive do STJ, tem adotado o entendimento de que ele pode propor ação nos Juizados, inclusive é o que se extrai do Enunciado 09 do FONAJE, que dispõe:

> *"ENUNCIADO 9 - O condomínio residencial poderá propor ação no Juizado Especial, nas hipóteses do art. 275, inciso II, item b, do Código de Processo Civil."*

Com efeito, o art. 275 do CPC de 1973 preconizava:

> *"Observar-se-á o procedimento sumário:*
>
> *I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm - art275i
>
> *II - nas causas, qualquer que seja o valor;*
>
> *a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;*
>
> *b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;"*

O Superior Tribunal de Justiça coaduna com esse pensamento, por entender que, além de conferir uniformidade na repartição da competência para demandas faticamente semelhantes, harmoniza-se com o metaprincípio de submissão ao sistema dos Juizados Especiais das causas mais simples, que podem ser solucionadas de maneira mais célere e efetiva. Veja:

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONTROLE DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE LOTEAMENTO URBANO. TAXAS DE MANUTENÇÃO DE ÁREAS COMUNS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO. 1. Mandado de segurança impetrado em 03/10/2013. Recurso ordinário interposto em 29/09/2016 e concluso em 23/03/2017. 2. O propósito recursal consiste em definir se o Juizado Especial Cível detém competência para*

*o processamento e o julgamento de ação proposta por associação de moradores visando à cobrança de taxas de manutenção de loteamento urbano, em face de morador não associado. 3. Consoante o firme entendimento desta Corte, é cabível mandado de segurança, ao Tribunal de Justiça, para o controle da competência do Juizado Especial, vedada a análise do mérito do processo subjacente, em observância à Súmula 376/STJ.* ***4. A teor do disposto no art. 3º, II, da Lei 9.099/95, o Juizado Especial é competente para o julgamento das ações que, no revogado Código de Processo Civil de 1973, submetiam-se ao procedimento sumário (art. 275, II, do CPC/73), aí incluindo a ação de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio. 5. Conquanto a cobrança de cotas condominiais instituídas por condomínio formal não se confunda com a cobrança de taxas de manutenção de áreas comuns instituídas por associação de proprietários de loteamento fechado, ambas as hipóteses apresentam semelhança tal a exigir a aplicação da mesma razão de decidir quanto à fixação, em abstrato, da competência.*** *6. Esse entendimento, além de conferir uniformidade na repartição da competência para demandas faticamente semelhantes, coaduna-se com o metaprincípio de submissão ao sistema dos Juizados Especiais das causas mais simples, que podem ser solucionadas de maneira mais célere e efetiva, sem as amarras formais que impregnam o processo civil tradicional.7. Recurso ordinário não provido."* (RMS 53.602/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 07/06/2018) frisei

E ainda,

*"AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTA CONDOMINIAL. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3.° E 6.° DA LEI N.° 10.259/2001. I - Consoante entendimento da C. 2.ª Seção, pode o condomínio figurar no pólo ativo de ação de cobrança perante o Juizado Especial Federal, em se tratando de dívida inferior a 60 salários mínimos, para a qual a sua competência é absoluta. II - Embora o art. 6.° da Lei n.° 10.259/2001 não faça menção a condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no pólo ativo. Precedente: CC 73.681/PR, Relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, DJ 16.8.07. Agravo Regimental improvido."*(AgRg no CC 88.280/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 10/02/2010, DJe 23/02/2010)

Ademais, a competência do Juizado da Fazenda Pública é absoluta, vez que o critério é o valor da causa, conforme preceitua a Lei Federal n. 12.153/2009 e a hipótese dos autos não está descrita dentre as exceções. Confira:

*"É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.*

*§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:*

*I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;*

*II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;*

*III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.*

*§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no* ***caput*** *deste artigo.*

*§ 3º (vetado)*

*§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta."*

Logo, como da relação processual especial participa o Município de Campo Grande, o caso é de acolher o presente conflito de competência para estabelecer a competência do Juizado da Fazenda Pública.

Pelo exposto, julgo procedente o presente Conflito Negativo de Competência para declarar a competência do Juizado da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande para o processamento e julgamento da Ação de Obrigação de Fazer, c/c Reparação de Danos que Condomínio Edifício Yes ajuizou em desfavor de Trianon Administração Empreendimentos e Participações Ltda e do Município de Campo Grande, autos n. 0808635-26.2020.8.12.0001.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 1º de dezembro de 2020.

***

## 3ª Seção Cível
## Relator Des. Vilson Bertelli
## Mandado de Segurança Cível nº 1412252-45.2020.8.12.0000

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – FILHO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS – DIREITO À REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA.

Conforme legislação estadual, a servidora pública estadual sujeita ao regime de 20 horas semanais na rede estadual de ensino e 20 horas na rede municipal, e que tenha filho portador de necessidades especiais, fica autorizada a afastar-se do trabalho em um de seus turnos. Interpretação sistemática e teleológica da norma, em observância aos princípios da proteção integral à criança e ao adolescente e da dignidade da pessoa humana.

Segurança concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade e com o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de outubro de 2020

Des. Vilson Bertelli

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Gislene Souza Alves impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário(a) Adjunto de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul e outro, consistente no indeferimento da redução da carga-horária, referente ao cargo de Professora Estadual, com a finalidade de cuidar de seu filho portador de necessidades especiais.

Narra exercer o cargo de servidora pública tanto no Município de Campo Grande – MS, como no Estado de Mato Grosso do Sul, ambos no exercício do magistério, com a carga horária de 20 (vinte) horas aulas semanais em cada, perfazendo, portando, 40 (quarenta) horas aulas semanais. Sustenta fazer jus ao benefício de redução da carga-horária, para cuidar de seu filho portador de necessidades especiais, previsto na Lei nº 1809/1997. Destaca não condicionar a norma que todas as horas trabalhadas sejam realizadas exclusivamente na rede estadual de ensino.

Foi deferida antecipação dos efeitos da tutela (p. 64/66).

Informações às p. 84/94.

Parecer do Ministério Público Estadual pela concessão da segurança (p. 120/126). Afirma ser dever do Poder Público propiciar as condições para que a pessoa deficiência receba os cuidados necessários para seu melhor desenvolvimento, o que é possível, por meio da dispensa de um dos turnos de trabalho, da genitora servidora pública.

## VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

I. Fundamentação

O art. 1º da Lei Estadual nº 1.134/91 garante ao servidor público estadual, que tenha filho portador de necessidades especiais, afastamento em um dos turnos de trabalho.

A Lei exige, para concessão do benefício, que o regime de trabalho seja de no mínimo 36 (trinta e seis) horas semanais. Contudo, não há determinação de que a carga-horária seja cumprida necessariamente na rede estadual de ensino.

Nesse contexto, conforme interpretação sistemática e teleológica da norma, em observância à proteção integral da criança e do adolescente (art. 1º, Lei 8069/90) e ao princípio da dignidade da pessoa (art. 5º, *caput,* Constituição Federal), razoável diminuir a carga horária estadual para 10 horas semanais. Dessa forma, a impetrante poderá atender efetivamente seu filho portador de necessidades especiais.

Em caso semelhante, este Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido:

> *EMENTA – MÉRITO – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO NA REDE ESTADUAL EM RAZÃO DO FILHO SER PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. VINCULAÇÃO A DOIS CARGOS DE MAGISTÉRIO DE 4 HORAS DIÁRIAS CADA, SENDO UM NA REDE ESTADUAL E OUTRO NA REDE MUNICIPAL. INTERPRETAÇÃO EM PROL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – ORDEM CONCEDIDA, LIMINAR RATIFICADA.*
>
> *I) A finalidade da Lei Estadual nº 1.809/1997, ao conceder o benefício da redução da jornada para as servidoras cujos filhos são portadores de necessidades especiais, é garantir que possam se dedicar mais a eles e assim atender também as garantias que referidas pessoas gozam, de modo que, comprovado o total de 40 horas/semanais ou mais, mesmo derivado da soma das horas da rede estadual e da rede municipal, o direito deve ser reconhecido através de interpretação em prol da dignidade da pessoa humana e da normas de proteção da criança e dos portadores de necessidades especiais. Interpretação contrária, além de afrontar esses preceitos, contraria o princípio da igualdade e repudia a própria motivação da lei. II) Ordem concedida com o parecer.* (Mandado de Segurança - nº 1411071-82.2015.8.12.0000 - Comarca de Origem do Processo Não informado Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan)

II. Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança, a fim de determinar à autoridade coatora que possibilite imediata redução da jornada de trabalho da impetrante, de 20 horas semanais para 10 horas semanais.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 21 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Vilson Bertelli
## Apelação Cível nº 0824612-63.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA – PRESCRIÇÃO – DECADÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – CAUSA MADURA – ART. 1.013, §4º, DO CPC – INADIMPLEMENTO DO RÉU – MULTA DE 30% REDUZIDA – TAXA DE FRUIÇÃO MANTIDA.

01. Não há violação ao princípio da dialeticidade quando a parte impugna devidamente e demonstra o interesse na reforma da decisão.

02. Por inexistir previsão na legislação, adota-se, por analogia, o prazo de 10 (dez) anos previsto no artigo 205 do Código Civil para pedir desconstituição de negociação jurídica. Não ultrapassado esse prazo é de rigor afastar a prescrição pronunciada na sentença.

03. A multa sobre o montante das parcelas pagas deve ser reduzida para 10%, por compreender ser o percentual que melhor reflete o objetivo da penalidade, autorizada a compensação.

04. O pedido de fruição em 1% do valor atualizado do imóvel é possível quando há rescisão contratual, isso porque a taxa de fruição decorre da premissa de que ninguém deve, sem justa causa, se enriquecer às custas de outrem. Portanto, se a ré deu causa à rescisão, deverá suportar um "aluguel" pelo período que usufruiu do bem sem contraprestação.

Recurso conhecido e parcialmente 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 deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de outubro de 2020

Des. Vilson Bertelli

Relator do processo

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Construtora Degrau LTDA interpõe recurso de apelação (p. 178-186) contra sentença que acolheu a arguição de prescrição e extinguiu a demanda de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse (p. 169-174) ajuizada em desfavor de Marcia Cristina Maciel da Silva.

Em síntese, sustenta a apelante que, por se tratar de prestação continuada fundada no inadimplemento da apelada, o prazo prescricional é o disposto no art. 205 do Código Civil (10 anos), a contar do vencimento da última

parcela. Por isso, como a última parcela venceu em 10/10/2009 e a presente demanda foi ajuizada em 10/08/2017, a prejudicial de mérito levantada pelo apelado deve ser afastada e a sentença anulada (p. 178-186).

Contrarrazões às p. 192-202. Em suma, aduz preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

## VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

I. Fundamentação

1.1 Questão preliminar: da ofensa ao princípio da dialeticidade.

O art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil prevê expressamente a inadmissibilidade do recurso que não impugna os fundamentos da decisão recorrida.

Nesse sentido, o art. 1.010 do Código de Processo Civil prescreve que a apelação deverá conter a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e o pedido de nova decisão. Destarte, o recorrente deverá expor as razões recursais, suscitando as questões fáticas e jurídicas associadas de sua insurreição em referência à sentença.

Da mesma maneira, as razões recursais estão vinculadas ao princípio do contraditório, exigindo do apelante a exposição de seus fundamentos, demonstrando taxativamente qual a injustiça ou ilegalidade da decisão impugnada. Assim, os artigos 932, inciso III e 1.010, ambos do Código de Processo Civil, se relacionam ao pedido e à fundamentação, indispensáveis para o conhecimento do recurso.

Diante desses parâmetros normativos, constato que a apelante expôs os fundamentos de seu inconformismo, e evidenciou o porquê de não se apresentar satisfeita com a sentença que acolheu a arguição de prescrição e extinguiu a demanda. Logo, o recurso preenche os requisitos mínimos indispensáveis para o seu conhecimento.

Por isso, rejeito a preliminar suscitada pela apelada.

1.2. Da prejudicial de mérito: prescrição.

O apelante fundamenta que, ao contrário do disposto na sentença, por se tratar de rescisão contratual fundada no inadimplemento, o prazo prescricional é o disposto no art. 205 do Código Civil (10 anos), a contar do vencimento da última parcela, razão pela qual a pretensão não está prescrita.

Nas ações de cobrança de parcelas inadimplidas pelo promitente comprador, o prazo prescricional está previsto no artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil, o qual prevê que prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constante de instrumento público ou particular, contado a partir dos respectivos vencimentos.

No entanto, o pedido do apelante, no processo em julgamento, é de rescisão de negócio jurídico por inadimplemento, ou seja, por descumprimento, e não a execução ou cobrança das parcelas inadimplidas. Assim, ainda que a causa de pedir seja o inadimplemento, esse é fundamento para o pedido de resolução da avença, e não de cobrança.

O pedido desconstitutivo de negócio jurídico com fundamento no inadimplemento contratual, a exemplo do caso concreto, tem natureza jurídica de direito potestativo, por não impor cumprimento de obrigação ao contratante culpado, o qual somente se sujeitará aos efeitos da sentença proferida na hipótese de procedência do pedido.

Em se tratando de pedido desconstitutivo, tendo em vista sua natureza jurídica de direito potestativo, fala-se em prazo decadencial e não prescricional. Os ensinamentos dos doutrinadores civilistas Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald são bastante esclarecedores sobre esse assunto (Curso de Direito Civil. 13º ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 648/649):

> *"Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às ações condenatórias (nas quais se materializa a pretensão), enquanto a decadência atrela-se às ações constitutivas (em que a o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas).*
>
> *(...)*
>
> *De maneira bem clara: a prescrição atinge os direitos armados com a pretensão (que são os direitos subjetivos), enquanto a decadência ou caducidade fulmina os direitos sem pretensão (os direitos potestativos)."*

A confusão entre esses institutos, no entanto, não impede a análise da real pretensão da autora/apelante, porque ambos abordam matéria de ordem pública, a qual deve ser conhecida de ofício.

O legislador foi omisso no tocante ao prazo decadencial da demanda de rescisão de contrato por inadimplemento com fundamento no artigo 475 do Código Civil.

Por conta disso, a jurisprudência tem adotado de forma analógica o prazo geral da prescrição previsto no artigo 205 do Código Civil, embora inexista autorização expressa nesse sentido. Isso porque o magistrado não pode se eximir de decidir conflitos sob o pretexto de omissão legislativa, por existir mecanismos de suprimento das lacunas (analogia, costumes e princípios gerais de direito – art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Nesse sentido:

> *DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, INDENIZAÇÃO E IMISSÃO NA POSSE. DECURSO DO PRAZO DE NOVE ANOS ENTRE A PROPOSITURA DA AÇÃO E O VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA INADIMPLIDA – RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU – ANALOGIA AO PRAZO PRESCRICIONAL DA COBRANÇA (ART. 206, § 5º, I, DO CC) – IRRESIGNAÇÃO – ACOLHIMENTO – INEXISTÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS INSTITUTOS – SITUAÇÃO QUE SE AMOLDA AO PRAZO DECENAL DO ART. 205 DO CC – DECADÊNCIA AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.* (TJPR - 11ª C.Cível - AC - 1349055-0 - Curitiba - Rel.: Ruy Muggiati - Unânime - - J. 12.08.2015)

Quanto à contagem desse prazo decadencial, como a obrigação em comento é de trato sucessivo, o termo inicial da decadência é a data de vencimento da última parcela. Logo, em razão da última parcela ter vencido em 10/10/2009, a empresa autora não decaiu do direito de pedir rescisão do contrato com fundamento no inadimplemento, por ter transcorrido menos de 8 (oito) anos até o ajuizamento desta demanda.

Em razão disso, dou provimento ao recurso para, ao afastar a ocorrência de prescrição, e anular a sentença.

Todavia, ante a permissão do art. 1013, § 3°, I, do CPC, e por estar a causa madura para julgamento, passo à análise do mérito.

2. Do mérito.

Construtora Degrau ajuizou a presente demanda em desfavor de Márcia Cristina Maciel da Silva, sob o fundamento de que firmou com a ré contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel, com parcelamento do preço em 180 prestações, além da entrada, porém, ao tempo da propositura, a ré estava em débito com 65 parcelas, embora na posse do apartamento. Pediu, por isso, a resolução do contrato, reintegração de posse, condenação da ré ao pagamento da multa contratual, bem como indenização pela fruição no importe de 1% do valor venal atualizado do imóvel.

Lado outro, o apelado, em defesa, além da prescrição, sustentou que antes de buscar a rescisão contratual, a autora deveria assegurar ao devedor o direito de purgar a mora dentro do prazo de 90 dias, por via judicial ou notificação, via correio, com aviso de recebimento e que, por isso, a cláusula penal deve ser afastada. Ainda, aduz que o contrato possui cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade, razão pela qual a rescisão por inadimplência não prospera.

Com base na teoria do adimplemento substancial, fundamenta que a interrupção dos pagamentos se deu em razão da autora não ter entregue o empreendimento. Quanto à cláusula penal e os danos materiais decorrentes da fruição do bem, impugna, respectivamente, o percentual de 30% estipulado como multa rescisória e que eventual retensão de parte do valor pago deve limitar-se à fração de 10% e, ainda, que a condenação em razão da fruição caracteriza cobrança em duplicidade. Por todo exposto, alega que o inadimplemento das prestações se deu em razão unicamente da inexecução do contrato pela autora, tendo em vista que, além de não entregar o empreendimento, não exibiu a contratação e o pagamento do seguro previsto no contrato.

Primeiramente, saliento que, apesar dos princípios do *pacta sunt servanda* e da força obrigatória dos contratos serem revestidos de grande importância, não têm caráter absoluto.

Quanto à rescisão contratual, a culpa não pode ser atribuída à empresa autora/apelante, isso porque o imóvel em que a parte ré reside foi tempestivamente entregue, tendo dele usufruído (p. 81) sem qualquer impedimento ou obstrução relacionadas aos outros blocos não concluídos.

A ré alega a inexecução do contrato pela parte autora, em razão da não entrega total do empreendimento. Entretanto, no momento em que apelada verificou que a apelante deixou de cumprir a obrigação contratual (concluir o emprendimento no prazo razoável), deveria tê-la notificado, ingressado com consignação em pagamento e/ou pleiteado a rescisão do contrato. Contudo, continuar residindo no imóvel e posteriormente alegar exceção de contrato não cumprido sugere, no mínimo, má-fé, tendo em vista que a falta da conclusão dos outros blocos de nenhum modo atingiu a utilidade do contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes. Por isso, é desarrazoada a alegação de exceção de contrato não cumprido.

Ainda, sustenta que, antes de buscar a rescisão contratual, a autora deveria assegurar ao devedor o direito de purgar a mora dentro do prazo de 90 dias, por via judicial ou notificação, via correio, com aviso de recebimento e que, por isso, a cláusula penal deve ser afastada.

Entretanto, conforme a notificação com aviso de recebimento às p. 39-40, a ré ficou ciente do inadimplemento. Aliás, ressalto que a notificação foi entregue no endereço habitual da apelada, o qual, inclusive, afirma ser o único que possui (p. 81).

No que se refere à multa contratual, a cláusula contratual impõe vantagem desmedida para uma das partes em desfavor da outra, isso porque a cláusula 7ª dispõe que *"em caso de rescisão contratual, serão descontados 30% (trinta por cento) do total pago pelo comprador (valor atualizado), além do valor de 70% (setenta por cento) de uma prestação do imóvel, por cada mês em que ficou na posso do mesmo, à título de indenização ou aluguel"*.

Concernente a isso, ao comentar o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, Nelson Nery Júnior expõe que:

> *"(...) O que está vedado pelo dispositivo é estabelecer-se contratualmente a perda total das prestações pagas, o que configuraria vantagem exagerada atribuída ao fornecedor, em detrimento do consumidor. É permitido, contudo, o estabelecimento de pena para o descumprimento da obrigação pelo consumidor. A cláusula que estipular pena para o inadimplemento da obrigação do consumidor deverá ser equitativa e estabelecer vantagem razoável para o fornecedor, proporcional à sua posição e participação no contrato, pois do contrário seria abusiva e ofenderia o postulado do equilíbrio contratual e a cláusula geral de boa-fé"* (arts. 4.º, nº III, e 51, n.º IV, CDC)".

No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

> *"DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLEMENTO DOS PROMISSÁRIOS COMPRADORES. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. RETENÇÃO DE 10% (DEZ POR CENTO). RAZOABILIDADE. ART. 924, CC/1916. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça uniformizou–se pela redução da parcela a ser retida pelo promitente vendedor, nos casos de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda, em percentual razoável sobre o saldo devedor"* (STJ, REsp 210380/SP, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 01.03.2004 p. 186).

Por isso, reduzo a multa sobre o montante das parcelas pagas para 10%, por compreender ser o percentual que melhor reflete o objetivo da multa, autorizada a compensação. Nesse sentido:

> *RECURSO DE SÃO BENTO INCORPORADORA LTDA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 13.786/2018. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – PERCENTUAL – 10% - BASE DE CÁLCULO – VALOR DAS PARCELAS PAGAS. CLÁUSULA PENAL – INDEVIDA. TAXA DE FRUIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DE PROVEITO ECONÔMICO – INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 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. Do valor a ser restituído pode ser retido pela promitente-vendedora a quantia equivalente a 10% (dez por cento) para ressarcimento das gastos com a comercialização dos imóveis, para que haja o retorno das partes ao status quo ante, evitando-se o enriquecimento sem causa. Não é possível a cumulação da cláusula penal com a taxa de retenção, mormente se não comprovado que a empresa comercializadora dos imóveis teve despesas que justifiquem a sua cobrança. Embora a taxa de fruição seja legítima, não é possível a sua cobrança quando se trata de imóvel não edificado, por não ter o consumidor auferido proveito econômico em razão de sua posse.* (TJMS. Apelação Cível n. 0802221-59.2019.8.12.0029, Naviraí, 3.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 29/07/2020, p: 03/08/2020). (g.n).

No que se refere ao pedido de fruição em 1% do valor atualizado do imóvel, é perfeitamente possível a reparação de perdas e danos quando há rescisão contratual, isso porque a taxa de fruição decorre da premissa de que ninguém deve, sem justa causa, se enriquecer às custas de outrem. Portanto, se a ré deu causa à rescisão, deverá suportar o custo pelo período que usufruiu do bem sem contraprestação.

Além disso, ao tempo da contratação, o parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916 previa a possibilidade da parte lesada pelo inadimplemento pedir a rescisão do contrato com perdas e danos. No mesmo sentido, é o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> *Art. 53 - Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. (...) § 2º - Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.*

Por conseguinte, quanto à alegação de onerosidade excessiva, o percentual fixado contratualmente corresponde ao valor de mercado dos aluguéis de imóveis de pequeno e médio porte, como o objeto do contrato.

Por isso, deve ser rescindido o contrato com a consequente reintegração da autora na posse do imóvel, feitos os pagamentos necessários.

II. Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou provimento para afastar a prescrição pronunciada na sentença. Por consequência, e com a permissão do art. 1013, § 3°, I, do CPC, julgo parcialmente procedentes

os pedidos formulados na inicial, a fim de decretar a rescisão contratual por culpa exclusiva da parte ré, condenando-a à devolução do imóvel e ao pagamento de multa no percentual de 10% dos valores pagos a serem a ela restituídos, bem como à taxa de fruição no importe de 1% sobre o valor atualizado do imóvel, desde a entrega das chaves até sua efetiva desocupação, permitindo-se a compensação. Realizada a liquidação e o acerto de contas, com o pagamento ao atual possuidor, se lhe sobejar crédito, expeça-se mandado de reintegração de posse. Por fim, diante da sucumbência mínima da parte autora, condeno a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§2º e 11, do CPC.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 23 de outubro de 2020.

***

## 2ª Câmara Cível
## Relator Des. Vilson Bertelli
## Agravo de Instrumento nº 1409717-46.2020.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – NULIDADE NÃO EVIDENCIADA – FORMALISMO MODERADO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INAPLICABILIDADE DE NORMA FEDERAL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DE UTILIZAÇÃO DO BEM PARA FINALIDADES ESSENCIAIS – VIA INADEQUADA À DILAÇÃO PROBATÓRIA – DECISÃO MANTIDA.

01. Apenas são imprescindíveis as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados. Em consonância com o princípio do formalismo moderado, tendo o ato de constituição do tributo atingido seu objetivo, sem causar prejuízos, deve ser considerado válido. Possibilidade de defesa do executado judicialmente.

02. A prescrição intercorrente, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica aos processos administrativos punitivos desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal.

03. Nos termos da Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, presente a necessidade de dilação probatória, impossível, em sede de exceção de pré-executividade, apreciar de modo mais aprofundado o alegado direito à imunidade tributária.

04. À título de complementação, houve regular afastamento da imunidade tributária, mediante realização de vistoria pelo ente público, que concluiu não se destinar o imóvel à atividade essencial da associação de assistência social sem fins lucrativos, mas sim ao uso recreativo na forma de clubes.

Recurso não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de outubro de 2020.

Des. Vilson Bertelli - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Associação Médica da Grande Dourados - AMGD interpõe agravo de instrumento contra decisão de rejeição da exceção de pré-executividade apresentada em desfavor do Município de Dourados.

Pretende seja concedida imunidade em relação ao IPTU, por ser instituição de educação e assistência social sem fins lucrativos. Sustenta nulidade da decisão, diante da ausência de fundamentação e análise dos argumentos apresentados pelo recorrente. No mérito, afirma nulidade do processo administrativo nº

36.005/2012, que concluiu pelo indeferimento da imunidade, diante da ausência de homologação do parecer. Alega não ter sido notificada da conclusão do processo administrativo, motivo pelo qual não pode interpor recurso administrativo. Aduz que em 2001 obteve direito à imunidade e para afastá-la o recorrido deveria ter comprovado destinação do imóvel incompatível com seus objetivos institucionais, o que não ocorreu na hipótese. Sustenta ter ocorrido prescrição intercorrente, com fundamento no art. 40, §4º, da Lei 6.830/80, pois o processo administrativo está paralisado há mais de cinco anos.

Contraminuta às p. 331/341.

É o relatório. Inclua-se em pauta.

## VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

I. Introdução

Associação Médica da Grande Dourados - AMGD interpõe agravo de instrumento contra decisão de rejeição da exceção de pré-executividade apresentada em desfavor do Município de Dourados.

II. Fundamentação

A recorrente sustenta nulidade da decisão, diante da ausência de fundamentação e análise dos argumentos apresentados pelo recorrente. Aduz ser nulo o processo administrativo nº 36.005/2012, que concluiu pelo indeferimento da imunidade, diante da ausência de homologação do parecer. Alega não ter sido notificada da conclusão do processo administrativo, motivo pelo qual não pôde interpor recurso administrativo.

Contudo, a decisão foi devidamente fundamentada e não houve demonstração de cerceamento de defesa ou efetivo prejuízo à embargante.

Ademais, à título de comparação, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que em ações de execução fiscal nem toda irregularidade formal é causadora de nulidade. Confira-se:

> *Súmula 558: Em ações de execução fiscal, a petição inicial não pode ser indeferida sob o argumento da falta de indicação do CPF e/ou RG ou CNPJ da parte executada.*
>
> *Súmula 559: Em ações de execução fiscal, é desnecessária a instrução da petição inicial com o demonstrativo de cálculo do débito, por tratar-se de requisito não previsto no art. 6º da Lei n. 6.830/1980.*

Na hipótese, a parte recorrente não esclarece existência de prejuízo, apenas discorre, em abstrato, sobre a nulidade. Na Certidão de Dívida Ativa consta o número de inscrição (1243919/2015), a data de sua constituição e vencimento, o valor de origem (R$ 3.985,60) e o processo administrativo (n° 8443-14) em que a executada pôde apresentar impugnação. Conforme cópia do processo administrativo o tributo foi regularmente constituído, por ausência de recolhimento do IPTU.

Logo, tendo em vista que o procedimento atingiu sua finalidade, tendo a parte a possibilidade de se defender, inclusive por meio desta exceção de pré-executividade, não se evidencia qualquer nulidade.

Importante destacar, apenas são imprescindíveis formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados. Em consonância com o princípio do formalismo moderado e da instrumentalidade das formas, tendo em vista que o ato atingiu seu objetivo sem causar prejuízos, deve ser considerado válido.

Os requisitos postos tanto no Código Tributário Nacional (artigo 202 e seu parágrafo único) quanto na Lei de Execução Fiscal (artigo 2º e seus §§ 5º e 6º) destinam-se a permitir defesa pelo executado, não podendo se atribuir a eles valor em si mesmos, desvinculados do que visam a atender.

Ademais, como afirmado na decisão, o documento de p. 204 foi devidamente subscrito pelo Diretor de Departamento e Lançamento. Portanto, caracterizada homologação tácita do parecer, tendo sido determinada intimação da parte requerente do processo. Ainda, há demonstração da efetiva notificação do sujeito passivo sobre a constituição do crédito tributário (p. 100).

Assim, fica afastada a alegação de nulidade do processo administrativo.

A parte recorrente também afirma ter ocorrido prescrição intercorrente no processo administrativo, nos termos da Lei 9.873/1999.

A prescrição intercorrente, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica aos processos administrativos punitivos desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal.

No caso, apesar da apelada ter sido autuada em 2012, apresentou defesa, tendo a decisão do processo administrativo sido prolatada em 2013, que constitui marco para a constituição definitiva do crédito, dando início ao prazo prescricional para a execução do tributo. E em 2016 foi regularmente ajuizada execução fiscal.

Dessa forma, ante a ausência de previsão legal específica para o reconhecimento da prescrição administrativa intercorrente na legislação do Município e ante a inaplicabilidade da Lei 9.873/99, não houve prescrição, pois, em tais situações, o STJ entende: "*o que a lei não incluiu é porque desejou excluir, não devendo o intérprete incluí-la*" (REsp 685.983/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20/06/2005).

Por fim, inexiste comprovação, de que a recorrente faz jus à imunidade fiscal.

Nos termos do art. 150, VI, c, da Constituição Federal é vedada instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços de instituição de educação e assistência social.

No Estatuto (p. 66/86) a apelante consta como associação civil de direito privado, sem fins econômicos, de duração por tempo indeterminado. Possui como finalidades: art. 2° - f. 66: "I – Promover a união da classe médica; II – Orientar sob o ponto de vista deontológico, todas as atividades relacionadas com o exercício da profissão médica; III – Propugnar pela defesa de seus interesses nos terreno: Científico, Ético, Social e Econômico; IV – Contribuir para a solução dos problemas médicos sociais.

Ocorre que o ente público realizou vistoria nos imóveis tributados e constatou possuírem uso recreativo na forma de clubes (p. 201).

Portanto, incumbia à recorrente desconstituir a presunção de legitimidade de referido ato, o que não foi feito, de modo que prevalece a regularidade da vistoria mencionada.

Inclusive, somente se admite a defesa da parte devedora, nos próprios autos do processo de execução, por meio de exceção de pré-executividade, quando a matéria ventilada for de ordem pública, apreciável de ofício pelo juiz, e independa da dilação probatória, nos termos da Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça.

Na hipótese, a discussão desafiaria a oposição embargos à execução, caso em que é possível a dilação probatória com a devida instauração do contraditório e ampla defesa.

III. Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 27 de outubro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
## Agravo de Instrumento nº 1400458-27.2020.8.12.0000 - Três Lagoas

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EMPRESA NÃO ENCONTRADA EM SEU DOMICÍLIO – CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA – INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR – DÉBITOS TRIBUTÁRIOS NÃO QUITADOS – REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-ADMINISTRADOR – ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – POSSIBILIDADE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Havendo indícios de dissolução irregular da empresa executada, sem comunicação aos órgãos competentes, com a existência de débitos tributários não quitados, é cabível o redirecionamento da execução aos sócios-administradores, na forma do art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Município de Três Lagoas, não se conformando com a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas nos autos da ação execução fiscal proposta em desfavor de Lemes & Bueno Ltda - ME, interpõe o presente recurso de agravo de instrumento.

Relata que há tempos resta absolutamente pacificado e sumulado no ordenamento jurídico a presunção de dissolução irregular da pessoa jurídica que deixa de funcionar no seu domicilio fiscal, como no caso.

Sustenta que a decisão emanada do magistrado *a quo* de que "não restou caracterizado o encerramento irregular da empresa", mesmo havendo nos autos a certidão de que a agravada não está funcionando no domicílio fiscal constante no site da Receita Federal, não deve prosperar.

Requereu a concessão de efeito suspensivo, o que foi deferido às f. 141/145, e, ao final:

> *"(...) o provimento desse agravo de instrumento, para que seja reformada a decisão interlocutória de fls. 111/116 no sentido de declarar o reconhecimento da presunção da dissolução irregular da agravada que deixou de funcionar no seu domicílio fiscal (súmula 435 do STJ e certidão de fls. 103) e o consequente redirecionamento e inclusão dos seus sócios no polo passivo do executivo fiscal (senhor Antonio Donizeti Lemes e senhor Ricardo Henrique Bueno Lemes – fls. 106/107)"* (f. 11).

Contraminuta às f. 178/184 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. Peço dia.

## VOTO (EM 27/10/2020)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Município de Três Lagoas, em face da decisão proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de execução fiscal proposta em desfavor de Lemes & Bueno Ltda - ME, indeferiu o pedido de redirecionamento da execução ao sócio, ao fundamento de que, além de não constar da CDA o nome deste, também não restou caracterizado o encerramento irregular da empresa.

O art. 135, III, do Código Tributário Nacional autoriza o redirecionamento da execução contra os diretores ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando praticarem atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto. E, a dissolução irregular da empresa pode ser entendida como ato praticado com infração à lei, autorizando, portanto, o redirecionamento da execução aos sócios, consoante o enunciado de súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Súmula nº 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."*

Compulsando os autos, extrai-se que o Oficial de Justiça não encontrou a empresa em seu domicílio fiscal, estando instalada outra empresa no local:

> *"Certifico, que diligenciei no(s) órgão(s) competente(s) e endereço(s) conforme, não encontrando bens em nome da empresa executada no Ciretran e tampouco no CRI local, motivo pelo qual DEIXEI DE PENHORAR bem(ns) do(s) executado(s). Em diligência ao endereço descrito no mandado, fui atendida pela funcionária Renata, a qual mostrou documentos que comprovam que no local está estabelecida a empresa Chiogna e Nascimento Ltda -ME, CNPJ 22.279.615/0001-31, nome fantasia Help Celulares, motivo pelo qual deixei de penhorar bens no local"* (grifo não original).

Assim sendo, a certidão emitida pelo Oficial de Justiça que atesta que a empresa devedora não mais funciona no endereço é indício de sua dissolução irregular, o que legitima o redirecionamento da execução aos sócios-administradores, independentemente de constar ou não da certidão de dívida ativa o nome do co-responsável.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. VIABILIDADE DO REDIRECIONAMENTO. ÔNUS DO SÓCIO DE COMPROVAR, NA VIA PRÓPRIA, QUE NÃO HOUVE A PRÁTICA DE ATOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 7º DO DECRETO 70.235/72. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, não fica caracterizada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. 2. 'Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente' (Súmula 435/STJ). 3. Conforme pacífico entendimento desta Corte, 'não são cumulativas as situações 'nome do sócio constante da CDA' e 'não localização da empresa no endereço comercial', bastando a constatação de uma delas para que se possa admitir o redirecionamento', ou*

*seja, ainda que não conste o nome do sócio-gerente na CDA, é possível o redirecionamento da execução fiscal em razão da dissolução irregular da sociedade empresária (voto vista do Min. OG Fernandes no AgRg no AREsp 473.883/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014). 4. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula 284/STF). 5 . Agravo interno não provido"* (STJ, AgInt no Resp 1626925/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 13/03/2017).

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 435 DO STJ. 1. (...) 2. A dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, constatada por meio de certidão do oficial de justiça atestando o encerramento das atividades no endereço informado, é causa suficiente para o redirecionamento da execução fiscal em desfavor do sócio-gerente. Inteligência da Súmula 435 do STJ. 3. Agravo interno desprovido.* (STJ, AgInt no Resp 1552823/SP, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 20/06/2017).

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EMPRESA NÃO ENCONTRADA EM SEU DOMICÍLIO – CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA – INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR – POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO À PESSOA DO SÓCIO – RECURSO DESPROVIDO. 'A certidão emitida pelo Oficial de Justiça que atesta que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, nos termos da Súmula 435/STJ'.* (AgRg no AREsp 743.185/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2015)" (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1404252-27.2018.8.12.0000, Nova Alvorada do Sul, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 29/05/2018, p: 30/05/2018)

Logo, não tendo sido encontrada a pessoa jurídica executada em seu endereço fiscal e não tendo havido o pagamento da dívida, a responsabilidade alcança a pessoa do sócio-administrador, que passa a responder com seu patrimônio particular.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada e determinar a inclusão do sócio- administrador da empresa executada no polo passivo da execução.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 24/11/2020 em face do pedido de vista do Des. Sideni, após o relator dar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

## VOTO (EM 24/11/2020)

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

Justifico o pedido de vista na necessidade de exame do elenco documental constante dos autos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Três Lagoas em face da decisão proferida nos autos da Execução Fiscal movida em desfavor de Lemes & Bueno Ltda - ME, que indeferiu seu pedido de redirecionamento da Execução Fiscal em face dos sócios da executada.

Entendeu o ilustre Relator, Des. Vladimir Abreu da Silva, que a decisão merece reforma, considerando especialmente o enunciado 435 da sumula do STJ.

Pois bem. Em que pese o posicionamento adotado por Sua Excelência, entendo que o recurso não merece guarida.

Com efeito, o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.

Veja o que leciona o Código Tributário Nacional a respeito do tema aqui debatido:

> *"Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*
>
> *(....)*
>
> *VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.*
>
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.*
>
> *Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:*
>
> *I - as pessoas referidas no artigo anterior;*
>
> *II - os mandatários, prepostos e empregados;*
>
> *III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".*

Em outras palavras, a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN, não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Somente a existência de intenção em não pagar a obrigação fiscal, o que leva ao inadimplemento, configura a infração legal necessária à efetivação da responsabilidade do sócio.

O juízo singular, aplicando esse entendimento, apreciou a questão e, com base no contexto fático dos autos, assentou que não foram comprovados os requisitos legais que permitem o redirecionamento do pleito executivo aos sócios da agravada.

Inconformado, o apelante insiste que os sócios devem ser responsabilizados solidariamente pelo débito, sobretudo porque eles encerraram as atividades empresariais irregularmente sem quitar os débitos tributários e não há outra forma do Estado receber seu crédito.

Noutro vértice, entendo que não se aplica à espécie dos autos o enunciado 435 da Súmula do STJ, citado pelo ilustre Relator. Isto porque a responsabilidade, neste caso, surge apenas a partir de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos de que resultem créditos tributários. A falta de pagamento de tributo declarado não pode ser confundida com a hipótese de infração legal de que cuida o dispositivo sob comento.

Aliás, sobre este tema o Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula n. 430, *in verbis*:

> *"O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".*

Ao contrário do pretendido pelo agravante, o redirecionamento não é automático. Cabe ao exequente demonstrar que os sócios da parte executada infringiram a lei, seus atos constitutivos ou da dissolução irregular da sociedade empresaria.

No caso em apreço, o agravante não trouxe qualquer elemento que demonstre o encerramento irregular da empresa ou infração a lei, além da notícia de não encontrar o devedor no endereço fornecido nos autos,

o que, a meu ver, é insuficiente para configurar indicios de dissolução irregular da sociedade a ensejar o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gestor.

Nesse sentido o STJ:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLEMENTO DO FGTS. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o mero inadimplemento do FGTS não configura infração à lei para que seja autorizado o redirecionamento da Execução Fiscal ao administrador da sociedade. 2. Por outro lado, a aplicação do entendimento assentado pela Primeira Seção do STJ, no REsp 1.371.128/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado no rito dos Recursos Repetitivos, art. 543-C do CPC, não favorece à recorrida, uma vez que, no caso concreto, o Tribunal a quo concluiu que não ficou demonstrada a dissolução irregular da empresa, porquanto o endereço diligenciado pelo oficial de justiça não é o mesmo que consta nos dados cadastrais da pessoa jurídica. 3. Recurso Especial provido".*(REsp 1563741 / SP. Recurso Especial. 2015/0261141-3. Relator Ministro Herman Benjamin. T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento: 01/12/2015. Data da Publicação: DJe 04/02/2016). Destaquei.

> *"TRIBUTÁRIO.* ***EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.*** *CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1.* ***É pacífica a jurisprudência no sentido de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Desse modo, para haver o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, deve ficar demonstrado que este agiu com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa****. 2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Não se pode conhecer da tese da parte recorrente no sentido de que houve processos administrativos tributários com regular andamento que redundaram na inscrição do administrador em dívida ativa, pois não foi analisada pela instância de origem. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo". 4. Agravo Regimental não provido.".* (Processo: AgRg no AREsp 683798 GO 2015/0061729-4. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 16/06/2015. Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma. Publicação: DJe 05/08/2015). Destaquei.

E, ainda a jurisprudência dos Tribunais:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM DESFAVOR DOS SÓCIOS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA.* ***Constatada a dissolução irregular da sociedade empresária, exsurge possível o redirecionamento da execução em desfavor dos sócios. Na hipótese, contudo, inexiste elementos de prova suficientes a amparar a alegação de que o encerramento das atividades ocorreu de forma irregular****. Arrematação do imóvel tributado em hasta pública que, ao depois, atrai a incidência da norma contemplada pelo art. 130, parágrafo único, do CTN. Agravo De Instrumento A Que Se Nega Seguimento.* (Agravo de Instrumento Nº 70068251107, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 18/02/2016). Destaquei.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO REGULAR DE SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA SÓCIO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. 1. Ante a falta da comprovação da prática de atos ilícitos por parte dos sócios para cujos nomes o redirecionamento da execução fiscal fora requerido (art. 135, inciso III, CTN), não existe nenhuma mácula na decisão que indeferiu tal requerimento. Vale destacar que, nos termos da Súmula nº 430 do STJ, o inadimplemento*

*da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. 2. Agravo não provido".* (Processo: AGI 20150020137427. Relator: J.J. Costa Carvalho. Julgamento: 02/12/2015. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: Publicado no DJE: 10/12/2015).

Portanto, não estando presentes os requisitos para o redirecionamento da execução contra os sócios, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

Ressalta-se que nada impede que se alterada a situação dos autos, o pedido pode ser reformulado ao juízo singular.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento e nego-lhe provimento, mantendo a decisão agravada.

É como voto.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
## Agravo de Instrumento nº 1411685-14.2020.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANO AMBIENTAL – LEGITIMIDADE ATIVA – PREJUÍZO QUE AFETA TANTO A ESFERA COLETIVA QUANTO A INDIVIDUAL – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM AS EMPRESAS QUE ATUAM NO ENTORNO DO LOCAL ONDE VERIFICADO O DANO AMBIENTAL – OBRIGAÇÃO INEXISTENTE – PRETENSÃO DE QUE A PERÍCIA ESTENDA-SE AS DEMAIS EMPRESAS QUE ATUAM NA REGIÃO – DESCABIMENTO – DISCUSSÃO NO FEITO ACERCA DA POLUIÇÃO PRODUZIDA APENAS PELA REQUERIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Um mesmo evento pode gerar danos ambientais coletivo e individual, sendo que neste há tanto a legitimidade das entidades previstas no art. 82/CDC, para a propositura da ação indenizatória, quanto do prejudicado em ajuizar de forma individualizada a pretensão de danos, sendo sua legitimidade expressamente aventada no art. 104/CDC .

O fato de haver outras supostas fontes de poluição ambiental no local não induz a necessidade de todas essas empresas comporem o pólo passivo da demanda, isto porque tanto inexiste disposição legal com a referida imposição, quanto que a expressão "*natureza da relação jurídica controvertida*" contida no art. 114/CPC, refere-se as hipóteses em que a relação jurídica estabelecida com as requeridas é incindível (necessária repercussão sobre todos os envolvidos), o que não é a situação sob análise. Os argumentos despendidos na inicial referem-se a poluição decorrente especificamente da atividade econômica exercida pela agravante (produção de fertilizantes), de modo que tal situação será melhor explorada durante a instrução do feito – isso sem afastar a responsabilidade dos demais envolvidos pela atividades na região pela poluição ambiental que cada um gerar. Ademais, no muito poderia haver um litisconsórcio passivo facultativo, entretanto, se fosse o caso, deveria ter sido implementado pela agravante via chamamento ao processo, nos termos do inc. III do art. 130 c/c art. 131/CPC.

É descabido o pedido de extensão do objeto da perícia às outras empresas que desempenham atividades na região, uma vez que eventual poluição emitida por elas não é o objeto da demanda, mas tão somente a apuração de que a específica atividade desempenhada pela agravante é capaz de produzir os danos aventados na inicial, e assim estabelecer o nexo causal necessário para sua eventual condenação.

## 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, 24 de novembro de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande Fertilizantes Orgânicos Indústria e Comércio Ltda interpõe agravo de instrumento, irresignada com a decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação indenizatória por danos morais ajuizada por Sebastião Coelho de Souza.

Afirma que existem diversas demandas com o mesmo teor, nas quais os autores reivindicam indenização por danos morais em razão do mau cheiro emitido supostamente pela atividade da empresa recorrente.

Entende que o autor/agravado é parte ilegítima, pois pela natureza da demanda, apenas as pessoas listadas no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor poderiam figurar no polo ativo de ações desse jaez, já que se trata, em tese, de direito transindividual de origem comum, indivisível e sem titular individualmente determinado.

Aduz que existe litisconsórcio passivo necessário entre a agravante e demais empresas que atuam no entorno, notadamente, as que operam o lixão, aterro sanitário, usina de triagem de lixo, estação de tratamento de esgoto, frigorífico e curtume. Pondera que "*há ponto fático comum, qual seja, eventual emissão de mais ou menos odor pelos referidos empreendimentos, de forma que se mostra necessária a reforma da decisão para formação do litisconsórcio passivo*".

Obtempera que é imperiosa a reforma da decisão para melhor redistribuir o ônus probatório pois, repise-se, existem outras empresas e outros focos que podem estar gerando odor na região dos bairro em que reside o agravado.

Pondera ser de suma importância a concessão do efeito suspensivo, pois a perícia está prestes a ser realizada, cujo custeio foi carreado exclusivamente à agravante ao mesmo tempo em que "*teve cerceado seu direito à prova e foi impedida de demonstrar a presença de outras emissões odoríferas ou a inexistência do nexo causal*".

Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao fim, seja conhecido e provido o recurso para reconhecer a ilegitimidade ativa, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito. Caso superada essa questão, requer a admissão do litisconsórcio passivo, rateando entre todos os custos da perícia. Pugna, ainda, pelo ajuste dos pontos controvertidos a fim de que "*a perícia busque identificar quanto de cada tipo de gás específico um ou outro empreendimento emite e que tipos de gases mais estão presentes, eventualmente, na região da residência do(a) agravado(a)*".

Recurso tempestivo e devidamente recolhido o preparo recursal; sendo recebido somente no efeito devolutivo (f. 22-4 e 29-35)

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Campo Grande Fertilizantes Orgânicos Indústria e Comércio Ltda interpõe agravo de instrumento, irresignada com a decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação indenizatória por danos morais ajuizada por Sebastião Coelho de Souza.

Segundo consta, a parte autora ajuizou a demanda no intuito de obter a responsabilização por danos morais pelo dano ambiental atinente ao mau cheiro com que é obrigada a conviver desde o ano de 2014, quando houve o início das atividades da agravante na nova sede, próxima a sua residência.

No intuito de embasar sua pretensão inicial, pautou-se nos documentos anexados a Ação Civil Pública nº 0817501-67.2013.8.12.0001, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que visava a responsabilização da agravante pela poluição gerada na exploração de sua atividade econômica de produção de fertilizantes.

Ajuizada a demanda, a agravante foi devidamente citada, tendo apresentado contestação onde defendeu preliminarmente a necessidade de reunião das diversas ações ajuizadas para o julgamento em conjunto, além da prescrição, sendo no mérito pela improcedência do pedido inicial, dada a regularidade de sua atividade e a ausência de nexo causal, uma vez que os problemas com odores na região já existiam antes da sua instalação no local, dada a presença de outras atividades na região efetivamente poluidoras (depósito municipal de lixo , curtume, estação de tratamento de esgoto).

O feito foi devidamente saneado, oportunidade em que a magistrada rejeitou a prejudicial de prescrição e determinou a inversão do ônus da prova.

Posteriormente, a agravante peticionou defendendo a ilegitimidade ativa, o litisconsórcio passivo necessário do Município de Campo Grande, Solurb, Águas Guariroba, Induspan e JBS, além da necessidade de "ajustes na decisão saneadora", mais especificamente que "*visando tornar o mais eficiente possível a fase instrutória, inclusive para que o r. Juízo e as Partes possam formular seus quesitos abrangendo tal cenário e para que o expert possa melhor planejar a perícia e precificar adequadamente os trabalhos, mostram-se necessários ajustes/esclarecimentos à Decisão Saneadora para inserir como ponto controvertido no processo a existência de outras fontes emissoras de odor, eventualmente, para que isso, possa, como dito, ser perquirido na instrução processual.*"

A magistrada então proferiu a seguinte decisão que ora se recorre:

> *"Decido.*
>
> *Após o saneamento as partes podem pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 05 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável, consoante disposto no artigo 357, §1º do CPC.*
>
> *Nesse sentido, o réu veio aos autos suscitar a ilegitimidade do autor, inadequação da via eleita e necessidade de formação de litisconsórcio passivo e solicitando a inclusão de ponto controvertido.*
>
> *Infere-se que a pretensão do réu não é obter esclarecimentos ou solicitar ajustes do saneamento do processo no que se refere a ilegitimidade de parte, inadequação da via eleita e quanto a necessidade de formação de litisconsórcio passivo, trata-se, em verdade de alteração da tese de defesa, conforme aduzido pelo autor.*
>
> *No entanto, não prosperam os argumentos do réu.*
>
> *No que tange alegação de ilegitimidade ativa, frise-se que se trata de uma das condições da ação que deve ser aferida abstratamente, consoante as alegações do autor na petição inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final, não podendo o magistrado adentrar com profundidade em sua análise, sob pena de exercer juízo meritório, tal como disciplina a Teoria da Asserção.*
>
> *A falta de adequação também não merece acolhimento.*
>
> *Com efeito, a pretensão do autor é de cunho individual sob a alegação de ocorrência de danos morais e não relativamente ao direito difuso vinculado ao meio ambiente em si.*
>
> *Veja-se que o autor alega na inicial que o mau odor exalado em razão das atividades da ré atinge sua residência e alterou sua qualidade de vida, haja vista que não consegue dormir, sente náuseas, irritação na garganta, dores de cabeça, dificuldades para respirar e perda do apetite.*
>
> *Portanto, os fundamentos do autor para postular a presente ação referem- e aos danos morais que alega estar sofrendo, não abrangendo as questões relativas ao direito difuso.*

*Outrossim, também não se verifica a necessidade de formação de litisconsórcio passivo, conforme pretende o réu.*

*Isto porque a existência de outras empresas na mesma região cujas atividades têm potencial de causar odores desagradáveis não implica na formação de litisconsórcio passivo, porquanto o autor imputa ao réu a responsabilidade pelos danos morais sofridos por ele.*

*Ademais, o argumento do réu refere-se, em verdade, a defesa de mérito, uma vez que aponta como causa do dano moral alegado na inicial a existência de outras atividades danosas existentes no local.*

*A afirmação de que é de responsabilidade do Município a obrigação de organizar a cidade e por isso deveria ser trazido ao polo passivo não merece acolhimento, posto que não está em discussão no presente feito quanto a localização da empresa ré, mas sim o dano moral alegado pelo autor em decorrência da exalação do mau cheiro face as suas atividades.*

*Quanto ao ponto controvertido apresentado, melhor sorte não socorre ao réu.*

*Isto porque a eventual existência nas proximidades da região da residência do autor de outras empresas cujas atividades possam emitir odores desagradáveis não se referem ao mérito da questão.*

*Ora, o autor aponta a responsabilidade da exalação do mau odor às atividades da ré, de modo que restou fixado como ponto controverso a exalação e amplitude de mau cheiro oriundo das atividades desenvolvidas pela ré e que isso tenha atingido a qualidade de vida, além da presença dos requisitos da responsabilidade.*

*Cumpre observar também que os quesitos apresentados pelo Juízo restringem-se apenas as atividades da ré e ao cumprimento por parte desta das medidas necessárias à propagação ou redução do mau cheiro, bem como a presença dos requisitos da responsabilidade civil.*

*Portanto, ainda que seja constatado a presença de outras empresas nas proximidades da região as quais desenvolvem atividades com potencial de causar odores desagradáveis, tal não se refere ao mérito da lide, uma vez que somente em relação a ré será analisado tal fato.*

*Em vista da expectativa do réu quanto a possibilidade de alteração dos pontos controversos, o que poderia influenciar na apresentação de quesitos, defiro o pedido de fls. 602/603, em apreço aos princípios da ampla defesa e contraditório.*

*No mais a decisão saneadora persiste tal como lançada."*

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Inicialmente, calha registrar que quanto ao IRDR nº 1408460-83.2020.8.12.0000, distribuído à Seção Especial Cível desta Corte, sob a relatoria do Des. Paulo Alberto de Oliveira, verifica-se em consulta ao feito que não houve a suspensão determinada no art. 982, I/CPC, motivo pelo qual não há óbice à apreciação do presente agravo.

Noutro passo, em que pese as razões delineadas no recurso, tenho que não merecem prosperar, o que reflete no indeferimento do pedido de recebimento do recurso em seu duplo efeito.

A discussão aventada no recurso resume-se a três pontos: ilegitimidade ativa; necessidade de formação do litisconsórcio passivo necessário; extensão do objeto da perícia às outras atividades existentes na região.

Sobre a ilegitimidade ativa, tem-se que há confusão nos argumentos do agravante, pois o art. 82/CDC c/c art. 5º da lei 7347/85 consigna os legitimados a proporem a ação coletiva quando a causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos), for o dano ambiental coletivo, que é aquele que afeta toda uma coletividade e com condenação que se destina a fundos especialmente criados para tanto.

De outra parte, o mesmo evento pode gerar o dano ambiental individual, sendo aquele particularizado, e que se destina a reparar os prejuízos que o indivíduo sofreu.

Neste último, há a legitimidade tanto das entidades previstas no art. 82/CDC[1], quanto do prejudicado em ajuizar diretamente a ação indenizatória, sendo a legitimidade deste expressamente aventada no art. 104/CDC:

> *"Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."*

Portanto, não prospera a alegação de ilegitimidade ativa.

Ademais, melhor sorte também não assiste a alegação da necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Prescreve o CPC:

> *"Art. 114. 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."*

*In casu,* o fato de haver outras supostas fontes de poluição ambiental no local não induz a necessidade de todas essas empresas comporem o pólo passivo da demanda, isto porque tanto inexiste disposição legal com a referida imposição, quanto que a expressão "*natureza da relação jurídica controvertida*", refere-se as hipóteses em que a relação jurídica estabelecida com as requeridas é incindível (necessária repercussão cobre todos os envolvidos), o que não é a situação sob análise.

Os argumentos despendidos na inicial referem-se a poluição decorrente especificamente da atividade econômica exercida pela agravante (produção de fertilizantes), de modo que tal situação será melhor explorada durante a instrução do feito – isso sem afastar a responsabilidade dos demais envolvidos pela atividades na região pela poluição ambiental que cada um gerar.

Ademais, no muito poderia haver um litisconsórcio passivo facultativo, entretanto, se fosse o caso, deveria ter sido implementado pela agravante via chamamento ao processo, nos termos do inc. III do art. 130 c/c art. 131/CPC.

Portanto, também descabido o ponto da necessidade de formação do litisconsórcio passivo necessário defendido no agravo.

Por fim, quanto ao pedido de extensão do objeto da perícia às outras atividades desempenhadas na região, tem-se por descabida pelo fato de que eventual poluição emitida por outras entidades não é o objeto da presente demanda, mas tão somente a constatação se a específica atividade desempenhada pela agravante é capaz de produzir os danos aventados na inicial, e assim estabelecer o nexo causal necessário para a eventual condenação da agravante.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

1 CDC: "Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes."

## 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 24 de novembro de 2020.

***

## 4ª Câmara Cível
## Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
## Apelação/Remessa Necessária nº 0801451-87.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – NÃO COMPROVAÇÃO DO ABANDONO DO CARGO – LICENÇAS CONCEDIDAS À AUTORA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE – CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA – AUSÊNCIA DE CONTROLE DO DEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE LICENÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – ENTENDIMENTO DO STJ E STF – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

A escolha da sanção disciplinar a ser aplicada é decisão que deve ser tomada mediante critério discricionário pela autoridade administrativa. Contudo, os atos discricionários da Administração Pública também estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. Essa é a inteligência da chamada "teoria dos motivos determinantes".

Verifica-se que a autora apresentou os atestados médicos que justificavam a impossibilidade de exercer o seu ofício, assim como passou por diversas perícias para comprovar o seu problema de sua, não tendo, por outro lado, a Administração Pública se desincumbido de sua obrigação, ou seja, de controlar os períodos de licença da autora para tratamento de saúde.

Em conformidade com o entendimento sedimentado no tema 810 do STF, dos recursos com repercussão geral – de observância obrigatória pelos Tribunais (art. 926, do NCPC), a condenação de dívida não tributária imposta contra a Administração Pública e suas autarquias, de natureza previdenciária, deve ser corrigida pelo INPC e sofrer a incidência de juros moratórios uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Sendo ilíquida a sentença, deve ser postergada a fixação dos honorários sucumbenciais para a fase de liquidação, em conformidade com o que dispõe o inciso II do §4º do art. 85 do Código de Processo Civil.

## 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 do Município e do IMPCG e retificaram parcialmente a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de remessa necessária e de apelações cíveis interpostas pelo Município de Campo Grande e Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que julgou:

> *"(...) procedentes os pedidos contidos na inicial, para os fins de: 01) anular o ato de demissão da requerente; 02) determinar que os requeridos restabeleçam, de imediato, o benefício de aposentadoria por invalidez da requerente; 03) condenar os requeridos ao pagamento das prestações que deixaram de adimplir devido à demissão, até a efetiva reimplantação.*
>
> *Sobre esses valores deverá incidir correção monetária pelo IPCA-e e juros equivalentes ao da caderneta da poupança, a partir do vencimento de cada uma das respectivas prestações mensais.*
>
> *Deixo de condenar os requeridos ao pagamento das custas processuais, por isenção legal.*
>
> *Condeno-os, outrossim, ao pagamento de honorários advocatícios em prol dos patronos da parte contrária, a ser fixado após a liquidação de sentença, em atenção ao § 3º, do art. 85, do CPC."*

Alega o Município de Campo Grande que o cumprimento imediato da sentença causaria lesão de difícil reparação às finanças públicas municipal, já que obrigaria o cumprimento de decisão judicial sem qualquer previsão orçamentária, financeira, atuarial para tanto, em flagrante desrespeito ao art. 40, *caput*, da Constituição Federal, que determina expressamente que os regimes próprios de previdência social devem obrigatoriamente preservam o equilíbrio financeiro e atuarial.

Afirma que não há nos autos qualquer demonstração de que a autora tenha justificado sua ausência ao trabalho por um período de 3 meses seguidos razão pela qual, após o término do procedimento investigativo, a Comissão Permanente de Processo Administrativo disciplinar, regularmente designada para apurar os fatos, concluiu que a parte autora cometeu falta funcional, deixando de desempenhar com assiduidade as atribuições de seu cargo e ausência injustificada ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.

Assevera que a simples leitura dos juntados documentos, despacho de instauração, resolução, termo de instauração, citação e intimação, defesa escrita, relatório final da comissão processante, parecer e decisão, e as cópias juntadas, comprovam que a penalidade aplicada resultou de regular processo administrativo disciplinar, com atenção à ampla defesa e contraditório, e em conformidade com as disposições da Lei Complementar Municipal 190, de 22 de dezembro de 2011.

Requer seja dado provimento ao recurso, "*reformar a sentença de primeiro grau, para ao final julgar improcedentes os pedidos do apelado, inclusive condenando o requerente ao pagamento de honorários advocatícios.*"

Alega o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG não foi completado o ato para a concessão da aposentadoria por invalidez, em que pese o pronunciamento da Perícia Médica Previdenciária atestando, naquele momento, a homologação da invalidez da autora, não houve o Parecer Jurídico do órgão, Apostila de Proventos, e muito menos a publicação da concessão do benefício, ou seja, também em desconformidade com a documentação exigida pelo Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, em sua Resolução n. 88, de 03 de outubro 2018 (Resolução que dispõe sobre o manual de remessa de informações, dados, documentos e demonstrativos ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul e dá outras providências), bem como em flagrante contrariedade ao inciso IV do artigo 25 da Lei Complementar Municipal n. 191, de 22 de dezembro de 2011.

Requer que seja dado provimento ao recurso, "*com o julgamento totalmente improcedente ao pedido no que tange a situação previdenciária vivenciada pelo autor*."

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento dos recursos.

Este é o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e de apelações cíveis interpostas pelo Município de Campo Grande e o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que julgou:

> *"(...) procedentes os pedidos contidos na inicial, para os fins de: 01) anular o ato de demissão da requerente; 02) determinar que os requeridos restabeleçam, de imediato, o benefício de aposentadoria por invalidez da requerente; 03) condenar os requeridos ao pagamento das prestações que deixaram de adimplir devido à demissão, até a efetiva reimplantação.*
>
> *Sobre esses valores deverá incidir correção monetária pelo IPCA-e e juros equivalentes ao da caderneta da poupança, a partir do vencimento de cada uma das respectivas prestações mensais.*
>
> *Deixo de condenar os requeridos ao pagamento das custas processuais, por isenção legal.*
>
> *Condeno-os, outrossim, ao pagamento de honorários advocatícios em prol dos patronos da parte contrária, a ser fixado após a liquidação de sentença, em atenção ao § 3º, do art. 85, do CPC."*

Requer o Município de Campo Grande que seja dado provimento ao recurso, "*reformar a sentença de primeiro grau, para ao final julgar improcedentes os pedidos do apelado, inclusive condenando o requerente ao pagamento de honorários advocatícios.*"

Requer o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande que seja dado provimento ao recurso, "*com o julgamento totalmente improcedente ao pedido no que tange a situação previdenciária vivenciada pelo autor*."

Diante da abrangência dos recursos, passo a analisá-los, concomitantemente.

Vanessa Silva dos Santos ingressou com a ação declaratória de nulidade de ato administrativo c/c concessão da aposentadoria por invalidez em face do Município de Campo Grande e do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande, objetivando a procedência dos pedidos, "*para declarar a nulidade do ato de demissão da servidora, confirmando a medida liminar para condenar no estabelecimento da aposentadoria por invalidez, retroativo desde setembro de 2015.*"

O magistrado singular assim decidiu a questão:

> *"(...).*
>
> *Sendo assim, resta saber se a requerente se ausentou do serviço por mais de 30 dias consecutivos, bem como se estava presente o animus abandonando.*
>
> *nesse sentido, às fls. 331 foi juntado o documento referente à primeira licença médica da requerente, em 23.04.2013 com duração foi de 90 dias, a partir de 18.04.2013 (atestado de fls. 332).*
>
> *A segunda licença (fls. 333) possui como data da informação 25.07.2013, e início da prorrogação a partir de 17.07.2013 (data do atestado de fls. 334).*

*Assim se seguiu sucessivamente, sempre com a juntada do BOMEP Boletim Médico Pericial e, em seguida, do atestado no processo administrativo que concluiu, ao final, pela necessidade de aposentadoria por invalidez da requerente.*

*Ocorre que, a depender do médico realizando a perícia, e podemos constatar que a requerente passou por pelo menos 4, o BOMEP era preenchido de forma diferente.*

*A título de exemplo, a data base da incapacidade mudou de 18.05.2013 (fls. 333) e chegou a ser lançada como 03.05.2014 (fls. 349), o que leva a crer que não existia um procedimento padrão para controle de data da licença.*

*Ademais, às fls. 337 está o BOMEP de 03.02.2014, no qual se coloca como data da incapacidade 15.09.2013, e se prorroga a licença por 60 dias, a partir de 03.12.2013 (atestado com data de 04.12.2013). Porém, o local e a assinatura da homologação são de 12.12.2013.*

*O mesmo fato se repete no próximo BOMEP de 07.05.2014, que renovou a licença a partir de 02.02.2014 com um atestado de 27.01.2014 e teve sua homologação feita em 29.01.2014.*

*(...).*

*Resta evidente que os próprios BOMEP`s eram antedatados ou pós-datados, a depender da época e de quem os fazia, tornando inócua a extrema exigência formal do ente público, que obriga o servidor a comparecer em curtos períodos de tempo para renovação da licença para trato de saúde.*

*(...).*

*É de se ver, ainda, que o atestado era apresentado ora à chefia, ora à junta médica, demonstrando por igual que não havia um procedimento padrão adotado na hipótese.*

*Feitas tais considerações, há de se apontar que o dolo não se presume, deve ser provado, consistindo na intenção de praticar fato, ciente de suas consequências.*

*Ante tamanha insegurança jurídica não se pode presumir que houve abandono de cargo, devendo ele ser provado, prova esta que cabia ao requerido.*

*(...).*

*Ademais disso, no próprio procedimento administrativo consta o atestado médico para afastamento no período em que, supostamente, houve o abandono de cargo, documento este que, inclusive, determinou-se a apresentação no original, de sorte a verificar se, em seu verso, não constava o recebimento pelo órgão público e que não veio aos autos.*

*Ainda no mesmo sentido, de inexistência da intenção de abandono de cargo, é o fato de a requerente continuou a apresentar atestados médicos, sempre subsequentes, e a se apresentar para as perícias agendadas, sendo que o próprio requerido as renovou sem intervalos.*

*É de se apontar, também, que o ato administrativo da demissão está viciado por ausência de razoabilidade, uma vez que o ente público exigiu extrema formalidade do servidor público (que passava por quadro de saúde instável, em momento de fragilidade) quando nem mesmo ele as cumpria a contento.*

*Assim sendo, seja pela ausência da intenção de abandonar o cargo, seja pela ausência de elementos suficientes acerca das circunstâncias pelas quais, em um único período, não fora analisado o atestado médico para prorrogação da licença da REQUERENTE (bise-se, que se trata de período entre licenças renovadas de forma reiterada e subsequente), os pedidos comportam procedência."*

Consigne-se que o Judiciário não pode analisar o mérito do processo administrativo, salvo hipóteses de ilegalidade. Vejamos:

> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR. CONSELHO DE DISCIPLINA. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR. ATO DO COMANDANTE DA AERONÁUTICA. COMPETÊNCIA DO STJ. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. IRREGULARIDADES FORMAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA.*
>
> *1. Compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento administrativo disciplinar sem, contudo, reexaminar as provas para adentrar o mérito da decisão administrativa; havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. Precedentes.*
>
> *2. O Conselho de Disciplina deve apreciar os elementos que justificaram a sua instauração, especificando para o acusado as condutas que lhe são imputadas, e, após a elaboração do Relatório, este documento é enviado à autoridade que nomeou o referido conselho, que poderá ser o Comandante da Aeronáutica, cabendo a esta a aplicação de pena disciplinar, se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual a praça foi julgada culpada (art. 13 do Decreto 71.500/72).*
>
> *3. As irregularidades formais apontadas no processo disciplinar devem afetar o exercício da ampla defesa e do contraditório para justificarem a anulação deste (STJ. RMS 19607/PR, Ministro Relator Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 16/4/2015)*
>
> *4. Mandado de segurança denegado.* (MS 13.024/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 08/09/2015)

Com efeito, José dos Santos Carvalho Filho[2], ao se pronunciar sobre as limitações ao dever de invalidação dos atos administrativos, assim leciona:

> *A melhor posição consiste em considerar-se como regra geral aquela segundo a qual, em face de ato contaminado por vício de legalidade, o administrador deve realmente anulá-lo. A Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37, CF), de modo que, se o ato é ilegal, cumpre proceder à sua anulação para o fim de restaurar a legalidade malferida. (...).*

Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a autotutela de ofício em toda a sua plenitude. A orientação que se vai expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais de que se valeram, durante determinado período, os órgãos administrativos. Trata-se, no que concerne ao poder administrativo, de severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública.

Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-lhes o poder de oferecem as alegações necessárias a fundamentar seu interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato

No presente caso, denota-se que houve instauração de processo administrativo contra a autora, então ocupante do cargo de agente comunitário de saúde. pela infração, em tese, da disposição contida nos artigos 233, I, e 234 da Lei Complementar n. 190/2011 (abandono do cargo por mais de trinta dias).

2 In Manual de Direito Administrativo, 15ª ed., Ed. Lumen Juris, pp. 134/135, 2006

Denota-se que o processo administrativo transcorreu de forma regular, tendo completado seu ciclo de sua formação com obediência ao contraditório e à ampla defesa, contendo todos os elementos de procedimento, forma e conteúdo exigidos por lei.

O que se está a avaliar na presente ação é se houve ocorreu ou não a ausência injustificada do servidor ao serviço, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos ou quarenta dias intercalados no período de 12 (doze) meses a gerar a penalidade de demissão.

De fato, a escolha da sanção disciplinar a ser aplicada é decisão que deve ser tomada mediante critério discricionário pela autoridade administrativa. Contudo, os atos discricionários da Administração Pública também estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. Essa é a inteligência da chamada "teoria dos motivos determinantes"

Nesse passo, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela Administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido.

No caso em apreço, verifica-se que a autora apresentou os atestados médicos que justificavam a impossibilidade de exercer o seu ofício, assim como passou por diversas perícias para comprovar o seu problema de sua, não tendo, por outro lado, a Administração Pública se desincumbido de sua obrigação, ou seja, de controlar os períodos de licença da autora para tratamento de saúde.

Evidencia-se dos Boletins Médico Pericial que as homologações dos pedidos de licença eram datadas até mesmo antes do período pleiteado, não havendo nenhum procedimento padrão a ser adotado pelo Ente Público para o deferimento dos pedidos.

A jurisprudência pátria é no seguinte sentido:

> *MÉRITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPUTAÇÃO DE OMISSÃO DOLOSA QUANTO À EXISTÊNCIA DE PATOLOGIA POR OCASIÃO DO INGRESSO NO SERVIÇO MUNICIPAL. IMPOSIÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO. ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL EXCEPCIONAL SOBRE O MÉRITO DECORRE DA PRÁTICA DE ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DA DEMISSÃO POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISSONANTE DA PROVA DOCUMENTAL CARREADA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PREVALÊNCIA DO EXAME RADIOLÓGICO QUE ATESTA A AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NA ESTRUTURA ÓSSEA PLANTAR DA AUTORA ANTERIORMENTE AO INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO (fls. 192). Não demonstração da existência de diagnóstico da doença degenerativa e crônica antes do ingresso no serviço público. Processo administrativo não versa sobre falta funcional, mas sim sobre a omissão da servidora em relação à grave doença. Condenação do Município ao pagamento das verbas remuneratórias desde a demissão até o restabelecimento dos vencimentos da servidora. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP. Apelação nº 0023304-83.2011.8.26.0344. J em 03.02.2016).*
>
> *EMENTA: ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C REINTEGRAÇÃO DE CARGO E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - POLÍCIA MILITAR - FORMULÁRIO PARA INGRESSO NA CORPORAÇÃO (FIC) - OMISSÃO - FATO DELITUOSO NÃO COMPROVADO - INEXIGIBILIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO - EXONERAÇÃO - INIDONEIDADE MORAL - NÃO COMPROVAÇÃO - ILEGALIDADE - PAGAMENTO RETROATIVO - DESCABIMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE.*

*Todo ato administrativo tem como requisito indispensável, além da competência, do objeto, da finalidade e da forma, a motivação, sem a qual se torna inapto a emanar qualquer efeito no mundo jurídico.*

*Pela teoria dos motivos determinantes, o Poder Judiciário poderá examinar as razões que levaram o administrador a praticar o ato e, se estas não existiram ou não forem verdadeiras, poderá desconstituir o ato.* (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.023606-7/001. J em 06.06.2013).

Dessa feita, mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados.

Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido, e é o que ocorre na hipótese.

Nulo, pois, o ato demissório, impõe-se, como consequência, o pagamento das verbas retroativas a título de danos materiais (danos emergentes), assim como o restabelecimento, de imediato, do benefício da aposentadoria por invalidez da autora.

Com relação à atualização monetária e juros de mora, a controvérsia estabelecida no Recurso Extraordinário n. 870947 – Tema 810 versa sobre condenação oriunda de relação jurídica não-tributária, de natureza previdenciária, que na classificação feita pelo Superior Tribunal de Justiça, diz respeito ao Tema 905, onde a correção monetária foi aplicada com base no índice INPC; enquanto os juros moratórios devem ser de acordo com os índices aplicáveis à caderneta de poupança, conforme ar. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009.

Para a aplicação da correção monetária e juros moratórios devem ser observados os paradigmas vinculantes (RE 870947 – Tema 810/STF e Resp 1492221/PR - Tema 905/STJ, assim redigidos, respectivamente:

*"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".***

*"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 DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA – TESES JURÍDICAS FIXADAS.*

*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 INP 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.*

*3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.*

*As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.*

*3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.*

*As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos:*

*(a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.*

*3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.*

*No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.*

***3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.***

***As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).***

*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.*

*4. Preservação da coisa julgada.*

*Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.*

*" Solução do caso concreto.*

*5. No que se refere à alegada afronta aos arts. 128, 460, 503 e 515 do CPC, verifica-se que houve apenas a indicação genérica de afronta a tais preceitos, sem haver a demonstração clara e precisa do modo pelo qual tais preceitos legais foram violados. Por tal razão, mostra-se deficiente, no ponto, a fundamentação recursal. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".*

*6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza previdenciária. Em relação aos juros de mora, no período anterior à vigência da Lei 11.960/2009, o Tribunal de origem determinou a aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87 (1%); após a vigência da lei referida, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, determinou a aplicação do INPC. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação acima delineada, não havendo justificativa para reforma. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ."* (Resp 1492221/PR, 1ª Seção, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/02/2018, DJ 20/03/2018) (Destaques não originais)

Dessa feita, tratando-se de condenação judicial de natureza previdenciária, em relação aos juros de mora, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, a condenação imposta na sentença em exame deve ser reformada para incidir o índice INPC.

Quanto aos honorários advocatícios, estabelece o inciso II do §4º do art. 85 do Código de Processo Civil que, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V do §3º do mesmo dispositivo legal, somente ocorrerá quando liquidado o julgado. Assim, dado ao caráter ilíquido da sentença, deve ser postergada a fixação dos honorários sucumbenciais para a fase de liquidação.

Ante o exposto, conheço dos recursos, nego provimento às apelações cíveis e dou parcial provimento à remessa necessária para determinar a incidência do INPC como índice de correção monetária.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos do município e do impcg e retificaram parcialmente a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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, 1º de dezembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
## Agravo de Instrumento nº 1415155-87.2019.8.12.0000 - Anaurilândia

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – FRAUDE À EXECUÇÃO – CESSÃO DE COTAS EMPRESARIAIS – INSOLVÊNCIA VERIFICADA – AUSÊNCIA DE BENS LIVRES E DESEMBARAÇADOS – ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA AOS AGRAVANTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

É certo que para a configuração da fraude à execução é necessário que se comprove o estado de insolvência dos devedores. *In casu*, os próprios devedores informaram nos autos principais que *"todos os imóveis de propriedade dos executados encontram-se penhorados, inclusive alguns com hasta pública designada, o que poderá ser facilmente comprovado pelo exequente através de simples pesquisa online, não havendo portanto bens que possam ser indicados"*, de modo que não prospera a alegação atual de existência de bens suficientes, sobretudo se não colacionadas aos autos suas respectivas matrículas.

Reconhecida a fraude à execução na origem, a qual se mantém, haja vista o que está disposto no inciso IV do art. 792 que: *"Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: (...) IV) quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência."*.

Recurso conhecido e improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de outubro 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 Fioravante Scalon e outros em face de WRB Agropecuária Ltda, objetivando combater decisão proferida na Ação de Rescisão de Contrato em fase de Cumprimento de Sentença n.º 0800396-43.2015.8.12.0022, pelo juízo da vara única de Anaurilândia/MS.

Alegam que a decisão está equivocada, pois reconheceu fraude à execução, mesmo os agravantes tendo patrimônio suficiente para garantir suas execuções.

Sustentam que a presunção de fraude se desfaz na hipótese de terem sido reservados bens pelo devedor para pagamento de dívida.

Pedem a concessão de efeito suspensivo ativo e, ao final, o provimento do recurso, para anular a decisão agravada de fls. 686-9 em razão da ilegalidade da medida.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls. 152-153).

Contrarrazões (fls. 155-159).

## VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Trata-se na origem de Cumprimento de Sentença movido por WRB Agropecuária Ltda contra Fioravante Scalon e outros, no qual foi reconhecida fraude à execução na cessão de cotas empresariais a descendentes.

Os devedores, ora agravantes, alegam que para caracterizá-la seria necessária a condição de insolvência do devedor como resultado da venda de seus bens, o que não é o caso uma vez que possuem patrimônio suficiente para garantir suas execuções.

Argumentam que podem ter reservado bens para satisfação de seus débitos, e colacionam laudo de avaliação das fazendas dos executados, bem como de uma usina de suas propriedades.

Entretanto, a pretensão não prospera.

É certo que para a configuração da fraude à execução é necessário que se comprove o estado de insolvência dos devedores.

No caso, às fls. 677-680 dos autos principais os ora agravantes se manifestaram sobre a indicação de bens à penhora nos seguintes termos:

> *"Quanto aos bens passíveis de penhora que a exequente solicita que sejam indicados, resta informar que atualmente todos os imóveis de propriedade dos executados encontram-se penhorados, inclusive alguns com hasta pública designada, o que poderá ser facilmente comprovado pelo exequente através de simples pesquisa online, não havendo portanto bens que possam ser indicados."*

Ou seja, os devedores informaram nos autos que não possuíam bens livres e desembaraçados para saldar a dívida, mas, nestas razões de agravo, de forma contraditória, alegam que possuem bens suficientes à satisfação de suas execuções.

Denota-se dos autos que no ano de 2016, após efetivar uma redução de capital, um dos devedores cedeu suas cotas a Renata Scalon de Carvalho, sua filha, de valores milionários, pelo valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em evidente atitude temerária, posto que já haviam sido citados.

Agindo assim, o Executado passou à insolvência com o fim de não honrar os compromissos assumidos em seus negócios, procurando salvaguardar o patrimônio sob a figura da "holding" familiar.

Assim sendo, restou clara a evidência de ocultação de patrimônio, conforme verificado pelo magistrado de origem, e tentativa de fraude à execução.

Embora os agravantes tenham colacionado laudos de avaliação de seus bens, como bem observado pela parte agravada, não trouxeram aos autos as matrículas dos imóveis em questão, pois provavelmente já se encontram bastante onerados.

Destarte, mesmo com supostos bens valiosos em seus patrimônios, a pesquisa de ativos financeiros em suas contas bancárias, realizadas nos autos principais, retornaram infrutíferas ou com valores irrisórios, o que corrobora com a afirmação de insolvência reconhecida na origem.

Outrossim, não se pode perder de vista que o cumprimento de sentença tramita há quase quatro anos, sem que tenham sido encontrados bens aptos a garantir a execução e saldar a dívida.

Portanto, deve-se considerar que os agravantes estão insolventes, ao contrário do que afirmam neste momento. As alegações de que "podem ter reservado" bens para saldar a dívida não se sustenta com as provas dos autos, tratando-se de situação hipotética e não comprovada.

No que tange à insolvência da parte executada, há ausência de provas em sentido contrário, as quais incumbia exclusivamente aos executados.

A propósito, a Súmula 375 do STJ disciplina que: *"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"*.

No entanto, não tenho que a citada súmula perdure sem ajustes após a entrada em vigor do novo CPC haja vista que está disposto no inciso IV do art. 792 que:

> *"Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:*
>
> *(...)*
>
> *IV) quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência."*

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, em Novo Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 863-864, fazem as seguintes observações em relação ao artigo citado:

> *"**Fraude à Execução.** A fraude à execução constitui ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 774, I, CPC) e ilícito penal (art. 179, CP). **Trata-se de manobra do executado que visa a subtrair à execução bem de seu patrimônio.** (...).*
>
> *2. Litispendência. **Fundamental para caracterização da fraude à execução é a existência de litispendência ao tempo da alienação ou oneração do bem passível de constrição executiva. Vale dizer: é imprescindível que o demandado tenha sido citado validamente para processo em curso** (STJ, 5ª Turma, REsp 719.969/RS, rel. Min. Feliz Fischer, j. 02.08.2005, DJ 26.09.2005, p. 450). O que interessa é que esse processo, por seu conteúdo, possa importar em responsabilidade patrimonial atual ou futura do demandado. Em outras palavras, pode o processo conter tanto uma ação que vise à condenação do demandado como à execução de seu patrimônio ou simples asseguração para execução futura. A partir da nova redação do art. 185, CTN, há julgados que indicam a necessidade de citação válida para o processo para configuração de fraude à execução, sendo insuficiente a simples inscrição débito em dívida ativa em fase de execução, sendo insuficiente a simples inscrição de débito em dívida ativa em fase de execução (STJ, 2ª Turma, Res 178.016/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.11.2003, DJ 01.12.2003, p. 295); e há outros que entendem que basta a inscrição em dívida ativa (STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.370.284/PR. Rel. Min. Humberto Martins, DJe 14.10.2013).*
>
> *3. Demanda Real ou Demanda Capaz de Reduzir o Demandado à Insolvência. Além da litispendência, exige-se para a configuração de fraude à execução a alienação ou oneração de bem sobre o qual pende ação fundada em direito real ou a existência de demanda capaz de reduzir o demandado à insolvência. No primeiro caso, a ineficácia decorre do direito de sequela, sujeitando o terceiro adquirente ou beneficiado com o ônus real à disciplina do sucessor no direito litigioso (art. 109, º, CPC). **No segundo caso, a ineficácia decorre da cláusula da responsabilidade patrimonial (art. 789, CPC), presumindo-se que a conduta do demandado se encontra direcionada para fraudar a execução** (STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 782.538/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 298).*
>
> *4. **Desnecessidade de Prova do Consilium Fraudis. Não é necessária a prova da intenção de fraudar para que se configure a fraude à execução. Vale dizer: está o exequente***

***dispensado de demonstrar a ocorrência do consilium fraudis. Basta a ocorrência das circunstâncias objetivamente postas em lei (art. 792, CPC).*** *Nesse sentido: "Processo civil, Fraude de execução (*CPC, art. 493, II). (...)"(grifei).

Soma-se a este fato, a Súmula nº 375 do STJ não tem caráter vinculante e não há exigência legal de conluio fraudulento.

Com efeito, a cessão de cotas ocorrida na espécie demonstra inequívoca "manobra" e desrespeito ao Poder Judiciário.

Além do princípio da menor onerosidade, a execução também deve ser regida pela norma principiológica da maior efetividade da execução. Aliás, deve-se concluir que, na fase de execução ou cumprimento de sentença, predomina o interesse do credor, uma vez que já houve o reconhecimento de que é devida a obrigação, devendo o processo caminhar para que a satisfação do credor seja alcançada.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão posta em juízo, a boa-fé dos executados agravantes está efetivamente afastada.

Desse modo, impossível juridicamente o afastamento da fraude à execução conforme bem declarada pelo Juízo *a quo*.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Fioravante Scalon e outros, mas nego-lhe provimento, para manter inalterada a decisão agravada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. 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. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 20 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
## Apelação Cível nº 0817545-47.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – FRAUDE PRATICADA VIA *INTERNET BANKING* – FRAGILIDADE DO SISTEMA DE SEGURANÇA VIRTUAL DO BANCO QUE VIABILIZOU A ATUAÇÃO DE GOLPISTAS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – INCIDÊNCIA SÚMULA 479, STJ – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO COMPROVADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DANO MATERIAL DEMONSTRADO – RESTITUIÇÃO DOS VALORES TRANSFERIDOS ILICITAMENTE – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Comprovado que o prejuízo suportado pela empresa autora se deu em razão da obtenção de seus dados bancários de natureza sigilosa por golpistas, que valeram-se da fragilidade na segurança do internet banking da instituição financeira, há de se aplicar a Súmula 479, 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*".

A instituição financeira responde pelos danos gerados por fortuito interno relativo à fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, somente podendo ser afastada tal responsabilidade em caso de inexistência do defeito, da prestação de serviço ou por culpa exclusiva do consumidor, situação não comprovada nos autos.

Considerando os transtornos gerados, a repercussão e consequências derivadas das transferências ilícitas e do bloqueio da conta bancária da empresa, bem como as condições econômicas de ambas das partes, especialmente do banco demandado, empresa dotada de estrutura patrimonial expressiva, de projeção nacional, entendo que o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) fixado na sentença é suficiente, condiz com os fatos narrados e deve ser mantido.

Recurso conhecido e improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, 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 novembro de 2020

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Relator(a) do processo

## RELATÓRIO

O(A) Sr(a). Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Banco Santander (Brasil) S/A em desfavor de Reges Representação e Comércio Ltda e Vera Lucia Reges, objetivando a reforma da sentença proferida na presente

Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais com Pedido de Tutela de Urgência, pelo Juízo da 4ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido formulado por Vera Lúcia Reges e, procedentes os pedidos formulados por Reges Representação e Comercio Ltda para determinar que a requerida se abstenha de aplicar juros e multa sobre o limite do cheque especial da conta corrente da empresa autora e, condená-la ao estorno de R$ 23.997,60 (vinte e três mil e novecentos e noventa e sete reais e sessenta centavos) e também em indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Argumenta, em síntese, que não se afigurou a ocorrência de ato ilícito realizado pela recorrente, pois a situação ventilada decorreu da própria conduta desta, sendo que inexistem danos morais a serem ressarcidos, na medida em que o fato narrado não passou de mero dissabor, considerando que o token foi validado mediante senha da parte autora, cuja a guarda é de sua responsabilidade exclusiva, não havendo irregularidades nos procedimentos do banco.

Alega que o *quantum* indenizatório deve ser fixado no patamar de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para não ofender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tratando a quantia arbitrada onerosa e excessiva, implicando em locupletamento indevido da apelada.

Sustenta que inexiste qualquer falha na prestação do serviço bancário, considerando que as transações questionadas requerem cadastramento de senha, bem como a confirmação e autorização mediante chip constante no plástico, tecnologia esta inviolável. Portanto, as transferências foram realizadas pela própria autora ou pessoa com acesso à conta, persistindo culpa exclusiva do consumidor, o que afasta a responsabilidade civil.

Defende que o recorrido é devedor e, assim, não há falar em abstenção de aplicar juros e multa sobre o limite do cheque especial da conta corrente da empresa utilizado no dia 06/06/2017 no valor de R$ 23.997,60 e muito menos o desbloqueio desta conta.

Afirma que a condenação em danos materiais deverá ser refutado ante à absoluta falta de provas concretas, ausência de ato ilícito e total ausência de nexo de causalidade.

Ao final requer o provimento do recurso com a reforma da sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais. Subsidiariamente, requer seja minorada a condenação a título de danos morais para R$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada apelado e cassando a restituição dos valores. Por fim, requereu seja a verba sucumbencial integralmente arcada pela parte adversa.

Contrarrazões, fls. 197-206.

Decorreu o prazo legal sem oposição pelas partes ao julgamento virtual, fls. 211.

Determinou-se a regularização do preparo recursal, fls. 212, 214-217.

## VOTO

O(A) Sr(a). Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator(a))

Trata-se de Apelação Cível interposta por Banco Santander (Brasil) S/A em desfavor de Reges Representação e Comércio Ltda e Vera Lucia Reges, objetivando a reforma da sentença proferida na presente Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais com Pedido de Tutela de Urgência, pelo Juízo da 4ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido formulado por Vera Lúcia Reges e, procedentes os pedidos formulados por Reges Representação e Comercio Ltda para determinar que a requerida se abstenha de aplicar juros e multa sobre o limite do cheque especial da conta corrente da empresa autora e, condená-la ao estorno de R$ 23.997,60 (vinte e três mil e novecentos e noventa e sete reais e sessenta centavos) e também em indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está acompanhado do preparo (fls. 194 e 214-217). Desta forma, preenchidos os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo ao exame das matérias devolvidas.

Mérito.

As partes autoras ajuizaram a presente demanda afirmando que no dia 06/06/2017 foram furtados de sua conta bancária o total de R$ 23.997,60 (vinte e três mil e novecentos e noventa e sete reais e sessenta centavos), através de internet banking, sendo realizados 12 (doze) transferências eletrônicas no valor de R$ 1.999,80 para a conta corrente n. 3085.4902294893.

Relataram que mediante identificação e senha, o sistema da ré informou acerca da necessidade de uma atualização e solicitou novamente a senha da conta bancária, tendo a autora Vera Lúcia atendido à solicitação e digitado a senha contida no cartão de segurança. Contudo, ao se dirigirem ao banco apelante, tiveram ciência de que a conta bancária estava com saldo negativo, solicitando então o estorno do montante, o que foi negado sob a alegação de que a transação fora autorizada mediante senha do cartão de segurança.

Requereram a tutela de urgência para desbloquear a conta bancária e para que a requerida se abstivesse de aplicar juros e multas pelo uso indevido do cheque especial e para realizar o estorno dos valores furtados da conta corrente. Também requereram a indenização por danos morais no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais).

A parte dispositiva da sentença objurgada foi proferida nos seguintes termos, fls. 161-162:

> *"Ante o exposto:*
>
> *A) nos termos do art. 485, VI, do CPC, julgo extinto, sem resolução de mérito, o pedido de desbloqueio da conta corrente ag. 3085 c/c 000130000523, por perda superveniente do interesse processual;*
>
> *B) nos termos do art. 487, I, do CPC, julgo* ***improcedente*** *o pedido formulado por Vera Lúcia Reges;*
>
> *C) nos termos do art. 487, I, do CPC, julgo* ***procedentes*** *os pedidos formulados por Reges Representação e Comercio Ltda, sendo:*
>
> *- para condenar a ré na obrigação de não fazer de não fazer, determinando à mesma que se abstenha de aplicar juros e multa sobre o limite do cheque especial da conta corrente da empresa autora (ag. 3085 c/c 000130000523), utilizado no dia 06/06/2017, no valor de R$ 23.997,60 (vinte e três mil e novecentos e noventa e sete reais e sessenta centavos);*
>
> *- para condenar a ré ao estorno de R$ 23.997,60 (vinte e três mil e novecentos e noventa e sete reais e sessenta centavos) junto à conta bancaria da empresa autora (ag. 3085 c/c 000130000523), com incidência de correção monetária, pelo índice IGP-M/FGV, a partir da data do efetivo prejuízo (Súm. 43 do STJ), ou seja, 06/06/2017 (data em que se deu as transferências fraudulentas), e juros moratórios, no importe de 1% (um por cento), contados a partir da citação (art. 405, CC), por tratar-se de responsabilidade contratual;*
>
> *- para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais em favor da empresa autora Reges Representação e Comercio Ltda, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). O valor da indenização deverá ser atualizado monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir do seu arbitramento, ou seja, a partir da data desta sentença, e os juros de mora, por sua vez, por tratar-se de relação contratual incidem a partir da citação.*
>
> *Ante a sucumbência, condeno a autora Vera Lúcia Reges ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da ré, os quais fixo em 10% do valor atualizado da causa, bem como, ao pagamento das custas processuais atinentes à mesma.*

> *Atente-se, contudo, que a exigibilidade de tais verbas ficam diferidas, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser a autora beneficiaria da justiça gratuita. Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte autora, os quais fixo em 15% do valor atualizado da condenação, bem como ao pagamento das custas processuais atinentes ao autor Reges Representação e Comercio Ltda. (...)"*

Inconformada, a Instituição Financeira interpõe recurso de apelação pleiteando a improcedência da ação ou, subsidiariamente a minoração da condenação em danos morais.

De início, 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. Neste sentido, estabelece 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 disporse 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, Ed. Atlas, 11ª ed., p. 484/485).

Logo, se não comprovada pelo fornecedor de serviços a 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 realizadas 12 (doze) transferências bancárias através de supostos atos fraudulentos de terceiros, os quais a empresa correntista desconhece.

Destarte, tal fato restou incontroverso, haja vista que o banco apelante limitou-se apenas a sustentar que o evento seguiu todos os protocolos de segurança e se deu por culpa exclusiva da vítima, que teria fornecido a senha e a sequência numérica do "token".

Outrossim, inclusive, os apelados tiveram o acesso às suas contas bloqueados por "suspeita de fraude", o que revela a confirmação pela própria instituição bancária sobre o evento fraudulento.

Neste sentido, verifica-se que na hipótese, em razão da fragilidade do sistema do banco, o qual efetivamente não se pode afirmar estar 100% livre de fraudes e invasões, que a autora Vera Lúcia pode ter sido levada a erro, no momento em que o acessou, já que foi durante o acesso à página do Banco Santander que lhe foi solicitado a necessidade de uma atualização para digitar novamente a senha da conta bancária, provavelmente por meio de um pop-up que não foi bloqueado pelo sistema de segurança virtual da instituição financeira, como sustentado nos autos.

A propósito, como bem salientado pelo juízo *a quo* na sentença invectivada, às fls. 155:

> *"(...) Além disso, a fraude é perceptível pelo Boletim de Ocorrência de f. 29/30 e pelas próprias circunstancias dos autos, já que pelo extrato bancário de f. 31 é possível perceber que, na mesma data (06/06/2017), foram feitas 12 transferências bancárias de valor idêntico (R$ 1.999,80) junto à conta corrente da autora, o que além de ser estranho, se distancia do padrão de movimentações da requerente, vez que o mesmo extrato revela que a empresa costumava fazer poucas transferências bancarias, ocorrendo apenas a compensação de cheques e pagamento de boletos junto àquela conta corrente.(...)"*

Assim, a tese defensiva não é suficiente para isentar a requerida 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.[3]

Em caso semelhante envolvendo a mesma instituição financeira, já decidiu este Egrégio Tribunal:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – FRAUDE PRATICADA VIA INTERNET BANKING – FRAGILIDADE DO SISTEMA DE SEGURANÇA VIRTUAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE VIABILIZOU A ATUAÇÃO DE GOLPISTAS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – SÚMULA 479, STJ – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.* ***Comprovado que o prejuízo suportado pela autora se deu em razão da obtenção de seus dados bancários de natureza sigilosa por golpistas, que valeram-se da fragilidade na segurança do internet banking da instituição financeira, há de se aplicar a Súmula 479,*** *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. (TJMS. Apelação Cível n. 0835716-52.2017.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 14/10/2020, p: 16/10/2020)" (grifei)*

3 TJMS. Apelação Cível n. 0830213-50.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 31/08/2020, p: 11/09/2020

*"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"*** *(TJMS. Apelação Cível n. 0830213-50.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 31/08/2020, p: 11/09/2020) " (grifei)*

No mesmo sentido, vejamos julgados de outros tribunais:

*"(...) 10. Busca o banco se eximir de qualquer responsabilidade transferindo riscos que lhe são próprios para o consumidor, quando assevera que o sistema de segurança teria sido fragilizado pela conduta da autora, que, alegadamente, teria repassado a sua senha, gerada mediante token, em um suposto procedimento de atualização do módulo de segurança. 11.* ***Se, de fato, a fraude bancária ocorreu desse modo, ou seja, pela obtenção de senha por meio de um simulado procedimento de atualização do sistema de segurança do internet banking da instituição ré, não há como atribuir tal falha ao consumidor, que, por mais cuidados que tenha na utilização da tecnologia disponibilizada pelo banco, não teria como identificar o estratagema utilizado pelo fraudador. 12. Desta forma, verifica-se que houve prestação de serviço defeituoso pela apelada, uma vez que não forneceu a segurança que o consumidor dele pode esperar, estando presente, portanto, a relação de causalidade entre o dano experimentado pela consumidora e a conduta instituição financeira, do que surge o dever de indenizar. Não houve, ainda, demonstração de culpa exclusiva do consumidor, muito menos é possível concluir que tenha a autora agido com negligência na guarda e utilização dos dados pessoais a justificar eventual culpa concorrente que pudesse impactar no valor da indenização devida pela ré.*** *13. (...). Recurso da autora improvido. Recurso do banco réu parcialmente provido. (TJDF; APC 07097.14-86.2019.8.07.0007; Ac. 128.1036; Sétima Turma Cível; Relª Desª Gislene Pinheiro; Julg. 02/09/2020; Publ. PJe 15/09/2020)." (grifei)*

*"AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS.* ***SUBTRAÇÃO DE VALORES DA CONTA CORRENTE DA AUTORA, MEDIANTE LANÇAMENTOS REALIZADOS VIA INTERNET BANKING FEITOS ATRAVÉS DO USO DO APLICATIVO DE CELULAR. FRAUDE ELETRÔNICA. Ausência de provas da eficiência dos mecanismos on line. Ônus da prova da ré. Falha no sistema de segurança da instituição financeira. Má prestação de serviço.*** *Responsabilidade objetiva. Inteligência do Recurso Repetitivo nº 1.199.782/PR e Súmula nº 479, ambos do E. STJ. Dever de indenizar. Danos materiais demonstrados quanto às transferências indevidas e encargos incidentes sobre a conta. Dano moral configurado. Quantum indenizatório. Critérios de prudência e razoabilidade. Sentença de improcedência reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; AC 1008288-07.2019.8.26.0566; Ac. 13596192; São Carlos; Décima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Cauduro Padin; Julg. 29/05/2020; DJESP 03/06/2020; Pág. 2367)." (grifei)*

*"(...) 2- Réu que não apresenta nenhuma prova de suas alegações, não se desincumbindo de provar ausência de falha na prestação do serviço ou culpa exclusiva do consumidor, nos termos do art. 14, §3º, do CDC;3- Constatada a fraude, resta caracterizada a responsabilidade objetiva do apelante, na forma do art. 14 do CDC. Verbete sumular nº 479 do E. STJ;4- Precedentes;5- Negado provimento ao recurso. Honorários majorados em 2% do valor da condenação, conforme a regra do art. 85, § 11 do CPC. (TJRJ; APL 0032962-*

*36.2017.8.19.0209; Rio de Janeiro; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra de Melo; DORJ 17/07/2020; Pág. 677).”*

Desta forma, comprovado que o dano suportado pela empresa autora se deu em razão da obtenção de seus dados sigilosos por golpistas, que valeram-se de fragilidades da segurança do *internet banking* da instituição financeira, há que reconhecer a responsabilidade civil objetiva desta sobre o caso.

De outro tanto, a prova da suposta inexistência de fraude incumbia exclusiva ao banco apelante, em consonância com o disposto no CDC e artigo 373, inciso II do CPC, tendo este se limitado ao campo das alegações.

Quanto à alegação de que deve ser afastada a abstenção de aplicação de juros e multa sobre o limite do cheque especial, tenho que não merece prosperar, considerando que, como amplamente debatido acima, foi a requerida quem deu causa a essa situação, quando não promoveu a segurança necessária em seu ambiente virtual.

Assim, deve ser mantida a sentença que determinou a abstenção de juros e multa sobre o limite do cheque especial, utilizado no dia 06/06/2017, no valor de R$23.997,60 (vinte e três mil e novecentos e noventa e sete reais e sessenta centavos) através de transações fraudulentas.

Em consequência, é de rigor também, diante do reconhecimento da falha na prestação do serviço, da qual decorre sua responsabilidade objetiva, o dever do banco apelante de indenizar os danos materiais, com a restituição dos valores transferidos da conta bancária da empresa apelada, de forma ilegal.

Por fim, no que tange ao dano moral, tenho que restou caracterizado, pois em razão das transferências eletrônicas através de atuação de terceiros fraudadores, ocorrendo a falha do serviço prestado, a empresa recorrida teve sua conta bancária bloqueada e foi ainda desprovida de valores que lhe pertenciam.

Ademais, impõe-se considerar todos os transtornos gerados, a repercussão e consequências corriqueiras derivadas da utilização indevida de valores em conta bancária.

Denota-se também que a apelada tentou por diversas vezes resolver a situação extrajudicialmente, contudo sem êxito, por inexistir qualquer interesse por parte do banco apelante, que insistiu em afirmar que foi culpa exclusiva da vítima.

Portanto, comprovando-se o ato ilícito, impõe-se o dever de reparar os danos causados.

O dano moral configura-se *in re ipsa*, derivando, inexoravelmente, do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provado este fato, *ipso facto*, está demonstrada dor moral, numa típica presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Desse modo, verificando-se a conduta negligente da instituição financeira requerida, consequentemente, a decorrência de danos morais são presumidos, tornando-se desnecessária a produção de provas nesse sentido.

Trata-se, repita-se, de dano moral *in re ipsa,* pois decorrem dos próprios fatos que deram origem à propositura da presente ação. A propósito, é pacífico o entendimento jurisprudencial deste Tribunal, senão vejamos:

*“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO POR SAQUE INDEVIDO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRANSAÇÕES EFETUADAS ATRAVÉS DO APLICATIVO INTERNET BANKING – DÉBITO NÃO AUTORIZADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE CIVIL VERIFICADA – DANO MORAL IN RE IPSA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO. Restando clara a negligência da instituição financeira deve-se tomar as devidas cautelas quanto aos seus serviços prestados. Em razão da relação consumerista, aplicável o CDC. Assim, a responsabilidade caracterizada nos autos é objetiva. Quer-se*

*com isso dizer que a instituição responde pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, somente podendo ser afastada tal responsabilidade em caso de inexistência do defeito, da prestação de serviço ou por culpa exclusiva do consumidor.* ***Considerando os transtornos gerados, a repercussão e consequências derivadas, bem como as condições econômicas de ambas das partes, especialmente do banco demandado, empresa dotada de estrutura patrimonial expressiva, de projeção nacional, entendo que o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) fixado na sentença é suficiente, condiz com os fatos narrados e deve ser mantido.*** *Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide. Recurso improvido. Sentença mantida. (****TJMS****. Apelação Cível n. 0802183-51.2017.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 05/02/2019, p: 06/02/2019)" (grifei)*

*"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO CUMULADA COM INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, DANOS MATERIAIS E MORAIS -* ***EMPRÉSTIMO NA MODALIDADE INTERNET BANKING - REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO – NÃO DEMONSTRADA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS*** *– VALOR DO DANO MORAL – REDUZIDO – RESTITUIÇÃO DOS VALORES – MANTIDA – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Compete à instituição financeira, em razão da inversão do ônus da prova, a demonstração de regularidade nas operações impugnadas pela parte autora, encargo do qual não se desincumbiu, pois os documentos pelo réu carreados nestes autos não se mostram suficientes a comprovar sua alegação quanto à ausência de fraude na operação financeira, não sendo possível eximir-se de tal enquadramento sob a alegação de exercício regular de um direito.* ***Configurado o dano moral na espécie, sendo prescindível a prova do prejuízo moral causado na hipótese da contratação fraudulenta de empréstimos, estando evidente que o procedimento adotado pelo banco réu foi além do mero dissabor ou transtorno, especialmente pelo fato de ter havido descontos em conta corrente do autor, ficando privado de seu saldo financeiro indevidamente.*** *Na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, atendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razões pelas quais deve ser reduzido, no caso analisado. O dano material deve ser restituído de forma simples, conforme estipulado em primeiro grau. (TJMS. Apelação Cível n. 0820436-41.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 30/09/2019, p: 01/10/2019)" (grifei)*

*"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E DANOS MORAIS – PAGAMENTO DE CONTA DE ELEVADO VALOR EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DE VALORES SEM AUTORIZAÇÃO DOS AUTORES – FRAUDE CONSTATADA – DEVER DE GUARDA E ZELO DA CONTA BANCÁRIA VIOLADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – EXEGESE DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE – ILÍCITO QUE ACARRETOU O CANCELAMENTO DOS CARTÕES DE CRÉDITO DOS AUTORES ANTES DE VIAGEM E INDISPONIBILIDADE DOS VALORES EM RAZÃO DAS OPERAÇÕES FRAUDULENTAS – VALOR – FIXAÇÃO – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – QUANTUM MANTIDO – DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO* (TJMS. Apelação Cível n. 0800318-41.2019.8.12.0044, Sete Quedas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 22/06/2020, p: 25/06/2020)"

Com efeito, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano é intuitivo, uma vez que o constrangimento, preocupação e transtornos suportados pela apelada caracterizam a dor moral e são decorrência lógica da situação relatada.

A responsabilidade do banco é objetiva, de modo que o dever de indenizar somente é afastado caso se comprove a ocorrência de uma das excludentes da responsabilidade, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva de terceiros, conforme estabelece o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorreu no presente caso, como já mencionado.

No que concerne ao valor da indenização, a compensação por dano moral é arbitrada por equidade pelo magistrado, por não existir lei regulamentando a forma de fixar o valor.

Assim, para a fixação do *quantum* indenizatório deve-se levar em conta as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido de punição.

O ordenamento jurídico não traz parâmetros legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato.

Além disso, na quantificação da reparação do dano moral há de se observar também a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa, atendendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias a emoldurar o caso, bem como a força econômico-financeira do ofensor, a extensão dos danos causados e o caráter pedagógico da condenação, revela-se como justo e coerente o arbitramento no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), os quais são suficientes para recompensar o desconforto sofrido, sem caracterizar um prêmio indevido à vítima ou a impossibilidade de o banco apelante cumprir a obrigação ora imposta, razão pela qual mantenho o *quantum* indenizatório fixado em sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso e, nego provimento à apelação interposta por Banco Santander (Brasil) S/A, para manter integralmente a sentença objurgada.

Nos termos do artigo 85, § 11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários recursais em 05% (cinco por cento) sobre o valor da condenação atualizado, restando definitivamente fixados em 20% (vinte por cento).

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(a) Exmo(a). Sr(a). Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Cível
## Relator em substituição legal Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
## Apelação Cível nº 0840410-35.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIREITO DO CONSUMIDOR – VÍCIO DO PRODUTO – BEM DURÁVEL – PRAZO DECADENCIAL DE 90 DIAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO FORMAL DO FORNECEDOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC) significa dizer que o produto é defeituoso no sentido de que pode causar um dano ao consumidor, acarretando riscos à saúde e a segurança. A indenização decorre da responsabilidade do fornecedor pelo acidente de consumo causado em razão dos defeitos apresentados no produto ou no serviço.

Ocorre que a insurgência da apelante se dá quanto aos vícios (defeitos internos) apresentados pelo motor adquirido da apelada, de tal sorte que o caso dos autos se trata de vício do produto (art. 18 do CDC), incindindo o prazo decadencial de 90 dias, previsto no art. 26, II, CDC.

É certo que, nos termos do art. 26, §2º, I, do CDC, a reclamação comprovadamente formulada obsta o prazo decadencial, contudo, no caso dos autos não comprovou a apelante ter formulado reclamação formal perante a fornecedora, culminando na decadência do seu direito.

Recurso conhecido e improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2020.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

### RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de *apelação cível* interposta por Transtec Indústria e Comércio de Transformadores Ltda em face de S.J.L Comércio de Peças Automotivas Ltda – ME, pretendendo a reforma da sentença de fls. 246/256, que acolheu a decadência do direito da apelante em relação ao pedido de restituição de valores e julgou improcedente o pedido remanescente.

Sustenta, em síntese, que o problema identificado no motor adquirido da apelada trata-se de vício oculto e, tão logo percebeu o problema, tratou imediatamente de solicitar junto a mesma a solução do problema, de modo que, a teor do que dispõe o art. 26, §2º, I, do CDC, a reclamação do consumidor obsta o prazo decadencial.

Assevera que, como não houve solução do problema, se viu obrigada a ajuizar a presente ação buscando o ressarcimento pelos prejuízos que teve em razão dos problemas identificados no produto adquirido.

Defende que o caso se trata de indenização por fato do produto, de tal sorte que a pretensão não se sujeita à decadência, mas sim à prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a decadência, julgando-se procedentes os pedidos formulados na inicial.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Transtec Indústria e Comércio de Transformadores Ltda em face de S.J.L Comércio de Peças Automotivas Ltda – ME, pretendendo a reforma da sentença de fls. 246/256, que acolheu a decadência do direito da apelante em relação ao pedido de restituição de valores e julgou improcedente o pedido remanescente.

Sustenta, em síntese, que o problema identificado no motor adquirido da apelada trata-se de vício oculto e, tão logo percebeu o problema, tratou imediatamente de solicitar junto a mesma a solução do problema, de modo que, a teor do que dispõe o art. 26, §2º, I, do CDC, a reclamação do consumidor obsta o prazo decadencial.

Assevera que, como não houve solução do problema, se viu obrigada a ajuizar a presente ação buscando o ressarcimento pelos prejuízos que teve em razão dos problemas identificados no produto adquirido.

Defende que o caso se trata de indenização por fato do produto, de tal sorte que a pretensão não se sujeita à decadência, mas sim à prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a decadência, julgando-se procedentes os pedidos formulados na inicial.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

Admissibilidade.

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes, pois, além de tempestivo, o preparo foi devidamente recolhido (fls. 273/275). Assim, recebo o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo (art. 1012 e 1.013, ambos do CPC).

Mérito.

Quanto ao mérito, extrai-se dos autos que a sentença acolheu a alegação de decadência do direito da apelante em relação ao pedido de restituição de valores, ao entendimento de que o caso se subsume ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor no art. 26, inciso II.

A apelante, por seu turno, entende que trata-se o caso dos autos de indenização por fato do produto e, portanto, não aplica-se o prazo decadencial de 90 dias, mas sim a prescrição quinquenal do art. 27 do CDC.

Dessa forma, primeiramente, impõe-se esclarecer se o caso dos autos trata-se de prazo decadencial ou prescricional e, em seguida, se a pretensão da apelante restou alcançada por algum deles.

Pois bem. A tese defendida pela apelante, de que trata-se de fato do produto, não encontra guarida nos autos.

Isso porque, a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC) significa dizer que o produto é defeituoso no sentido de que pode causar um dano ao consumidor, acarretando riscos à saúde e a segurança. A indenização decorre da responsabilidade do fornecedor pelo acidente de consumo causado em razão dos defeitos apresentados no produto ou no serviço.

Cláudia Lima Marques[4], ao discorrer sobre o assunto, leciona que:

> *"Responsabilidade do fornecedor: Realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presente nas normas do CDC (arts. 12 a 17), está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito (falha na segurança) ou na existência de um vício (falha na adequação, na prestabilidade). Observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na idéia de garantia implícita do sistema de cammon Law (implied warranty). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores. [...]"*

Nesse sentido:

> *Agravo de instrumento – Ação de indenização – Consumidor – Acidente de consumo – Fogos de artifício – Responsabilidade pelo fato do produto. O art. 12 do CDC regula a responsabilidade pelo fato do produto, estabelecendo taxativamente a enumeração daqueles que respondem pelos danos causados aos consumidores. O comerciante só responde subsidiariamente nas hipóteses previstas no art. 13 do CDC. Decisão que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva do comerciante. Manutenção. Agravo de instrumento desprovido (TJRS – 6ª Câm. – Ag. In. 70002372852 – rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier – j. 30.05.2011).*

Nas hipóteses em que houver acontecimento externo (acidente de consumo), não se trata de fato do produto, mas sim de vício do produto (art. 18 do CDC).

Silvio de Salvo Venosa[5] muito bem explora a diferença entre a responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto em sua obra Responsabilidade Civil. Vejamos:

> *"A responsabilidade por vício do produto e do serviço está estabelecida nos arts. 18 a 20 do CDC, não se confundindo com a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Os defeitos aqui são intrínsecos aos produtos e não se cuida dos danos causados por eles, como já visto. Os artigos tratam do defeito do produto por vícios de qualidade e quantidade, impropriedade ou inadequação para a respectiva finalidade."*

O caso dos autos, a bem da verdade, versa sobre responsabilidade por VÍCIO do produto.

Basta compulsar os autos para constatar que a insurgência da apelante se dá quanto aos vícios (defeitos) apresentados pelo motor adquirido da apelada que, como visto, realmente teria apresentado problemas, contudo, relacionado a impropriedade ou inadequação para a finalidade a que se destina, incindindo, portanto, o prazo decadencial de 90 dias, previsto no art. 26, inciso II, do CDC (motor - bem durável) e não o prescricional do art. 27 do CDC.

A propósito, muito didático e elucidativo é o voto proferido pelo e. Min. João Otávio de Noronha do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.303.510/SP. Confira:

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. REVESTIMENTO DE PISO EM PORCELANATO. VÍCIO DO PRODUTO. AÇÃO CONDENATÓRIA. DECADÊNCIA. 1. Inexiste ofensa aos arts. 165 e 458 do CPC*

4 MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, pg. 378.

5 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Nova edição. Volume 4. Responsabilidade Civil. Editora Atlas: São Paulo. 2009. Página 248.

*quando o decisum se manifesta, de modo claro e objetivo, acerca da matéria submetida a sua apreciação. 2. O Código de Defesa do Consumidor estabelece dois regimes jurídicos para a responsabilidade civil do fornecedor: a responsabilidade por fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17) e a responsabilidade por vício do produto ou serviço (arts. 18 a 25). Basicamente, a distinção entre ambas reside em que, na primeira, além da desconformidade do produto ou serviço com uma expectativa legítima do consumidor, há um acontecimento externo (acidente de consumo) que causa dano material ou moral ao consumidor. Na segunda, o prejuízo do consumidor decorre do defeito interno do produto ou serviço (incidente de consumo). 3. Para cada um dos regimes jurídicos, o CDC estabeleceu limites temporais próprios para a responsabilidade civil do fornecedor: prescrição de 5 anos (art. 27) para a pretensão indenizatória pelos acidentes de consumo; e decadência de 30 ou 90 dias (art. 26) para a reclamação pelo consumidor, conforme se trate de produtos ou serviços não duráveis ou duráveis. 4. Tratando-se de vício oculto do produto, o prazo decadencial tem início no momento em que evidenciado o defeito, e a reclamação do consumidor formulada diretamente ao fornecedor obsta o prazo de decadência até a resposta negativa deste. 5. Inexistindo, no caso, prova da resposta negativa, o ajuizamento de cautelar preparatória de produção antecipada de provas evidencia o exaurimento das tratativas negociais, contando-se o prazo decadencial a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, que reconheceu a existência de vício do produto. Ocorrido o trânsito em julgado em 11.4.2002, a ação condenatória, ajuizada em 21.4.2003, cujo pedido se circunscreve ao prejuízo diretamente relacionado ao vício do produto, não abrangendo danos a ele exteriores, encontra-se atingida pela decadência do direito do consumidor. 6. Recurso especial conhecido e desprovido.*

Dentro desse contexto, considerando tratar-se de vício do produto, resta saber se a pretensão da apelante foi de fato alcançada pelo prazo decadencial de 90 dias (art. 26, II, CDC[6]).

A prova contida nos autos dá conta que a apelante, proprietária de um caminhão Volvo S40, adquiriu um motor usado da apelada que contava, à época da aquisição, com cerca de 67 mil quilômetros rodados.

O motor foi instalado no caminhão da apelante em 09/08/2013 e logo teria apresentado problemas. Infere-se que foram efetuados reparos no motor nas seguintes datas: 10/03/2014 (fl. 56), 17/03/2014 (fl. 58) e em 16/04/2014 (fl. 62).

É cediço que, nos termos do art. 26, §2º, I, do CDC, a reclamação comprovadamente formulada obsta o prazo decadencial. Vejamos a redação do citado dispositivo:

*§ 2° Obstam a decadência:*

*I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;*

Contudo, ao analisar minudentemente os autos, a despeito da apelante ter promovido 3 reparos no motor, inexiste nos autos qualquer documento capaz de comprovar que teria formulado reclamação perante a empresa apelada.

Chamo a atenção que a apelada, desde a contestação, alega que após a venda em 26/07/2013, nunca mais teria ocorrido qualquer contato com a apelante (fl. 138).

Desse modo, a despeito de asseverar na inicial que teria realizado contatos telefônicos, fato é que não provou ônus que lhe competia no sentido de comprovar a reclamação perante a fornecedora.

Nesses termos, considerando que o motor adquirido foi instalado em 09/08/2013 e que o último reparo foi realizado em 16/04/2014 e que não há nos autos prova da reclamação formal perante a apelada, não restam dúvidas de que restou configurada a decadência de seu direito, uma vez que a ação somente foi ajuizada na data de 17/11/2015.

6

Ainda que se possa considerar a anterior ação proposta perante a 10ª Vara do Juizado Especial Cível como marco interruptivo ou suspensivo, o protocolo da citada ação se deu em 05/02/2015, data em que também já havia escoado o prazo decadencial.

Em vista destas circunstâncias, o recurso de apelação não comporta provimento.

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, como no caso em apreço, em que restaram suficientemente expostos os motivos pela manutenção da sentença recorrida.

Por fim, unicamente a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Transtec Indústria e Comércio de Transformadores Ltda, porém nego-lhe provimento, ficando mantida a sentença objurgada em todos os seus termos.

Com fundamento no art. 85, §2º do CPC, majoro a verba honorária estabelecida na sentença em 2%.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2020.

***

# Jurisprudência Criminal



## 3ª Câmara Criminal
## Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
## Recurso em Sentido Estrito nº 0000483-14.2015.8.12.0028 – Bonito

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME AMBIENTAL – ARTIGO 38 DA LEI 9.605/98 – PLEITO MINISTERIAL – PRELIMINAR – RECONSIDERAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – MATÉRIA ALEGADA NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO – POSSIBILIDADE DE REANÁLISE PELO MAGISTRADO – NÃO ACOLHIDA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA POR FALTA DE LAUDO PERICIAL – AUTO DE INFRAÇÃO DO IBAMA – PRETENDIDO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – CABIMENTO – LASTRO PROBATÓRIO RAZOÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É possível a reconsideração do recebimento da denúncia em momento imediatamente posterior ao oferecimento da resposta escrita (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal). Se a mudança no posicionamento do magistrado decorrer do acolhimento de proemial suscitada pela defesa na forma do art. 396-A do CPP ou de qualquer dado inédito noticiado nos autos relativamente à admissibilidade da acusação, não há nulidade a ser declarada, tendo em vista que tal norma possibilita a arguição de preliminares e, por conseguinte, uma reanálise dos requisitos formais da acusação pelo juiz.

Segundo precedente desta colenda Terceira Câmara Criminal, *"a falta do laudo pericial, atestando a potencialidade lesiva do impacto ou dano ambiental, diz respeito à análise da prova produzida no feito, de modo que o momento adequado para discussão sobre sua imprescindibilidade é quando da instrução do feito e não no momento do recebimento da denúncia."*

Não há falar em ausência de justa causa para a ação penal se a exordial acusatória foi instruída com lastro probatório mínimo de indícios de autoria e materialidade delitivas.

Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitaram a preliminar suscitada e deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Ministério Público Estadual contra decisão que rejeitou a denúncia oferecida em face de Jonny Adriano Mazochin quanto ao crime descrito no artigo 38 da Lei nº 9.605/98, com fundamento na ausência de justa causa, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Alega o *Parquet*, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida. Aduz que o magistrado *a quo* não poderia ter reconsiderado o recebimento da inicial acusatória, a fim de rejeitá-la, utilizando-se de fundamento

não suscitado pela defesa na resposta à acusação. No mérito, pede a reforma do *decisum* a fim de que seja determinado o recebimento da inicial e o prosseguimento do feito (p. 233-250).

Em contrarrazões, o recorrido pediu o não provimento do recurso (p. 253-264).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opina pelo acolhimento da preliminar suscitada nas razões recursais para o fim de anular a decisão recorrida; e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial (p. 275-286).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Jonny Adriano Mazochin como incurso nas penas cominadas aos delitos dos artigos 38, *caput*, e art. 60 ambos da Lei n° 9.605/98, na forma do concurso material de crimes, porque segundo narrou na inicial acusatória:

> *"Consta do caderno indiciário anexo que, no dia 15 de outubro de 2014, por volta das 11h50min, na propriedade denominada 'Estância NB', localizada no município de Bonito/MS, o denunciado Jonny Adriano Mazochi destruiu floresta considerada de preservação permanente.*
>
> *Conforme se apurou, na data dos fatos, Policias Militares Ambientais deslocaram-se até o local indicado e, após vistoria na margem direita de um curso d'água natural (Rio Formosinho) de cordenadas 21'11"53.1"S – 56'27"32"W, constataram que o denunciado Jonny Adriano Mazochi suprimiu uma fração de hectare de vegetação da área de preservação permanente, para a implantação de passarelas e decks de madeira na área de preservação permanente.*
>
> *Consta, ainda, que o denunciado Jonny Adriano Mazochi fez construção de pergolado com a passarela extensa ligando-o a outro deck.*
>
> *Necessário informar que o denunciado Jonny Adriano Mazochi não tinha autorização do órgão competente para realizar supressão da referida vegetação, bem como as construções."*

Foi reconhecida a prescrição quanto ao delito do art. 60, da Lei 9605/98 e, no tocante ao crime tipificado no art. 38, a denúncia foi recebida, em razão de estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal (p. 177-178).

Entretanto, após resposta à acusação, foi proferida sentença rejeitando a denúncia, com fundamento ao art. 395, III, do CPP (p. 210-217).

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso em sentido estrito.

Alega o *Parquet*, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida. Aduz que o magistrado *a quo* não poderia ter reconsiderado o recebimento da inicial acusatória, a fim de rejeitá-la, utilizando-se de fundamento não suscitado pela defesa na resposta à acusação. No mérito, pede a reforma do *decisum* a fim de que seja determinado o recebimento da inicial e o prosseguimento do feito (p. 233-250).

Em contrarrazões, o recorrido pediu o não provimento do recurso (p. 253-264).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opina pelo acolhimento da preliminar suscitada nas razões recursais para o fim de anular a decisão recorrida; e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial (p. 275-286).

A preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

Extrai-se do caderno que a magistrada de primeira instância reconsiderou a decisão que recebeu a denúncia, por entender ausente a justa causa para a ação penal.

Por oportuno, colhe-se excerto da aludida fundamentação:

> *"No caso em tela, em que pese o acusado tenha feito intervenção em área de preservação com a construção de decks e passarelas de madeira, não há nos autos qualquer informação que tal área fosse composta por floresta. O crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98 exige que a área destruída, desmatada ou utilizada em desacordo com as normas de proteção ambiental, além de se encontrar em área de preservação permanente, se trate de floresta, ainda que em formação.*
>
> *Considerando que o tipo penal inserto no art. 38, caput, da Lei 9.605/98 prevê expressamente que é crime 'Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção', entendo ser imprescindível a existência de laudo pericial para demonstrar que a vegetação suprimida é, de fato, considerada de preservação permanente.*
>
> *In casu, não há qualquer documento nesse sentido, nem mesmo um Auto de Infração Ambiental, sendo que o teor Boletim de Ocorrência juntado aos autos, por si sós, não são suficientes para atestar, com a necessária certeza exigida pelo tipo penal. Se não há nos autos perícia, ou mesmo documento hábil a delimitar o tipo de vegetação suprimida, inviável o processamento do réu pela prática do delito.*
>
> *(...)*
>
> *Ora, se estabelece que a construção de decks e passarelas são considerados de baixo impacto ambiental, bem como não necessitam de licença ambiental em se tratando de uso particular do imóvel rural não há como processar o réu por crime ambiental.*
>
> *Não se vislumbra, in casu, justa causa, para a instauração da ação penal, com relação a esse fato, porquanto ausente prova da materialidade notadamente porque, embora a denúncia aponte uma vistoria no dia 15 de outubro de 2014 realizada pelo IBAMA, nenhum elemento há de quando se deu o corte da provável vegetação nativa que existia no local ou se ela realmente existia.*
>
> *Nessas condições, percebo que o lastro probatório angariado na investigação não tem o condão de autorizar a instauração da ação penal do fato descrito na denúncia."* (Destaques não originais)

Pois bem. Nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal a rejeição da denúncia de ofício deve ser operada antes da resposta à acusação. Veja-se:

> *"Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias." (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

Destarte, após a reforma processual de 2008, estabeleceu-se o entendimento, do qual compartilho, de ser possível a reconsideração do recebimento da denúncia até o momento imediatamente posterior ao oferecimento da resposta escrita (arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal).

Se a mudança no posicionamento do magistrado decorrer do acolhimento de proemial suscitada pela defesa na forma do art. 396-A do CPP ou de qualquer dado inédito noticiado nos autos relativamente à admissibilidade da acusação, não há nulidade a ser declarada, tendo em vista que tal norma possibilita a arguição de preliminares e, por conseguinte, uma reanálise dos requisitos formais da acusação pelo juiz.

Gize-se entendimento da Corte Superior de Justiça:

> *"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – NÃO CABIMENTO – DENÚNCIA – RECEBIMENTO –* ***RESPOSTA DO ACUSADO – RETRATAÇÃO – POSTERIOR REJEIÇÃO DA INICIAL ACUSATÓRIA – RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA APÓS A RESPOSTA DO RÉU – POSSIBILIDADE*** *– HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...)*
>
> *III – 'O recebimento da denúncia não impede que,* ***após o oferecimento da resposta do acusado*** *(arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal), o Juízo reconsidere a decisão prolatada e, se for o caso, impeça o prosseguimento da ação penal.' (AgRg no REsp 1.218.030/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 10/4/2014). Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a ilustre decisão do Magistrado de primeiro grau que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, III, do CPP."* (STJ, HC 294.518/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015). (Destaques não originais)
>
> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – FALSIFICAÇÃO DO SELO OU SINAL PÚBLICO – ART. 296 DO CÓDIGO PENAL – CP. QUADRILHA OU BANDO – ART. 288 DO CÓDIGO PENAL – CP. LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES – ART. 1º DA LEI N. 9.613/98. 1) INOVAÇÃO RECURSAL – DESCABIMENTO – 2)* ***REJEIÇÃO DA DENÚNCIA DE OFÍCIO APÓS SEU RECEBIMENTO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – DESCABIMENTO, ANTE A FALTA DE PEDIDO DA DEFESA –*** *AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Em sede de agravo regimental, não cabe acrescentar fundamentos que configuram em tese violação de dispositivo legal apontado em recurso especial, pois não se admite a inovação recursal. 2.* ***Conforme artigo 396 do Código de Processo Penal – CPP, a rejeição da denúncia de ofício deve ser operada antes da resposta à acusação****. 2.1. Para além disso,* ***a rejeição da denúncia em juízo de reconsideração ou retratação é admissível na análise da resposta à acusação (art. 396-A do CPP), se a defesa houver apresentado tese neste sentido****. 3. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido."* (AgRg no Resp nº 1.610.964 - RJ (2016/0168350-8), Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j: 23/04/2019, DJe 30/04/2019, destaques não originais)

Extrai-se da Resposta à Acusação de p. 200-208, que a Defesa suscitou preliminares de inadequação do rito processual, da inépcia da inicial acusatória e a anulação do processo por ausência de exame pericial, sob o argumento de que *"não há exame pericial ambiental na região para confirmar a materialidade delitiva, pois caso existisse nos autos poder-se-ia comprovar se a extensão vegetal que fora supostamente destruída/danificada é de uma floresta."*

Pediu, também, absolvição sumária por atipicidade da conduta, nos termos do art. 397, inciso III do Código de Processo Penal. Alternativamente, o reconhecimento da causa de excludente de ilicitude, qual seja, o exercício regular de um direito, com fundamento no art. 397, inciso I do Código de Processo Penal.

Assim, uma das teses defensivas arguidas pelo recorrido é relativa à ausência de provas da materialidade delitiva, matéria que foi utilizada pela magistrada singular para considerar a falta de justa causa e reconsiderar o recebimento da denúncia.

Consoante excerto retrotranscrito, entendeu a juíza *a quo*: *"Não se vislumbra, in casu, justa causa, para a instauração da ação penal, com relação a esse fato, porquanto ausente prova da materialidade"*, fundamento, como visto, alegado pela Defesa em Resposta à Acusação, ainda que de forma desordenada na respectiva peça.

Fato é que o acusado trouxe o argumento da ausência de prova da materialidade para o caderno processual e, na sequência, a julgadora procedeu ao exame das razões expostas pela defesa, rejeitando a inicial acusatória.

Inviável, nesse cenário, falar em nulidade.

No mérito, resta melhor sorte ao pleito recursal.

No caso, a rejeição se deu pela falta de justa causa, tendo em vista que não foi trazido ao inquérito o laudo pericial, tido como imprescindível para a magistrada de instância singela.

Segundo o entendimento do Professor Aury Lopes Júnior[1], a justa causa está relacionada à existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, ligada a elementos probatórios suficientes para se admitir a investigação preliminar, ou seja, deve a acusação *"ser portadora de elementos –geralmente extraídos da investigação preliminar (inquérito policial) – probatórios que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatizarão e penas processuais (...)."*

Nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a justa causa se refere à existência de um suporte probatório mínimo, como se verifica no precedente, de relatoria da Ministra Rosa Weber em RHC nº 129774:

> *"EMENTA – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIME MILITAR – DANO QUALIFICADO – ARTIGO 259, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA – SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO EXISTENTE. 1.* ***Não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade****. 2. A denúncia, na hipótese, revela ocorrência de fato típico com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, de modo a possibilitar o pleno exercício da defesa. 3. Inviável a análise do liame entre a conduta do paciente e o fato criminoso, porquanto demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedente. 4. O trancamento da ação penal na via do habeas corpus só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento."* (RHC 129774, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, Acórdão Eletrônico DJe-035 Divulg 24-02-2016 Public 25-02-2016). (Destaques não originais)

Destarte, para falar na presença de justa causa, não é exigida a cognição exaustiva e a apreciação exauriente dos argumentos apresentados das partes. Basta a presença de indícios razoáveis de autoria e de materialidade para que seja iniciada a persecução penal.

Nesse particular, ao que parece, a d. Magistrada equivocou-se, principalmente quando asseverou não haver documento apoiando a exordial acusatória. Gize-se: *"In casu,* ***não há qualquer documento nesse sentido, nem mesmo um Auto de Infração Ambiental, sendo que o teor Boletim de Ocorrência juntado aos autos,*** *por si sós, não são suficientes para atestar, com a necessária certeza exigida pelo tipo penal."* (destaques não originais)

Ao contrário, consta no caderno o Auto de Infração n.º 9074203, lavrado pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, na data de 15 de outubro de 2014, em nome do autuado Jonny Adriano Mazochin, que descreve a infração ambiental narrada na denúncia, bem como a aplicação da multa no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) (p. 135):

1 JÚNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 378.

*"Descrição da Infração*

*Destruir uma fração de hectare da área de Preservação Permanente na margem direita do rio formozinho na coordenada 21'11'53.1"'S – 56'27'32.9"'W Município de Bonito-MS sem autorização legal."*

Em caso semelhante, recentemente julgado, esta colenda Câmara Criminal deixou assentado que, em casos tais, a questão relativa ao laudo pericial diz respeito à análise da prova produzida no feito, de modo que o momento adequado para discussão sobre sua imprescindibilidade é quando da instrução criminal. Veja-se:

*"EMENTA – RECURSO NO SENTIDO ESTRITO – CRIME AMBIENTAL – ARTIGO 38 DA LEI 9.605/98 – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – PRELIMINAR – PRECLUSÃO PRO JUDICATO – NÃO ACOLHIDA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA POR FALTA DE LAUDO PERICIAL – PRETENDIDO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – CABÍVEL – LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*I - Com o advento da Lei n. 11.719/2008, introduziu ao Código de Processo Penal, os artigos 396 e 396-A, os quais dispõem acerca da obrigatoriedade de citação do acusado para responder à acusação, e com isso, abre-se um novo momento de juízo de saneamento, que ocorre quando do exame das razões expostas pela defesa, para fins de rejeição da denúncia ou de sua extinção prematura, tudo para prestigiar a higidez processual, as garantias processuais, a economia do processo penal, bem como a ampla defesa e ao contraditório. Não havendo que se falar em preclusão pro judicato, porque as condições da ação e os pressupostos processuais são matérias de ordem pública e podem ser conhecidas à qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte.*

*II - A falta do laudo pericial, atestando a potencialidade lesiva do impacto ou dano ambiental, diz respeito à análise da prova produzida no feito, de modo que o momento adequado para discussão sobre sua imprescindibilidade é quando da instrução do feito e não no momento do recebimento da denúncia. Por ora, perquire-se a presença de indícios probatórios suficientes para a instauração da ação penal. No caso, extrai-se do procedimento investigatório e da exordial acusatória a presença de justa causa necessária para o início da ação penal, vez que presente os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.*

*III – Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido."* (Recurso Em Sentido Estrito nº 0000481-44.2015.8.12.0028 – Bonito, julgado em 20/02/2020)

A propósito, colho dos fundamentos utilizados pelo ilustre Relator, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, *in verbis*:

*"É certo que a maior parte das ações ambientais, como no caso, decorre de fatos simples e diretos: a supressão de vegetação e a intervenção em uma área protegida, que costumam ser demonstrados pelas vistorias e análise do órgão ambiental ou pelos auxiliares técnicos do próprio Ministério Público, que gozam de fé pública e suporte mínimo probatório, permitindo uma compreensão suficiente do ocorrido.*

*Caberá ao réu fazer a contraprova, trazendo o trabalho de seu assistente ou requerendo a perícia em juízo.*

*Ademais, verificando a persistência da controvérsia, o juiz recorrerá a um perito ou determinará as provas que entender pertinentes.*

*Neste toar, a falta do laudo pericial, atestando a potencialidade lesiva do impacto ou dano ambiental, diz respeito à análise da prova produzida no feito, e o momento adequado para discussão sobre sua imprescindibilidade é quando da instrução do feito, e não no momento do recebimento da denúncia.*

*Por ora, perquire-se, como já referido, a presença de indícios probatórios suficientes para a instauração da ação penal."*

No panorama apresentado, resta evidente a justa causa para a ação penal, tendo em vista que a exordial acusatória foi instruída com lastro probatório mínimo de indícios de autoria e materialidade delitivas.

Ante o exposto, em parte com o parecer, rejeito a preliminar suscitada e dou parcial provimento ao recurso a fim de receber a denúncia ofertada em desfavor de Jonny Adriano Mazochin pela prática do delito previsto no artigo 38 da Lei n. 9.605/98.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte.

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar suscitada e deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

***

## 3ª Câmara Criminal
## Relatora designada Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
## Apelação Criminal nº 0007862-19.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS DOS RÉUS – ACESSO AO APARELHO CELULAR – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – VIOLAÇÃO NO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICATÓRIO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – APELANTE MAYARA – 1,070 KG (UM QUILO E SETENTA GRAMAS DE COCAÍNA) – CAPACIDADE DE GERAR 2140 (DUAS MIL, CENTO E QUARENTA) PORÇÕES – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE MANTIDA – ANÁLISE DE OFÍCIO QUANTO AO APELANTE ABEL – POSSIBILIDADE – VETORIAL NEUTRALIZADA – RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA – REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231, DO STJ – TRÁFICO PRIVILEGIADO – INAPLICABILIDADE – *QUANTUM* REDUTOR MANTIDO – HEDIONDEZ AFASTADA DE OFÍCIO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS DESPROVIDOS.

A simples checagem de mensagens e vídeos armazenados em aparelho celular, por si só, não é capaz de configurar violação ao sigilo telefônico, mormente considerando o disposto no artigo 6º, do Código de Processo Penal. Ademais, as informações que levaram os policiais à casa do réu foram obtidas em conversa com o menor, e não exclusivamente da verificação do seu aparelho celular.

As provas produzidas durante a instrução harmonizam-se com os fatos constatados quando do flagrante e com os depoimentos testemunhais colhidos no curso do inquérito, ressaltando satisfatoriamente comprovada a autoria delitiva imputada ao acusado, relativa ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A quantia de droga apreendida em poder da recorrente Mayara, 1,070 kg (um quilo e setenta gramas) de "cocaína", substância de elevada nocividade e poder viciante, capaz de gerar 2.140 (duas mil, cento e quarenta) porções, por resultar em maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma (saúde pública), deve ser considerada como fator prejudicial no âmbito da dosimetria penal, conforme dicção expressa do artigo 42 da Lei n. 11.343/06.

A quantidade de entorpecente em posse do réu Abel não se revela excessiva a ponto de justificar a exasperação da pena-base, sobretudo porque merece maior reprovabilidade os casos em que se verifica apreensão em montante elevado, sob pena de malferir a individualização da pena.

É possível a análise, de ofício, de questões que envolvam a individualização da pena, ainda que não tenham sido suscitadas nas razões recursais.

Nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é vedado reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecidas duas circunstâncias atenuantes.

Para a aplicação da causa de diminuição de pena, mister a cumulação dos requisitos elencados, ou seja, que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, sendo que "faltando um deles, inviável a benesse legal", nos termos do 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. As circunstâncias em que foi apreendida a cocaína, pela qual a ré alegou ter pago expressivos 27 mil reais, ensejam o entendimento da sua participação em organização criminosa ligada à traficância.

Para determinar a fração de redução concernente ao tráfico privilegiado, deve o julgador balizar-se tanto pelo artigo 59 do Código Penal quanto pelo artigo 42 da Lei nº 11.343/06, de sorte que se revela razoável e proporcional a redução à razão de 1/3 aplicada.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, definiu que o tráfico privilegiado, descrito no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, diferentemente da narcotraficância tipificada no § 1º do mesmo dispositivo da Lei Antitóxicos, não é compatível com a definição de hediondez equiparada prevista na Lei nº 8.072/90, entendimento que, embora não tenha efeito *erga omnes*, deve ser observado pelas instâncias ordinárias, em atenção à segurança jurídica e ao princípio da isonomia.

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, recursos desprovidos e, de ofício, reduzida a pena-base do apelante Abel e afastado o caráter hediondo do tráfico de drogas privilegiado pelo qual o apelante Marcelo foi condenado.

## 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, afastaram a preliminar, conheceram dos recursos, negaram provimento aos apelos de Marcelo Rodolfo das Neves de Oliveira e Abel Oliveira dos Santos e, de ofício, reduziram a pena-base fixada para o réu Abel Oliveira dos Santos ao mínimo legal, nos termos do voto do relator. Por maioria, negaram provimento ao recurso da ré Mayara Úrsula Fazan de Moura, nos termos do voto da Revisora (Desª. Dileta) vencido parcialmente o Relator (Des. Jairo).

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Relatora designada

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Mayara Úrsula Fazan de Moura, Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira e Abel Oliveira dos Santos interpõem recursos de apelação criminal em face da sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara Criminal Residual desta Capital, que condenou a primeira apelante como incursa nas sanções do artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06 e artigo 16, da Lei nº 10.826/03, à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, e os dois últimos como incursos no artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06, fixando para Marcelo a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, com substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, e para Abel a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa..

Recurso de Mayara Úrsula Fazan de Moura e Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira.

Com relação a Marcelo, postulam a redução da pena intermediária, inclusive aquém do mínimo legal, em razão do reconhecimento das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa e, ainda, o aumento do *quantum* de redução relativo ao tráfico privilegiado, com a consequente adequação da pena de multa.

Quanto à Mayara, pugnam pela neutralização da moduladora concernente à quantidade de entorpecente, a aplicação da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado e, também, pela redução da pena acessória.

Por fim, prequestionam a matéria debatida.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 1069/1085 pela manutenção da sentença.

Recurso de Abel Oliveira dos Santos.

Preliminarmente, sustenta que a prova coletada do celular do acusado é ilícita, pois colhida sem autorização judicial.

Argumenta que o conjunto probatório é absolutamente insuficiente para sustentar a condenação por tráfico de drogas, requerendo sua absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificado para o delito previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/06 (posse de droga para consumo pessoal), cuja conduta deve ser descriminalizada.

Por fim, prequestiona a matéria debatida.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 1125/1132 pela manutenção da sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua feita, posicionou-se pelo não provimento dos apelos. (fls. 1137/1154)

É o relatório. À revisão.

## VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recursos Apelação Criminal interpostos por Mayara Úrsula Fazan de Moura, Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira e Abel Oliveira dos Santos em face da sentença proferida pelo juízo da 5ª Vara Criminal Residual desta Capital, que condenou a primeira apelante como incursa nas sanções do artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06 e artigo 16, da Lei nº 10.826/03, à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, e os dois últimos como incursos no artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06, fixando para Marcelo a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, com substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, e para Abel a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa..

Em suas razões de recurso, com relação a Marcelo, postulam a redução da pena intermediária, inclusive aquém do mínimo legal, em razão do reconhecimento das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa e, ainda, o aumento do *quantum* de redução relativo ao tráfico privilegiado, com a consequente adequação da pena de multa.

Quanto à Mayara, pugnam pela neutralização da moduladora concernente à quantidade de entorpecente, a aplicação da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado e, também, pela redução da pena acessória.

Abel Oliveira dos Santos, por sua vez, preliminarmente, sustenta que a prova coletada do celular do acusado é ilícita, pois colhida sem autorização judicial.

Argumenta que o conjunto probatório é absolutamente insuficiente para sustentar a condenação por tráfico de drogas, requerendo sua absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/06 (posse de droga para consumo pessoal), cuja conduta deve ser descriminalizada.

Preliminarmente: da prova ilícita.

Abel Oliveira dos Santos argui preliminar de nulidade das provas obtidas a partir do seu aparelho celular e do menor *****1, sob o fundamento de que não houve qualquer autorização para tanto.

Quanto a tal argumento, saliento que não há qualquer ilegalidade no procedimento, uma vez que o teor das informações ali obtidas mantinham relação direta com a ocorrência investigada.

Infere-se, em verdade, que a autoridade policial simplesmente cumpriu as prerrogativas funcionais asseguradas pelo artigo 6º, do Código de Processo Penal, que permitem aos investigadores a apreensão de todo e qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso apurado, assim como a colheita de todos as provas que servirem à elucidação do fato e suas circunstâncias, especialmente como no caso em comento, em que os policiais visualizaram e ouviram, logo na chegada na casa do menor, a participação deste em chamada via videoconferência com outros indivíduos, relativa à prática de atividades ilícitas.

Outrossim, o que se garante no artigo 5º, XII, da Constituição Federal é o sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, da transmissão de informações via aparelho telefônico, e não do acesso à mensagens ou vídeos armazenados na memória do aparelho celular, emergindo que a simples checagem de tais dados, por si só, não é capaz de configurar violação ao sigilo telefônico.

A propósito, colaciono a jurisprudência deste Sodalício sobre a questão:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS – ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA CONFIGURADA – RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***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 do celular do réu e posterior verificação do conteúdo****. Se o conjunto probatório deixa evidente que o agente praticou o crime de tráfico de drogas, deve ser mantida a condenação. Se a circunstância judicial das consequências do crime foi fundamentada de forma inerente ao tipo penal, reduz-se a pena-base para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Tendo o agente sido condenado definitivamente por duas vezes, não há falar em bis in idem, pois a reincidência não foi considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Resta configurada a agravante da reincidência se entre a data da extinção da pena e a presente infração decorreu lapso temporal inferior a 05 anos (art. 64, I, CP). Deixa-se de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se demonstrado nos autos que o agente possui antecedentes criminais e é reincidente, bem como se dedicava às atividades criminosas. Se o apelante é reincidente e possui circunstâncias judiciais negativas, em atendimento ao art. 33, parágrafos 2º e 3º do Código Penal, deve ser mantido o regime prisional fechado." (*TJMS. Apelação n. 0002018-71.2016.8.12.0018, Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 06/02/2017, p: 08/02/2017). (G.n.)

> *"EMENTA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE – APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR – PERÍCIA – PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – DESNECESSIDADE – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – AFASTADO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS PROVADAS – FATO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – CORREÇÃO EX OFFICIO – DOSIMETRIA DA PENA – INCORRETA REPROVAÇÃO DOS MOTIVOS DO CRIME –*

*RECURSO PROVIDO EM PARTE.* ***Encontra-se sedimentado nesta e. Segunda Câmara Criminal o entendimento no sentido de que não existe qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão dos celulares dos réus e posterior verificação das últimas ligações e mensagens de texto registradas nos referidos telefones móveis, não se exigindo, para tanto, prévia autorização judicial.*** *Restando provado que o recorrente concorreu para o transporte de substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com norma regulamentar, deve-se preservar o édito condenatório. Tratando-se de crime cometido sob a égide da Lei n. 6368/76, mostra-se incorreta a condenação do acusado como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. O intuito de auferir lucro fácil está contido no tipo de tráfico de entorpecentes, de modo que não cabe invocá-lo para o fim de majorar a pena-base, ante a possibilidade de incorrer-se em bis in idem. Recurso provido em parte."* (TJMS. Apelação n. 0001783-02.2015.8.12.0031, Caarapó, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 04/09/2017, p: 11/09/2017). (G.n.)

Vale ressaltar, ademais, que as informações que levaram os policiais a casa de Abel foram obtidas em conversa com o menor, e não exclusivamente da verificação do seu aparelho celular.

Logo, por qualquer ótica que se analise a questão, não vislumbra-se qualquer ilegalidade na prova obtida.

Mérito

Do pleito absolutório: réu Abel Oliveira dos Santos

Exsurge da proemial acusatória que no dia 21 de fevereiro de 2017, na residência localizada na Rua Padre Antônio Franco, n.º 1667, nesta capital, os acusados Abel Oliveira dos Santos e Marcelo Rodolfo da Neves foram presos em flagrante por manter em depósito, para fins de mercancia, 11 (onze) porções e 01 (um) tablete de maconha, pesando no total 940g (novecentos e quarenta gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo se apurou, no dia, hora e local, acima mencionados, policiais militares lotados no Batalhão de Choque, receberam informações da localização dos possíveis autores de um roubo ocorrido em uma tabacaria nesta Capital, na data de 20 de fevereiro 2017, conforme consta no B.O. n.º 2617/2017.

Diante de tal fato, a guarnição se deslocou até a região do Bairro Estrela D'Alva, oportunidade em que abordaram, no interior de um coletivo, o corréu Fernando Patrick Oliveira Souza portando uma pistola, marca Taurus/PT 940C, calibre 40 mm, parcialmente raspada, n.º suc28438, municiada com 06 (seis) cartuchos intactos do mesmo calibre, bem como localizaram com o seu cunhado K. R. C. L. de S., um simulacro de arma de fogo.

Indagado pelos policiais, Fernando confessou a prática do roubo realizado na data anterior e indicou como comparsa o menor infrator *****1.

Os policiais, então, dirigiram-se ao endereço indicado, na Rua São Crispim, n.º 664, nesta Capital, onde se depararam com o adolescente *****1 utilizando um celular, produto do roubo praticado em data anterior, em uma vídeo conferência aparentemente com presidiários, oportunidade em que visualizaram, no citado aparelho, fotos de armas de fogo que estariam sendo ofertadas por indivíduo conhecido como "Marcelinho".

Ao ser indagado pela guarnição policial, Mateus confirmou sua participação no roubo da "Tabacaria", bem como indicou aos policiais onde "Marcelinho" poderia ser localizado.

Em diligências, os policiais se dirigiram até o imóvel localizado na Rua Padre Antônio Franco, n.º 1667, onde surpreenderam Abel Oliveira dos Santos, Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira e o menor infrator *****2, em vídeo conferência com elementos não identificados, tratando da prática de mais ilícitos nesta Capital.

Ao contínuo, em buscas no imóvel, localizaram 940 g (novecentas e quarenta gramas) de maconha, divididas em 11 (onze) porções e 01 (um) tablete, e uma espingarda de pressão de propriedade Marcelo.

A materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente é inconteste e restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 11/15), auto de apreensão (fls. 100/109), laudo preliminar de constatação (fls. 110/112) e laudo de exame de toxicológico (fls. 274/278).

Quanto ao pleito absolutório ou desclassificatório, é sabido que o crime em tela evidencia-se por fatores tais como a quantidade de droga, sua embalagem, e também pela prova testemunhal produzida.

Na fase inquisitiva, o réu confessou a propriedade das porções de maconha apreendidas, esclarecendo que comercializava drogas em sua casa. (fl. 52)

Em juízo, por outro lado, alegou que o entorpecente pertencia a Marcelo e que sequer sabia que estava em sua casa.

Ao ser indagado sobre a contradição em sua narrativa, respondeu que, em delegacia, entendeu errado a pergunta que lhe foi feita e que, na verdade, quis dizer que era usuário de drogas e não proprietário do entorpecente encontrado em sua casa. (áudio – fls. 367/368)

Em que pese sua retratação em juízo, do caderno processual despontam provas seguras e consistentes de que realmente atuava no comércio ilícito de entorpecentes, notadamente tendo em vista que os policiais militares apresentaram narrativas uníssonas e coerentes acerca da dinâmica dos fatos.

Com efeito, os Policiais Militares E. Q. G. e L. V. C. relataram que, durante a abordagem em sua casa, Abel confirmou ser dono da droga ali encontrada. (fls. 16/18 e 22/24)

Em audiência, reiteraram a informação, tendo L., inclusive salientado que, além de Abel ter assumido a propriedade da maconha, o menor infrator, *****2, que também estava na residência, ao ser entrevistado separadamente, explanou que vendia drogas a mando de Abel. (áudio – fls. 476/478)

De igual forma, o Policial Militar A. N. da C., ouvido somente na fase inicial, explanou que, ao chegarem na casa de Abel, vulgo "Shineray", estavam também no local o corréu Marcelo, vulgo "Marcelinho" e o menor *****, conhecido como "Pintadinho", sendo que, durante conversa com *****2, ele explicou que vendia drogas para Abel e Marcelo. (fls. 74/75)

Esse cenário, em que pese a negativa do acusado, mostrou-se consolidado nos autos, de maneira consistente e segura, realçando a mercancia que o recorrente estava desenvolvendo.

Ressalte-se, ademais, que, ao contrário das narrativas discrepantes externada pelo réu, as versões judiciais dos policiais que atuaram na diligência são consentâneas entre si, inclusive sem qualquer divergência com as narrativas por eles apresentadas na etapa inquisitiva, pelo contrário, as palavras se confirmam, sem incongruências, sendo suficientes, portanto, a corroborar a prática delitiva desenvolvida pelo acusado.

Aliás, nesse ponto, necessário salientar que não se vislumbra qualquer motivo para que os policiais, à ocasião, imputassem injustamente ao réu, que nem conheciam, a prática delituosa em foco.

Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas e diligências no exercício de suas funções precípuas.

Assim, não basta a mera alegação de que não atuava da traficância de entorpecentes, sendo necessária a produção de provas aptas a confirmar a tese defensiva.

Nesse diapasão posicionou-se esta 3ª Câmara Criminal

*"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS E RECEPTAÇÃO – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE RECEPTAÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO ACOLHIDO – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR FALTA DE PROVAS – NÃO PROVIDO – DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE – INVIABILIDADE – AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA – CARACTERIZADA – PERÍODO DEPURADOR NÃO VERIFICADO – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PREJUDICADO – JÁ RECONHECIDA NA SENTENÇA – PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – APELANTE REINCIDENTE – REGIME PRISIONAL MANTIDO NO FECHADO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO – RECURSO IMPROVIDO* ***I - Para a absolvição pela atipicidade da conduta é imprescindível que se comprove a caracterização do erro sobre elementar do tipo penal, o que não ocorreu no caso dos autos, não sendo suficiente a mera alegação isolada de desconhecimento da droga. II - Incabível falar em absolvição do crime de tráfico de drogas se o acervo probatório produzido no curso da persecução penal, formado pela confissão do réu e pelo testemunho do policial, colhidos sob o crivo do contraditório, torna certa a autoria do apelante.*** *III - A natureza da droga (pasta base de cocaína), substância esta de elevado poder viciante e destrutivo, não pode passar despercebida na fixação da pena-base, de modo que o aumento operado pelo emérito julgador encontra-se correto. IV - Deve ser mantida a agravante da reincidência, porquanto o réu possui uma condenação penal anterior pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo, não havendo transcorrido o lapso temporal depurador de 05 (cinco) anos. V - Não há que se falar em aplicação da atenuante, haja vista que reconhecida pelo emérito julgador em sentença, inclusive sendo compensada com a agravante da reincidência. VI - Diante da reincidência do recorrente, revela-se incabível a aplicação do privilégio previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, porquanto."* (TJMS - Ap. Criminal n. 000359679.2014.8.12.0005, Relator(a): Des. Francisco Gerardo de Sousa; Comarca: Aquidauana; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 06/07/2016; Data de registro: 11/07/2016). (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – VALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA. REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS BEM VALORADAS. RECURSO DESPROVIDO. I* ***– Depoimentos de policias que participaram das diligências, tomados na fase inquisitorial, quando confirmados em Juízo, e que mantém coerência com outros elementos de prova existentes nos autos, são aptos e possuem força probante suficiente para justificar decreto condenatório****. II – Justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal quando as moduladoras judiciais foram negativamente valoradas mediante fundamentação idônea e baseada em fatos concretos. III – Com o parecer. Recurso desprovido."* (TJMS. Apelação n. 0029057-36.2012.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 23/03/2017, p: 24/03/2017). (G.n.)

Observa-se, portanto, que as provas produzidas durante a instrução harmonizam-se com os fatos constatados quando do flagrante e depoimentos colhidos no curso do inquérito, restando suficientemente comprovada a autoria delitiva.

De igual forma, não é demais salientar que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, é necessário apenas que reste comprovado o cometimento de qualquer dos núcleos do tipo penal do art. 33, da Lei n. 11.343/06, a exemplo de guardar e ter o entorpecente em depósito, sendo prescindível a constatação do efetivo ato de comércio. Ademais, a simples alegação de vício não leva necessariamente à desclassificação, porquanto perfeitamente conhecida a figura do viciado-traficante.

A quantidade de droga apreendida também não é, por si só, capaz de afastar a sua destinação comercial.

Com efeito, Luiz Flávio Gomes discorre, de maneira clara, sobre as circunstâncias que sugerem a comercialização de entorpecentes, *in verbis:*

*"Para se concluir pela prática do crime de tráfico, não basta, em princípio, a quantidade (ou qualidade) da droga apreendida. Deve-se atentar, ainda, para outros fatores, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente* (art. 52)*."*

Neste sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO – NÃO ACOLHIMENTO – TRAFICÂNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA – RECURSO IMPROVIDO.*

***I – Se o conjunto probatório é suficiente e harmônico no sentido de que a droga não serviria ao consumo próprio, sendo destinada à circulação na forma do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, resta devidamente comprovado o crime de tráfico, não havendo falar em desclassificação para o delito de posse para uso próprio.***

*II – Recurso improvido."* (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – RECONHECIMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART 40, VI, DA LEI N. 11.343/06 – POSSIBILIDADE – ENVOLVIMENTO DE MENOR COMPROVADO – RECURSO PROVIDO.*

*I – No caso do crime de tráfico de drogas, basta a comprovação de que o agente envolveu ou atingiu criança ou adolescente na prática criminosa para a incidência da majorante prevista no artigo 40, VI, da Lei n. 11.343/06. No caso, ficou comprovado que a prática do tráfico atingiu os adolescentes, razão pela qual a majorante deve ser reconhecida em desfavor dele.*

*II – Recurso provido. Com o parecer da PGJ."* (TJMS - Ap. Criminal n. 0000985-47.2010.8.12.0021, Relator(a): Des. Francisco Gerardo de Sousa; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 02/02/2017; Data de registro: 21/02/2017)

*"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – INCABÍVEL A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO PARA POSSE PARA CONSUMO PESSOAL – COMPROVAÇÃO DA TRAFICÂNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – EMBARGOS REJEITADOS.*

*Basta a realização de qualquer ação descrita nos verbos nucleares do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 para configurar a prática do tráfico de drogas, sendo despicienda a comercialização.* ***O julgador ao analisar o caso concreto não deve se ater apenas à quantidade de tóxico apreendida para a configuração do tipo penal, mas sim a conduta dos agentes em razão das circunstâncias apuradas. O conjunto probatório produzido é demasiadamente robusto para alicerçar a condenação dos recorrentes pelo crime de tráfico de drogas, especialmente se consideradas as circunstâncias da apreensão, os depoimentos dos policiais e a apreensão de oito aparelhos celulares, os quais bem demonstram que a droga apreendida não se destinava ao consumo pessoal, mas sim ao comércio ilícito.***

*Com o parecer, rejeito os embargos infringentes."* (TJMS - Ap. Criminal n. 0004095-72.2014.8.12.0002, Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Dourados; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 08/02/2017; Data de registro: 07/03/2017; Outros números: 40957220148120002500000). (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI*

*11.343/2006 – REFUTADO – RECURSO IMPROVIDO – DE OFÍCIO – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INCABÍVEL.*

*1. Quando os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual mostram-se suficientes para a confirmação da materialidade e da autoria do fato delituoso, não há como se admitir pedido de absolvição.*

***2. Se o conjunto probatório deixa evidente que o apelante iria comercializar a droga apreendida, deve ser mantida a condenação por tráfico de drogas, não havendo falar em desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06.***

*3. Com efeito, apesar de o acusado ter admitido a propriedade da droga, negou a sua comercialização, aduzindo que o entorpecente se destinava ao consumo próprio, procurando, com isso, minimizar a sua conduta. Assim, como o acusado não assumiu o fato criminoso que lhe foi imputado, impossível aplicar a atenuante do art. 65, III, do Código Penal." (TJMS - Ap. Criminal n. 0000599-05.2015.8.12.0033, Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Eldorado; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 13/03/2017; Data de registro: 17/03/2017).* (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO EVIDENCIANDO A TRAFICÂNCIA – ABSOLVIÇÃO CORRUPÇÃO MENORES – SÚMULA 500 DO STJ CONDENAÇÃO DO ART. 244-B CONVERTIDA NA MAJORANTE DO ART. 40, VI DA LEI 11.343/06 DE OFÍCIO – IMPROVIDO.*

***Se o conjunto probatório evidencia o crime de tráfico de drogas, não há como absolver ou desclassificar a conduta para o crime previsto no art.28 da Lei 11.343/06, mormente quando as alegações do agente resta destituídas de qualquer comprovação.***

*Se o crime de tráfico foi praticado com envolvimento de adolescente, ante o princípio da especialidade, deve ser afastada a conduta do art. 244-B do ECA, para a incidência da causa de aumento do art. 40, VI da Lei 11.343/06.*

*APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – AUSÊNCIA DE PROVAS DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA – IMPROVIDO.*

*Não havendo provas da estabilidade e permanência da suposta associação para o tráfico é de rigor a manutenção da absolvição dos envolvidos."* (TJMS - Ap. Criminal n. 0000286-30.2014.8.12.0049, Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Agua Clara; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 07/03/2017; Data de registro: 10/03/2017). (G.n.)

Mantida, portanto, a condenação.

Da pena-base: réus Mayara Úrsula Fazan de Moura e Abel Oliveira dos Santos (análise de ofício).

Argumenta a apelante Mayara Úrsula Fazan de Moura que a pena-base relativa ao crime de tráfico de drogas foi indevidamente exasperada, pugnando pelo seu redimensionamento.

Nesse ponto, a pretensão recursal comporta guarida, vez que a exasperação da pena-base exige fundamentação idônea, calcada em elementos de convicção concretos e reunidos nos autos, enfim, hipótese não vislumbrada no caso versando.

O sentenciante, por ocasião da dosimetria da pena, reputou desfavorável a quantidade da droga apreendida, fixando a pena em um ano acima da pena mínima.

Pois bem. No caso em comento, na fixação da pena-base deve-se levar em consideração todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, além das previstas no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, peculiaridade aos crimes de tráfico de substância entorpecente, sendo que essas últimas preponderam sobre aquelas primeiras. Senão vejamos:

> *"Art. 42. 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."*
>
> *Isso porque, entende-se que: " nos crimes de tráfico, na fixação da pena-base, o juiz dará prevalência à natureza e quantidade da substancia ou produto (circunstancias objetivas); em seguida à personalidade e conduta social do agente (circunstancias subjetivas). Elas se sobrepõem às demais circunstancias preconizadas no artigo 59 do CP. É que aquelas são mais nocivas e concentram maior danosidade à saúde pública e periculosidade do agente[1]."*

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – AUMENTO PROPORCIONAL – MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA – WRIT NÃO CONHECIDO* ***(...). 2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no 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."*** (HC 371.302/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017). (G.n.)
>
> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E REGIME MAIS GRAVOSO ESTABELECIDO COM LASTRO NA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.* ***(...) nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos a justificar a imposição do regime mais severo, assim como a exasperação da pena-base, consoante o art. 42 da Lei n. 11.343/2006,*** *não havendo, pois, que se falar em ofensa ao ne bis in idem, pois o estabelecimento do modo inicial de execução da pena deve, obrigatoriamente, considerar os vetores valorados na dosimetria penal, à luz do art. 33, § 3º, do CP."* (HC 382.165/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017). (G.n.)
>
> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – ART. 42 DA LEI 11.343/06 – PREPONDERÂNCIA – PROPORCIONALIDADE – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.* ***1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, 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 (art. 42 da Lei 11.343/06)."*** (AgRg no AREsp 986.938/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017). (G.n.)

Colaciono, ainda, julgados deste Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE*

1 MARCÃO, Renato. Tóxico, lei de drogas anotada e interpretada. 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 247.

*DA DROGA APREENDIDA – POSSIBILIDADE – ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006 – TRÁFICO NA FORMA PRIVILEGIADA – NÃO CARACTERIZADO – RÉU REINCIDENTE – TRÁFICO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA DIVISA INTERESTADUAL – CORRPUÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – PENAS QUE TOTALIZAM MAIS DE 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO – REGIME FECHADO, EX VI DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA 'A', DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DESPROVIDO.* ***Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, a natureza e a quantidade da substância entorpecente são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não representando, por consequência, ilegalidade o arbitramento da pena-base acima do mínimo legal*** *(...)."* (Apelação n. 0001733-93.2016.8.12.0013, Jardim, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 21/03/2017, p: 23/03/2017). (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE INALTERADA – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***I - Pena-base inalterada. Agiu com acerto a sentenciante, porquanto a quantidade do entorpecente é extremamente vultosa e a natureza é altamente nociva (40 quilos de cocaína), exigindo maior rigor ao seu tráfico e autorizam a elevação da pena-base, a teor do art. 42 da Lei Antidrogas****. O patamar de exasperação em 01 ano não merece reparo, pois se mostra razoável e justo à devida resposta penal à conduta praticada. Não configura bis in idem a valoração da quantidade e natureza da droga na pena-base, tendo em vista que a minorante do tráfico privilegiado não foi afastada apenas em face de tais elementos, mas na análise das demais circunstâncias concretas do caso."* (Apelação nº 0008048-84.2014.8.12.0021 - Três Lagoas Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 9.3.2017). Grifei

Nesse panorama, ainda que se trate de quantidade a não descartar a reprovabilidade, certo é que, no cotidiano forense, verificam-se casos em que a apreensão é de mais de dezenas, centenas e milhares de quilos de droga, situações que, indene de dúvidas, justificariam a valoração negativa amparada no montante de entorpecente.

Assim, no caso versando, seria desarrazoado elevar a pena-base se constatou-se traficância de pouco mais de 1 quilo de cocaína, sob pena de malferir o princípio da individualização da pena, porquanto estaria se apenando aquele que trafica tal quantidade com reprimenda praticamente igual aos que o fazem em toneladas, situação que configuraria flagrante desproporcionalidade e total ausência de razoabilidade.

Pelo mesmo motivo, de ofício, neutralizo referida moduladora com relação ao réu Abel Oliveira dos Santos, uma vez que a quantidade de maconha encontrada em sua casa (940 gramas) não se mostra elevada a ponto de justificar a exasperação da pena nesta fase.

Destaco ser esta uma possibilidade válida com relação a questões que envolvam a individualização da pena, ainda que não tenham sido suscitadas nas razões recursais. A propósito:

*"EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – ERRO MATERIAL – CORREÇÃO – PENA DE DETENÇÃO E NÃO RECLUSÃO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO – NÃO OCORRÊNCIA – MATÉRIA NÃO SUSCITADA NAS RAZÕES RECURSAIS – ANÁLISE DE OFÍCIO – MAJORANTE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA SENTENÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Deve ser reconhecido o erro material na indicação da espécie de pena privativa de liberdade, visto que o preceito secundário para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor prevê a detenção e não a reclusão mencionada.* ***Embora não tenha havido omissão na análise das razões do recurso, o efeito devolutivo da apelação criminal é amplo, não se restringindo às matérias suscitadas nas razões recursais, permitindo a análise da dosimetria da pena de ofício.*** *A majorante aplicada na sentença com a devida fundamentação e fixada no mínimo legal não deve ser afastada."* (TJMS. Embargos de Declaração n. 0020427-25.2011.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 23/01/2017, p: 31/01/2017). (G.n.)

Feitas tais considerações, constatado que todas as circunstâncias se afiguram favoráveis aos réus Mayara e Abel, a pena-base prevista para o delito de tráfico de drogas, deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Da pena intermediária: réu Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira.

Quanto ao apelante Marcelo, na segunda fase da dosimetria, reconhecidas as atenuantes de confissão espontânea e de menoridade relativa, restou mantida a pena intermediária, já fixada no mínimo legal na fase interior.

Neste tanto, ainda que demonstrada a existência de duas circunstâncias atenuantes, tal fato não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal previsto, em abstrato, no tipo penal, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da plena abaixo do mínimo legal."*

No mesmo tom o entendimento deste Sodalício, consoante se vê do julgamento da apelação n. 0001282-24.8.12.0018, de relatoria do ilustre Des. Dorival Moreira dos Santos, em julgamento realizado em 15 de março de 2017:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – DESACOLHIDO – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231, DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> ***Na segunda fase, não há como conduzir a pena aquém do mínimo legal pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, por incidir a Súmula 231 do STJ: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.'***
>
> *Com o parecer, nego provimento ao recurso a fim de manter a pena definitiva em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto."* (Apelação n. 0001282-24.2014.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Criminal, j: 09/03/2017, p: 15/03/2017). (G.n.)

Assim, embora o juízo *a quo* tenha reconhecido na sentença referidas atenuantes, tal não têm o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, ante o óbice mencionado, seguindo a pena intermediária inalterada.

Do tráfico privilegiado: réus Mayara Úrsula Fazan de Moura e Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira.

A Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas), prevê em seu artigo 33, § 4º, causa especial de diminuição da pena aos agentes primários, de bons antecedentes e que não se dediquem a atividade criminosas nem integrem organização criminosa, *in verbis:*

> *"Art. 33. (...)*
>
> *§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."*

No caso em comento, embora a apelante Mayara seja primária e sem antecedentes, tenho que o pedido para a aplicação da causa de diminuição não merece acolhida.

Isso porque confessou ter comprado a droga nesta capital pelo expressivo valor de R$27.000,00 (vinte e sete mil reais), e que a levaria para a cidade de São Paulo.

Ou seja, pelo contexto fático apresentado nos autos, resta claro que dedica-se a atividades criminosas, atuando como intermediária na distribuição de droga.

Versa o caso presente sobre acusada que, como se vê, dedicava-se à atividade criminosa, inclusive com o envolvimento de outras pessoas, não identificadas e, ao que consta, domiciliadas no Estado de São Paulo.

Além disso, não pode passar despercebido que a situação versa sobre entorpecente de altíssimo valor, afigurando-se inverossímil pudesse ter sido tratada açodadamente, sem um mínimo de organização e planejamento.

É evidente que os componentes do grupo, ainda que eventualmente e restritos ao caso presente, somente lançariam mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos. E operação desse porte não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas sim, organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo e comprometimento.

De toda forma, como cediço, delitos naipe são praticados, por razões óbvias, às escondidas e na clandestinidade. Ninguém sai por aí alardeando o seu cometimento, ainda mais envolvendo quantidades volumosas de drogas. Justamente por isso, para a formação do convencimento necessário é lícito valer-se de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido e a infração, os quais, *in casu,* conduzem ao posicionamento aqui adotado. Não se trata, evidentemente, de alicerçar decreto condenatório em ilações ou meras conjecturas, mas em elementos de convicção concretos, reunidos fartamente nos autos.

Ou seja, os requisitos previstos no dispositivo supracitado e que, saliento, são cumulativos, não restaram preenchidos, sendo imperativo o afastamento desta causa de diminuição da pena.

Alie-se, ainda, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza da droga apreendida são fatores aptos a ensejar a presunção de participação do agente em organização criminosa ligada à traficância. Senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA – NÃO PREENCHIMENTO DOS* ***REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA*** *– REEXAME DE PROVAS – SÚMULA N. 7 DO STJ – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – NÃO CABIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.***
>
> *2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, dentre outras razões, ante a importante quantidade do entorpecente apreendido, (42 invólucros de cocaína), o que denota que o recorrente se dedica à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ (....)."* (AgRg no AREsp 1032587/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017). Grifei.

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – AUMENTO DA PENA-BASE PELA INCIDÊNCIA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA MINORANTE DA EVENTUALIDADE DO TRÁFICO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) – POSSIBILIDADE – ROBUSTECIMENTO DO REGIME PRISIONAL – ACOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS AFASTADA – RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO. Com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e a jurisprudência atual, o aumento da pena-base mostra-se perfeitamente aplicável aos casos que a quantidade e a natureza da droga ser de grande monta e altamente lesivo, como o caso*

*dos autos. Para a aplicação do benefício da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, deve ser preenchido cumulativamente alguns requisitos, quais sejam, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Muito embora o apelante preencha os dois primeiros requisitos, a quantidade de droga transportada e o modus operandi evidenciam a dedicação às atividades criminosas, impossibilitando a aplicação do privilégio (...).”* (Apelação n. 0001366-67.2014.8.12.0004 - Amambai Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 23.11.2015)

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03 – 1,535 KG DE COCAÍNA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CARACTERIZADO – INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – IMPROVIMENTO. Mantém-se o afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, vez que do contexto fático probatório o apelante efetivamente figurou como membro integrante de organização criminosa voltada à disseminação de drogas.”* (Ap. Criminal n. 0004036-50.2015.8.12.0002, Rel. Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Dourados; 1ª Câmara Criminal; 07/03/2017)

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE DEVIDAMENTE MAJORADA PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA E APLICADA PELO JUÍZO A QUO – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – MANTIDA – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL NO CASO CONCRETO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*I – A nociva natureza e a elevada quantidade da droga apreendida (19,270Kg de cocaína) evidencia a maior afetação à saúde pública, autorizando a exasperação da pena-base em razão desse fator, pois de fato é extremamente perniciosa, evidenciando a periculosidade da conduta cometida, sendo necessário apenamento mais severo para a devida reprovação e prevenção do delito.*

*III – Incabível a redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa e sua participação em organização criminosa, pois a droga, em grande quantidade, estava sendo transportada para outro Estado da Federação em carro previamente preparado, sendo ocultada no tanque de combustível e, o réu era instruído pelos comparsas por meio de telefone celular. Tais circunstâncias revelam a experiência no ramo do tráfico de drogas e denotam a existência de coordenação com organização voltada à prática dessa atividade.*

*IV – Deve ser mantida a causa de aumento da pena do tráfico interestadual (inciso V do art. 40 da Lei de Drogas), pois para caracterização basta que as provas produzidas demonstrem.”* (Ap. Criminal n. 0002279-80.2014.8.12.0026, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; Bataguassu; 3ª Câmara Criminal; 16/02/2017)

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE – MODULADORA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL VALORADA – REDUÇÃO – QUALIDADE DA DROGA – ART. 42 DA LEI 11.343/2006 – COCAÍNA – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE MANTIDA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE – TRÁFICO OCASIONAL – ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO INTERESTADUAL – ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – REGIME PRISIONAL – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/2006 – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) III - O fato de o agente*

> *transportar grande quantidade de substância entorpecente (969 gramas de cocaína), aliado a outras circunstâncias que demonstram participar de atividades próprias de organização criminosa, bem como de dedicar-se ao tráfico de drogas impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).* (Ap. Criminal n. 0001783-84.2014.8.12.0015, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Miranda; 3ª Câmara Criminal; 26/01/2017). Não há que se falar, portanto, em aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 ao caso."

Nesse sentido, após a análise do contexto fático em que ocorrera o crime, pelo *modus operandi* aplicado na prática delituosa, verifica-se que a ré não atende a todos os requisitos legais, motivo pelo qual não se aplica o previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Com relação ao réu Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira, o sentenciante reconheceu o tráfico privilegiado e aplicou redução da pena à razão de 1/3 (um terço), com a seguinte fundamentação:

> *"(...) verificada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aplicada em 1/3, uma vez que a circunstância do art. 42 da LD milita em desfavor do acusado, no quesito quantidade da substância, já que se trata de 940g (novecentos e quarenta gramas) de 'maconha' (...)."*

A diminuição enfocada não merece retificação.

Como cediço, afigura-se discricionário o *quantum* de diminuição, desde que devidamente fundamentado, uma vez que o legislador deixou de estabelecer os parâmetros para a adoção das frações indicadas em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado.

Diante deste cenário, a doutrina e a jurisprudência posicionaram-se no sentido de que, para determinar a fração, pode o julgador balizar-se tanto pelo artigo 59, do Código Penal quanto pela natureza e quantidade da substância entorpecente, consoante artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

A propósito, *"reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), na ausência de indicação, pelo legislador, das balizas para o quantum da redução a ser promovida, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice."* (*HC* 379.087/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

No caso *sub examine*, na primeira fase da dosimetria, as moduladoras judiciais foram todas favoráveis à recorrente, sendo que as circunstâncias preponderantes do artigo 42 da Lei n. 11.343/06 não foram sopesadas nessa fase.

Por óbvio que, em atenção à construção jurisprudencial das Cortes Superiores, a natureza e a quantidade de estupefaciente somente podem ser utilizadas para definir a fração redutora pelo tráfico privilegiado na terceira fase da dosimetria se tais não tenham servido como fundamento para exasperação da pena-base, evitando-se, assim, o malfadado *bis in idem*.

É o que ocorreu no presente caso, visto que a quantidade de maconha foi considerada apenas na derradeira etapa dosimétrica.

Tal entendimento encontra-se em perfeita consonância ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, sob a forma de Repercussão Geral, pacificou caracterizar-se *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para graduação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, o que não é, repiso, o caso dos presentes autos.

Logo, a redução de 1/3 (um terço) guarda total pertinência com a proporcionalidade e razoabilidade que devem permear a eleição da fração pelo julgador, mormente quando sopesado aos elementos concretos, tudo a revelar alta reprovabilidade para fins de individualização da pena.

Mantida, assim, a redução de 1/3 (um terço) pelo tráfico privilegiado.

Outrossim, sabe-se que nas Cortes de Superposição paira, há muito, discussão no sentido de se definir se o tráfico privilegiado deveria figurar no elenco de crimes equiparados ao hediondo.

Aos 13 de março de 2013, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp Repetitivo nº 1.329.088/RS, definiu que a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 teria fundamento em questões de política criminal, com a única finalidade de propiciar ao traficante ainda não envolvido em maior profundidade no mundo criminoso uma oportunidade de rápida ressocialização, situação que não afastaria a hediondez do tráfico deste jaez.

Pouco tempo após, aos 16 de junho de 2014, o Tribunal da Cidadania reafirmou este entendimento por meio de orientação sumulada no enunciado do verbete nº 512.

Contudo, a questão, ainda pendente de suscitações perante os Sodalícios Pátrios, alcançou o Supremo Tribunal Federal, onde foi apreciada, aos 23 de junho de 2016, pelo Tribunal Pleno, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533, que teve gênese em feito oriundo deste Estado de Mato Grosso do Sul.

Na ocasião, a Relatora, Ministra Carmén Lúcia, na contra-mão da até então predominante construção jurisprudencial da própria Excelsa Corte, encaminhou voto onde assentou que o tráfico privilegiado, descrito no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, diferentemente da narcotraficância tipificada no § 1º do mesmo dispositivo da Lei Antitóxicos, não é compatível com a definição de hediondez equiparada prevista na Lei nº 8.072/90.

À evidência, do sufrágio jurídico emanado do Órgão Pleno do STF resultou a seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE – HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.*
>
> *2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.*
>
> *3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.*
>
> *4. Ordem concedida."* (HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 16-09-2016 Public 19-09-2016).

É cediço que o referido entendimento do Pretório Constitucional, embora em pronunciamento de seu Plenário, não foi firmado à unanimidade ou em julgamento de *leading case* a servir de paradigma. Não se descura, portanto, da ausência de efeito vinculante e, por corolário, *erga omnes*.

Entrementes, inarredável a conclusão de que, tratando-se de mais recente entendimento emanado de julgamento colegiado pleno da Corte Suprema do país, torna-se necessário, em observância à segurança jurídica e, sobretudo, para conferir efetividade ao princípio constitucional da isonomia, curvar-se à interpretação constitucional adotada. Até porque, consoante realçou a Ministra Cármen Lúcia, *"a própria etiologia do crime*

*privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.".*

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de tema submetido à sistemática da repetitividade, revisou seu entendimento e filiou-se ao precedente do Supremo Tribunal Federal, o que culminou no cancelamento da Súmula nº 512, conforme aresto abaixo transcrito:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA – ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO – ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS – REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS – CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria 'contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.' (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).*
>
> *2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).*
>
> *3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça."* (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016).

Outro não tem sido, ademais, o entendimento perfilhado neste Tribunal de Justiça, frise-se:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – ENTENDIMENTO DO STF – SÚMULA 512 DO STJ CANCELADA – OMISSÃO SANADA – ACOLHIDOS. Acolhem-se os embargos de declaração, dando-lhes efeitos infringentes, a fim de sanar a omissão existente no acórdão em relação ao afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas, ante a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Em junho de 2016, ao concluir a votação do HC 118533/MS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado. Recentemente, em 23.11.2016, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Pet nº 11.796/DF, sob o rito dos recursos repetitivos, revisou o posicionamento firmado no julgamento do REsp 1.329.088 e cancelou a Súmula 512 daquela Corte. Diante desse cenário, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito erga omnes e efeito vinculante, é a que doravante adoto por observância à segurança jurídica, economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados. Com o parecer, acolho os presentes embargos conferindo-lhe efeitos infringentes para, sanando a omissão apontada no v. acórdão de fls. 329-332, afastar a hediondez do delito de tráfico de drogas."* (TJMS. Embargos de Declaração n. 0032147-18.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 18/05/2017, p: 19/05/2017).

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECORRENTE CONDENADO COMO INCURSO NO ARTIGO 33, § 4.º, DA LEI 11.343/06 – AFASTAMENTO DE HEDIONDEZ DO DELITO – POSSIBILIDADE – CANCELAMENTO DA SÚMULA 512 DO STJ – PEDIDO DE INDULTO – INVIABILIDADE DE ANÁLISE DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Em recente julgamento do HC 118.533/MS em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal, foi dada interpretação de que o tráfico privilegiado de entorpecentes não possui caráter hediondo. Ainda, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Pet nº 11.796/DF, sob o rito dos recursos repetitivos, revisou o posicionamento firmado no julgamento do REsp 1.329.088 e cancelou a Súmula 512 daquela Corte. Assim, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito erga omnes e efeito vinculante, passo a adotar a orientação sedimentada no referido julgamento, em observância à segurança jurídica e a economia processual. II – Considerando a necessidade da elaboração de novo cálculo de pena para apuração correta do requisito objetivo, por ora, inviável a concessão do benefício do indulto. III – Recurso parcialmente provido. Contra o parecer."* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0007568-95.2016.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 30/03/2017, p: 31/03/2017).

Logo, reconhecida em sentença a figura tráfico tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, afasta-se, de ofício, a hediondez no que se refere ao réu Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira.

Por corolário, considerando os pontos ora reformados, a dosimetria penal restará de tal forma fixada:

Réu Abel Oliveira dos Santos: na primeira fase, a pena-base foi, de ofício, reduzida ao mínimo legal previsto para o tipo, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa; na segunda fase, reconhecidas a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, procedeu-se à compensação entre elas, seguindo inalterada a pena intermediária; na terceira fase, não existem elementos a serem considerados, restando a condenação totalizada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime fechado, tendo em vista a reincidência do acusado.

Ré Mayara Úrsula Fazan de Moura: na primeira fase, a pena-base foi reduzida ao mínimo legal previsto para o tipo, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa; na segunda fase, reconhecida a atenuante de confissão espontânea, segue inalterada a pena intermediária ante ao óbice da Súmula 231, do STJ; na terceira fase, não existem elementos a serem considerados, restando a condenação em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Tendo em vista a regra prevista no artigo 69, do Código Penal e considerando a pena fixada relativamente ao delito do artigo 16, da Lei nº 10.826/2003, fica a condenação de Mayara totalizada em 8 (oito) anos de reclusão e pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, mantido o regime semiaberto.

Do prequestionamento.

Por fim, acerca do prequestionamento, insta 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."*

Dispositivo

Ante o exposto, afasto a preliminar e, em parte com o parecer, conheço dos recursos, nego provimento aos apelos de Marcelo Rodolfo das Neves de Oliveira e Abel Oliveira dos Santos e, quanto à ré Mayara Úrsula Fazan de Moura, dou parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a pena-base relativa ao crime de tráfico de drogas ao mínimo legal, mantendo, contudo, inalterada a sua condenação. Por outro lado, de ofício, reduzo a pena-base fixada para o réu Abel Oliveira dos Santos ao mínimo legal, redimensionando as reprimendas para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, bem como afasto o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado a qual foi condenado o réu Marcelo Rodolfo das Neves Oliveira.

É como voto.

A Srª. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Revisora)

Divirjo, *data venia*, do voto exarado pelo e. Relator, apenas no que toca à redução da pena-base da apelante Mayara Úrsula Fazan de Moura, mediante neutralização da vetorial da quantidade da droga, acompanhando, no mais, os termos do voto inaugural.

Isso porque, no caso em tela, foi apreendido em poder de Mayara a quantidade de 1,070 kg (um quilo e setenta gramas) de "cocaína", que é, seguramente, uma das drogas mais perniciosas que existe.

Sabe-se que tal estupefaciente é consumido em porções com cerca de, no máximo, meio grama. Assim, a quantia apreendida com a apelada renderia 2.140 (duas mil, cento e quarenta) porções, sem considerar possível mistura para "fazer render mais", isto é, os traficantes preparam a droga misturando outras substâncias, cujo ato é capaz de, dependendo da pureza do narcótico, dobrar ou triplicar a quantidade.

Desse modo, a quantia de 1,070 kg (um quilo e setenta gramas) de "cocaína", de elevada nocividade e poder viciante, é absolutamente apta para negativar a moduladora da quantidade da droga (artigo 42 da Lei 11.343/06).

A propósito, colaciono recentíssimo julgado desta Terceira Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 0042670-79.2019.8.12.0001, ocorrido em 17 de setembro de 2020, cuja relatoria coube ao Exmo. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, que, na oportunidade, entendeu que a quantidade de 181 (cento e oitenta e um) gramas de "cocaína" seria suficiente para o recrudescimento da basilar, conforme trecho que cito:

> *"(...) no que toca à* ***quantidade, trata-se de 181 (cento e oitenta e um) gramas. Sendo certo que, na maioria das vezes, e isto em razão de seu alto poder lesivo, cada porção de cocaína possui não mais que meio grama, a quantidade apreendida seria capaz de produzir (e isto sem qualquer mistura), 362 (trezentas e sessenta e duas) porções****. Outro elemento indicativo de que cada porção contém cerca de meio grama está no fato de cada uma delas (como rotineiramente se vê nos processos da espécie) ser comercializada a R$ 10,00 (dez reais), fato aqui confirmado pelo próprio apelante que, ao admitir a comercialização na fase policial, afirmou que a referida droga seria comercializada a R$ 100,00 (cem reais) cada 05 (cinco) gramas.* ***De tal forma, tamanha quantidade, sem qualquer dúvida, justifica o juízo depreciativo de tal moduladora*** *(...)." (*TJMS. Apelação Criminal n. 0042670-79.2019.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 18/09/2020, p: 22/09/2020). Destaquei.

Posto isso, divirjo em parte do e. Relator para negar provimento ao recurso interposto por Mayara Úrsula Fazan de Moura, para o fim de manter incólume a sentença penal condenatória.

É como voto, com o parecer.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Vogal)

Acompanho o voto da Revisora.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, conheceram dos recursos, negaram provimento aos apelos de Marcelo Rodolfo das Neves de Oliveira e Abel Oliveira dos Santos e, de ofício, reduziram a pena-base fixada para o réu Abel Oliveira dos Santos ao mínimo legal, nos termos do voto do relator. Por maioria, negaram provimento ao recurso da ré Mayara Úrsula Fazan de Moura, nos termos do voto da revisora (Desª. Dileta) vencido parcialmente o relator (Des. Jairo).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

***

## 3ª Câmara Criminal
## Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
## *Habeas Corpus* Criminal nº 1413131-52.2020.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – PRESCINDIBILIDADE DE PREEXISTÊNCIA DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA ANTERIOR – NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA VÍTIMA E A ORDEM PÚBLICA – DECISÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA VERIFICADOS – GRAVIDADE DAS CONDUTAS E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA – HOMOGENEIDADE DA PRISÃO CAUTELAR – INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – PANDEMIA DO COVID-19 (CORONAVIRUS) – RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INVIABILIZAM A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO – PACIENTE QUE NÃO INTEGRA O CHAMADO GRUPO DE RISCO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

Nos casos de crimes cometidos no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, revela-se desnecessária a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida para a imposição da prisão de natureza cautelar, bastando que os elementos evidenciem a necessidade imperiosa da segregação como única medida adequada para assegurar, de forma iminente, a integridade física e psíquica da vítima.

Mantém-se a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, pois devidamente fundamentada em indícios suficientes de sua autoria nos delitos de lesão corporal e ameaça e, ainda, no histórico pretérito de incidências criminais por atos de igual natureza. Na hipótese, destaca-se que o paciente é pessoa com extenso histórico de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo certo que já teve medidas protetivas de urgência deferidas anteriormente em favor de outras vítimas (Autos n.º 0006321-22.2016.8.12.0021; Autos n.º 0007047-64.2014.8.12.0021; Autos n.º 0007903-86.2018.8.12.0021) e responde a outras ações penais por crimes semelhantes (Autos n.º 0000184-19.2019.8.12.0021 e Autos n.º 0000029-16.2019.8.12.0021), além de outro processo por suposto cometimento de delito tipificado no código de trânsito brasileiro (Autos n.º 0000348-64.2017.8.12.0114). Embora os fatos anteriores não sejam relacionados a mesma vítima, é certo que são suficientes para realçar fortes indicativos de periculosidade do agente e sua propensão a atos de violência contra a mulher. As vítimas mudam, mas o histórico de violência permanece. Nessa esteira, os indicativos de contumácia delitiva e a dinâmica dos fatos retratados nestes autos realçam traços de personalidade agressiva e de periculosidade, o que é suficiente para a manutenção da prisão preventiva, a fim de impedir que novos episódios, quiçá ainda mais graves, venham a ocorrer.

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 concessão da prisão domiciliar, diante da censurabilidade das condutas atribuídas ao paciente e do risco concreto de reiteração delitiva. Ademais, inexiste informação de que o mesmo esteja inserido no chamado grupo de risco para o COVID-19 ou que sofra de alguma enfermidade grave atual, revelando-se inviável a substituição da prisão preventiva por custódia domiciliar ou outras medidas alternativas. Somado a isso, nada impede que, sobrevindo situação contrária, o paciente seja inserido em isolamento e sejam observadas as orientações necessárias com o escopo de evitar a disseminação do COVID-19, bem como que seja ministrado, de imediato, o tratamento pertinente na hipótese de aparecimento dos sintomas.

Com o parecer, ordem denegada, dada a higidez do decreto prisional.

## 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, denegaram a ordem de *habeas corpus*.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Gracianildo Mariano dos Santos, apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS.

Discorre que o paciente foi preso em flagrante no dia 03/09/2020, por suposta prática dos delitos tipificados no artigo 129, § 9º, e artigo 147, ambos do Código Penal, permanecendo custodiado, desde então, em decorrência da decretação de sua prisão preventiva.

Ressalta, entretanto, que o decreto prisional não destaca a presença das condições e dos pressupostos necessários para a imposição da custódia cautelar, previstos nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, notadamente porque a pena dos delitos não ultrapassa o patamar de 4 (quatro) anos, o paciente é primário e não houve o descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta.

Realça que a manutenção da prisão preventiva, no caso, constitui ofensa ao princípio da homogeneidade, pois representa medida mais gravosa que a pena a ser imposta em caso de eventual condenação.

Acrescenta que o paciente é portador de doença coronariana grave (cardiopatia) e realizou procedimento cirúrgico, integrando o chamado grupo de risco para a infecção do COVID-19, razão pela qual a custódia preventiva deve ser substituída por medida cautelar diversa.

Por tais razões, requer a concessão da liminar, para que seja determinada a substituição da prisão por medidas cautelares diversas, em especial as previstas no artigo 319, incisos I, II, IV e V, do Código de Processo Penal. Ao final, clama pela concessão definitiva da ordem.

A tutela de urgência foi indeferida às p. 184-187.

A autoridade indigitada coatora prestou informações à p. 193.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação de ordem (p. 201-206).

É o relato do essencial.

## VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Gracianildo Mariano dos Santos, apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS.

Discorre que o paciente foi preso em flagrante no dia 03/09/2020, por suposta prática dos delitos tipificados no artigo 129, § 9º, e artigo 147, ambos do Código Penal, permanecendo custodiado, desde então, em decorrência da decretação de sua prisão preventiva.

Ressalta, entretanto, que o decreto prisional não destaca a presença das condições e dos pressupostos necessários para a imposição da custódia cautelar, previstos nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, notadamente porque a pena dos delitos não ultrapassa o patamar de 4 (quatro) anos, o paciente é primário e não houve o descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta.

Realça que a manutenção da prisão preventiva, no caso, constitui ofensa ao princípio da homogeneidade, pois representa medida mais gravosa que a pena a ser imposta em caso de eventual condenação.

Acrescenta que o paciente é portador de doença coronariana grave (cardiopatia) e realizou procedimento cirúrgico, integrando o chamado grupo de risco para a infecção do COVID-19, razão pela qual a custódia preventiva deve ser substituída por medida cautelar diversa.

Por tais razões, requer a concessão da liminar, para que seja determinada a substituição da prisão por medidas cautelares diversas, em especial as previstas no artigo 319, incisos I, II, IV e V, do Código de Processo Penal. Ao final, clama pela concessão definitiva da ordem.

A tutela de urgência foi indeferida às p. 184-187.

A autoridade indigitada coatora prestou informações à p. 193.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação de ordem (p. 201-206).

É o relato do essencial.

Em mesa.

Passo à análise da ordem.

Desponta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado por suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 129, § 9º, e 147, *caput*, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos (Autos n.º 0004639-90.2020.8.12.0021):

> *"(...) consta dos autos que, no dia 03 de setembro de 2020, quinta-feira, por volta das 23h15min, na Rua Irmãos Cameschi, em frente à residência de n. 1027, bairro Parque São Carlos, nesta cidade e Comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Gracianildo Mariano dos Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, ofendeu a integridade corporal de sua então namorada E. M. de P. V., causando-lhe lesões corporais de natureza leve, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito n. 1316/2020 (fls. 33/34).*
>
> *Consta, também, que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado Gracianildo Mariano dos Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, ameaçou sua então namorada E. M. de P. V., de causar-lhe mal injusto e grave, dizendo que 'ela pagaria pode tudo o que fez'.*
>
> *É dos autos que o denunciado e a vítima mantiveram relacionamento amoroso por cerca de 05 (cinco) meses, não possuindo filhos em comum.*
>
> *Conforme o apurado, na data do ocorrido, Gracianildo, E., L. A. C. A. e E. P. dos S., encontravam-se em um bar consumindo bebidas alcólicas, quando decidiram retornar para suas residências. Na ocasião, o denunciado e a vítima utilizavam o carro de E., ao passo que L. e E. seguiram o caso em outro veículo.*
>
> *Em certo momento, durante o trajeto, Gracianildo iniciou uma discussão motivada por ciúme e, no curso dessa discussão, o denunciado parou o veículo bruscamente e desferiu*

*um tapa no rosto da vítima, a qual, por sua vez, em defesa, retirou a chave do carro e o golpeou na cabeça.*

*Ato seguinte, a vítima anunciou que iria conduzir o carro e Gracianildo passou a ofendê-la chamando-a de 'vagabunda', o que fez com que E. parasse e pedisse que o namorado saísse do veículo.*

*Furioso, Gracianildo desferiu um soco no aparelho de som do carro, danificando-o, e, não satisfeito, pegou a bolsa, sandália, chaves do carro e da casa, celular e compras de mercado pertencentes a vítima, os quais estavam no interior do veículo, e jogou-os por cima de um muro próximo ao local.*

*E. tentou impedir a ação do denunciado, contudo, Gracianildo pegou-a pelos cabelos e arrastou-a pelo asfalto.*

*Além disso, não satisfeito com as agressões físicas e ofensas verbais, o investigado ameaçou a vítima, de forma velada, dizendo que 'ela pagaria por tudo o que fez', causando grande temor à ofendida.*

*Em virtude do ocorrido, L. acionou a Polícia Militar, e o denunciado evadiu do lugar.*

*Os agentes policiais compareceram ao local, sendo que recuperaram apenas a bolsa, as chaves da vítima e um pedaço de carne, além de localizarem e prenderem em flagrante delito o denunciado. Em seguida, os envolvidos foram encaminhados até à Delegacia de Polícia, a fim de tomar as providências cabíveis, oportunidade em que a ofendida representou criminalmente e solicitou medidas protetivas de urgência em desfavor do denunciado (fls. 11/12).*

*As agressões praticadas pelo denunciado contra a vítima resultaram lesão corporal de natureza leve, conforme depreende-se do Laudo de Exame de Corpo de Delito n. 1316/2020 (fls. 33/34), que constatou: '1- lesão equimótica arroxeada em região anterior do braço direito medindo 3,5x3cm de extensão em região inferior de bíceps; 2- escoriações discretas em cotovelo esquerdo e punho esquerdo'.*

*(...)."*

Em razão destes fatos, ao receber os autos flagranciais, o Juízo singular acolheu a cota ministerial e decretou a prisão preventiva do paciente, sob a justificativa de que a medida revela-se necessária para a garantia da ordem pública e, em especial, para preservar a integridade física e psíquica da vítima, e garantir a coercibilidade das medidas protetivas, nos seguintes termos (Autos n.º 0004578-35.2020.8.12.0021, p. 56-59):

*"(...) verifico não ser o presente, caso de relaxamento da prisão em flagrante, conforme previsto no artigo 310, I, do CPP, mas sim de homologação.*

*A defesa do acusado requereu a substituição da prisão cautelar por medida diversa (fls.27/29).*

*O Ministério Público requereu a homologação do flagrante, o deferimento das medidas protetivas de urgência e a decretação da prisão preventiva do acusado (fls.31/41).*

*A despeito da tipificação penal da conduta perpetrada pelo indiciado, o que deverá ser verificado pelo Ministério Público, verifico, de uma análise perfunctória, não ser hipótese de concessão de liberdade provisória (art. 310, III, do CPP), impondo-se, portanto, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, nos moldes do inciso II do mesmo dispositivo citado, dado o preenchimento dos pressupostos legais.*

*Verifica-se que o acusado, conforme antecedentes juntados às fls. 20/22, vem reiteradamente praticando atos de violência doméstica, exigindo-se do Estado maior*

*precaução, pois a reiteração desses atos por parte do autor por causa consequências mais graves e por vezes irreparáveis.*

*Outrossim, ameaçou a vítima, causando um grande temor nela, o que demonstra que a liberdade do acusado representa risco em concreto, que não pode ser evitado por medidas cautelares menos gravosas.*

*Conforme bem salientado pelo Ministério Público, a prisão preventiva também deverá ser decretada pela necessidade de garantir a coercibilidade às medidas protetivas.*

*Portanto, as circunstâncias delitivas e os antecedentes do acusado, no presente caso, determinam, no momento, que o cárcere é medida imprescindível para coibir a prática de atos contrários aos interesses deste processo e/ou da sociedade.*

*Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade acerca da prisão em flagrante efetuada, tornando-se necessária a manutenção da custódia cautelar, razão pela qual homologo a prisão em flagrante e converto-a em prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, e 312, ambos do CPP, para garantia da ordem pública e assegurar aplicação da lei penal.*

*(...).”*

A defesa ingressou com pedido de revogação da custódia cautelar, o qual foi indeferido pela autoridade indigitada coatora, sob o fundamento de que permanecem intactos os motivos que ensejaram o decreto prisional, em especial a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, nos seguintes termos:

*“Malgrado os esforços dispendidos pela defesa do custodiado, **a prisão preventiva deve ser mantida** com base nos mesmos fundamentos da decisão que a decretou, pois **as informações trazidas aos autos não consubstanciam fato ou circunstância apta ao afastastamento dos fundamentos que ensejaram a decretação da medida de força extrema.***

*A segregação cautelar que ora se busca afastar foi **decretada na data de 11.09.2020,** oportunidade em que os pressupostos legais foram criteriosamente analisados e amostraram-se sobejamente satisfeitos, conforme consta da decisão de fls. 56/59.*

*Acaso a hipótese dos autos comportasse a liberdade provisória, com ou sem aplicação de medida cautelar diversa prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, como se pretende, a toda evidência, esta medida teria sido tomada de plano, dado o caráter subsidiário da prisão que, como se sabe, é a ultima ratio (CPP, arts. 310, III, e 321).*

*Entrementes não é o que ocorre in casu cujas peculiaridades determinam a aplicação da medida de força extrema.*

*O fato de o custodiado possuir filhos menores, por si só, não determinam a concessão da prisão domiciliar, especialmente porque **um de seus filhos é maior de idade**, plenamente capaz e, portanto, pode muito bem cuidar dos menores.*

*Além do mais, nada foi esclarecido acerca da existência de familiares extensos que também poderão prestar auxílio e assistência a seus filhos enquanto perdurar o cárcere que lhe pesa, aliás, é o que ocorre na maioria dos casos.*

*O principal argumento a ser considerado neste momento é de o custodiado é acometido de cardiopatia que o colocaria em situação de risco quanto à COVID-19.*

*A fim de confirmar a alegação a defesa trouxe documentos donde se extrai que em abril de 2018, ou seja, **há mais de 2 (dois) anos o autuado foi submetido a procedimentos de angioplastia e implante de stent, concluídos com sucesso (fl. 81).***

*A despeito dos argumentos, para que os motivos determinantes da prisão cautelar sejam afastados em razão da Recomendação n. 62/2020 do CNJ, não basta a comprovação do acometimento de doença determinada, é preciso também que a situação clínica aponte*

*para uma concreta possibilidade de agravamento da saúde do indivíduo, caso venha a ser acometido com a COVID-19, o que também não restou demonstrado nos autos.*

*No caso específico, além da extemporaneidade, pois o tratamento informado se deu há mais de 2 (dois) anos,* ***nada foi argumentado acerca do atual estado clínico do requerente****, notadamente, se está com a saúde fragilizada.*

*De qualquer feita, é importante destacar que o contágio se dá por meio de contrato entre pessoas e os órgãos envolvidos com a execução penal neste Estado adotaram* ***medidas concretas*** *a fim de evitar a entrada e proliferação desse vírus nas nossas unidades prisionais, de sorte que a população carcerária de maneira alguma está desassistida nesse período de crise.*

*Neste sentido, o E. TJ/MS definiu que as audiências com réus presos se deem prioritariamente por* ***videoconferência*** *(Portaria n. 1.726/2020). A Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário do Estado de Mato Grosso do Sul (AGEPEN/MS)* ***suspendeu as visitas*** *e outras atividades com público externo dentro das unidades penais do Estado, bem como,* ***monitora a entrada dos novos presos****, para detectar eventuais sintomas e providenciar o isolamento de casos suspeitos (Nota Técnica n. 01/2020/GAB/AGEPEN). Medidas estas que tem se revelado de* ***grande eficácia****, tanto é que a despeito da conhecida superlotação carcerária,* ***não há notícia de casos confirmados*** *no interior da unidade prisional, local em que os presos* ***estão isolados do restante da sociedade*** *e, portanto, mais seguros do que se estivessem nas ruas, já que a recomendação dos especialistas em saúde pública é o isolamento social.*

*Mesmo que não fosse isso, conforme recente declaração do eminente Ministro Luiz Fux, futuro Presidente do Supremo Tribunal Federal,* ***o coronavírus não é sinônimo de habeas corpus****, o que não poderia ser diferente, pois de modo algum se poderia colocar em xeque a segurança pública sob o pretexto de zelar pela saúde de presos cuja soltura poderia colocar em risco a ordem social e/ou processual.*

*Ante o exposto,* ***indefiro o(s) pedido(s) defensivo(s)*** *e, em excepcional análise nos termos da Recomendação n. 62/2020 do CNJ,* ***mantenho a prisão preventiva****.*

*(...).” (G.n.)*

Contra tais decisões a defesa se insurge, aduzindo que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação da segregação preventiva, notadamente porque: i) o paciente é primário e não descumpriu medidas protetivas anteriormente impostas; ii) a prisão preventiva constitui ofensa ao princípio da homogeneidade, uma vez que representa medida mais gravosa do que a pena a ser imposta em caso de eventual condenação; e iii) o paciente integra o chamado grupo de risco para a infecção do “COVID-19”.

O inconformismo não merece prosperar.

Como se observa, a decretação da prisão cautelar do paciente alicerçou-se em satisfatória fundamentação, correspondente não apenas à gravidade que reveste o caso, mas, também, às circunstâncias e particularidades em que se desenvolveram as práticas delituosas sob enfoque, a delinearem significativos traços de periculosidade do paciente.

Com efeito, da decisão atacada emerge que o magistrado singular, além de se referir à materialidade e aos indícios suficientes de autoria do paciente, realçou a necessidade da custódia para a garantia da ordem pública e da integridade física e psíquica da vítima.

De acordo com a regra insculpida no artigo 313 do Código de Processo Penal, será admitida a decretação de prisão preventiva nas hipóteses de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos, no caso de o agente ter sido condenado por outro crime em sentença transitada em julgado, e, finalmente, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Da exegese do dispositivo transcrito, extrai-se ser cabível a prisão de natureza cautelar nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, se as mesmas, por si sós, revelarem-se ineficazes para a devida tutela da mulher ou para impedir novos episódios de violência.

Possível, dessa forma, a despeito dos argumentos aviados na impetração, a imposição medida constritiva em qualquer crime doloso, independente da pena cominada, já que as condições do artigo 313 do CPP são alternativas, desde que em infrações relativas à violência contra a mulher, cujas medidas protetivas de urgência não se afigurem suficientes a garantir a preservação da saúde física e mental das vítimas.

Isso porque a custódia de exceção possui peculiaridades distintas e ínsitas nos casos relativos a violência doméstica, podendo ser decretada em crimes cuja pena seja inferior a quatro anos, sobretudo diante da necessidade de adoção de mecanismos e ações afirmativas na busca de maior e melhor proteção às mulheres em condições específicas, ou seja, as que sofrem violência no âmbito doméstico e familiar.

Neste tanto, diante do objetivo precípuo de erradicar a violência doméstica em desfavor da mulher, incluindo, assim, a adoção de medidas excepcionais, como custodiar provisoriamente o agressor, não há que se falar em desproporcionalidade desta com a pena corporal a ser eventual e futuramente aplicada ao suposto agressor.

Neste sentido, a propósito, colaciono o julgado deste Sodalício:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL EM DECORRÊNCIA DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E RESISTÊNCIA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA –GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA – DESPROPORCIONALIDADE – IMPERTINÊNCIA – ORDEM DENEGADA. II – Não há de se falar em desproporcionalidade entre a medida cautelar e a que lhe será imposta no provimento final caso seja condenado, na hipótese, sobretudo considerando que a própria legislação processual penal reservou inciso específico (inciso III do art. 313 do CPP) para tratar da admissão da prisão preventiva nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outros de relevante valor do bem jurídico tutelado. III – Com o parecer, ordem denegada."* (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1401856-43.2019.8.12.0000, Maracaju, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 26/03/2019, p: 27/03/2019)

Desse modo, a suposta ausência de homogeneidade da constrição cautelar não serve como fundamento para justificar a liberdade àqueles que cometem práticas delitivas em detrimento de mulher em situação de vulnerabilidade doméstica e familiar, pois, a teor do disposto no artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, trata-se de situação que admite a decretação prisional preventiva.

Ademais, para a imposição da custódia preventiva revela-se prescindível a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, mormente quando os elementos colhidos evidenciarem a necessidade da segregação para salvaguardar, de forma iminente, a integridade da vítima, diante da periculosidade evidenciada pelo agente.

A propósito, cito recente pronunciamento desta Corte de Justiça:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – AMEAÇA – PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE POSSE DE ARMA DE FOGO – PRISÃO PREVENTIVA – PANDEMIA DO COVID-19 – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO CONHECIMENTO – HOMOGENEIDADE DA PRISÃO CAUTELAR – PRESCINDIBILIDADE DE PREEXISTÊNCIA DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA ANTERIOR – NECESSIDADE DE SALVAGUARDA IMEDIATA DA INTEGRIDADE DAS VÍTIMAS – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA VERIFICADOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PERICULUM LIBERTATIS CONFIGURADO – REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PREENCHIDOS – ANÁLISE DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS – GRAVIDADE*

*EXCEPCIONAL – COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – – SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO, ORDEM DENEGADA, EM PARTE COM O PARECER. 1. Inadequada a postulação, per saltum, na revogação da preventiva calcada na pandemia do Covid-19, na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, visto que tais argumentos sequer foram submetidos ao juízo da origem e, portanto, ausente pronunciamento a respeito, de sorte que evidente o óbice de o Tribunal apreciar referida pretensão em desrespeito ao devido processo legal, sob pena de incorrer em supressão de instância. 2. Questionamentos atinentes à homogeneidade da prisão provisória, à substituição por restritiva de direito e à pena projetada são concernentes a eventualidade de futura condenação, matérias defesas de dilação em habeas corpus, até porque a prisão preventiva não possui caráter de penalização, mas sim de acautelamento, de sorte que não servem como fundamento para justificar liberdade em detrimento da mulher vítima de violência no âmbito doméstico. 3.* ***Prescindível a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, caso os elementos colhidos dos autos revelem a necessidade para salvaguardar, de forma iminente, a integridade das vítimas, nada impedindo que a prisão preventiva seja imposta desde já, e não de maneira substitutiva, em caso de descumprimento de medida alternativa anteriormente imposta, se demonstrado tratar-se de única medida adequada e eficaz para a situação concreta****, como no caso versando, em que o agressor reside com as vítimas em zona rural daquela comarca, e, de posse de uma arma de fogo ameaçou-as de atingir-lhes a cabeça. 4. Evidencia-se o fumus commissi delicti da prova da existência do crime e dos indícios suficientes de autoria, o que, aliando-se às justificadas garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, consubstanciadas na gravidade concreta e particularidades do caso em análise, são elementos suficientes para se concluir pela presença do periculum libertatis e, por corolário, manter a prisão preventiva, pois presentes os pressupostos e requisitos inerentes (art. 312, CPP), sobretudo porque no momento importa assegurar a integridade física das vítimas de violência doméstica. 5. Inegável a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do Estado Democrático de Direito, não impede a excepcional imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, mesmo porque, sendo de natureza meramente processual e com o objetivo de assegurar a ordem pública, a aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução, não diz respeito ao reconhecimento da culpabilidade 6. Inaplicáveis as medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme artigo 282, II, do mesmo diploma, face ao quadro fático delineado, até porque a prisão preventiva encontra embasamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI."* (*Habeas Corpus* Criminal nº 1410076-93.2020.8.12.0000 - Três Lagoas Relator – Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, 03.09.2020) – destaquei.

*"EMENTA – HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE – NECESSIDADE DE RESGUARDAR, DE IMEDIATO, A SEGURANÇA DE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM DENEGADA.* ***A prisão preventiva tem contornos diferenciados nos casos de violência doméstica, podendo ser decretada em crimes ou contravenção cuja pena seja inferior a quatro anos, sendo por vezes prescindível, para tanto, a preexistência de medida protetiva de urgência adotada e descumprida, desde que elementos concretos dos autos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência de gênero pois, do contrário, deixariam de ser observados os princípios da adequação e da proteção, bem como os objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher****. Deve ser mantida a prisão preventiva se presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 c/c art. 313, III, ambos do Código de Processo Penal, especialmente quando a segregação cautelar mostrar-se medida indispensável para assegurar, de imediato, a segurança da vítima e também da ordem pública. Ordem denegada, em conformidade com o parecer." (Habeas Corpus* Criminal nº 1409242-27.2019.8.12.0000 - Água Clara Relator – Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal. 20.08.2019). Destaquei.

Desta feita, nada impede que a prisão preventiva seja imposta desde já, e não de maneira substitutiva, em caso de descumprimento de medida alternativa anteriormente imposta, observando-se tratar de única medida adequada e eficaz para a situação concreta, como no caso versando, em que o agressor apresenta extenso histórico de incidências criminais por atos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Conforme destacado pelo julgador monocrático, a imposição da custódia cautelar, na hipótese, revela-se imprescindível para garantir coercibilidade às medidas protetivas de urgência impostas em desfavor do paciente (artigo 313, inciso III, do CPP), diante do extenso histórico de envolvimento em fatos semelhantes.

No tocante ao *fummus comissi delicti*, verifica-se que resta cristalino nos autos, em virtude dos elementos de informação colhidos durante a fase investigatória e, em especial, do recebimento da denúncia ofertada em desfavor do paciente, o que, por certo, pressupõe a presença de justa causa para a deflagração da ação penal.

De igual forma, o *periculum libertatis* encontra-se evidenciado no caso em questão, visto que a custódia preventiva decorre da necessidade imperiosa de acautelar a ordem pública, que é assim definida pela melhor doutrina, *verbis*:

> *"O significado da expressão 'garantia de ordem pública' não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade."* (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131).

De igual forma, o *periculum libertatis* encontra-se evidenciado no caso em questão, visto que a custódia preventiva decorre da necessidade imperiosa de acautelar a ordem pública, que é assim definida pela melhor doutrina, *verbis*:

> *"O significado da expressão 'garantia de ordem pública' não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade."* (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131).

Na hipótese, observa-se que o paciente é pessoa com extenso histórico de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo certo que já teve medidas protetivas de urgência deferidas anteriormente em favor de outras vítimas (Autos n.º 0006321-22.2016.8.12.0021; Autos n.º 0007047-64.2014.8.12.0021; Autos n.º 0007903-86.2018.8.12.0021) e responde a outras ações penais por crimes semelhantes (Autos n.º 0000184-19.2019.8.12.0021 e Autos n.º 0000029-16.2019.8.12.0021), além de outro processo por suposto cometimento de crime previstos no código de trânsito brasileiro (Autos n.º 0000348-64.2017.8.12.0114).

Embora os fatos anteriores não sejam relacionados a mesma vítima, é certo que são suficientes para realçar fortes indicativos de propensão do paciente a atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Como visto, as vítimas mudam, mas o histórico de condutas da mesma natureza permanece.

Diante desse panorama, evidentemente restrito aos elementos de informação colhidos durante a fase investigatória, inegável a existência dos indícios de autoria do paciente nos fatos ilícitos ora noticiados, estando bem demonstrados, portanto, o *fummus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Com efeito, os indicativos de contumácia delitiva do paciente e a dinâmica dos fatos retratados nestes autos realçam traços de personalidade agressiva e de periculosidade, o que é suficiente para a manutenção da prisão preventiva, notadamente diante do histórico de violência doméstica já mencionado, a fim de impedir que novos episódios, quiçá ainda mais graves, venham a ocorrer.

Nessa esteira, a prisão de natureza cautelar revela-se é necessária, não se vislumbrando o cabimento isolado das medidas diversas da prisão, ao menos por ora, sobretudo diante dos indicativos de periculosidade, da reiteração em atos de violência doméstica e da necessidade de preservação da integridade física e psíquica da vítima.

Nesse sentido, colhe-se precedentes desta Corte:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM DENEGADA. A teor do art. 313, III, do Código de Processo Penal, é autorizada a decretação da custódia cautelar, para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência, se o suposto crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher. Incabível, portanto, falar-se em desproporcionalidade entre a medida cautelar e a pena corporal a ser eventualmente imposta em caso de condenação."* (TJMS; *Habeas Corpus* n.º 1413049-55.2019.8.12.0000 – Ribas do Rio Pardo; Relatora Desª. Elizabete Anache, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 31.10.2019)

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – VIAS DE FATO E AMEAÇA EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA ÀS MEDIDAS CAUTELARES OU PROTETIVAS – IMPOSSIBILIDADE – CUSTÓDIA ADMITIDA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PERICULOSIDADE E POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. Sendo admitida a prisão preventiva em alguma das hipóteses do art. 313 do CPP e estando presentes os pressupostos e fundamentos do art. 312 do CPP, não há falar em revogação da custódia ou na concessão da liberdade provisória condicionada às medidas cautelares ou protetivas, ainda que as condições pessoais sejam favoráveis ao paciente. O fundamento da garantia da ordem pública revela-se na periculosidade do agente e na possibilidade de reiteração, visto que ele demonstrou ser violento ao praticar vias de fato e ameaçar sua ex-companheira. Também, consta que ele possui histórico de cometimento de crimes no contexto de violência doméstica, pois suas folhas de antecedentes criminais registram passagens por vias de fato e ameaça."* (TJMS. *Habeas Corpus* n. 1401274-43.2019.8.12.0000, Itaquiraí, 2ª Câmara Criminal, Relator(a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, 2ª Câmara Criminal, j: 26/02/2019)

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – AMEAÇA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – ART. 313, III, DO CPP – DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR COM EVENTUAL CONDENAÇÃO – PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA VÍTIMA – PRISÃO MANTIDA – PACIENTE QUE RESPONDE OUTRAS DUAS AÇÕES PENAIS – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER. A gravidade das condutas perpetradas, aliada ao fato de que o paciente responde outras duas ações penais, denotam a possibilidade real e concreta de reiteração delitiva, sendo necessária, por ora, a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública e também para preservar a integridade física da vítima, nos termos do art. 313, III, do CPP, não sendo recomendável sua substituição por nenhuma das medidas cautelares enumeradas no art. 319 do CPP. A prisão cautelar em delitos desta natureza não necessita guardar vinculação com a pena de uma eventual e futura condenação, desde que os elementos concretos dos fatos indiquem a sua indispensabilidade para resguardar, de imediato, a integridade da vítima de violência de gênero."* (TJMS. *Habeas Corpus* n. 1414656-40.2018.8.12.0000, Amambai, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 21/01/2019, p: 23/01/2019)

Cumpre ressaltar, neste palmilhar, que a jurisprudência é uníssona no sentido de que eventuais *"condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema."* (*HC* 217.175/

SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12/03/2013). No mesmo sentido a orientação o C. STF: HC 112.642, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 10.08.12.

Logo, inexiste constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, pois a segregação preventiva encontra amparo no artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal e foi validamente justificada na necessidade de garantia da ordem pública e a integridade física e psíquica da vítima, haja vista as circunstâncias do caso que retratam, *in concreto*, a imprescindibilidade da medida.

De igual forma, o pedido de substituição da custodia cautelar por medidas alternativas, em virtude da pandemia do novo "Coronavírus", não merece prosperar.

Sabe-se que, diante do atual cenário de pandemia viral ocasionada pelo COVID-19 ("Coronavírus"), o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre medidas profiláticas à propagação do referido vírus no interior dos estabelecimentos prisionais, assim dispondo:

> *"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."*

Inicialmente, deve ser pontuado que a Recomendação editada pelo CNJ não é norma impositiva que autoriza indistintamente a libertação de presos provisórios e definitivos. Em verdade, o ato foi editado com a finalidade de orientar os juízes e tribunais a reavaliarem a necessidade de manutenção das prisões e a possibilidade de substituição destas por custódia domiciliar ou outras medidas alternativas, de acordo com as peculiaridades de cada caso e das condições pessoais de cada interno.

Nesse átimo, a despeito do momento crítico vivenciado em nosso país, em decorrência da atual pandemia do vírus COVID-19, conhecido por "Coronavírus", tal situação, por si só, não pode ser interpretada como uma espécie de "alvará de soltura" para todo e qualquer indivíduo que se encontre encarcerado, pois, em contrapartida, ainda persiste 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.

Com efeito, se por um lado é dever do Estado salvaguardar a vida, a saúde e a integridade física e psíquica dos internos do sistema prisional, também o é, por outro viés, promover a paz e a segurança da sociedade, cuja essência reside no combate à criminalidade.

Por certo que a ordem constitucional outorgou ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros, como bem sintetiza o Ministro Gilmar Mendes:

> *"Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção (...) também podem ser traduzidos*

*como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (...) pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: (...) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas."* (STF: HC 102.087/MG).

Justamente nesse sentido, aliás, foi o posicionamento emanado do Plenário do Supremo Tribunal Federal ao negar referendo ao entendimento esposado pelo Ministro Marco Aurélio (ADPF n. 347) acerca da liberação da população carcerária em virtude da pandemia do COVID-19.

Alicerçado em tais premissas, embora se reconheça a gravidade da pandemia viral em curso e a necessidade de adoção de medidas preventivas à propagação do "COVID-19", notadamente entre os integrantes dos chamados grupos de risco, é certo que, no caso em epígrafe, a ordem almejada não comporta concessão.

Com efeito, a gravidade da situação delineada nos autos, destacando-se o histórico de incidências relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher, evidencia que a prisão preventiva é inarredável, uma vez que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

Somado a tanto, verifica-se que inexiste informação de que o paciente, que atualmente possui 39 anos de idade, esteja inserido no chamado grupo de risco para o COVID-19, elencado na Recomendação 62/2020 do CNJ.

Ao contrário do sustentado pela defesa técnica, ao preencher o formulário de identificação de fatores de risco para o COVID-19, o paciente consignou não possuir doença crônica ou grave (p. 29). Outrossim, foram acostados aos autos documentos acerca de cirurgia realizada no ano de 2018, ou seja, há mais de 02 (dois) anos, não havendo qualquer informação acerca do atual estado clínico do paciente.

De qualquer forma, nada impede que, em caso de eventual contaminação, sejam adotadas as medidas de isolamento e observadas as orientações necessárias com o escopo de evitar a disseminação do "coronavírus", bem como que seja ministrado, de imediato, o tratamento pertinente na hipótese de aparecimento dos sintomas.

Ressalta-se, oportunamente, que inúmeras medidas sanitárias estão sendo implementadas pelo Poder Público no sentido de evitar a incursão e a disseminação da doença no interior dos estabelecimentos prisionais.

A propósito, faço referência à Portaria Interministerial n. 7/2020 (DOU de 18/3/2020 - nº 53-B, Seção 1, p. 1), que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do sistema prisional, destacando-se dentre as medidas a necessária identificação e o monitoramento da saúde dos custodiados incluídos nos grupos de risco e a criação de espaços de isolamento.

Ademais, o Ministério de Justiça e Segurança Pública editou a Portaria n. 135, de 18 de março de 2020, que estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional, destacando-se a restrição de entrada de visitantes nas unidades prisionais, a separação imediata dos presos que ingressam via prisão em flagrante ou transferências, a limitação ou suspensão das transferências de presos entre unidades da federação, a criação de áreas específicas para isolamento de presos acometidos de sintomas gripais e o isolamento de presos idosos ou com doenças crônicas.

Não se pode olvidar, ainda, que a AGEPEN-MS vem adotando medidas para prevenção da proliferação e do contágio viral no interior dos estabelecimentos penais do Mato Grosso do Sul, conforme a Nota Técnica n. 1-2020-AGEPEN-MS, o que evidencia que a administração carcerária estadual também adotou providências em favor dos detentos.

Destarte, estando bem demonstrada a necessidade da custódia preventiva, não há constrangimento ilegal a ser sanado pela via do presente remédio heroico.

Por tais fundamentos, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

É como voto, com o parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem de *habeas corpus*.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relatora designada Desª Elizabete Anache
## Apelação Criminal nº 0001109-09.2014.8.12.0015 – Miranda

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – PEDIDO DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA FORMALIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO – DESCABIMENTO – REINCIDÊNCIA – AGRAVANTE MANTIDA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – NÃO ACOLHIMENTO – SÚMULA 269 DO STJ – *SURSIS* – BENEFÍCIO INCABÍVEL AO RÉU – RECURSO IMPROVIDO – DE OFÍCIO, REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO RELATIVA À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

A despeito da atual reforma legislativa que passou a exigir representação da vítima como condição de procedibilidade do crime de estelionato (salvo quando a vítima for a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz), tal não prejudica *"o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo."* (STJ; AgRg-PET-Ag-REsp 1.649.986; Proc. 2020/0013865-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 23/06/2020; DJE 30/06/2020). Ademais, no caso vertente a condição de procedibilidade encontra-se atendida, pois o ofendido compareceu à delegacia para contribuir com a apuração dos fatos, sinalizando, assim, o inequívoco intento de apurar o fato mediante a deflagração da persecução penal.

Segundo art. 63 do Código Penal, considera-se reincidente o agente que comete novo crime depois de definitivamente condenado por delito anterior. Considerando, assim, que o réu incorreu no delito apurado neste feito quando já condenado pelo crime anterior de roubo majorado, assim como não se verificando a fluência do prazo de 5 anos entre a data do cumprimento da pena ou da concessão do livramento condicional e a nova prática delitiva, tem-se por configurada a reincidência.

Muito embora o réu conte com a análise positiva de todas as circunstâncias judiciais, não se pode desprezar a sua reincidência, a qual reclama a imposição de maior repressão estatal. Assim, admissível no caso o regime prisional semiaberto, o qual demonstra ser suficiente para a prevenção e reprovação da conduta. Exegese da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Impossível a concessão do *sursis* se o réu é reincidente em crime doloso.

De ofício, redução da fração de aumento relativa à agravante de reincidência para 1/6, redimensionando a pena definitiva.

## 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, negaram provimento ao recurso. De ofício, por maioria, nos termos do voto da Revisora, vencido o Relator, reduziram a pena do apelante.

Campo Grande, 17 de setembro de 2020.

Desª Elizabete Anache – Relatora designada

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Vistos etc.

Reinaldo Aparecido dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face da r sentença prolatada pelo Juízo da 2 Vara de Miranda, que o condenou como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 ano e 04 meses de reclusão em regime inicia semiaberto e à obrigação em reparar danos estabelecidos em R$ 25.305,00.

Nas razões, requer: a) o afastamento da agravante da reincidência; b) o abrandamento do regime prisional, e; c) a aplicação do *sursis* (p. 301-303).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 311-321).

Em seguida, a representante do *Parquet* requereu a intimação da vítima para formalização da representação, em conformidade com a condição de procedibilidade instituída pela Lei n. 13.964/19 (p. 332-336).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do apelo (p. 346-354).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Reinaldo Aparecido dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face da r sentença prolatada pelo Juízo da 2 Vara de Miranda, que o condenou como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 ano e 04 meses de reclusão em regime inicia semiaberto e à obrigação em reparar danos estabelecidos em R$ 25.305,00.

Nas razões, requer: a) o afastamento da agravante da reincidência; b) o abrandamento do regime prisional, e; c) a aplicação do *sursis* (p. 301-303).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 311-321).

Em seguida, a representante do *Parquet* requereu a intimação da vítima para formalização da representação, em conformidade com a condição de procedibilidade instituída pela Lei n. 13.964/19 (p. 332-336).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do apelo (p. 346-354).

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente em relação à providência requerida pela digna_Promotora de Justiça, certo é que a Lei nº 13.964/19 (denominada "Pacote Anticrime") acrescentou ao art. 171 do Código Penal o § 5º, segundo o qual as ações penais decorrentes dos crimes de estelionato agora são processadas mediante representação do ofendido, salvo quando a vítima for a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz.

No entanto, a aplicação da nova regra procedimental em ações penais já deflagradas deve observar o disposto no art. 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual *"a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior."*

Na esteira desse raciocínio, não se exigirá a representação nas hipóteses em que ultrapassada for a fase postulatória, pois a nova Lei não é capaz de invalidar atos jurídicos regularmente aperfeiçoados em conformidade com a norma processual então vigente, como observa-se na hipótese vertente.

Em abono, manifesta-se a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIME DE ESTELIONATO – PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) – INVIABILIDADE – ATO JURÍDICO PERFEITO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – DOUTRINA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como 'Pacote Anticrime', alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz. 2. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade. Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial* (CUNHA, Rogério Sanches. Art. 121 ao 361. 12. ed. rev. atual. e ampl. JusPODIVM: Salvador, 2020. p. 413. 3. (...). 4. Agravo regimental improvido." (STJ; AgRg-PET-Ag-REsp 1.649.986; Proc. 2020/0013865-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 23/06/2020; DJE 30/06/2020)

Ademais, a representação do ofendido não exige maiores formalidades, sendo válida qualquer manifestação de vontade no sentido de ver o acusado processado.

No caso em apreço, depreende-se que o ofendido Milton, proprietário do estabelecimento que foi alvo da ação delitiva, compareceu à delegacia para oitiva e em juízo visando a apuração do fato (p. 43-44), de modo a inexistir dúvida acerca de seu intento em deflagrar a persecução penal.

Em casos similares, colho os seguintes precedentes:

> *"APELAÇÃO – ESTELIONATO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – PLEITO SUBSIDIÁRIO – A) ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. 1. Lei nº 13.964/19. Inclui o § 5º ao artigo 171 do Código Penal. Representação que não exige rigor formal. Reconhecimento do desejo de ver movida a máquina persecutória por parte da vítima. 2. Condenação mantida. Prova da materialidade e de autoria. Depoimentos da vítima e das testemunhas uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. 3. Dosimetria da pena que não merece reparos. 4. Regime semiaberto corretamente fixado em razão das condições subjetivas desfavoráveis do réu. 5. Recurso conhecido e improvido."* (TJSP; ACr 0000998-36.2015.8.26.0553; Ac. 13781248; Santo Anastácio; Décima Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli; Julg. 21/07/2020; DJESP 29/07/2020; Pág. 3041)

> *"HABEAS CORPUS – ESTELIONATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – SÚMULA Nº 53 DO TJMG – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT EM PARTE – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Considerando que as alegações de ausência de motivos para a segregação cautelar e do risco de contágio pelo coronavírus configuram mera reiteração de fundamentos constantes em outro writ, aplicável a Súmula nº 53 do TJMG, não se conhecendo do habeas corpus nestes*

*pontos. 2. Notícias de que os pacientes integram organização criminosa voltada à prática de crimes patrimoniais, especialmente estelionato, valendo-se sempre de transportadoras de fachada para praticar golpes em detrimento de empresários, a revelar a gravidade concreta dos crimes. 3. Não há que se falar na ausência de condição de procedibilidade (representação) quando o ofendido procurou a Polícia e solicitou diligências, manifestando expresso interesse na persecução penal. 4. Ordem conhecida parcialmente e, na parte conhecida, denegada."* (TJMG; HC 4497994-57.2020.8.13.0000; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Dirceu Walace Baroni; Julg. 23/07/2020; DJEMG 23/07/2020)

*"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ESTELIONATO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PACOTE ANTICRIME – REPRESENTAÇÃO EFETIVADA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A Lei nº 13.964/2019 acrescentou o § 5º ao artigo 171 do Código Penal, estabelecendo que o crime de estelionato deve ser processado mediante ação penal pública condicionada à representação. 2. Nas ações penais de estelionato em curso, deve ser considerada sanada a condição de procedibilidade prevista no artigo 171, § 5º, do Código Penal, nos casos em que a vítima tenha manifestado o desejo inequívoco de apurar o fato, independentemente de formalidade específica (...)."* (TJDF; APR 00003.79-84.2019.8.07.0007; Ac. 126.1949; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; Julg. 02/07/2020; Publ. PJe 17/07/2020)

Inclusive, não discrepa o posicionamento adotado por este Colegiado:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO JULGADO NA QUESTÃO AFEITA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTELIONATO, COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A PERSECUÇÃO PENAL, NOS MOLDES DO § 5º, DO ART. 171, DO ESTATUTO REPRESSOR, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 13.964/2020 (PACOTE ANTICRIME) – VÍCIO DE OMISSÃO NÃO VERIFICADO NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA – NÃO EXIGE MAIORES FORMALIDADES, BASTANDO A INTENÇÃO DE PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL, CONSUBSTANCIADO NO PEDIDO DE REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL – EMBARGOS REJEITADOS. I. É iterativa a jurisprudência do STJ no sentido de que, em se tratando de ação penal pública que demande representação do ofendido ou de seu representante legal, tal manifestação de vontade, condição específica de procedibilidade sem a qual é inviável a propositura do processo criminal pelo dominus litis, não exige maiores formalidades, sendo desnecessário que haja uma peça escrita nos autos do inquérito ou da ação penal com nomen iuris de representação, bastando que reste inequívoco o seu interesse na persecução penal. II. No caso desta ação penal, o registro de ocorrência policial levado a efeito pela vítima, no sentido de abrir procedimento inquisitivo para verificação de estelionato, é o suficiente para o início da persecução penal, não havendo que falar em peça específica com o nomen iuris de representação. Assim, a condição de procedibilidade foi verificada no presente caso. III Com o parecer. Embargos rejeitados."* (TJMS; EDcl 0031391-72.2014.8.12.0001; Primeira Câmara Criminal; Rel. Juiz Lúcio R. da Silveira; DJMS 16/07/2020; Pág. 155)

Nesse prospecto, tenho por completamente inócua e dispensável a providência requerida pela digna representante do *Parquet*.

No tocante à reincidência, sustenta a d. Defesa que a condenação definitiva anterior já teve *"cumprida a pena total a mais de 05 anos"*, não se prestando, assim, à configuração da agravante.

Sem razão, entrementes.

Nos termos do art. 63 do Código Penal, *"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."*

Segundo infere-se da certidão de p. 141-142, o apelante ostenta condenação anterior por crime de roubo majorado, cujo trânsito em julgado ocorreu em 09.07.2010, portanto em data anterior ao cometimento do delito aqui retratado (05.11.2013). Depreende-se, outrossim, que a pena foi cumprida em 17.11.2013.

Nesse prospecto, é evidente que o registro acima referido é capaz de gerar a reincidência, sobretudo porque não ocorrido o transcurso do período depurador entre o cumprimento da pena e o cometimento do novo crime (art. 64, inc. I, do Código Penal).

Em relação ao regime prisional, melhor sorte não socorre à Defesa.

Com efeito, não se olvida que a quantidade de pena concretamente infligida ao apelante (inferior à 04 anos) autorizaria, em tese, a fixação do regime prisional inicial aberto, a teor do que dispõe a inteligência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

No entanto, o critério quantitativo-objetivo não é o único elemento de modulação, isso porque nos termos do art. 33, §§ 2 e 3º, do Código Penal, o regime prisional será determinado em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, de modo que para fazer jus ao regime mais brando o acusado deve contar com circunstâncias amplamente favoráveis e não ser reincidente.

Atendo-se a hipótese em apreciação, saliento que, embora o recorrente conte com a análise positiva de todas as circunstâncias judiciais, não se pode desprezar a sua reincidência, a qual reclama a imposição de maior repressão estatal, sendo, por tal razão, admissível a fixação do regime prisional semiaberto.

Anote-se, por oportuno, que tal entendimento encontra suporte no enunciado 269 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça, o qual prevê que *"é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."*

Nesse diapasão, eis o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

> *"(...) em condenação igual a 04 anos, se o réu é reincidente, é possível o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º c) do CP (...)."* (TJMS, Apelação Criminal n. 0000197-92.2012.8.12.0011, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Julgado em 18.11.2013)

Portanto, deve ser mantido o inicial semiaberto.

Por fim, registro que o *sursis* é incabível ao apelante, tendo em vista que somente alcança ao condenado que *"não seja reincidente em crime doloso."* (Art. 77, inc. I, do Código Penal).

Conclusão

Destarte, com o parecer, nego provimento ao recurso.

A Srª. Desª. Elizabete Anache. (Revisor)

De uma detalhada análise dos autos, peço vênia ao e. Relator para, de ofício, redimensionar a pena do apelante.

Isso porque o magistrado singular aplicou a agravante da reincidência em 1/3, sem qualquer fundamentação, em desconformidade com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *"(...) quanto ao aumento da pena intermediária, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6*

> *exige motivação concreta e idônea. No caso, considerando a existência de apenas um título condenatório a ser sopesado como reincidência, nada justifica o incremento da pena intermediária em 1/5, devendo, portanto, ser adotado o patamar de 1/6 5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar o incremento das penas-base pela personalidade e limitar o incremento pela reincidência a 1/6, determinando ao Juízo das Execuções que proceda ao novo cálculo dosimétrico."* (HC 447.247/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 26/06/2020)

Portanto, sem delongas, reduzo a fração de aumento relativa à agravante de reincidência para 1/6, redimensionando a pena para 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Ante o exposto, respeitosamente divirjo do e. Relator para, de ofício, reduzir a pena de Reinaldo Aparecido dos Santos para 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (Vogal)

Acompanho a divergência.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto do relator, negaram provimento ao recurso. De ofício, por maioria, nos termos do voto da revisora, vencido o relator, reduziram a pena do apelante.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 17 de setembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relatora Desª Elizabete Anache
## Apelação Criminal nº 0101722-65.2003.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – LESÃO CORPORAL GRAVE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS JUDICIALIZADAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE LAUDO COMPLEMENTAR – COMPROVAÇÃO DA EXTENSÃO DA LESÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA MODALIDADE DOLOSA PARA A CULPOSA – CIRURGIA PLÁSTICA REALIZADA POR MÉDICO SEM ESPECIALIDADE DURANTE ANOS – DOLO COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – PENA ESTABELECIDA EM DESPROPORÇÃO – APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA PENA MÉDIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Muito embora não tenha havido a realização de laudo pericial complementar referente a algumas vítimas que, inclusive, não forma ouvidas sob o crivo do contraditório, tal fato não possui o condão de afastar as conclusões dos laudos de exame de corpo de delito que, em suma, foram corroborados pelas declarações prestadas na fase extrajudicial e por testemunhas ouvidas sob o crivo do contraditório.

Conforme maciço entendimento do Superior Tribunal de Justiça a ausência de laudo complementar é prescindível quando as demais provas carreadas demonstram a extensão das lesões sofridas pela vítima.

Juntando-se as informações de que o apelante não dispunha de titulação de especialidade em cirurgia plástica, identificando-se, inclusive, notícia de declaração falsa do hospital onde ele cursou residência, à declaração do Conselho Regional de Medicina de que não possui registro desta especialidade, somado ao fato dele propagar informação de que realizava cirurgias desta natureza (cirurgia plástica e emagrecimento), atraindo-se, em especial, vítimas que eram servidoras públicas beneficiárias do PREVISUL, demonstram que ele tinha plena ciência dos fatos e assumiu para si a responsabilidade pelo seu resultado.

O dolo é robustecido pela realização de operações durante anos a fio, consentindo e assumindo os resultados danosos produzidos e, por consequência, a responsabilidade pela sua produção, mormente quando sequer possuía especialidade própria para tanto.

A ficção jurídica da continuidade delitiva é prevista para situações em que um ou mais crimes são reconhecidos como continuação do primeiro, exigindo, para tanto, uma similaridade de circunstâncias quanto às condições de tempo, lugar, maneira de execução, dentre outras, a teor do art. 71 do Código Penal.

Conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, o marco temporal da continuidade delitiva está adstrito à prática de delitos praticados dentro do período de um mês. Precedentes.

Havendo comprovação de que o réu solicitou para si valor referente a operação que era integralmente custeada por plano de saúde – extinto Previsul – informando às vítimas que tal valor era destinado ao pagamento de procedimento não coberto (inclusive emitindo documentos sem registro de operações estéticas), resta configurado o crime de corrupção passiva.

Em razão da lacuna legal, esta C. Câmara já firmou entendimento quanto à aplicabilidade da técnica da pena média, pela qual divide-se o intervalo entre a pena máxima e a mínima pela quantidade de moduladoras previstas no art. 59 do Código Penal.

Contra o parecer. Recurso conhecido e 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, proveram parcialmente o recurso, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 8 de outubro de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelação criminal interposta por Alberto Jorge Rondon de Oliveira, contra a sentença proferida pelo d. Juízo da 3ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande que o condenou à pena de 46 anos de reclusão a ao pagamento de 460 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 317, *caput*, por duas vezes (vítimas Dercilene e Previsul) c.c art. 129, § 2º, IV, por cinco vezes (vítimas Romilda, Maria, Gina, Geni e Lucienne), na forma do art. 69, todos do Código Penal, restando absolvido da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), em virtude da sua redefinição jurídica (vítimas (Romilda, Maria, Gina, Geni e Lucienne), nos termos do art. 386, VII, do CPP (f. 1.431/1.478).

O apelante aduz, em resumo, que deve ser absolvido, por insuficiência probatória da prática dos crimes de lesão corporal cujas vítimas foram ouvidas somente na polícia (Maria Benedita Peixoto, Geni Rosa de Jesus e Gina Alicia Belmonte Rojas), bem como porque não houve a confecção de laudo complementar para atestar a extensão das lesões.

Já em relação às demais vítimas ouvidas sob o crivo do contraditório, alega não ter havido a efetiva comprovação do dolo e, por isso, requer a desclassificação para o delito de lesão corporal culposo. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos.

Requer, de igual forma, a absolvição dos crimes de corrupção passiva, porquanto o Ministério Público Estadual não comprovou que o valor "extra" suportado pela vítima Dercilene *"não foi utilizada para acomodação melhor do que a enfermaria"*, devendo prevalecer o princípio *in dubio pro reo*.

Já com relação à vítima Previsul, sustenta que *"por mais que a suposta vítima houvesse declarado em juízo que passou por cirurgia meramente estética, não há maior comprovação de que tenha sido realmente puramente estética a cirurgia. Podendo ter o apelante realizado procedimentos de saúde e também estéticos, o que descaracterizaria a imputação, pois, o apelante estaria realizando serviço a mais e não 'enganando o PREVISUL' como argumentado pela acusação."* (f. 2.350).

Por derradeiro, no que tange à dosimetria da pena, afirma que foi estabelecida sem proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser redimensionada de acordo com o entendimento jurisprudencial: *"Levando-se em conta as frações indicadas pela jurisprudência, no patamar de 1/6, tem-se que, com a pena mínima em abstrato no patamar de 02 anos, pena base indicada pelo artigo 129 § 2°, teríamos que, para cada circunstância judicial, levar em conta o aumento de 04 meses, pois, 24 meses = 2 anos, 1/6 de 24 meses = 4*

*meses. Levando em consideração as 03 circunstâncias desfavoráveis ao apelante, a pena base deveria ter sido aumentada em 12 meses."* (f. 2.353), (f. 2.334/2.354).

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 2.360/2.378, e parecer da i. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 2.387/2.416, ambos pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Alberto Jorge Rondon de Oliveira, contra a sentença proferida pelo d. Juízo da 3ª Vara Criminal Residual da Comarca de Campo Grande que o condenou à pena de 46 anos de reclusão e ao pagamento de 460 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 317, *caput*, por duas vezes (vítimas Dercilene e Previsul) c.c art. 129, § 2º, IV, por cinco vezes (vítimas Romilda, Maria, Gina, Geni e Lucienne), na forma do art. 69, todos do Código Penal, restando absolvido da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), em virtude da sua redefinição jurídica (vítimas (Romilda, Maria, Gina, Geni e Lucienne), nos termos do art. 386, VII, do CPP (f. 1.431/1.478).

Narra a inicial acusatória:

> *"(...) consta dos autos que o denunciado Alberto Jorge Rondon Oliveira, utilizando-se de documento adulterado (fl. 14), se fez passar por Cirurgião Plástico, de modo que, credenciando-se ao PREVISUL, passou a realizar intervenções cirúrgicas em diversas mulheres, as quais vieram a sofrer irreversíveis sequelas físicas e morais. Com o fim de obter vantagem indevida e enriquecer ilicitamente, o denunciado passou a realizar diversos tipos de cirurgias, inclusive de cunho estritamente estético, o que não era custeado e nem permitido pela PREVISUL. Depreende-se dos autos que, para a realização das cirurgias plásticas, o denunciado induzia as vítimas a informarem que os procedimentos tinham a finalidade de sanar outras enfermidades, tais como problemas de coluna e nódulos mamários, quando na verdade as intervenções cirúrgicas tinham apenas finalidade estética, o que causava prejuízo ao erário e ao PREVISUL. Para a realização das intervenções cirúrgicas o denunciado exigia das pacientes o pagamento de certa quantia em dinheiro, que variava entre R$ 300,00 (quinhentos) e R$ 1.500,00 (um mil e quatrocentos reais), dependendo das condições financeiras da vítima. Conforme apurou-se, para a obtenção das quantias em dinheiro o denunciado ludibriava as vítima, alegando que a cobrança era para cobrir despesas com anestesista. No entanto, apesar disto, o denunciado não fornecia qualquer tipo de recibo às pacientes.*
>
> *Da lesão corporal de natureza grave.*
>
> *Consta dos autos, que o denunciado Alberto Jorge Rondon de Oliveira, mediante adulteração documento (fl. 14), atribuiu para si especialidade em realização de cirurgias plásticas, sendo que, realizando intervenções cirúrgicas, nas vítimas Romilda Roque dos Santos, Maria Benedita Peixoto, Gina Alicia Belmonte Rojas, Geni Rosa de Jesus e Luciane Vieira Sodré, sem estar habilitado para tanto, causou nas mesmas lesões corporais de natureza grave, além de sequelas de ordem moral. Conforme se infere nos autos, em documento de fl. 10, expedido pelo Conselho Regional de Medicina, constata-se, que denunciado não era habilitado para realização de cirurgias plásticas, de modo que, ao adulterar documentos que lhe conferiam esta especialidade, assumiu o risco pelos danos gravíssimos de ordem física e moral que causou às pacientes mencionadas. Consta dos autos que na data de 07 de abril de 1998, o denunciado realizou na vítima Romilda Roque dos Santos uma cirurgia para redução dos seios, sendo que em virtude deste procedimento a mesma veio a sofrer lesão corporal de natureza grave, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito de fl. 513. Na data de 02 de outubro de 1997, o denunciado realizou intervenção cirúrgica na vítima*

*Maria Benedita Peixoto, causando na mesma lesão corporal de natureza grave e deformidade permanente, conforme atesta o Laudo pericial de fl. 476. Na data de 09 de dezembro de 1997, a vítima Gina Alicia Belmonte Rojas foi submetida a cirurgia plástica pelo denunciado, o que causou na mesma lesões corporais de natureza grave, com deformidade permanente, conforme atesta o Laudo Pericial de fl. 478. Consta dos autos, que na data de 31 de agosto de 1998, o denunciado realizou intervenção cirúrgica na vítima Geni Rosa de Jesus, causando na mesma Lesão corporal de natureza grave, bem como deformidade permanente, conforme atesta o Laudo Pericial de fl. 484-485. Depreende-se dos autos que na data de 1º de agosto de 1997 o denunciado realizou cirurgia plástica na vítima Lucienne Vieira Sodré, causando na mesma lesão corporal gravíssima e deformidade permanente, conforme atesta o laudo pericial de fl. 487.*

*Do estelionato.*

*Conforme apurou-se, para realização de cirurgias plásticas, o denunciado exigia o pagamento de quantias em dinheiro que variavam entre R$ 300,00 (trezentos) e R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), dependendo das condições da vítima, alegando que tais valores eram para custear despesas com anestesista e medicação. Após a realização das cirurgias, as vítimas pediam recibos ao denunciado visando comprovação material dos valores por elas pagos, contudo ele nunca os fornecia. Deste modo, ludibriando suas pacientes, cobrando valores indevidos, o denunciado obtinha para si vantagem ilícita, enriquecendo-se ilicitamente, uma vez que o PREVISUL custeava todas as despesas com cirurgias, conforme se verifica em extratos de despesas médicas anexos. Apurou-se por meio de informações prestadas pelo Diretor Geral do PREVISUL à época dos fatos que referido órgão cobria todas as despesas cirúrgicas de suas pacientes, não exigindo o pagamento de qualquer taxa. Consta dos autos, que na data de 09 de julho de 1997, o denunciado recebeu da vítima Dercilene Braga Sodré de Oliveira a quantia de R$ 1.000,00 (um mil reais), por uma cirurgia que documentalmente visava retirada de nódulos nas mamas. Conforme apurou-se, na data de 07 de abril de 1998, o denunciado recebeu pari si, da vítima Romilda Roque dos Santos, o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), informando que tal valor era para custear despesas com anestesista, o qual era pago pelo PREVISUL. Apurou-se que na data de 02 de outubro de 1997 o denunciado recebeu para si, da vítima Maria Benedita Peixoto, a quantia de R$ 1.400,00 (um mil quatrocentos reais), referentes a uma 'taxa' para realização de cirurgia pelo PREVISUL, além da quantia de R$ 320,00 (trezentos e vinte reais) que seriam para o custeio de anestesista. Na data de 31 de agosto de 1998, o denunciado recebeu para si a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais), pela realização de uma cirurgia plástica nos seios da vítima Geni Rosa de Jesus, custeada pelo PREVISUL. Consta dos autos que na data de no ano de 1997, o denunciado ludibriou a vítima Gina Alicia Belmonte Rojas, recebendo da mesma o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), com o argumento de custeio de anestesista, para realização de uma cirurgia plástica pelo PREVISUL. Na data de 1º de agosto de 1998, o denunciado com o argumento de custeio de anestesista, recebeu para si, da vítima Luciane Vieira Sodré, a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais) pela realização de uma cirurgia plástica nos seios, custeada pelo PREVISUL.*

*Da corrupção passiva.*

*Consta dos autos que o denunciado recebeu para si, indevidamente, dos cofres da PREVISUL, pagamento por cirurgias exclusivamente estéticas cuja realização não era permitida por tal órgão. Apurou-se que o órgão supracitado não permitia a realização de cirurgias especificamente estéticas, de modo que o denunciado, para receber indevidamente pagamento do PREVIAUL, ludibriava suas vítimas com a promessa de que as mesas ficariam mais belas após as intervenções cirúrgicas por ele realizadas, de modo que estas informavam que os procedimentos que iriam ser realizados tinham a finalidade de sanar problemas de saúde e nódulos mamários. Conforme se infere nos autos, as informações prestadas pelas pacientes do denunciado estão em todas em sintonia, constatando-se que o mesmo recebeu indevidamente do erário público e dos cofres do PREVISUL pagamento indevido, por procedimentos que não eram permitidos. Consta dos autos que no ano de 1990, após ser informada que o denunciado realizava cirurgias plásticas estéticas pelo PREVISUL, a vítima*

> *Iracema Mota Queiroz resolveu procurá-lo para realizar uma cirurgia estética no abdome, o que foi realizado pelo denunciado, mediante a cobrança de uma taxa extra que seria o pagamento de anestesista. No ano de 1998, após ter sofrido graves sequelas decorrentes das intervenções cirúrgicas realizadas pelo denunciado, Iracema submeteu-se a novas cirurgias pelo PREVISUL para corrigir as anteriores, sen do que, por estas últimas também foram cobradas sobretaxas (...)(sic.).”*

O apelante aduz, em resumo, que deve ser absolvido, por insuficiência probatória da prática dos crimes de lesão corporal cujas vítimas foram ouvidas somente na polícia (Maria Benedita Peixoto, Geni Rosa de Jesus e Gina Alicia Belmonte Rojas), bem como porque não houve a confecção de laudo complementar para atestar a extensão das lesões.

Já em relação às demais vítimas ouvidas sob o crivo do contraditório, alega não ter havido a efetiva comprovação do dolo e, por isso, requer a desclassificação para o delito de lesão corporal culposa. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos.

Requer, de igual forma, a absolvição dos crimes de corrupção passiva, porquanto o Ministério Público Estadual não comprovou que a quantia “extra” suportada pela vítima Dercilene *“não foi utilizada para acomodação melhor do que a enfermaria”*, devendo prevalecer o princípio *in dubio pro reo*.

Já com relação à vítima Previsul, sustenta que *“por mais que a suposta vítima houvesse declarado em juízo que passou por cirurgia meramente estética, não há maior comprovação de que tenha sido realmente puramente estética a cirurgia. Podendo ter o apelante realizado procedimentos de saúde e também estéticos, o que descaracterizaria a imputação, pois, o apelante estaria realizando serviço a mais e não ‘enganando o PREVISUL’ como argumentado pela acusação.”* (f. 2.350)

Por derradeiro, no que tange à dosimetria da pena, afirma que foi estabelecida sem proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser redimensionada de acordo com o entendimento jurisprudencial: *“Levando-se em conta as frações indicadas pela jurisprudência, no patamar de 1/6, tem-se que, com a pena mínima em abstrato no patamar de 02 anos, pena base indicada pelo artigo 129 § 2°, teríamos que, para cada circunstância judicial, levar em conta o aumento de 04 meses, pois, 24 meses = 2 anos, 1/6 de 24 meses = 4 meses. Levando em consideração as 03 circunstâncias desfavoráveis ao apelante, a pena base deveria ter sido aumentada em 12 meses.”* (f. 2.353), (f. 2.334/2.354).

Apreciarei os pedidos em ordem de prejudicialidade.

Dos crimes de lesão corporal.

Inicialmente, o apelante objetiva sua absolvição da prática dos crimes de lesão corporal perpetrados contra as vítimas Maria Benedita Peixoto, Geni Rosa de Jesus e Gina Alicia Belmonte Rojas pelo fato de elas não terem sido ouvidas em Juízo e, além disso, porque não houve a confecção de laudo pericial complementar.

Pois bem. Especificamente com relação às vítimas Maria Benedita, Geni e Gina, consta da sentença vergastada:

> *“IV – **Dos crimes de lesão corporal praticados contra as vítimas Romilda, Maria Benedita, Gina, Geni e Lucianne***
>
> *A **materialidade** do delito está comprovada por meio do despacho do delegado de polícia de f. 10, laudos de exame de corpo de delito juntados às f. 519-521, f. 484-487, f. 490-491, f. 493-494, todos do volume III; da cópia integral do Processo n. 04/107817/99 promovido pelo PREVISUL (f. 03-755, apensos I, II, III e IV), a fim de apurar as condutas do acusado; dos relatórios médicos (f. 237-246, volume I, e f. 558, volume III); e documentação de f. 678-856, volumes III e IV.*
>
> *A **autoria** é certa e recai sobre o denunciado.*

*Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o autor sustentou que atuava na área de cirurgia plástica e que foi procurado pelas vítimas para a realização de procedimentos de cunho reparador ou reparador e estético. Aduziu que tinha certificado de residência em cirurgia plástica, mas não possuía o título de especialista na área. Sobre os resultados das cirurgias, disse que a insatisfação das vítimas decorreu de falta de cuidados no pós-operatório por parte delas mesmas, e em razão da contenção de custos pelo PREVISUL, que deixava de autorizar procedimentos necessários para a correção de problemas que pudessem decorrer das intervenções (f. 1215-1219, volume V). Pois bem. O delito de lesão corporal é caracterizado pela ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem. A ofensa à integridade corporal é o dano anatômico decorrente de uma agressão, enquanto a ofensa à saúde provoca perturbações fisiológicas ou mentais na vítima. No caso em exame, as pacientes do acusado – vítimas apontadas - ostentaram deformações anatômicas e relataram perturbações de ordem mental em virtude da conduta comissiva dele. Em que pese a negativa de autoria do autor e as justificativas que forneceu para as consequências nefastas dos procedimentos cirúrgicos, o caderno de provas indica com a necessária certeza a sua responsabilidade direta do réu pelas lesões corporais das vítimas. Note-se que, segundo declaração do Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul, o acusado não possuía registro na especialidade de Cirurgia Plástica (f. 18, volume I), porém, mesmo assim, atuou junto ao PREVISUL como se especialista fosse. Ora, a conduta do réu que não adotou as cautelas necessárias no atendimento dispensado às pacientes, tampouco aplicou a melhor técnica na realização dos procedimentos cirúrgicos, uma vez que não era cirurgião plástico, deve ser entendida como dolo eventual, porque o autor, na condição de médico, poderia prever os resultados nefastos ocorridos - paciente submetido a cirurgia por profissional não habilitado pode causar lesão corporal grave naquele - e aceitou e assumiu o risco de produzir os resultados indesejados, efetivamente causando sequelas em suas pacientes, como danos estéticos, limitação de movimentos e deformações permanentes. Vejamos a conduta praticada contra cada vítima apontada na exordial acusatória (...).*

*B) Da vítima Maria Benedita Peixoto*

*Ouvida na fase policial e durante o procedimento administrativo movido pelo PREVISUL, a vítima Maria Benedita disse que procurou o réu para uma cirurgia plástica nos seios, e que após o procedimento percebeu que a cicatrização não estava ocorrendo normalmente. Esclareceu ainda que ficou com uma cicatriz indesejada, dores e limitação de movimentos do braço, descrevendo problemas psiquiátricos e de ordem conjugal após o procedimento, bem como a impressão de que ficou mutilada (f. 166 – volume I, f. 469 – volume II, e f. 453-454 – apenso II). Apesar da vítima não ter sido ouvida em audiência, suas declarações extrajudiciais são confirmadas pelo Laudo Pericial de f. 482-482v, o qual atestou que a vítima possui duas cicatrizes com 20 (vinte) centímetros de comprimento e outras duas de 5 (cinco) centímetros de extensão, todas na região das mamas. O mencionado laudo também concluiu que as lesões provocaram incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias e resultaram em deformidade permanente não aparente. Ainda que o laudo pericial não tenha sido instruído com fotografias da ofendida, tais não são provas indispensáveis para a aferição da gravidade das lesões, mormente porque a descrição dos peritos é satisfatória quanto à extensão, à localização das cicatrizes, bem como no tocante à deformidade permanente. Dessa forma, sem amparo o pleito defensivo sobre a imprescindibilidade das fotografias na instrução do Exame de Corpo de Delito. Soma-se a isso que as lesões da ofendida tem natureza estética e proporções consideráveis, já que são duas cicatrizes com 20 (vinte) centímetros e mais duas com 5 (cinco) centímetros de comprimento; são ainda permanentes, segundo o laudo de f. 482-482v, e visíveis, uma vez que ocupam região notável do corpo da ofendida; e, por fim, são vexatórias, pois antiestéticas, obviamente causando constrangimento à vítima. Dessa forma, quanto ao delito de lesão corporal gravíssima perpetrado contra a vítima Maria Benedita, devidamente comprovada a materialidade do ilícito e a autoria do acusado.*

*C) Da vítima Gina Alicia Belmonte Rojas*

*Extrajudicialmente, a ofendida Gina relatou que fez uma cirurgia para a diminuição de seus seios com o acusado, e que um ano depois teve que novamente ser submetida a um*

*procedimento cirúrgico para correção da primeira intervenção (f. 513, volume III). Em carta enviada à sindicância do PREVISUL, a vítima Gina mais uma vez afirmou a necessidade de uma cirurgia reparadora para minimizar os resultados indesejados, e ainda ressaltou ter cicatrizes extensas e que lhe causavam dores, apresentando fotos da região operada pelo autor (f. 359-360, apenso II). As declarações da vítima foram confirmadas às f. 484-487, pelo Laudo Pericial, o qual atestou que ela ficou com cicatrizes hipertróficas, duas delas com 26 (vinte e seis) centímetros de diâmetro, todas na região dos seios e caixa torácica, resultando em deformidade permanente. Em que pesem os argumentos defensivos de que as cicatrizes hipertróficas são normais a qualquer procedimento cirúrgico, é certo que a vítima teve que passar por nova cirurgia para correção do procedimento feito pelo réu, além disso, ela mencionou ter dores na região operada, circunstâncias que não podem, de forma alguma, ser consideradas ordinárias em uma intervenção cirúrgica como a promovida. A defesa ainda alega que as consequências indesejadas da cirurgia podem ter advindo da falta de cuidados da vítima no pós-operatório, porém isso não restou comprovado nos autos, tampouco há qualquer indício nesse sentido. Se tivesse havido qualquer descuido das vítimas no pós-operatório, essa prova devia ter sido produzida pela defesa, nos moldes do art. 156 do Código de Processo Penal, o que não foi feito. Logo, não há dúvidas de que a conduta do réu causou lesões corporais de ordem permanente na vítima, de proporção considerável, já que ela ficou com duas cicatrizes de 26 (vinte) por 2 (dois) centímetros de extensão, um cicatriz com 7 (sete) por 4 (quatro) centímetros de extensão, outra com 6 (seis) por 4,5 (quatro e meio) centímetros de extensão, e duas cicatrizes com 4 (quatro) e 3,5 (três e meio) centímetros de comprimento; todas as lesões são visíveis, uma vez que ocupam região notável do corpo da ofendida; e, por fim, são vexatórias, pois antiestéticas, obviamente causando constrangimento à vítima. Assim, quanto ao delito de lesão corporal gravíssima perpetrado contra a vítima Gina, devidamente comprovada a materialidade do ilícito e a autoria do acusado.*

*D) Da vítima Geni Rosa de Jesus.*

*Na delegacia de polícia, a vítima Geni enfatizou que fez uma cirurgia com o autor, e que em decorrência desse procedimento ficou com cicatrizes extensas e dores no local operado, bem como relatou transtornos de ordem psicológica (f. 169, volume I). O Laudo de Exame de Corpo de Delito juntado às f. 490-491, corroborou o depoimento extrajudicial da vítima, pois trouxe informações de que a ofendida apresentava cicatrizes na região dos seios, algumas com 25,5 (vinte e cinco e meio) centímetros de extensão, bem como irregularidades nos formatos das cicatrizes nas aréolas mamárias, causando assimetria dos mamilos. Também foi verificado que a vítima apresentava nódulos endurecidos em quase toda a extensão da região de cicatrização, uma possível consequência de rejeição ao fio de sutura usado internamente. Ainda, o mencionado laudo atestou que as lesões causaram deformidade permanente, pelo prejuízo estético, e 'sequelas resultantes de cirurgia estética de mamas,* ***não frequentes nestas cirurgias****, exceto o processo de cicatrização hipertrófica na região esternal.' -destaquei. Quanto aos argumentos defensivos sobre a ausência de fotografias no laudo pericial, a discussão resta superada pelos mesmos motivos elencados na fundamentação relacionada à vítima Maria Benedita (item 'b'). No tocante à formação de cicatrizes hipertróficas, do mesmo modo, não há como considerá-las dentro da normalidade, porque resultaram em dores e ocupam ampla região do corpo da ofendida.* ***O laudo pericial, inclusive, atestou a existência de sequelas não comuns neste tipo de cirurgia****. Desse modo, restou plenamente demonstrado que o procedimento cirúrgico promovido pelo denunciado causou lesões corporais de ordem permanente na vítima, de proporção considerável, já que ela ficou com duas cicatrizes de 25,5 (vinte e cinco e meio) centímetros de extensão e assimetria dos mamilos; todas as lesões são visíveis, uma vez que ocupam região notável do corpo da ofendida; e, por fim, são vexatórias, pois antiestéticas, obviamente causando constrangimento à vítima. Por conseguinte, quanto ao delito de lesão corporal gravíssima perpetrado contra a vítima Geni, devidamente comprovada a materialidade do ilícito e a autoria do acusado."* (Grifos originais)

A insurgência não prospera.Com efeito, analisando detidamente os autos, noto que, muito embora as vítimas Maria Benedita Peixoto[1], Geni Rosa de Jesus[2] e Gina Alicia Belmonte Rojas[3] não tenham sido ouvidas no curso da ação penal, tal qual decidiu a magistrada singular, na polícia, todas elas confirmaram a realização de cirurgia plástica, realizada pelo apelante, mediante pagamento de determinada quantia em dinheiro, e, consequentemente, o surgimento de sequelas físicas e psicológicas, pelas quais restaram acometidas.

No mesmo sentido, é possível colher dos laudos periciais de exame de corpo de delito:

- laudo referente à vítima Maria Benedita Peixoto:

> *"Ao exame externo observamos: 1) Duas cicatrizes antigas medindo cada uma 20 (vinte) cm de comprimento sub mamárias. 2) Duas cicatrizes cirúrgicas uma em cada mama, antigas, medindo casa uma 5 (cinco) cm de comprimento estendendo-se a aréola até a base da mama." (f. 535/536 – 13/8/1999).*

- laudo referente à vítima Geni Rosa de Jesus:

> *"Conclusão: Do observado e acima exposto concluímos que a examinada apresenta sequelas resultantes de cirurgia estética de mamas, não frequentes nestas cirurgias, exceto o processo de cicatrização hipertrofica comum na região esternal. As demais são passíveis de correção cirúrgica." (f. 547/548 – 12/8/1999).*

- laudo referente à vítima Gina Alicia Belmonte Rojas:

> *"Submetida a operação plástica ficando com deformidade (...) ao exame externo observamos: 1) Cicatrizes hipertróficas e hipercrômicas localizadas nas regiões abaixo descritas. 1.1 – Peri-aureolar direito, medindo 4cm de diâmetro; 1.2 – nas junções dos quadrantes inferiores da mama direita medindo 7cm por 4cm de extensão. 1.3 – infra mamária direita medindo 26cm por 2,5cm de extensão; 1.4 – Peri-aureolar esquerda medindo 3,5cm de diâmetro; 1.5 – nas junções dos quadrantes inferiores da mama esquerda medindo 6cm por 4,5cm de extensão e 1.6 – infra mamária esquerda, medindo 26cm por 2cm de extensão."* (f. 539/540 – 10/8/1999).

---

1 F. 176: *A declarante procurou o Dr. Alberto Rondon para fazer a cirurgia plástica nos seios, que a cirurgia da declarante foi corretiva, pois já estava em tratamento com outro médico porque tem displasia mamaria e a mama era muito volumosa. Que o Dr. Alberto Rondon não solicitou nenhum exame antes da cirurgia porque a vítima apresentou a ele diversos exames que tinha feito recentemente em decorrência de seu tratamento de displasia mamaria (...) a cirurgia foi feita através do PREVISUL e a declarante pagou a parte uma taxa de R$ 700,00 reais dividida em duas vezes e mais a taxa que pagou ao anestesista que não tem certeza do valor, apenas que se lembra que foi em torno de R$ 300,00 reais. Que logo após a cirurgia a declarante começou a ter problemas ainda no hospital que o Dr. Rondon foi comunicado e a noite veio dar atendimento e disse para a declarante que tudo isso era normal, que não deveria se preocupar pois com o tempo tudo isso iria passar. Que depois que saiu do hospital uns 08 dias a vítima voltou a procurar o Dr. Rondon pois estava sentindo muitas dores e a cicatrização não estava sendo perfeita. (...) depois de 30 dias a vítima procurou o Dr. Rondon com o corte já sarado porém cum uma cicatriz horrível que permanece até a presente data. Que após a cirurgia ficou com sequelas como dores nos seis e no braço esquerdo tendo dificuldades em movimenta-lo* (sic.).

2 F. 180: *A declarante realizou uma cirurgia prática nos seis; que referida cirurgia foi praticada pelo doutor Alberto Rondon e foi realizada pelo convenio do PREVISUL e ainda pagou a importância de seiscentos reais para o referido médico; que, foi quatrocentos reais em dinheiro e mais duas folhas de cheque de cem reais (...) após a cirurgia a declarante foi procurar o doutor Alberto Rondon para que o mesmo fornecece (sic.) o recibo da cirurgia, mas o mesmo não quis dar; que, depois dos fatos não mais o procurou; que até a presente data sente agulhas em seus seios e os mesmos ficaram marcados com grandes cicatrizes; que ficou com problemas psicológicos*.

3 F. 571: *A declarante foi até o consultório do médico Alberto Rondon em companhia de sua Tia a Srª Dair Vieira Belmonte que o procurou para realizar uma cirurgia estética no nariz, sendo que a declarante aproveitou a oportunidade para realizar uma consulta. Que o médico lhe disse que se quisesse faria a cirurgia dois dias depois da consulta (...) que a declarante realizou a cirurgia pelo plano de saúde do PREVISUL; que foi cobrado R$ 500,00 (Quinhentos Reais) que segundo o médico Rondon seria para pagar o anestesista; que o plano de saúde não cobria a taxa do anestesista; que segundo informações do médico a declarante a cirurgia plástica era totalmente coberta pelo PREVISUL; que não foi fornecido o declarante recibo da taxa paga ao anestesista; que a declarante realizou a cirurgia com o médico Alberto Rondon no ano de 1997 e realizou uma cirurgia reparadora com a junta médica do Conselho Nacional de Cirurgia Plástica no ano de 1998*.

Nesse compasso, merece destaque o fato de, de acordo com a denúncia, os procedimentos cirúrgicos pelos quais as vítimas foram submetidas são datados de: 2 de outubro de 1997 (Maria Benedita); 31 de agosto de 1998 (Geni) e 9 de dezembro de 1997 (Gina), ou seja, meses e até anos anteriores da data da realização da perícia médica retromencionada, o que, *data maxima venia*, representa inegável comprovação da extensão das lesões sofridas, que demonstra a prescindibilidade de ludos periciais complementares.

Vale frisar, nesse compasso, que as vítimas são uníssonas em relatar que, após as cirurgias, exsurgiram sequelas que foram repassadas ao "Dr. Rondon", o que reforça a geração de consequências mais graves como qualificadoras do crime de lesão.

Logo, essa situação demonstra a possibilidade de admissão de outros meios de prova a comprovar a gravidade das lesões sofridas pelas vítimas, nos exatos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[4].

*Cito, para ilustrar:*

> *"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – LESÃO CORPORAL GRAVE – EXAME PERICIAL COMPLEMENTAR – PRESCINDIBILIDADE – OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – DOSIMETRIA DA PENA (...). 1. 'Na apuração do delito tipificado no artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal, em regra, haverá necessidade de exame complementar para efeitos de configuração da qualificadora, nos termos do art. 168, § 2º, do Código de Processo Penal (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 274). Diz-se 'em regra' porque, emanando das provas coletadas que as lesões sofridas pelo ofendido ensejaram sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, fica suprida a exigência do exame pericial complementar'. (AgRg no AREsp 145.181/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013). 2. No presente caso, foi realizada tomografia computadorizada no dia seguinte aos fatos, cujo laudo foi conclusivo no sentido de que a vítima apresentava um hematoma subgaleal parietal à esquerda. E, conforme atendimento oftalmológico realizado 4 (quatro) dias após os fatos, a vítima apresentava limitação para abdução do olho esquerdo, concluindo-se por estrabismo paralítico. O mesmo laudo, inclusive, atesta que a debilidade causou incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias. 3. Se os exames realizados foram suficientes para se averiguar o grau das lesões sofridas pelo ofendido, ensejando sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, desnecessária a realização do exame pericial complementar, nos termos da legislação de regência e da jurisprudência desta Corte. 4. A existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base no tocante à conduta social e à personalidade do acusado (...)."* (HC 495.722/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 30/05/2019, DJe 11/06/2019)

Por derradeiro, deve ser registrado que as declarações das vítimas, assim como as conclusões dos laudos periciais, foram, na essência, corroborados pelo depoimento do médico Agliberto Marcondes Resende que, sob o crivo do contraditório, relatou ter participado de cirurgias de reconstrução realizadas pela sociedade de cirurgia plástica e, a respeito de vítimas, asseverou: *"se a gente analisar uma paciente só, o que a gente vê são sequelas tipo, quelóide e cicatrizes hipertróficas e assimetrias né."* (f. 1.208).

Da mesma forma, ainda sob o crivo do contraditório, é possível citar o depoimento da testemunha Farid Hakme, que, ouvida à f. 1.276, relatou:

---

4 *PENAL – PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL –* ***LESÃO CORPORAL GRAVE – QUALIFICADORA DO INCISO I DO § 1º DO ART. 129 DO CP – EXAME PERICIAL COMPLEMENTAR – PRESCINDIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIA AFERIDA POR OUTROS MEIOS DE PROVA****. (...) diz-se 'em regra' porque, emanando das provas coletadas que as lesões sofridas pelo ofendido ensejaram sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, fica suprida a exigência do exame pericial complementar (STJ, AgRg no AREsp 145181/RS, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 28/6/2013). (...) assim, diante de um laudo pericial e pela análise de provas documentais e da situação física apresentada pela vítima, os quais demonstraram que a mesma ficou incapacitada para suas ocupações habituais por mais de trinta dias, possível a condenação pelo crime de lesão corporal de natureza grave. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1150677/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 07/12/2017). (G.n.)*

> *"O depoente é médico cirurgião plástico; que uma determinada época tomou conhecimento que funcionária da PREVISUL em Campo Grande haviam se submetido a cirurgias plásticas de abdome e mamas em sua maioria, realizadas segundo tomou conhecimento pelo Dr. Rondon, tomando conhecimento o depoente que tal pessoa não tinha o título de cirurgião plástico; que foram cerca de 150 mulheres submetidas a tais cirurgias que por não estarem satisfeitas com o resultado fizeram um 'levante', chegando ao conhecimento do então ministro da saúde e em seguida ao depoente, que a época era presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, sendo então feito um mutirão, sendo reoperadas as pacientes, em várias situações, algumas delas submetidas a 5 ou 6 cirurgias; que não tem conhecimento de eventuais valores cobrados pelo Dr. Rondon pelas cirurgias. (...) tomou conhecimento que o Dr. Rondon era candidato a Vice Prefeito de Campo Grande; que observou resultados não satisfatórios como algumas cicatrizes deformadas nas pacientes."*

Desta forma, somando-se as declarações extrajudiciais prestadas pelas vítimas Maria, Geni e Gina, ao teor dos laudos de exame de corpo de delito, bem como ao depoimento das testemunhas Agliberto Marcondes Resende e Farid Hakme, colhidos sob o crivo do contraditório, entendo que todo o arcabouço probatório comprovou a ocorrência das lesões e sua extensão sendo imperiosa, portanto, a manutenção da condenação por seus próprios fundamentos.

No que concerne às demais vítimas, portanto, Romilda Roque dos Santos e Lucienne Vieira Sodré, alega que não houve a comprovação do dolo, requerendo a desclassificação para o crime de lesão corporal culposa.

Pois bem. Como asseverado, não há insurgência quanto à autoria e materialidade das lesões causadas às vítimas Romilda e Lucienne, a discussão está centrada, portanto, na configuração do seu elemento subjetivo.

Novamente a insurgência não prospera.

Com efeito, de acordo com os autos, as vítimas, grande parte servidoras públicas estaduais, vislumbraram a possibilidade de se submeterem a cirurgias plásticas custeadas, à época, pelo extinto PREVISUL, realizadas pelo Dr. Alberto Rondon.

De início, impende frisar que o dolo do apelante está comprovado pelos documentos carreados aos autos que demonstram que, além da previsibilidade, ele assumiu para si a responsabilidade pela ocorrência dos danos.

Com efeito, dos documentos de f. 19[5] e f. 74[6], há propagação de informação de que ele era cirurgião plástico, e, por essa especialidade, possuía autorização e conhecimento técnico para todos os procedimentos.

Ocorre, no entanto, que, de acordo com a Declaração do Hospital Geral de Bonsucesso (f. 20), o apelante chegou a ser residente em cirurgia plástica, porém, não traz nenhuma informação complementar a

5




6



respeito da sua conclusão, circunstâncias que demonstram que ele não possuía o título de "cirurgião plástico", o que, *in casu*, é reforçado pela declaração do Conselho Regional de Medicina de f. 16, que prevê:

> *"Declaro, para os devidos fins e a quem possa interessar que o médico Alberto Jorge Rondon de Oliveira inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul, sob nº 1031,* ***não tendo registro na especialidade de Cirurgia Plástica neste Regional****. Campo Grande –MS, 14 de abril de 1999. (ass) Cons. Sérgio Luiz Reis Furlani Presidente."* (Grifei)

Ainda nesse raciocínio, chama atenção trecho do depoimento da testemunha Vonei Abreu Ávila, à época Diretor-Geral do PREVISUL, que, às f. 52/54, relatou:

> *"Nos documentos do seu credenciamento encontra-se uma cópia xerográfica atestando que o mesmo médico teria feito a sua residência médica como cirurgião plástico no Hospital Geral de Bomsucesso, no Rio de Janeiro,* ***documento este que foi contestado pela direção do próprio hospital, conforme contato telefônico e posteriormente por documento, como sendo inautêntico*** *(...)." (sic.* - grifei)

A propósito, destaco trecho do interrogatório do apelante:

> *"MP: Mas o senhor não era especialista em cirurgia plástica?*
>
> *RÉU: EU não tinha o título de especialista (...).*
>
> *MP: Não tinha o título?*
>
> *RÉU: É." (f. 1.327)*

Juntando-se as informações retromencionadas, sem maiores esforços, conclui-se que: a um, o apelante tinha conhecimento de que não dispunha de titulação da especialidade de cirurgia plástica; a dois, requereu seu registro no Conselho Regional de Medicina sem a mencionada especialidade; a três, era cônscio de tal situação (ausência de conhecimento técnico), e, ainda assim, propagou informação de que realizava cirurgias plásticas, atraindo, em especial, vítimas que eram servidoras públicas beneficiárias do PREVISUL, circunstâncias que, *data maxima venia*, permitem a conclusão de que Alberto Rondon além dessa ciência, assumiu para si a responsabilidade pelo resultado causado às vítimas que se submeteram ao procedimento.

Essa conclusão é reforçada pela forma de abordagem das vítimas, mormente porque a todas elas era cobrada uma "taxa" que, segundo elas (vítimas), era destinada ao pagamento do anestesista que não era custeado pelo plano de saúde, o que colide diretamente frontalmente com as declarações do apelante no sentido de que tais valores eram destinados à melhoria da qualidade da estadia das vítimas, alegação essa, no entanto, sem correspondência com a prova dos autos.

O estranhamento desse *modus operandi* é robustecido por declarações prestadas ao longo da tramitação do feito de que havia a indicação para que as vítimas procurassem por determinado funcionário do PREVISUL, e, por meio desse contato entre tal funcionário com o Dr. Alberto Rondon, ocorria a normal autorização do plano de saúde para o irrestrito custeio de cirurgias estéticas. É nesse sentido grande parte das inúmeras declarações colhidas ao longo da tramitação do inquérito policial que baseou a propositura da inicial acusatória.

Chama atenção, de igual forma, o fato de, após o recebimento de valores e realizar a operação contratada, o apelante era comunicado a respeito de complicações e problemas de cicatrização e/ou recuperação das vítimas, sempre demonstrando normalidade, muito embora sequer possuísse especialidade para realização daqueles procedimentos operatórios, gerando problemas de ordem física, moral e psicológica.

Desta forma, entendo que, além da previsibilidade, o apelante assumiu o risco de produzir o resultado nas vítimas, tanto que reiterou tal conduta – operações plásticas – por anos a fio, o que demonstra que ele,

conscientemente, assumiu a responsabilidade da produção[7] do resultado, o que, por si, é suficiente para configuração do dolo eventual.

Sobre o tema, trago lição de Nélson Hungria:

> *"A menção expressa que faz o Código ao dolo eventual, para equipará-lo ao dolo direito (em que o resultado é querido de modo principal ou imediato), plenamente se justifica: não obstante a justeza do raciocínio de que 'quem arrisca, quer', tem-se pretendido, em doutrina e na jurisprudência, identificar o dolus eventualis com a culpa consciente (luxúria ou lascívia, do direito romano), isto é, com uma das modalidades da culpa stricto sensu. Sensível é a diferença entre essas duas atitudes psíquicas.* ***Há entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá[8].*** *"* (Grifei)

No mesmo sentido, pondera Heleno Cláudio Fragoso:

> *"(...).* ***Assumir o risco significa prever o resultado como provável ou possível e aceitar ou consentir sua superveniência.*** *O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente.* ***Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente[9].*** *"* (G.n.)

Da jurisprudência, colho situação similar:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL –* ***CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA*** *– SENTENÇA CONDENATÓRIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – DECADÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – PROVA –* ***CIRURGIA PLÁSTICA – MÉDICO SEM ESPECIALIZAÇÃO*** *(...). II- É descabida a pretensão absolutória, ao argumento de fragilidade das provas,* ***se os elementos de convicção dos autos conduzem à responsabilização do processado pelo delito, principalmente pelas seguras declarações da vítima, depoimentos testemunhais e laudo pericial, descrevendo as sequelas advindas de cirurgia plástica realizada por profissional médico sem habilitação nessa área, não portando título de especialista, provocando deformidade permanente na vítima, causa de desagrado e vergonha, tipificando o delito do art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro. III- Significativo que a conduta do processado, ao realizar intervenção cirúrgica de mamoplastia, não portando especialização, por falta de formação específica, opera como fator determinante para a produção do resultado, deformidade permanente da vítima, caracterizada a relação de causalidade, na medida em que, excluída a ação, o dano não teria ocorrido, estabelecendo vínculo direito entre eles, devendo suportar a resposta penal desfavorável por violação do art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro****. (...) a possibilidade de cirurgia corretiva não retira o caráter de deformidade permanente da lesão, sendo inviável a desqualificação do crime de lesão corporal gravíssima para o de natureza leve, principalmente quando a vítima não tem condições de arcar com o custo do procedimento, revelando o acerto do pronunciamento condenatório por violação do art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal*

7 *Mutatis mutandis*, obtempera Lenio Luiz Streck: "*Parece simples a diferenciação. Porém, como bem alerta Bastos Jr., 'não é a mera previsão do resultado que configura o dolo eventual, mas a atitude mental do agente em face de sua possível superveniência'. A caracterização do dolo eventual é extremamente complexa. Ninguém ignora a dificuldade para a diferenciação do 'dolo eventual da figura da culpa consciente'.* ***O que é assumir o risco de produzir o resultado? À evidência, assumir o risco não é a mesma coisa que 'arriscar-se' a produzir um evento: assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer.*****"** (*In* Tribunal do Júri: símbolos e rituais, Ed/Livraria do Advogado, p. 165/166 – grifei).

8 *In* Comentários ao código penal. 4. ed. vol. I, tomo II. Forense. p. 116/117.

9 *In,* Lições de direito penal, parte geral. 16. ed. Forense. p. 212.

*Brasileiro. Apelo desprovido."* (TJGO – Apelação Criminal nº 337886-05.2005.8.09.0051, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Claudio Veiga Braga.). (Grifei)

Desta forma, sem delongas, rejeito o pedido de desclassificação dos crimes de lesão corporal da modalidade dolosa para a culposa, mantendo, neste ponto, todos os termos da sentença vergastada.

Da continuidade delitiva.

Em sequência, o apelante busca o reconhecimento da continuidade delitiva entre todos os crimes de lesão corporal que, na sentença, foi afastado nos seguintes termos:

> *"Do concurso de crimes. Embora a denúncia tenha apontado que as condutas do acusado, em específico quanto aos delitos de lesão corporal, aconteceram em continuidade delitiva, ensejando a incidência do art. 71 do CP, a hipótese melhor se amolda ao concurso material. Isso porque os crimes de lesão corporal investigados nestes autos aconteceram com lapso temporal considerável, superior ao critério objetivo sedimentado pela jurisprudência de 30 (trinta) dias. As condutas contra as vítimas ocorreram nas datas de 01/08/1997, 02/10/1997, 09/12/1997, 07/04/1998 e 31/08/1998, havendo intervalo excessivo entre um crime e outro. Nas palavras de Cleber Masson, 'a jurisprudência consagrou um critério objetivo, pelo qual entre um crime parcelar e outro não pode transcorrer um hiato superior a 30 (trinta) dias'. (MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÁTODO, 2016. vol. 1). Assim, tendo o agente, mediante sete ações distintas, praticado sete delitos, dois de corrupção passiva e cinco de lesão corporal, em concurso material e nos termos do disposto no artigo 69 do Código Penal, as penas aplicadas devem ser cumuladas."*

Razão não lhe assiste.

Com efeito, a ficção jurídica da continuidade delitiva é prevista para situações em que um ou mais crimes são reconhecidos como continuação do primeiro, exigindo, para tanto, uma similaridade de circunstâncias quanto às condições de tempo, lugar, maneira de execução, dentre outras, a permitir a presunção de continuidade, a teor do art. 71[10] do Código Penal.

Ocorre, no entanto, que, conforme bem registrado pela magistrada singular, todos os delitos foram praticados em momentos distintos, o que não se permite, *concessa venia*, o reconhecimento da interligação temporal entre eles, já que espaçados por mais de um mês entre si.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, cito os arestos:

> *"AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS ESPECIAIS – TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – UNIRRECORRIBILIDADE – RECURSO POSTERIOR NÃO CONHECIDO – (...)* ***CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – CRIMES COMETIDOS DE MANEIRA ESPARSA, EM CIRCUNSTÂNCIAS DISTINTAS, EM TEMPOS DIVERSOS, MEDIANTE FORMAS DE EXECUÇÃO PECULIARES E ARRANJOS TAMBÉM DIFERENCIADOS E INDIVIDUALIZADO*** *– AGRAVOS DOS RECORRENTES CÍCERO E ISAAC IMPROVIDOS, E AGRAVO DO RECORRENTE CARLOS PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 8. É válida a somatória das penas pelos crimes praticado, porque, para afastar a continuidade delitiva, não se apontou apenas o lapso temporal entre os crimes, mas também consta na sentença que 'os delitos de tráfico internacional de drogas foram cometidos de maneira esparsa, em circunstâncias distintas, em tempos diversos, mediante formas de execução peculiares e arranjos também diferenciados e individualizados, sendo evidente que, mediante mais de uma conduta - a serem somadas - , os réus consumaram mais de um crime, nos exatos moldes previstos no art. 69 do CPB, não sendo outra a*

10 *Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*tipificação'*. ***Ademais, consoante a jurisprudência desta Corte, segundo a qual, no que se refere ao critério temporal, para que se reconheça a continuidade delitiva entre crimes, utiliza-se como parâmetro o lapso temporal de 30 dias*** *(...)."* (AgRg no REsp 1812316/PE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020). Grifei.

*"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL –* ***(...) OFENSA AO ART. 71 DO CP – CONTINUIDADE DELITIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO – DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS – INTERVALO SUPERIOR A 30 DIAS*** *– CONTEXTOS DISTINTOS – SÚMULA 83/STJ – 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)* ***6. A Corte local assentou não ser possível reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes praticados, uma vez que se tratam de delitos de espécies distintas. Consignou, outrossim, quanto aos crimes da mesma espécie (concussão tentada e consumada), que foram praticados com intervalo de tempo superior a 30 dias, 'em contexto fático distinto, contra vítimas diversas'. Nesse contexto, tem-se que o entendimento do Tribunal de origem se encontra em consonância com a jurisprudência do STJ sobre a matéria, o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ****. 7. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 1408608/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020). (G.n.)

Ressalto, *ad argumentandum tantum*, que o afastamento da continuidade delitiva neste processo não impede a sua reanálise pelo Juízo das Execuções Penais, mormente porque houve a cisão de processos referentes às múltiplas vítimas (cerca de 150 no total), desde que preenchidos os requisitos necessários para tanto[11].

Mantenho, pois, o afastamento da continuidade delitiva e o reconhecimento do cúmulo material entre as infrações.

Do crime de corrupção passiva.

No que toca a esta imputação, o apelante busca a sua absolvição, aduzindo, em síntese, que o Ministério Público Estadual não comprovou que o valor "*extra*" suportado pela vítima Dercilene *"não foi utilizada para acomodação melhor do que a enfermaria"*, devendo prevalecer o princípio *in dubio pro reo*.

Quando ouvido em Juízo, o apelante, em resumo, alega que eventual valor solicitado às vítimas decorreu da melhoria das acomodações. Posteriormente, na mesmo interrogatório, aduziu que *"tinha período que os anestesistas não atendiam, aí eles tinham que pagar os anestesistas por fora."* (f. 1.325/1.329).

As alegação até faria sentido, caso fossem corroboradas por algum elemento de prova.

Todavia, o próprio apelante, quando ouvido durante as investigações (f. 406/407), na presença de seu advogado, fragilizou a negativa apresentada trazendo à lume a eventual cobrança de honorários e despesas médicas não cobertas pelo plano de saúde, sem qualquer menção a um período específico que, de alguma forma, pudesse justificar essa situação excepcional.

No essencial, transcrevo:

11 *A propósito, cito para ilustrar: "HABEAS CORPUS – CRIMES DE ESTELIONATO – ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PROCESSOS SEPARADOS – JUÍZO DE CONVENIÊNCIA – CONTINUIDADE DELITIVA CONSIDERADA NA FASE DE EXECUÇÃO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – VÁRIOS DELITOS – VÍTIMAS DISTINTAS. 1. Pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de que, a teor do art. 80 do Código de Processo Penal, constitui faculdade do magistrado, em juízo de conveniência, separar processos conexos, não sendo de falar em direito subjetivo do paciente à unificação. 2. Havendo, realmente, a alegada continuidade delitiva, a cisão dos processos não prejudicará o paciente, pois, se for o caso, será aplicado o art. 71 do Código Penal na fase de execução das penas. 4. Tratando-se de ações penais relativas a crimes diversos, praticados contra vítimas distintas, com situações peculiares a cada caso, a condenação em alguns processos e a absolvição em outros não obrigatoriamente levará ao reconhecimento de serem decisões conflitantes. 5. Recurso ordinário improvido." (15802 SP 2004/0025636-9, Relator: Ministro Paulo Gallotti, Data de Julgamento: 12/09/2005, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJ 03.10.2005 p. 330RT vol. 844 p. 524)*

> *"O interrogado já explicava aos pacientes a respeito da complementação de honorários, porém, não a ser pago para o interrogado, mas sim, para complementação de despesas médicas com anestesista e internações hospitalares."*

As declarações extrajudicias do apelante são corroboradas por aquelas prestadas pela vítima Dercilene Braga Sodre de Oliveira, na polícia (f. 502) e em Juízo (f. 1.203/1.204), que, em suma, confirmou a ter feito cirurgia plástica com o apelante, e, embora realizada pelo PREVISUL, efetuou o pagamento para ele de cerca de R$ 800,00, sem saber ao certo a sua destinação.

No essencial, transcrevo:

> *"MP: A senhora pagou alguma coisa para esse médico?*
>
> *DEPOENTE: Paguei.*
>
> *MP: Quanto?*
>
> *DEPOENTE: Eu não me lembro muito bem, nas época, eu não lembro, mas eu acho que em torno de R$ 800,00, era pouca coisa, (ininteligível) acho que gastei muito mais né, então assim, era bem pouco que eu paguei na época."*

Por fim, conforme ressaltado pela magistrada singular, embora o apelante afirme que eventuais valores foram cobrados para a melhoria da acomodação das vítimas, a teor do Termo de Convênio, a cobrança de valores a título de complementação de honorários era vedada e, especificamente com relação às acomodações, somente poderia ocorrer mediante a apresentação de orçamentos.

Cito, a esse respeito, trecho da sentença combatida:

> *"Às f. 247-251 (apenso 2), em Termo de Convênio assinado pelo réu quando do seu credenciamento junto ao PREVISUL, constam expressamente vedações à solicitação de numerários a título de complementação de honorários ou despesas relacionadas à internação, in verbis: '(...). Cláusula quinta: É vedado ao conveniado efetuar ou permitir que terceiros efetuem cobranças aos beneficiários do PREVISUL sob qualquer pretexto de complementação de honorários, relativamente aos serviços prestados no consultório ou quando necessária a internação, ocorrendo esta em enfermaria, exceção feita à hipótese prevista na cláusula sexta. Cláusula sexta: O conveniado só poderá cobrar complementação de honorários se o beneficiário ou seu responsável, por sua própria conveniência e arbítrio, optar por acomodações de padrão superior ao ajustado, respeitando-se as normas complementares do PREVISUL. Parágrafo primeiro: Nesta hipótese, obriga-se o conveniado a fornecer ao beneficiário, no ato ou antes da internação, o orçamento dos custos complementares, que deverá ser anexado ao documento de internação, juntamente com o termo de ajuste prévio padronizado, assinado pelo beneficiário ou responsável, ficando o PREVISUL isento de qualquer responsabilidade sobre esses custos. (...)'. Da leitura do mencionado documento, nota-se que a cobrança de valores excedentes do paciente era indevida, exceto na hipótese deste último optar por acomodações de padrão superior ao ajustado. Nesse contexto, a defesa do acusado aduz que a cobrança das somas ocorriam em razão da exigência das ofendidas por uma acomodação melhor. Essa tese também foi sustentada pelo réu em juízo, o qual afirmou que os valores eram destinados ao pagamento de apartamentos e acomodações que não fossem coletivas, sendo que os numerários eram pagos diretamente ao hospital. Em outras oportunidades, conforme ressaltou, os valores possuíam como destino o pagamento do anestesista (f. 1215-1219, volume V). Entretanto, segundo se compreende da leitura da cláusula sexta e do parágrafo primeiro do citado Termo de Convênio, a solicitação de acomodação diferenciada por parte da paciente devia vir acompanhada de orçamento dos custos complementares, bem como de termo de ajuste prévio padronizado, assinado pelo beneficiário ou responsável. Apesar disso, não há nos autos os mencionados termos de ajuste, tampouco o réu produziu provas nesse sentido, embora suas alegações pudessem ser*

> *facilmente demonstradas por meio de documentos. Desse modo, não restam dúvidas que o réu solicitou para si vantagem indevida a fim de submeter a vítima a procedimento cirúrgico, apropriando-se do valor obtido indevidamente, já que havia convênio médico para arcar com os custos."*

Não há, em absoluto, nenhuma informação – fora a declaração judicial do apelante – de que houve problemas com o pagamento de anestesistas e que, por tal motivo, à época, as vítimas eram obrigadas a custear honorários complementares, muito embora fossem beneficiárias do plano de saúde.

Desta forma, a fragilidade da versão apresentada pelo apelante, por si, não tem o condão de afastar as declarações da vítima, que, sob o crivo do contraditório, restou devidamente comprovada.

Ainda quanto a este crime, especificamente com relação à vítima PREVISUL, o recorrente pondera que *"por mais que a suposta vítima houvesse declarado em juízo que passou por cirurgia meramente estética, não há maior comprovação de que tenha sido realmente puramente estética a cirurgia. Podendo ter o apelante realizado procedimentos de saúde e também estéticos, o que descaracterizaria a imputação, pois, o apelante estaria realizando serviço a mais e não 'enganando o PREVISUL' como argumentado pela acusação."* (f. 2.350).

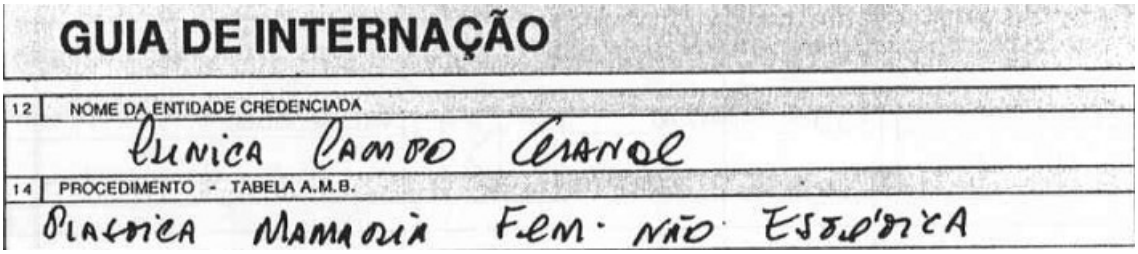
Pois bem.

Além do que já foi registrado a respeito deste delito, de fato, dos documentos anexados às f. 88/94, é possível notar que a vítima Dercilene possuía displasia mamaria, o que a levou a realizar uma operação.

No entanto, quando se consultou com o apelante, além desta operação, foi convencida a realizar a cirurgia plástica (f. 1.203/1.204):

> *"Ele falou: já que você vai tirar o nódulo e nós vamos ter que fazer uma cicatriz, você já não quer fazer uma correção na sua mama, porque você já teve dois partos, dois filhos e a gente já pega e corrige essa mama que está um pouco (ininteligível) flácida."*

Tal situação não seria estranha a partir do momento em que ele não cobrasse por um procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde (o que era vedado), e, não bastasse, que ele não omitisse tal fato na documentação decorrente desse procedimento, conforme, por exemplo, o pedido de internação de f. 103/104, momento em que o apelante registrou:


GUIA DE INTERNAÇÃO

12 NOME DA ENTIDADE CREDENCIADA

CLINICA CAMPO CIRURGICA

14 PROCEDIMENTO - TABELA A.M.B.

PLASTICA MAMARIA FEM. NÃO ESTÉTICA

Desta forma, sem delongas, o fato de o apelante realizar procedimento estético na vítima, mesmo que seja acessório à operação anterior, deveria ter sido registrado nos documentos correlatos, a possibilitar a adequada apuração pelo extinto PREVISUL.

A partir do momento em que o apelante dolosamente omitiu informações da sua fonte pagadora, o PREVISUL incorreu em erro quanto aos procedimentos realizados que, embora cobertos, ainda assim eram cobrados, de forma particular, pelo apelante a pretexto do pagamento de anestesista, complementação de honorários, taxa de acomodação etc.

Desta forma, sem delongas, mantenho a condenação do recorrente pela prática dos crimes de corrupção passiva, assim como os demais termos como proferida.

Da dosimetria das penas.

Neste ponto, o recorrente afirma que a pena para os crimes de lesão corporal foi estabelecida sem proporcionalidade e/ou razoabilidade, devendo ser redimensionada de acordo com o entendimento jurisprudencial: *"Levando-se em conta as frações indicadas pela jurisprudência, no patamar de 1/6, tem-se que, com a pena mínima em abstrato no patamar de 02 anos, pena base indicada pelo artigo 129 § 2°, teríamos que, para cada circunstância judicial, levar em conta o aumento de 04 meses, pois, 24 meses = 2 anos, 1/6 de 24 meses = 4 meses. Levando em consideração as 03 circunstâncias desfavoráveis ao apelante, a pena base deveria ter sido aumentada em 12 meses."* (f. 2.353), (f. 2.334/2.354).

Pois bem.

Registro, de início, que, compulsando a dosimetria da pena referente aos crimes de corrupção passiva, denoto que houve a correta negativação das circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes e das circunstâncias do delito e a majoração correspondente a 1/8 sobre o importe da pena média, o que está em sintonia com a jurisprudência deste C. Colegiado.

Logo, não vislumbro alterações a serem aplicadas *ex officio*.

Passo, então, à análise da pena referente aos crimes de lesão corporal.

Consta da sentença:

> ***"Dosimetria da Pena***
>
> *Passo a dosar a pena a ser aplicada em estrita observância do que dispõe o artigo 59 e 68 do Código Penal.*
>
> *(...)*
>
> *C) Do crime de lesão corporal praticado contra a vítima Romilda Roque dos Santos.*
>
> *A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se **elevada,** pois praticou o delito valendo-se da relação médico-paciente, caracterizada pela confiança e hipossuficiência do último frente ao primeiro; os **antecedentes** são **maculados** conforme certidões de f. 1269-1300, ostentando condenação, com trânsito em julgado em 25/11/2004, nos Autos n. 00094-22-89.2000.8.12.0001, por delito praticado em 01/05/1990; não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu **não beneficiam o apenado** de qualquer forma, posto que enganou a vítima fazendo-a acreditar que possuía conhecimento especializado em cirurgia plástica; as **consequências foram graves**, extrapolando a previsão legal contida na qualificadora, porquanto trouxeram prejuízos de ordem psicológica à vítima e dores, mesmo após dez anos da realização da cirurgia; a **vítima** não contribuiu para a prática do delito.*
>
> *Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, **fixo** a pena base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.*
>
> *Inexiste circunstância **agravante** a ser considerada.*
>
> *Não há **atenuantes** para consideração.*
>
> *Não há **causas de aumento ou diminuição** de pena.*
>
> *Considerando a situação econômica do apenado, que se mostra boa, fixo o valor do dia-multa em 3/30 do salário mínimo.*
>
> *Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em **07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.***

*D) Do crime de lesão corporal praticado contra a vítima Maria Benedita Peixoto.*

*A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se **elevada**, pois praticou o delito valendo-se da relação médico-paciente, caracterizada pela confiança e hipossuficiência do último frente ao primeiro; os **antecedentes** são **maculados** conforme certidões de f. 1269-1300, ostentando condenação, com trânsito em julgado em 25/11/2004, nos Autos n. 00094-22-89.2000.8.12.0001, por delito praticado em 01/05/1990; não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu **não beneficiam o apenado** de qualquer forma, posto que enganou a vítima fazendo-a acreditar que possuía conhecimento especializado em cirurgia plástica; as **consequências foram graves**, extrapolando a previsão legal contida na qualificadora, porquanto trouxeram prejuízos de ordem conjugal e patologias psiquiátricas à vítima; a **vítima** não contribuiu para a prática do delito.*

*Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, **fixo** a pena base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.*

*Inexiste circunstância **agravante** a ser considerada.*

*Não há **atenuantes** para consideração.*

*Não há **causas de aumento ou diminuição** de pena.*

*Considerando a situação econômica do apenado, que se mostra boa, fixo o valor do dia-multa em 3/30 do salário mínimo.*

*Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em **07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.***

*E) Do crime de lesão corporal praticado contra a vítima Gina Alicia Belmonte Rojas*

*A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se **elevada**, pois praticou o delito valendo-se da relação médico-paciente, caracterizada pela confiança e hipossuficiência do último frente ao primeiro; os **antecedentes** são **maculados** conforme certidões de f. 1269-1300, ostentando condenação, com trânsito em julgado em 25/11/2004, nos Autos n. 00094-22-89.2000.8.12.0001, por delito praticado em 01/05/1990; não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu **não beneficiam o apenado** de qualquer forma, posto que enganou a vítima fazendo-a acreditar que possuía conhecimento especializado em cirurgia plástica; as **consequências foram graves**, extrapolando a previsão legal contida na qualificadora, porquanto a ofendida necessitou submeter-se a outra cirurgia para minimizar o procedimento feito pelo réu; a **vítima** não contribuiu para a prática do delito.*

*Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, **fixo** a pena base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.*

*Inexiste circunstância **agravante** a ser considerada.*

*Não há **atenuantes** para consideração.*

*Não há **causas de aumento ou diminuição** de pena.*

*Considerando a situação econômica do apenado, que se mostra boa, fixo o valor do dia-multa em 3/30 do salário mínimo.*

*Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em **07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.***

*F) Do crime de lesão corporal praticado contra a vítima Geni Rosa de Jesus.*

*A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se **elevada**, pois praticou o delito valendo-se da relação médico-paciente, caracterizada pela confiança e hipossuficiência do último frente ao primeiro; os **antecedentes** são **maculados** conforme certidões de f. 1269-1300, ostentando condenação, com trânsito em julgado em 25/11/2004, nos Autos n. 00094-22-89.2000.8.12.0001, por delito praticado em 01/05/1990; não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu **não beneficiam o apenado** de qualquer forma, posto que enganou a vítima fazendo-a acreditar que possuía conhecimento especializado em cirurgia plástica; as **consequências foram graves**, extrapolando a previsão legal contida na qualificadora, porquanto a ofendida desenvolveu problemas psicológicos após o fato; a **vítima** não contribuiu para a prática do delito.*

*Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, **fixo** a pena base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.*

*Inexiste circunstância **agravante** a ser considerada.*

*Não há **atenuantes** para consideração.*

*Não há **causas de aumento ou diminuição** de pena.*

*Considerando a situação econômica do apenado, que se mostra boa, fixo o valor do dia-multa em 3/30 do salário mínimo.*

*Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em **07 (sete) anos de reclusão e 70 (setenta) dias-multa.***

*G) Do crime de lesão corporal praticado contra a vítima Lucienne Vieira Sodre.*

*A **culpabilidade**, como grau de censura da ação ou omissão do agente, mostra-se **elevada**, pois praticou o delito valendo-se da relação médico-paciente, caracterizada pela confiança e hipossuficiência do último frente ao primeiro; os **antecedentes** são **maculados** conforme certidões de f. 1269-1300, ostentando condenação, com trânsito em julgado em 25/11/2004, nos Autos n. 00094-22-89.2000.8.12.0001, por delito praticado em 01/05/1990; não há nos autos elementos para aferição da sua **conduta social** e **personalidade**; o **motivo** do crime é comum ao tipo delitivo; as **circunstâncias** em que o crime ocorreu **não beneficiam o apenado** de qualquer forma, posto que enganou a vítima fazendo-a acreditar que possuía conhecimento especializado em cirurgia plástica; as **consequências foram graves**, extrapolando a previsão legal contida na qualificadora, porquanto trouxeram prejuízos de ordem conjugal, tendo a ofendida desenvolvido doenças psiquiátricas após o fato, além disso, ela passou por, pelo menos, **cinco cirurgias para correção** do procedimento realizado pelo réu; a **vítima** não contribuiu para a prática do delito.*

*Analisando as circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, havendo **desfavoráveis** ao apenado, **fixo** a pena base acima do mínimo legal, em 08 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.*

*Inexiste circunstância **agravante** a ser considerada.*

*Não há **atenuantes** para consideração.*

*Não há **causas de aumento ou diminuição** de pena.*

> *Considerando a situação econômica do apenado, que se mostra boa, fixo o valor do dia-multa em 3/30 do salário mínimo.*
>
> *Obedecidos aos parâmetros do artigo 68 do Código Penal no tocante ao cálculo da pena, resta definitiva em* ***08 (oito) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.****"* (Grifos originais)

Apreciando-se detidamente o processo de dosimetria das penas, constato que em todos eles houve a correta negativação das moduladoras da culpabilidade, antecedentes, circunstâncias e consequências dos crimes, não havendo, inclusive, qualquer insurgência quanto à negativação e/ou fundamentos ali utilizados.

A discussão está centrada, portanto, na operação matemática realizada pela magistrada singular, e, neste ponto, o recurso deve ser parcialmente provido.

Com efeito, esta C. Câmara já firmou entendimento quanto à aplicação da técnica da pena média, pela qual divide-se o intervalo entre a pena máxima e a mínima pela quantidade de moduladoras previstas no art. 59 do Código Penal[12].

Cito, para ilustrar:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – (...) DOSIMETRIA PENAL –* ***PRIMEIRA FASE – FRAÇÃO DIFERENTE DE 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA VALORADA NEGATIVAMENTE NÃO FUNDAMENTADA – REDIMENSIONAMENTO DE OFÍCIO DA PENA BASE –*** *(...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***I - 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)*** *(...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0004219-04.2014.8.12.0019, Ponta Porã, 1ª Câmara Criminal, Relator: Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 30/09/2019, p: 02/10/2019)

No caso vertente, entendo que, de fato, as penas para os crimes de lesão corporal restaram fixadas de forma excessiva, já que todas elas próximas do máximo legal, e, além disso, sem que tenha havido justificativa plausível para tamanha majoração.

Desta forma, em razão da similaridade dos fundamentos registrados pela i. magistrada na dosimetria das penas, redimensiono-as, individualmente, para 5 anos de reclusão[13].

Da nova pena.

Assim, as penas restam fixadas:

Corrupção passiva

- 5 anos de reclusão e 50 dias-multa (vítima Dercilene)

- 5 anos de reclusão e 50 dias-multa (vítima Previsul)

Lesão corporal grave

- 5 anos de reclusão (Romilda)

- 5 anos de reclusão (Maria)

12 8 anos (pena máxima) - 2 anos (pena mínima) = 6 anos ou 72 meses / 8 circunstâncias = 9 meses por circunstância negativada

13 Pena-base de cinco anos em razão da negativação de 4 circunstâncias judiciais (4 x 9 meses = 36 meses/3 anos), a qual se torna definitiva pela ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição.

- 5 anos de reclusão (Gina)

- 5 anos de reclusão (Geni)

- 5 anos de reclusão (Luciene)

Mantido o cúmulo material entre as infrações, procedo à soma das reprimendas que resta finalmente estabelecida em 35 anos de reclusão e ao pagamento de 100 dias-multa.

Mantenho, no mais, todos os termos da sentença combatida.

Do prequestionamento.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento aventado, tenho que a matéria foi devidamente discutida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos infralegais.

Da conclusão.

Ante o exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Alberto Jorge Rondon de Oliveira, unicamente para redimensionar as penas fixadas para os crimes de lesão corporal grave.

Consequentemente, a reprimenda fica definitivamente estabelecida em 35 anos de reclusão e ao pagamento de 100 dias-multa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso, nos termos do voto da Relatora.

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 José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 8 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relatora Desª Elizabete Anache
## *Habeas Corpus* Criminal nº 1413768-03.2020.8.12.0000 – Anastácio

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – MAUS TRATOS – RESISTÊNCIA – ARBITRAMENTO DE FIANÇA – PERMANÊNCIA DA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE – HIPOSSUFICIÊNCIA IDENTIFICADA – APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO *HABEAS CORPUS* COLETIVO REGISTRADO SOB Nº 568.693 – ES (2020/0074523-0) – LIMINAR RATIFICADA – CONCESSÃO DA ORDEM.

Havendo comprovação de que a prisão da paciente persiste unicamente por não arcar com o valor da fiança, resta comprovada a sua hipossuficiência.

A Eg. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no dia 14 de outubro de 2020, concedeu a ordem de *Habeas Corpus* coletivo registrado sob nº 568.693 – ES (2020/0074523-0), na qual determinou a isenção do pagamento de fiança a todos os presos que permanecem reclusos em razão da hipossuficiência, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Com o parecer. Liminar ratificada. Ordem concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, nos termos do voto da relatora, concederam a ordem.

Campo Grande, 1º de novembro de 2020

Desª Elizabete Anache – Relatora

### RELATÓRIO

A Srª. Desª Elizabete Anache.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Débora da Conceição Silva, apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Anastácio.

Assevera, em resumo, que a paciente foi autuada em flagrante no dia 12 de outubro de 2020 pela suposta prática do crime de maus tratos (art. 326 do CP), havendo a sua conversão em liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança.

Alega que, em razão da hipossuficiência, a impetrante requereu a dispensa da fiança, o que foi indeferido pela autoridade coatora que apenas minorou seu valor para R$ 400,00.

Ressalta que a paciente está presa unicamente por não reunir condições financeiras para arcar com o recolhimento daquele valor, sendo ela, inclusive, genitora de uma criança recém nascida.

Registra que não estão presentes os fundamentos da prisão cautelar e, ao final, requer: *"a) seja deferida, liminarmente, a ordem de habeas corpus em favor da paciente, independentemente das informações da*

*autoridade coatora, a fim de determinar a imediata soltura da paciente, independentemente do pagamento de fiança; b) a notificação da autoridade coatora para prestar suas informações, no prazo legal; c) a concessão da presente ordem em definitivo, confirmando a liminar anteriormente deferida, com o escopo de conceder a liberdade provisória à paciente independentemente do pagamento de fiança (...).”*

Juntou documentos de f. 15/58.

A liminar foi concedida às f. 61/68.

A Defensoria Pública de 2ª Instância tomou ciência à f. 75.

Parecer da i. Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e concessão da ordem (f. 79/81).

É o relatório.

## VOTO

A Srª. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Débora da Conceição Silva, apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Anastácio.

Esta relatora, às f. 61/68, concedeu a liminar nos seguintes termos:

> *“A liminar deve ser **concedida**. Analisando-se detidamente os autos, constato que a paciente, autuada em flagrante pela suposta prática dos crimes de resistência (art. 329 do CP) e maus tratos (art. 136 do CP), seguindo-se de imediato o arbitramento de fiança no importe de um salário mínimo, a qual, ainda na polícia, foi reduzido para o valor de R$ 500,00 (f. 18). Comunicado ao plantão judiciário, o d. magistrado concedeu-lhe a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança no montante de um salário mínimo, assim como aplicou as medidas cautelares previstas no art. 319, II e IV do CPP, além das condições gerais insculpidas nos art. 327 e 328 do CPP (f. 38/42). A paciente, então, alegou hipossuficiência e requereu a dispensa da fiança (f. 49/50), havendo a redução do valor, pela autoridade coatora, para o montante de R$ 400,00 (f. 53/54). Pois bem. De acordo com o presente cenário processual – o que é confirmado por consulta ao SAJ da plataforma de primeiro grau – noto que, de fato, a paciente permanece, desde o dia 11 ou 12 de outubro de 2020, com a liberdade restringida em razão do não recolhimento da fiança inicialmente arbitrada pela autoridade policial e, ao depois, imposta pela autoridade apontada por coatora. De lá para cá já houve transcurso de cerca de oito ou nove dias sem que a paciente efetuasse o recolhimento da fiança, o que, data maxima venia, representa inegável hipossuficiência a exigir a reavaliação desta cautelar. Nesse compasso, muito embora a autoridade apontada por coatora tenha proferido decisão na qual minorou o valor desta medida cautelar (f. 53/54), sem que haja, no entanto, prova da intimação da paciente (mandado expedido na data de ontem, dia 19 de outubro de 2020 – f. 56), fato é que o **Superior Tribunal de Justiça**, por intermédio da sua Eg. **Terceira Seção**, no dia 14 de outubro de 2020, proferiu decisão no Habeas Corpus coletivo tombado sob nº 568.693 - ES (2020/0074523-0), no qual determinou a isenção do pagamento de fiança a todos os presos que permanecem reclusos em razão da hipossuficiência. Consta da ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO – PROCESSO PENAL – PRISÃO PREVENTIVA – **PRESOS QUE TIVERAM A LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE FIANÇA – CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 – RECOMENDAÇÃO N. 62/CNJ – EXCEPCIONALIDADE DAS PRISÕES – ORDEM CONCEDIDA – EXTENSÃO DOS EFEITOS PARA TODO O TERRITÓRIO NACIONAL**. 1. No que diz respeito ao cabimento do habeas corpus coletivo, não obstante a inexistência de norma expressa, plenamente possível o seu processamento. 2. Inicialmente, os arts. 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, dão azo à permissibilidade do writ coletivo no sistema processual penal brasileiro. Ademais, o microssistema de normas de direito coletivo como a*

*Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do Mandado de Injunção, entre outras, autoriza a impetração do writ na modalidade coletiva. 3. No âmbito supranacional, o art. 25, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, garante o emprego de um instrumento processual simples, rápido e efetivo para tutelar a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela Lei ou pela citada Convenção. 4. Anoto, ainda, que, diante dos novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea – 'sociedade de massa' –, imprescindível um novo arcabouço jurídico processual que abarque a tutela de direitos coletivos, também no âmbito penal. 5. A reunião, em um único processo, de questões que poderiam estar diluídas em centenas de habeas corpus implica economia de tempo, de esforço e de recursos, atendendo, assim, ao crescente desafio de tornar a prestação jurisdicional desta Corte Superior mais célere e mais eficiente. 6. No mais, sabe-se que o habeas corpus consolidou-se como um instrumento para defesa de direito fundamental e, como tal, merece ser explorado em sua total potencialidade. 7. No direito comparado, a Suprema Corte argentina, a despeito de inexistir, naquele país, norma expressa regulando o habeas corpus coletivo, no famoso 'Caso Verbitsky', admitiu o cabimento da ação coletiva contra toda e qualquer situação de agravamento da detenção que importe um trato cruel, desumano ou degradante a um grupo de pessoas afetadas pela atuação arbitrária do Estado. 8. Por fim, vê-se que conflitos sociais já foram solucionados por meio de habeas corpus coletivo tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como no do Superior Tribunal de Justiça, citando-se, como exemplos, o HC n. 143.641/SP, o HC n. 568.021/CE e o HC n. 575.495/MG. 9. Busca-se, neste habeas corpus coletivo, a soltura de todos os presos do estado do Espírito Santo que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, o que se faz com fulcro na Recomendação n. 62/2020 do CNJ. 10. Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62/2020, em que recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. 11. Nesse contexto, corroborando com a evidência de notória e maior vulnerabilidade do ambiente carcerário à propagação do novo coronavírus, nota técnica apresentada após solicitação apresentada pela Coordenação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Distrito Federal – IBCCrim/DF, demonstra que, sendo o distanciamento social tomado enquanto a medida mais efetiva de prevenção à infecção pela Covid-19, as populações vivendo em aglomerações, como favelas e presídios, mostram-se significativamente mais sujeitas a contrair a doença mesmo se proporcionados equipamentos e insumos de proteção a estes indivíduos. 12. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU), admitindo o contexto de maior vulnerabilidade social e individual das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, divulgou, em 31/3/2020, a Nota de Posicionamento – Preparação e respostas à Covid-19 nas prisões. Dentre as análises realizadas, a ONU afirma a possível insuficiência de medidas preventivas à proliferação da Covid-19 nos presídios em que sejam verificadas condições estruturais de alocação de presos e de fornecimento de insumos de higiene pessoal precárias, a exemplo da superlotação prisional. Assim, a ONU recomenda a adoção de medidas alternativas ao cárcere para o enfrentamento dos desafios impostos pela pandemia aos já fragilizados sistemas penitenciários nacionais e à situação de inquestionável vulnerabilidade das populações neles inseridas. 13. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) igualmente afirmou, por meio de sua Resolução n. 1/2020, a necessidade de adoção de medidas alternativas ao cárcere para mitigar os riscos elevados de propagação da Covid-19 no ambiente carcerário, considerando as pessoas privadas de liberdade como mais vulneráveis à infecção pelo novo coronavírus se comparadas àquelas usufruindo de plena liberdade ou sujeitas a medidas restritivas de liberdade alternativas à prisão. 14. Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF n. 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional se encontra em um estado de coisas inconstitucional, é que se faz necessário dar imediato cumprimento às recomendações apresentadas no âmbito nacional e internacional, que preconizam a máxima excepcionalidade das novas ordens de prisão preventiva, inclusive com a fixação de medidas alternativas à prisão, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19). 15. Nos casos apresentados pela Defensoria Pública do Espírito Santo, a necessidade da prisão preventiva já foi afastada pelo Juiz singular, haja vista não estarem presentes os requisitos imprescindíveis para sua decretação. Diante de tais casos, o Juiz deliberou pela substituição do aprisionamento cautelar por medidas alternativas diversas,*

*optando, contudo, por condicionar a liberdade ao pagamento de fiança. 16. Nos termos em que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos – notoriamente de menor gravidade – não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo. 17. Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável. 18. Por fim, entendo que o quadro fático apresentado pelo estado do Espírito Santo é idêntico aos dos demais estados brasileiros: o risco de contágio pela pandemia do coronavírus (Covid-19) é semelhante em todo o país, assim como o é o quadro de superlotação e de insalubridade dos presídios brasileiros, razão pela qual os efeitos desta decisão devem ser estendidos a todo o território nacional.* ***19. Ordem concedida para determinar a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, com determinação de extensão dos efeitos desta decisão aos presos a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, em todo o território nacional. Nos casos em que impostas outras medidas cautelares diversas e a fiança, fica afastada apenas a fiança, mantendo as demais medidas. Por sua vez, nos processos em que não foram determinadas outras medidas cautelares, sendo a fiança a única cautela imposta, é necessário que os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais determinem aos juízes de primeira instância que verifiquem, com urgência, a conveniência de se impor outras cautelares em substituição à fiança ora afastada****. Oficiem-se os Presidentes dos Tribunais de todos os estados da Federação e os Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais para imediato cumprimento. (grifei - Rel. Min. Sebastião Reis Junior) Desta forma, sem delongas, a ordem deve ser concedida para determinar o imediato cumprimento da decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, a qual se aplica ao presente caso. Ante o exposto,* ***defiro*** *a concessão da liminar para determinar à autoridade apontada por coatora o* ***imediato cumprimento*** *da ordem proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus coletivo de nº 568.693 –ES (2020/0074523-0) e, por consequência,* ***isentar*** *a paciente* ***Débora da Conceição Silva*** *(brasileira, convivente, do lar, portadora da Cédula de Identidade RG nº 2.417.401 SSP/MS, e do CPF/MF nº 074.040.781-30, residente e domiciliada na Rua 18 de março, em frente ao número 1152, Vila Maior, na cidade de Anastácio, MS, CEP 79210-000), do pagamento da fiança arbitrada por aquele d. Juízo (...).”* (Grifos originais)

*In casu*, conforme fiz consignar na decisão monocrática de f. 61/68, a paciente foi autuada em flagrante pela suposta prática dos crimes de maus tratos (art. 136 do CP) e resistência (art. 329 do CP), ou seja, delitos apenados com detenção, o que, *a priori*, permite a presunção de que, ao final, caso condenada, não o será ao cumprimento de regime fechado, *ex vi* do disposto no art. 33 do CP.

Nesse compasso, no ato da lavratura do flagrante a autoridade policial arbitrou fiança que, ao depois, foi mantida pela autoridade judiciária, oportunidade em que houve a imposição de outras medidas cautelares.

A paciente, então, permaneceu presa no aguardo do recolhimento do valor arbitrado, o que não ocorreu mesmo após a redução da fiança pela autoridade apontada por coatora (f. 53/54).

Frente ao presente cenário, esta relatora aplicou a decisão proferida pela Eg. Terceira Seção[1] do Superior Tribunal de Justiça (datada de 14 de outubro de 2020), que concedeu a ordem no *Habeas Corpus* coletivo registrado sob nº 568.693 – ES (2020/0074523-0), em que determinou a isenção do pagamento de fiança a todos os presos que permanecem reclusos em razão da hipossuficiência, sem prejuízo do cumprimento das demais medidas cautelares impostas pela autoridade apontada por coatora.

Desta foram, sem delongas, conheço do presente *writ* para ratificar a decisão liminar de f. 61/68 e conceder a ordem pleiteada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto da relatora, concederam a ordem.

Presidência da Exmª. Srª. Desª. Elizabete Anache.

Relatora, a Exmª. Srª. Desª Elizabete Anache

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 1º de novembro de 2020.

***

1 *Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,* ***conceder a ordem para determinar a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor, com determinação de extensão dos efeitos desta decisão aos presos a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, em todo o território nacional, e, nos casos e que impostas outras medidas cautelares diversas e a fiança, fica afastada apenas a fiança, mantendo as demais medidas****. Por sua vez, nos processos em que não foram determinadas outras medidas cautelares, sendo a fiança a única cautela imposta, é necessário que os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais determinem aos juízes de primeira instância que verifiquem, com urgência, a conveniência de se impor outras cautelares em substituição à fiança ora afastada, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. O Dr. Valdir Vieira Júnior, Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, sustentou oralmente pela parte impetrante. Brasília, 14 de outubro de 2020 (data do julgamento).* (Grifei)

## 1ª Câmara Criminal
## Relator Des. Emerson Cafure
## Apelação Criminal nº 0004834-55.2018.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DA FIGURA DO FURTO FAMÉLICO – NÃO ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE ESTADO DE NECESSIDADE – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO PELA INCIDÊNCIA DE ATENUANTES – DESCABIMENTO – SÚMULA 231 DO STJ – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA REDIMENSIONAMENTO PARA 01 SALÁRIO MÍNIMO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

De acordo com o entendimento consolidado pela Suprema Corte, para a incidência do princípio da insignificância é necessário o preenchimento de certos requisitos, a saber: a) mínima a ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento; d) e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Além disso, orienta a jurisprudência ser "*incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos.*" (AgRg no REsp 1.729.387/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018). Na hipótese dos autos, a conduta não pode ser considerada irrelevante para o Direito Penal, pois revela lesividade suficiente para justificar a imposição da respectiva sanção, na medida em que os bens subtraídos foram avaliados em aproximadamente 60 % do salário mínimo então vigente. Além disso, trata-se de furtos qualificados sequencialmente praticados, o que evidencia o alto grau de reprovabilidade do comportamento.

O reconhecimento do furto famélico pressupõe que o agente tenha agido por estado de necessidade, especialmente para saciar sua fome em razão da situação de nítida emergência. Segundo consta dos autos, o réu subtraiu gêneros alimentícios e outros objetos destinados a fins diversos, como frascos de perfume, dinheiro, calçado e latas de cerveja, tornando evidente a impossibilidade de aplicação da excludente de ilicitude ao caso concreto.

Em conformidade com a Súmula 231 do STJ, as atenuantes não podem incidir na segunda fase da dosimetria da pena quando a reprimenda já foi fixada em seu mínimo legal.

Considerando a hipossuficiência financeira do condenado e o valor do prejuízo acarretado, necessária se torna a redução do valor da pena substitutiva concernente à prestação pecuniária para o valor de 01 (um) salário mínimo.

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, proveram parcialmente o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de outubro de 2020.

Des. Emerson Cafure – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Valdemir de Souza interpõe o presente recurso de apelação em face da r sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba, que o condenou como incurso no art. 155, § 4º, inc. I, e art. 155, § 4º, inc. I c/c art. 14, inc. II e art. 71, todos do Código Penal, à pena total de 02 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial aberto e 20 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Nas razões, requer, em síntese: a) a absolvição mediante o reconhecimento do estado de necessidade (furto famélico); b) a absolvição mediante a incidência do princípio da insignificância; c) a incidência da atenuante da confissão espontânea, ainda que para conduzir a reprimenda a patamar inferior ao mínimo legal; d) o afastamento do parâmetro utilizado para quantificação da restritiva consistente na prestação pecuniária, ante a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, ou, a redução para 01 salário mínimo (p. 169-191).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 195-210).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo parcial provimento do apelo (p. 220-229).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Valdemir de Souza interpõe o presente recurso de apelação em face da r sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba, que o condenou como incurso no art. 155, § 4º, inc. I, e art. 155, § 4º, inc. I c/c art. 14, inc. II e art. 71, todos do Código Penal, à pena total de 02 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial aberto e 20 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Nas razões, requer, em síntese: a) a absolvição mediante o reconhecimento do estado de necessidade (furto famélico); b) a absolvição mediante a incidência do princípio da insignificância; c) a incidência da atenuante da confissão espontânea, ainda que para conduzir a reprimenda a patamar inferior ao mínimo legal; d) o afastamento do parâmetro utilizado para quantificação da restritiva consistente na prestação pecuniária, ante a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, ou, a redução para 01 salário mínimo (p. 169-191).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (p. 195-210).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo parcial provimento do apelo (p. 220-229).

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente em relação ao princípio da insignificância, não comporta incidência do caso vertente.

Com efeito, a tipicidade pode ser dividida em três elementos: 1) tipicidade formal, que consiste na perfeita subsunção da conduta praticada no plano concreto ao tipo previsto abstratamente pela lei penal; 2) tipicidade subjetiva, que se consubstancia no dolo; e 3) tipicidade material, que implica na verificação de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, a ser aferida segundo os vetores apontados pelo e. Supremo Tribunal Federal, a saber: *"(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada."*

(*HC* 108125, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 03/04/2012, Processo Eletrônico DJe-080 Divulg 24-04-2012 Public 25-04-2012).

Em especial, o princípio da insignificância, informado pelos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, incide, justamente, no nível da tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formal e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão considerável ao objeto jurídico tutelado pela norma (resultado insignificante).

A esse respeito, calha a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"(...) a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (...) assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida (...)."* (Código penal comentado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6)

Na hipótese dos autos, a inicial acusatória dita que:

> *"No dia 17 de outubro de 2018, em horário incerto e não sabido, na Rua Buriti, n° 515, Bairro Santo Antônio, nesta cidade, o denunciado Valdemir de Souza subtraiu, para si, coisa alheia móvel, mediante destruição de obstáculo, consistente em 01 (uma) cesta básica, 01 (um) frango caipira, 12 (doze) latas de cerveja, 02 (dois) frascos de perfume e vários pacotes de carne. (...) consta nos autos que, no dia 18 de outubro de 2018, em horário incerto e não sabido, na Rua dos Buritis, n° 615, Bairro Santo Antônio, nesta cidade, o denunciado Valdemir de Souza subtraiu, para si, coisa alheia móvel, mediante rompimento do obstáculo, consistente em 02 (dois) perfumes e uma quantia de R$ 320,00 (trezentos e vinte reais). (...) consta nos autos que, no dia 18 de outubro de 2018, na Rua Alziro Zarus, n° 786, em horário incerto e não sabido, o autor Valdemir de Souza, tentou subtrair para si, coisa alheia móvel mediante rompimento de obstáculo, não se consumando o crime por corça alheia à sua vontade."* (p. 01-04).

Em conformidade com os elementos amealhados ao presente feito, não há como reconhecer a inexpressividade do resultado da conduta, visto que se trata de subtrações sequenciais de bens avaliados em R$ 539,00 (p. 15), o que representa aproximadamente 60 % do salário mínimo vigente à época dos fatos (R$ 954,00).

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – FURTO QUALIFICADO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES – BEM AVALIADO EM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO – TELEVISÃO AVALIADA EM R$ 440,99 – DEVOLUÇÃO DOS BENS À VÍTIMA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICAÇÃO – INVIABILIDADE – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – SÚMULA N.º 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é 'incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos'. (AgRg no REsp 1.729.387/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018). 3. O fato de o produto do furto ter sido devolvido à vítima, por si só, não é circunstância apta a configurar a atipicidade da conduta delitiva pela aplicação do princípio da insignificância. 4.*

*Não é possível reconhecer a existência de dissídio pretoriano, ante a incidência da Súmula n.º 83 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo regimental desprovido."* (STJ - AgRg no REsp 1790625/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019)

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – FURTO SIMPLES – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – BENS AVALIADOS EM VALOR SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS ASSOCIADO À VIDA PREGRESSA DO AGRAVANTE – REITERAÇÃO EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior tem seguido o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Tais vetores interpretativos encontram-se expostos de forma analítica no HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma do STF, julgado em 19/10/2004, DJ 19/11/2004.* ***2. Nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte, para aferir a relevância do dano patrimonial, leva em consideração o salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando irrisório o valor inferior a 10% do salário mínimo. No caso concreto, conforme denúncia, os fatos ocorreram no dia 22/6/2017, quando o salário mínimo estava fixado em R$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais). Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a quantia de R$131,93 (cento e trinta e um reais e noventa e três centavos), não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos****. 4. Ademais, não se ignora jurisprudência no sentido de que a reincidência, por si só, não constitui óbice intransponível à incidência do princípio da insignificância. Todavia, no caso concreto, em uma análise conjunta, associando-se o valor subtraído com a vida pregressa do paciente, a aplicação do princípio da bagatela não é recomendável, uma vez que ostenta diversas condenações com trânsito em julgado, inclusive pela prática do delito descrito no art. 155 do Código Penal – CP. 5. Agravo regimental desprovido."* (STJ. AgRg no HC 450.706/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019). Destaquei.

Além disso, cuidam-se de furtos praticados com rompimento de obstáculo (vide laudos periciais de p. 58-64, 65-71 e 72-77), de forma que as condutas são dotadas de alto grau de reprovabilidade, carecendo de elevada censurabilidade.

É entendimento consolidado no âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça ser incabível a aplicação do princípio da insignificância em casos de furto qualificado, uma vez que as circunstâncias qualificadoras conferem maior gravidade à conduta. Vejamos:

*"RECURSO ESPECIAL – PENAL – FURTO QUALIFICADO – CONDENAÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ARTIGO TIDO POR VIOLADO – COMANDO NORMATIVO INCAPAZ DE EMBASAR A TESE ARGUIDA – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. O dispositivo que descreve o tipo de furto qualificado não possui comando normativo capaz de alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem quanto à inaplicabilidade, no caso, do princípio da insignificância, conduzindo, portanto, à incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 2.* ***A conduta perpetrada pelo Recorrido não pode ser considerada irrelevante para o direito penal. Em diversos julgados, esta Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o furto qualificado não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. Isso porque as próprias circunstâncias que o agravam já traduzem uma maior reprovabilidade da conduta, incompatível com a aplicação do princípio insignificância, mormente no caso vertente em que o Réu se valeu do auxílio de outra pessoa para a prática do delito.*** *3. Ademais, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Recorrido, tendo em vista que o bem furtado - um vaso de cimento com planta ornamental, avaliado em R$ 120,00 - não possui valor ínfimo. 4. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido."* (REsp 1301057/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – FURTO QUALIFICADO – CONCURSO DE AGENTES – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE. 1.* ***O modus operandi da conduta praticada pelo paciente em concurso de 3 pessoas e dentro do quintal da residência da vítima impede a aplicação do princípio da bagatela.*** *2. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1457973/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014)

Sendo assim, a conduta não pode ser tida como materialmente atípica.

No tocante ao alegado furto famélico, melhor sorte não socorre ao apelante.

Vejamos.

Nos termos do art. 24 do Código Penal, são pressupostos do estado de necessidade: a) o perigo atual e inevitável; b) dirigir-se em preservação a direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se; c) perigo esse não provocado pela vontade do agente, e; d) a inexistência do dever de enfrentar o perigo.

Ademais, a caracterização da hipótese de "furto famélico" – espécie da excludente em questão – demanda que o agente seja movido pelo premente e exclusivo intuito de se alimentar, compelido, pois, pela ausência de outros meios para satisfazer sua necessidade de sobrevivência.

A esse respeito, leciona Rogério Greco:

> *"(...) a palavra famélico traduz, segundo o vernáculo, a situação daquele que tem fome, que está faminto. (...) em tese, o fato praticado pelo agente seria típico. Entretanto a ilicitude seria afastada em virtude da existência do chamado estado de necessidade. (...) o furto famélico amolda-se às condições necessárias ao reconhecimento do estado de necessidade, uma vez que, de um lado, podemos visualizar o patrimônio da vítima e, do outro, a vida ou a saúde do agente, que corre risco em virtude da ausência de alimentação necessária para a sua subsistência (...)."* (Curso de direito penal: parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 18, vol. III).

No caso dos autos, nada obstante o esforço defensivo, é facilmente perceptível que os requisitos citados acima não foram reunidos, uma vez que, embora tenha o apelante alegado em juízo que somente praticou o crime porque estava com fome, não houve comprovação do estado de penúria.

Não bastasse, observa-se que além da subtração de alguns gêneros alimentícios (01 frango caipira e pacotes de carne), foram furtados outros objetos que não se relacionam com a necessidade de saciar a forma (como perfumes, dinheiro, cerveja e calçado), os quais ele mesmo admitiu perante a autoridade policial que *"iria vender ou trocar para consumir drogas."* (p. 17)

Inexistente, portanto, o estado de necessidade.

Subsidiariamente almeja a Defesa a redução da pena em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Sem razão, entrementes.

No caso em apreço, não se admite a redução da pena intermediária, visto que a pena-base restou fixada em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, ou seja, em seu mínimo legal.

Como é cediço, as circunstâncias atenuantes previstas no art. 65 do Código Penal não integram o tipo penal, sendo, por isso, genéricas, de modo que o magistrado, ao reconhecê-las, não poderá abrandar a reprimenda aquém do mínimo (ou superior ao máximo) previsto pelo legislador.

Referido entendimento é respaldado pela Súmula 231 do e. Superior Tribunal de Justiça, a qual solidifica a interpretação consentânea com o sistema de aplicação da pena preconizado pelo Código Penal.

Nesse sentido é o escólio 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 defendido 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 a fixá-la 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 da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o Juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição (...)."* (Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 436/437.)

Ainda na esteira desse raciocínio:

> *"(...) na segunda fase, embora presente a atenuante da confissão espontânea, reconhecida em 1ª instância, inservível para reduzir a pena que já está fixada no mínimo legal. Aplicação da Súmula 231 do STJ (...)."* (TJMS - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.005511-9/0000-00 - Relator Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos - Primeira Turma Criminal, j. 11.7.2011)

> *"(...) em razão da incidência da Súmula nº 231 do STJ, não se opera redução que importe na fixação da pena abaixo do seu mínimo legal, durante a segunda fase de dosimetria da pena (...)."* (TJMS - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.013692-1/0000-00 - Relator Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Segunda Turma Criminal, j. 20.6.2011)

Logo, inviável a pretensão de reduzir a pena intermediária a patamar inferior ao mínimo legal.

Por fim, no tocante à prestação pecuniária, sustenta a Defesa que a fixação de valor atrelado ao salário mínimo resulta em manifesta inconstitucionalidade e, consecutivamente, requer a redução do montante para 01 salário mínimo ou valor aproximado.

Pois bem.

Prevê o Código Penal a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, dentre elas a prestação pecuniária (art. 44, inc. I), que consiste no pagamento à vítima, seus dependentes ou entidade pública/privada com destinação social.

Apesar de mais benéficas, as penas alternativas se tratam de modalidade de sanção penal, de modo que devem exigir certo esforço do condenado durante o cumprimento, pois necessitam ser suficientes para a prevenção e reprovação da conduta.

Assim, ao estabelecer a prestação pecuniária visando os fins da pena, cumpre ao julgador ater-se às condições econômicas do condenado e à extensão do prejuízo ocasionado pela infração, a fim de graduá-la no intervalo legalmente estabelecido entre 01 e 360 salários mínimos (artigo 45, par. 1º, Código Penal).

Sobre o tema, leciona Fernando Capez:

> *"(...) o montante será fixado livremente pelo juiz, de acordo com o que for suficiente para a reprovação do delito, levando-se em conta a capacidade econômica do condenado e a extensão do prejuízo causado à vítima ou seus herdeiros (...)."* (Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 355. v. 1.)

Ressalta-se que, apesar de vedada a utilização do salário mínimo como indexador da economia (art. 7º, inc. IV da Constituição Federal), nada obsta que seja empregado para delimitar a sanção criminal cabível ao indivíduo que incorre em determinada infração penal.

Ora, o art. 45, par 1º, do Código Penal, ao estabelecer que a prestação pecuniária substitutiva será fixada em salários mínimos, utiliza este parâmetro como sanção pecuniária e não como indexador monetário.

Aliás, o e. Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ADIN 1425, assentou que tal vedação constitucional *"quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado"*, aspecto este que, obviamente, não ocorre em relação à referida previsão legal, que visa justamente atender ao princípio constitucional da individualização da pena, servindo de orientação para que o julgador estabeleça a reprimenda pecuniária adequada às condições econômicas do condenado e ao prejuízo suportado pelo ofendido.

Acerca da inexistência da aventada inconstitucionalidade, é firme a jurisprudência desta e. Corte:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO ESTELIONATO PRIVILEGIADO – INVIABILIDADE – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Incabível a aplicação do benefício previsto no § 1º do art. 171 do Código Penal se, apesar da primariedade da acusada, o prejuízo suportado pela vítima do estelionato é de grande monta. A condenação em prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, possui valor fixo, tomando como base para o cálculo da pena, o salário mínimo vigente à época dos fatos, não visando, portanto, a atualização ou correção do valor a ser pago pelo condenado. Na fixação da prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser observada a proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime, levando em consideração as circunstâncias do fato delituoso e a condição econômica do acusado."* (TJMS; ACr 0000275-94.2014.8.12.0018; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 21/08/2018; Pág. 50)

> *"(...) V Inviável falar em inconstitucionalidade da prestação pecuniária vinculada ao salário mínimo porquanto previsto expressamente no artigo 45 § 1º do Código Penal (...)."* (TJMS; ACr 0004030-92.2015.8.12.0018; Terceira Câmara Criminal; Rel. Juiz Emerson Cafure; DJMS 30/07/2018; Pág. 141)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL – VINCULAÇ – INOCORRÊNCIA – REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA – NECESSIDADE – PROPORCIONALIDADE E SIMETRIA COM A PENA CORPORAL – REDUÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A vedação do art. 7º, IV, da CF, não se aplica ao disposto no art. 45, § 1º, do CP, uma vez que ao determinar a fixação da pena pecuniária em salários mínimos, o dispositivo do CP utiliza esse parâmetro como sanção pecuniária, e não como indexador monetário; 2. De outro modo, o valor da prestação pecuniária aplicada na forma do art. 45, § 1º, do Código Penal, deve ser estabelecido observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, guardando proporção com a pena corporal cominada, e possibilitando ao condenado o seu devido cumprimento, de acordo com a sua capacidade econômica; 3. Recurso parcialmente provido. Em parte com o parecer."* (TJMS; APL 0003609-39.2014.8.12.0018; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto; DJMS 08/06/2018; Pág. 111)

Outrossim, a previsão abstrata do mínimo de 01 salário mínimo não acarreta em qualquer risco de ineficácia da substituição em relação aos economicamente necessitados, tendo em vista que eventual impossibilidade em submeter-se à restritiva fixada na condenação deve ser comunicada ao juízo da execução, a quem incumbe ajustar o cumprimento às condições pessoais do condenado, inclusive mediante parcelamento da prestação pecuniária ou até mesmo com a modificação da modalidade de pena alternativa.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO E ILEGALIDADE DA MEDIDA*

> *– AFASTADO – RECURSO DESPROVIDO. I. Não cabe à ré a escolha da pena que deverá cumprir tendo em vista que tal atribuição incumbe à magistrada sentenciante, utilizando-se da discricionariedade que lhe é outorgada no tocante à escolha da pena substitutiva e em atenção à proporcionalidade da reprovação da conduta praticada. II. Cabível a manutenção da pena restritiva de direitos, consistente na frequência semanal ao CAPS em atenção à proporcionalidade da reprovação da conduta praticada, bem como diante da afirmação de dependência química por parte da apelante, inexistindo ilegalidade a ser sanada neste momento. III. A matéria arguida poderá ser reanalisada na fase de Execução Penal, vez que naquela fase é que deverá comprovar as motivações subjetivas para eventual alteração das penas restritivas de direito, conforme preceitua o disposto no art. 148 da LEP."* (TJMS; APL 0002532-28.2014.8.12.0007; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 02/03/2018; Pág. 51)

A despeito, portanto, da argumentação lançada pela Defesa, não há qualquer incompatibilidade entre a previsão do art. 45, par. 1º, do Código Penal, e os preceitos definidos na Constituição Federal.

Particularmente no que se refere ao *quantum* da prestação pecuniária, foi definido em 04 salários mínimos, valor este que nitidamente revela-se excessivo, pois além de a *res* corresponder a pequena fração daquele montante, o apelante possui a profissão de auxiliar de servente de pedreiro e foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, fator que demonstra sua condição de hipossuficiente.

Assim, considerando tais parâmetros, entendo que a prestação pecuniária deve ser reduzida para 01 (um) salário mínimo, montante que se mostra adequado e certamente atenderá aos fins preconizados pelo Código Penal, eis que certamente exigirá do apelante significativo esforço para seu cumprimento.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* confundir-se com o tema debatido.

Destarte, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso a fim de reduzir a restritiva de prestação pecuniária para 01 salário mínimo.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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, 8 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator Des. Emerson Cafure
## Apelação Criminal nº 0000555-96.2018.8.12.0027 – Batayporã

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA E ROUBO MAJORADO – PROEMIAL DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA (RÉU BRUNO) – RECHAÇADA – ABSOLVIÇÃO (TESE DE AMBOS) – NÃO ACOLHIMENTO – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO PARA ROUBO MAJORADO (RÉU BRUNO) – INOPERADA – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 29, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL (RÉU GIOVANI) – INCABÍVEL – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (RÉU GIOVANI) – INVIÁVEL – ALTERAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO DA TENTATIVA (RÉU BRUNO) – FRAÇÃO APROPRIADA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL, ANTE A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO (RÉU GIOVANI) – IMPOSSIBILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

*In casu*, a prefacial deve ser rejeitada pois não restaram comprovados os prejuízos ocasionados à defesa, o que impede o seu reconhecimento, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe que *"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."*

Não há falar em absolvição quando nos autos foram produzidas provas suficientes a embasar o édito condenatório, quais sejam, a materialidade e a autoria, através dos depoimentos colhidos e demais elementos angariados durante a instrução processual. Assim, de rigor a manutenção da condenação.

Havendo provas para evidenciar que o réu incorreu no crime de latrocínio tentado, deve ser inacolhido o pedido de desclassificação da conduta para o crime de roubo majorado, mantendo-se a condenação que lhe foi imposta em primeiro grau.

O afastamento da causa de aumento do art. 29, § 2.º, do Código Penal, não deve ser acolhido, pois o réu participou ativamente do delito e propiciou que os demais envolvidos fugissem. Aliado a isso, o crime de roubo foi realizado mediante o emprego de arma de fogo, o que demonstra a previsibilidade do resultado mais grave (latrocínio tentado).

Incabível o reconhecimento da causa geral de diminuição da participação de menor importância se o réu, embora não tenha executado diretamente a ação principal, atuou de forma decisiva para o cometimento do crime.

O *iter criminis* percorrido fornece o critério para aferição do grau de diminuição da pena pela tentativa, sendo que quanto mais próximo da consumação do delito, menor será o *quantum* de diminuição. Assim, o fato de a vítima ter sido efetivamente atingida pelo disparo de arma de fogo aliada à extensão do ferimento produzido, autoriza a fração aplicada.

Malgrado a previsão do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, a detração não é capaz de alterar o regime no caso em apreço, eis que definido não só em atenção ao *quantum* da pena, mas sim aos critérios do art. 59 do CP.

Recursos conhecidos e improvidos, 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, nos termos do voto do Relator, rejeitaram a preliminar aventada por Bruno e, no mérito, negaram provimento aos recursos defensivos.

Campo Grande, 22 de outubro de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Bruno Fabrício da Silva e Giovani Aparecido Almeida de Souza interpõem o presente recurso de apelação em face da r. sentença de p. 562-580, que condenou o primeiro à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 5 dias-multa, como incurso no art. 157, § 3.º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal; e o segundo à pena de 9 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 24 dias-multa, com incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, e § 2.º-A, inciso I, c/c art. 29, § 2.º, ambos do Código Penal.

O réu Bruno, em razões (p. 678-699), em sede preliminar, requer a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, pleiteia: a) absolvição por insuficiência de provas; b) desclassificação do delito de latrocínio tentado para o delito de roubo majorado; e c) modificação do *quantum* da tentativa para a fração de 2/3.

Nas razões (p. 597-606), o réu Giovani pretende: a) absolvição por insuficiência de provas; b) afastamento da majorante do art. 29, § 2.º, do Código Penal; c) o reconhecimento da minorante de participação de menor importância (art. 29, § 1.º, do CP) e d) abrandamento do regime prisional, face a aplicação da detração penal.

O *Parquet*, em contrarrazões (p. 634-651 e 706-720), defende o conhecimento e improvimento dos apelos.

Em parecer (p. 725-746), a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Bruno Fabrício da Silva e Giovani Aparecido Almeida de Souza interpõem o presente recurso de apelação em face da r. sentença de p. 562-580, que condenou o primeiro à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 5 dias-multa, como incurso no art. 157, § 3.º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal; e o segundo à pena de 9 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 24 dias-multa, com incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, e § 2.º-A, inciso I, c/c art. 29, § 2.º, ambos do Código Penal.

O réu Bruno, em razões (p. 678-699), em sede preliminar, requer a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, pleiteia: a) absolvição por insuficiência de provas; b) desclassificação do delito de latrocínio tentado para o delito de roubo majorado; e c) modificação do *quantum* da tentativa para a fração de 2/3.

Nas razões (p. 597-606), o réu Giovani pretende: a) absolvição por insuficiência de provas; b) afastamento da majorante do art. 29, § 2.º, do Código Penal; c) o reconhecimento da minorante de participação

de menor importância (art. 29, § 1.º, do CP) e d) abrandamento do regime prisional, face a aplicação da detração penal.

O *Parquet*, em contrarrazões (p. 634-651 e 706-720), defende o conhecimento e improvimento dos apelos.

Em parecer (p. 725-746), a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento dos recursos.

Passo aos exames dos recursos.

Narra a denúncia (p. 1-5):

> *"Consta dos autos de inquérito policial que, no dia 10 de maio de 2018, por volta das 17h30min, no estabelecimento comercial denominado Supermercado Esperança, localizado na Av. Brasil, nº 09, nesta urbe, os denunciados Bruno Fabrício da Silva, Giovani Aparecido Almeida de Souza e Jeferson de Arruda Barreto, juntamente com o adolescente *****, conscientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, mediante grave ameaça e violência exercida com emprego de arma de fogo, que somente não resultou na morte da vítima por circunstâncias alheias à vontade dos agressores, subtraíram coisa alheia móvel consistente em R$ 542,50 (quinhentos e quarenta e dois reais e cinquenta centavos), bem como 3 (três) aparelhos celulares, pertencentes às vítimas A. A. de M. P. e A. M...*
>
> *Infere-se dos autos que, na data dos fatos, os denunciados, imbuídos de seu propósito criminoso, juntamente com o adolescente infrator, se encontraram na cidade de Nova Andradina e planejaram o assalto ao estabelecimento comercial supracitado, tendo Bruno fornecido a arma de fogo que seria utilizada na empreitada.*
>
> *Nesse passo, o denunciado Jeferson, que conduzia a motocicleta utilizada no delito, esperou em frente ao estabelecimento, enquanto o adolescente adentrou ao local e, na posse de uma arma de fogo, anunciou o assalto, exigindo que as vítimas lhe entregassem os aparelhos celulares e o dinheiro que havia no local.*
>
> *Ocorre que, após os autores deixarem o local, a vítima A. passou a persegui-los em seu veículo próprio, de modo que logrou êxito em alcança-los no local onde os denunciados Bruno e Giovani os aguardavam num veículo Fiat/Uno, prontos para deixar o local.*
>
> *Ao perceber a abordagem da vítima, o adolescente infrator passou a arma de fogo ao denunciado Bruno, o qual, com inequívoco animus necandi, disparou 3 (três) vezes contra a vítima, sendo que um dos disparos a atingiu na região do tórax. Em seguida, os meliantes abandonaram a motocicleta e evadiram-se todos.*
>
> *A materialidade a autoria delitiva estão consubstanciadas no auto de prisão em flagrante (f. 02-06), nos boletins de ocorrência (f. 39-41 e 48), no prontuário médico (f. 80-101), no registro fotográfico (f. 42), termo de reconhecimento de objeto (f. 109-110) e nos depoimentos colhidos.*
>
> *(...).*
>
> *Por todo o exposto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul denuncia a Vossa Excelência Bruno Fabrício da Silva, Giovani Aparecido Almeida de Souza e Jeferson de Arruda Barreto pela prática da conduta descrita no artigo 157, § 3º, inciso II, c/c 157, § 2º inciso I, e art. 14, inciso II, todos do Código Penal."*

Do recurso do réu Bruno.

Da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Inicialmente, a Defesa arguiu preliminar de nulidade da sentença, sob o fundamento de houve cerceamento de defesa, vez que não lhe teria sido dada a oportunidade de se manifestar sobre as mídias juntadas à p. 561.

Sem razão.

O apelante foi citado para responder à acusação (p. 295-296), com a advertência, inclusive, da necessidade da constituição de advogado, tanto que em resposta à denúncia, o patrono defensivo se resumiu a requereu a oitiva de testemunhas (p. 242-275), sem que tenha sido formulado qualquer requerimento atinente ao art. 402 do Código de Processo Penal.

Durante todo processo o apelante foi representado por advogado, de modo que lhe foi oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesse norte, poderia, caso entendesse necessário, pleitear a produção de toda e qualquer prova admitida em direito.

Em casos similares, colaciono precedente desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME DE DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO – PRELIMINARES – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – INCABÍVEL – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – MÉRITO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PROVAS ROBUSTAS – PENA-BASE – REDUÇÃO – MAUS ANTECEDENTES AFASTADOS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – REGIME INICIAL SEMIABERTO – PRESERVADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Preliminar de extinção da punibilidade rejeitada. A ausência de habilitação em concurso com o delito de lesão corporal na condução de veículo automotor, caracteriza-se como causa de aumento de pena. Todavia, a falta de condição de procedibilidade para a propositura da ação penal em relação ao crime de lesão corporal no trânsito, ante à inexistência de representação da vítima, não impede a condenação pela conduta de direção sem habilitação previsto no art. 309 do CTB, como crime autônomo. Ademais, embora os crimes tenham sido cometidos dentro de uma mesma situação fática, buscam proteger bens jurídicos distintos (integridade física do ser humano (art. 303 do CTB) e segurança viária (art. 309 do CTB), tratando-se, portanto, de delitos singulares e autônomos, bem como um não configura meio necessário à consumação do outro, o que afasta a tese da consunção. II - Afasto a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa na decretação da revelia em audiência, por ausência do réu. O Oficial de Justiça ao realizar a intimação do apelante para comparecer à audiência de instrução e julgamento, não o localizou pessoalmente no endereço em que foi citado e que dispunha o mm. Juiz, tendo diligenciado ao referido local por cinco vezes e após várias tentativas frustadas, deixou cópia do mandado com a genitora do acusado que se encontrava no endereço, comprometendo-se a entregar ao mesmo.* ***Ademais, o apelante foi assistido por Defensor Público, o qual foi intimado de todos os atos processuais, tendo apresentado criteriosa defesa em toda a tramitação do feito****. Ademais, não comprovou prejuízo que leve à decretação de nulidade, ressalte-se, não suscitada anteriormente. III – Mérito. O tipo penal do art. 309 do CTB descreve um delito de perigo concreto, ou seja, é necessário que o agente, na condução do veículo automotor, gere perigo de dano ao objeto jurídico tutelado, que no caso é a segurança viária. O que está configurada nos autos, segundo depoimentos testemunhais. O apelante conduzindo veículo causou acidente automobilístico, resultado em lesões corporais leves na vítima. Condenação mantida. IV – Pena-base reduzida ante o expurgo dos antecedentes, uma vez que a sentença incorreu em bis in idem, ao considerar a mesma condenação definitiva para negativar referida moduladora e a agravante da reincidência. Não há na certidão acostada aos autos condenação transitada por fato anterior ao presente. Ademais, as ações penais em curso também são inservíveis para tal valoração, conforme Enunciado da Súmula 444 do STJ. Já acerca das consequências do crime, não merece qualquer reparo, pois satisfatoriamente fundamentada no sentido de que 'o acusado causou acidente de trânsito que culminou na queda de Juliana de Lima Pereira, então grávida, de sua motocicleta', de forma a autorizar a exasperação da pena-base. V - Não prospera o pedido de alteração do regime prisional para o aberto, tendo em vista a reincidência do réu, devendo, portanto, ser mantido o semiaberto, conforme art. 33. § 2º,*

> *'b' do Código Penal. Pelos mesmos fundamentos, incabível a substituição da pena, pois não preenchido o requisito do art. 44, § 3º do CP, por ser insuficiente para devida resposta penal à conduta. Pelo exposto, em parte com o parecer, rejeito as preliminares e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a pena-base."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000117-09.2013.8.12.0104, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 05/07/2018, p: 05/07/2018) (Grifo nosso)

Ademais, *in casu*, a Defesa não demostrou nenhum prejuízo efetivo, não havendo, portanto, que se falar em nulidade a ser sanada, conforme reza o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> *"Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."*

A propósito, vejamos os julgados deste Sodalício:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E FURTO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – ADVOGADO QUE NÃO TERIA SIDO INTIMADO DA AUDIÊNCIA PARA OITIVA DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. I - Alegação de constrangimento ilegal por cerceamento de defesa em decorrência de o advogado não ter sido intimado da expedição de carta precatória, bem como da audiência de instrução para a oitiva de testemunha de acusação, não enseja o reconhecimento da nulidade do ato, cujo eventual prejuízo deve ser imprescindivelmente demonstrado, o que não ocorreu no caso concreto. II – Ordem denegada. COM O PARECER DA PGJ."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1407793-68.2018.8.12.0000, Sete Quedas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 13/08/2018, p: 14/08/2018).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE – PRESENÇA DO RÉU EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – NULIDADE RELATIVA – NÃO COMPROVADO PREJUÍZO – REJEIÇÃO – PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE NECESSIDADE – ANÁLISE VALORATIVA DAS PROVAS – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO PROVIDO. Trata-se de nulidade relativa a ausência do réu preso na audiência de oitiva de testemunhas e, não havendo demonstração de prejuízo, tendo a defesa técnica comparecido à audiência de instrução, garantindo a ampla defesa do acusado, não há como acolher a preliminar de nulidade. Não há falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial sobre a qual não se mostra a imprescindibilidade. A ausência de provas suficientes para confirmar a ocorrência dos fatos narrados na denúncia, ante a dúvida suscitada na produção das provas, impede a condenação do acusado, por força do princípio in dubio pro reo."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001527-76.2016.8.12.0014, Maracaju, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 18/12/2018, p: 21/01/2019).

Por essas razões, rejeito a preliminar ventilada.

Da absolvição por insuficiência de provas (tese de ambos os réus).

A materialidade e autoria delitiva restaram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante delito (p. 7-11), autos de apreensão (p 49, 62 e 77), boletim de ocorrência (p. 44-46), prontuário médico (p. 89-109), auto de avaliação indireta (p. 124), vistoria em veículo automotor (p. 164-167), laudo de exame de corpo de delito (p. 169-171), exame pericial (p. 174-192), bem como pelas demais provas documentais amealhadas aos autos e depoimentos colhidos.

O apelante Bruno, ouvido extrajudicial (p. 37-38) e em juízo (p. 433), negou a prática delitiva. De igual modo, o apelante Giovani, em depoimento prestado na delegacia (p. 28-30) e na fase judicial (p. 433), também afirmou não ter praticado qualquer crime.

A. A. de M. P., uma das vítimas, em declaração prestada na fase policial (p. 65-66), bem como em juízo (p. 390-391), relatou que é dono do Mercado Esperança e que, na data dos fatos, viu uma motocicleta parada, em frente ao local, com um rapaz, e que um menino saiu, com capacete na cabeça e subiu na moto; que, na sequência, viu sua esposa desesperada, no caixa, um funcionária chorando e um outro rapaz apavorado; que a sua esposa e a funcionária disseram que tinham sido roubados; que pegou sua moto e foi atrás deles; que viu o garupa descer da moto e entrar em um carro com três pessoas; que o passageiro saiu do carro para o garupa da moto entrar; que o rapaz, ao vê-lo, atirou e acabou lhe acertando. Ao final, mencionou que levaram dinheiro e celulares.

A também vítima, A. M., em depoimento na fase policial (p. 63), bem como na judicial (p. 390-391), relatou que é cliente do mercado e estava no local no momento dos fatos; que escutou um barulho vindo da frente do mercado e ouviu uma moça dizendo que era um bandido e que ele estava armado; que o rapaz encostou uma arma na sua nuca e lhe pediu cartão de crédito e celular e que, após ter entregue o celular, o rapaz saiu.

A testemunha H. H. C. B., policial militar, ouvido em juízo (p. 390-391), asseverou que foram informados na ocorrência de um roubo e que uma das vítimas, que seguiu os autores do crime, tinha sido baleada; que tinham conhecimento que Giovani tinha um veículo com as características informadas, o qual foi abordado quando lavava o carro para retirar a poeira, pois a fuga se deu em uma estrada de terra; que Giovani mencionou que deixou o réu Bruno próximo ao Hospital Regional e os outros (Gabriel e Jeferson) em uma residência, levando-os até lá; que por intermédio dos outros, ficou sabendo que a arma era de propriedade do réu Bruno e que esse é que efetuou os disparos; que Giovani conduzia o veículo e que nesse estavam, também, a namorada dele e Bruno, vez que na moto estavam Jeferson e Gabriel; e, por fim, ressaltou que, após se encontrarem, o menor entregou a arma para Bruno e ele efetuou os disparos contra a vítima.

E. C. B., ouvido na fase extrajudicial (p. 17) e em juízo (p. 390-391), relatou que receberam pedido de ápio da polícia militar, ocasião em que já identificaram o veículo usado no crime e que pertencia a Giovani; que foram até a casa de Giovani e encontram o veículo; que, em conversa com ele, esse afirmou que tinha deixar o menor e o outro autor em uma residência, e Bruno próximo ao Hospital Regional, sendo que Bruno tinha ficado com a arma; que, em diligência a casa indicada, encontraram Jeferson e Gabriel; que, na ocasião, Giovani e Gabriel falaram que quem efetuou os disparos foi Bruno; que Bruno emprestou a arma para a prática do roubo; e, ainda, que ele é integrante do PCC e que recruta menores para a prática delitiva.

A testemunha D. V. da S. P., policial militar, ao prestar seu depoimento na fase policial (p. 12-13), consignou que recebeu informação de que havia sido realizado um assalto, por dois indivíduos, portando uma arma, utilizando uma motocicleta, no Supermercado Esperança, tendo sido subtraído valores do proprietário; que a vítima informou que um carro estava dando apoio ao assalto e que, depois do ocorrido, começou a segui-lo, sendo que, durante a perseguição, recebeu um disparo de um terceiro indivíduo; que, em diligência, identificaram o veículo como sendo de Giovani; que ao ser abordado afirmou ter dado suporte ao roubo, juntamente com Bruno e o menor Gabriel; que Gabriel confirmou que havia participado do roubo, pois era quem estava conduzindo a motocicleta. Ao final, mencionou ter sido encontrado no bolso do menor um celular, roubado do Supermercado Esperança. Em juízo (p. 390-391), ratificou a declaração prestada na delegacia.

Como se vê, o conjunto probatório seguramente demonstra que os réus praticaram os crimes pelos quais foram condenados. Não se extrai, inclusive, sequer indícios de eventual mendacidade ou do vil propósito por parte das vítimas e das testemunhas em gratuitamente prejudicarem os apelantes, imputando-lhes falsamente a autoria de tais delitos. Assim, o conjunto probatório revela-se coeso, harmônico e seguro, sendo plenamente capaz de sustentar o édito condenatório.

A propósito:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – CONCURSO DE AGENTES – EMPREGO DE ARMA – RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA – TRANSPORTE DE VEÍCULO PARA OUTRO ESTADO – PRELIMINAR – NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES – REJEIÇÃO – ABSOLVIÇÃO DE UM DOS RÉUS – BIS IN IDEM –*

*POSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO DOS DEMAIS RÉUS – PROVAS ROBUSTAS – PALAVRA DA VÍTIMA – TESTEMUNHAS POLICIAIS – PRELIMINAR REJEITADA – RECURSO DE JEOVÁ PROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDOS DOS DEMAIS RÉUS. 1. A nulidade ocorrida durante a instrução processual deve ser arguida no momento oportuno, in casu, nas alegações finais, todavia a Defesa quedou-se inerte, ocorrendo, assim, a preclusão. Além disso, há de ser comprovada a efetiva existência de prejuízo por parte da Defesa, o que não se verifica no caso em tela. 2. A fim de se evitar o odioso bis in idem, deve o réu ser absolvido da prática do crime de roubo que ora lhe é imputado, tendo em vista que, por meio de decisão transitada em julgado, já foi condenado pelo mesmo fato, porém, com capitulação jurídica diversa. 3.* ***Depoimentos de testemunhas policiais, no desempenho da função pública, são dotados de eficácia probatória, idôneos a embasar uma sentença condenatória, principalmente quando corroborados em juízo e em plena consonância com as demais provas existentes nos autos. Além disso, não se verifica qualquer indício de que os agentes estatais tenham a menor intenção de prejudicar os réus gratuitamente****. 4. Não há falar em absolvição/desclassificação quando as condenações encontram-se fundamentadas em um arcabouço seguro e coeso, formado por relatos das vítimas, devidamente confirmados em juízo, depoimentos das testemunhas policiais, bem como pela apreensão dos objetos subtraídos em poder dos réus, a demonstrar, de maneira inabalável, que os apelantes praticaram o crime de roubo descrito na denúncia, assim como suas majorantes. 5. Revestindo-se o crime de circunstâncias que intensificam a reprovação da conduta do réu, deve ser conservada a maculação da culpabilidade. 6. Nos termos da pacífica jurisprudência deste Tribunal, pode o julgador utilizar-se de uma causa de aumento para exasperar a reprimenda na terceira fase da dosimetria e as demais como circunstância judicial para elevar a pena-base. 7. Correta a maculação das consequências do crime, uma vez que o prejuízo causado à vítima supera aquele inerente ao tipo penal. 8. O Magistrado, ao efetuar a dosimetria, possui discricionariedade vinculada, pois deve observar as penas aplicáveis dentre as cominadas, assim como a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, e decidir, dentro das balizas fixadas pela Lei, a quantidade necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com fundamento nos postulados da proporcionalidade e razoabilidade. 9. Preliminar rejeitada. Provido o recurso de Jeová e parcialmente providos os recursos de Jairo e Deibson."* (TJDF; APR 2010.07.1.017528-3; Ac. 110.2031; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos; Julg. 07/06/2018; DJDFTE 13/06/2018). (G.n.)

*"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADA POR DEPOIMENTO TESTEMUNHAL – RESPALDO NOS AUTOS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1. Em se tratando de delitos patrimoniais, praticados na maioria das vezes na clandestinidade e sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos, assume especial relevância. Afinal, seu único interesse é apontar os culpados, e, não, prejudicar injustamente pessoas inocentes -, havendo de prevalecer sobre a negativa de autoria, que, lado verso, ao final da instrução, revelou-se solteira e sem amparo nos autos. 2. Recurso não provido."* (TJMG; APCR 1.0114.17.003939-9/001; Rel. Des. Eduardo Brum; Julg. 07/02/2018; DJEMG 21/02/2018)

Não se olvida, logicamente, da negativa da prática dos delitos por parte dos apelantes. No entanto, tais versões são isoladas e carentes de arrimo probatório, encontrando-se em manifesta afronta aos robustos elementos produzidos no curso da persecução penal e demais evidências que exsurgem do caso em apreço, impossibilitando, assim, que lhe seja atribuído qualquer grau de verossimilhança capaz de trazer ao julgador dúvida razoável sobre a dinâmica dos acontecimentos.

O que se constata é que tal argumento (negativa de cometimento dos crimes), a toda evidência, foi declinada com a vil finalidade de livrá-los da responsabilidade penal, de modo que o julgador não se vê obrigado a crer em tais declarações, pois seu convencimento *"deve ser preservado e fundado no exame global das provas colhidas durante a instrução"*. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. RT, 2008. p. 439).

Neste contexto, rejeito a tese absolutória.

E, de igual modo, ante o reconhecimento do crime praticado pelo corréu Bruno, nos termos acima, rejeito a tese de desclassificação do delito de latrocínio tentado para o delito de roubo majorado.

Da modificação do *quantum* da tentativa para a fração de 2/3.

Por fim, requer a d. Defesa a incidência da causa de diminuição da tentativa em seu patamar máximo, qual seja, 2/3.

Melhor sorte não lhe socorre.

Nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal, a diminuição da pena para os crimes tentados varia de 1/3 a 2/3, devendo a graduação da redução corresponder proporcionalmente à proximidade da consumação do delito.

A esse respeito, leciona Fernando Capez:

> *"(...) embora não haja distinção quanto à pena abstratamente cominada no tipo, o juiz deve levar em consideração a espécie de tentativa no momento de dosar a pena, pois, quanto mais próxima da consumação, menor será a redução (mais próxima de 1/3), e vice-versa (...)."* (Código penal comentado. 3. ed. Saraiva, 2012.)

Nessa esteira, o percurso do *iter criminis* (tentativa perfeita ou imperfeita) e o resultado produzido (tentativa branca ou cruenta) conferem o parâmetro adequado para estabelecer o percentual de redução.

A minorante, portanto, poderá incidir na fração máxima de 2/3 em casos de tentativa imperfeita e branca, dada a incompletude do ato executório e a ausência de lesividade concreta. Cuidando-se, contudo, de tentativa perfeita ou com resultado cruento, a redução deve ocorrer em frações menores.

Ao justificar a aplicação do patamar de 1/2, o emérito julgador monocrático fez consignar que (p. 578):

> *"(...) verifica-se considerável proximidade entre o fato praticado e o resultado perseguido pelo réu, posto que a ação dos agentes beirou os limites da consumação do delito, só não concretizando porque a vítima foi socorrida e levada ao hospital a tempo. Ressalta-se que foram três disparos, sendo que um deles atingiu região letal, conforme laudo pericial de f. 168/171. Todavia, enfatiza-se que desta ação o bem tutelado, qual seja, o patrimônio da vítima, não foi violado, haja vista que o dinheiro foi recuperado. Assim, a redução da tentativa não deve se dar no patamar mínimo, porém também não deverá ser aplicada na fração máxima."*

De fato, ressai dos autos que a vítima foi atingida em região letal e considerando a ocorrência de tentativa cruenta da qual resultou a produção de lesão, impossível torna-se a aplicação de sua redução no máximo.

Em casos similares, assim manifesta-se a jurisprudência desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVA E MINISTERIAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO – ALEGADA AUSÊNCIA DE QUESITO OBRIGATÓRIO – IMPROCEDÊNCIA – CONTRARIEDADE ÀS PROVAS DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – PENA-BASE – CONSEQUÊNCIAS EXTRAORDINÁRIAS DO CRIME – AUMENTO DEVIDO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – MANUTENÇÃO – TENTATIVA – FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA – ADEQUAÇÃO – ITER CRIMINIS PERCORRIDO – REGIME SEMIABERTO – AGRAVAMENTO – DESNECESSIDADE – NÃO PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO E PARCIAL PROVIMENTO DO MINISTERIAL. Desnecessária a elaboração de quesito específico acerca da tese desclassificatória quando os Jurados já tiverem assentado a existência de animus necandi ao afirmar a ocorrência de tentativa de homicídio. Somente o resultado totalmente dissociado das provas dos autos pode autorizar a anulação do*

*julgamento do Tribunal do Júri, uma vez que, havendo apenas a escolha dos Jurados pela plausível versão acusatória em detrimento da defensiva, deve ser observada a disposição constitucional da soberania dos veredictos. O robustecer da pena-base exige fundamentação concreta que aponte elementos denotativos de reprovabilidade que ultrapasse a inerente ao delito, não importem em dupla punição pelos mesmos fatos e atendam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena. A tentativa de homicídio cruenta e que tenha resultado em danos materiais consideráveis à vítima que, na hipótese, teve o imóvel parcialmente demolido pela colisão de um automóvel, apresenta consequências extraordinárias que justificam aumento na reprimenda primária. Se o acusado assumiu o delito de forma qualificada, ou seja, agregando à narrativa teses exculpantes ou justificantes, ainda assim faz jus à atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP), que exige apenas o reconhecimento da autoria e não necessariamente do crime.* ***A eleição da fração redutora da tentativa atrela-se ao iter criminis percorrido pelo agente, iniciando-se com o maior patamar (2/3) e reduzindo-se até o mínimo (1/3) conforme haja maior aproximação da consumação do delito. É adequada a fixação da tentativa na fração mediana (1/2) se o agente tiver executado parte dos meios disponíveis para a consumação do delito, causando lesão na vítima, porém sem esgotá-los, encerrando a conduta em caminho intermediário para o resultado morte****. Mantém-se o regime prisional legalmente previsto para a pena concreta aplicada caso a única circunstância judicial negativa não se mostre suficiente para agravá-lo. Recurso defensivo a que se nega provimento, com o parecer. Recurso ministerial a que se dá parcial provimento, em menor extensão que o parecer."* (Apelação n. 0003205-76.2014.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 26/03/2018, p: 27/03/2018). Destaquei

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA (ART. 121, § 2º, I, C/C ART. 14, II, DO CP) – PRELIMINAR – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO ALEGADO IMPEDIMENTO DE UMA DAS JURADAS – JURADA ACEITA PELA DEFESA – DEFESA QUE DEVE ESTAR ATENTA À PRÉVIA PUBLICAÇÃO DA LISTA DE JURADOS PARA PODER IMPUGNAR OS NOMES – DEFESA QUE NADA QUESTIONOU NO MOMENTO DO SORTEIO DOS JURADOS NEM LOGO APÓS O SORTEIO – PRECLUSÃO DA MATÉRIA, À LUZ DO ART. 571, DO CPP – PRELIMINAR AFASTADA MÉRITO – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE SER A DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA – SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – PLEITO PARA APLICAÇÃO DO PATAMAR DA DIMINUIÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA – POSSIBILIDADE – CONDUTA NÃO COLOCOU EM RISCO A VIDA DA VÍTIMA –RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Cabe à defesa analisar previamente a lista de jurados e, ao verificar a ocorrência de possível suspeição, impedimento ou mesmo inconveniência na atuação de determinada pessoa no Conselho de Sentença, deve pedir a exclusão que entenda necessária durante julgamento em plenário, como determina o art. 571, VIII, do CPP, sob pena de preclusão. Se nada disso foi feito, verificando-se da ata de julgamento que nada foi arguido sobre a dita jurada, não pode a parte invocar intempestivamente esse suposto vício para anular o feito. A soberania do júri permite que seus componentes optem pela versão que lhes parecer mais correta e consentânea com a realidade do processo, então, se o Conselho de Sentença acolheu a tese acusatória, e assim optou por uma das versões existentes nos autos que está amparada em elementos deles constantes, não cabe entender contrária à prova dos autos tal decisão.* ***Nos delitos tentados, na forma do artigo 14, II, do CP, deve ser observada, para a aplicação do quantum da causa especial de diminuição de pena, a fase do período iter criminis em que cessou a ação delituosa, sendo que um dos elementos para avaliar esse caminho é analisar as lesões causadas pelo réu; se estas são ferimentos que não colocaram em risco a vida da vítima, mostra-se mais razoável a aplicação da diminuta no patamar de metade (1/2)****. Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido."* (Apelação n. 0004977-37.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 18/04/2017, p: 26/04/2017). (G.n.)

Atendo-se, portanto, ao princípio da proporcionalidade e ao *iter criminis* percorrido, resta adequada a redução aplicada no patamar de 1/2.

Do recurso do réu Giovani.

Do afastamento da majorante do art. 29, § 2.º, do Código Penal.

Sustenta a Defesa que deve ser afastada a causa de aumento de pena da participação em crime menos grave.

Consta no art. 29, § 2.º, do Código Penal: *"se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave."*

No caso, foi levada em consideração a gravidade da conduta praticada pelo réu, com especial relevância ao alto risco de vida provocado à vítima, vez foram disparados três tiros contra ela e um dos tiros atingiu região letal, de acordo com o laudo pericial adunado às p. 168-171.

Outro fato que mereceu destaque, consignado na sentença, é que *"há de se ponderar a ousadia dos infratores ao praticarem o crime à luz do dia, colocando em risco também a vida de outras pessoas que circulavam no local no momento dos fatos"* (p. 579).

O réu participou ativamente do delito e propiciou que os demais envolvidos fugissem. Ademais, o fato do crime de roubo ter sido realizado mediante o emprego de arma de fogo, demonstra a previsibilidade do resultado mais grave (latrocínio tentado).

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL – LATROCÍNIO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, APLICANDO-SE A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 29, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Conforme o entendimento desta Corte, 'no roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco, pelo evento, respondem.' (HC n.º 35.895/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 04/10/2004).*
>
> *2. No caso, tal como consignou o acórdão recorrido, de acordo com as circunstâncias fáticas, o resultado mais grave era previsível, na medida em que o Recorrido e outros 2 (dois) corréus ajustaram a prática do delito de roubo mediante armas de fogo. Ao Recorrido foi dada a tarefa de transportar os demais para o local do crime, bem como aguardá-los em local estratégico para, após, empreenderem fuga. Os Réus, agindo em unidade de desígnios, planejaram a prática do delito básico (roubo à mão armada) que, num desdobramento causal, resultou na morte da vítima.*
>
> *3. Recurso provido."* (REsp 1111717/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009)

Desse modo, mantenho a causa de aumento, nos termos do art. 29, § 2.º, do Código Penal, tal qual como consignado na sentença.

Do reconhecimento da minorante de participação de menor importância (art. 29, § 1.º, do CP).

A Defesa almeja o reconhecimento da figura da participação de menor importância, esta que, segundo dispõe o art. 29, § 1º, do Código Penal, é devida ao agente cuja participação na empreitada delitiva for de reduzida relevância, de modo que poderá ter a pena diminuída de 1/6 a 1/3.

Segundo Celso Delmanto, *"é a hipótese do participante cuja contribuição, moral ou material, foi de pouca importância na infração penal."* (Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199).

No entanto, verifica-se que o réu Gionavi foi fundamental para o cometimento da prática delitiva, porquanto, além de ter participado do planejamento do crime, foi o responsável por levar os demais envolvidos ao local do crime e, após a concretização do ilícito, pela fuga deles.

É certo que a ação principal não foi por ele praticada, porém desempenhou papel fundamental para a consecução do propósito criminoso.

Assim, incabível o reconhecimento da causa de diminuição em questão.

Do abrandamento do regime prisional, face a aplicação da detração penal.

A Defesa pede o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

A sentença assim dispôs (p. 579):

> *"Com fulcro no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, considerando a gravidade concreta dos delitos, as condenações passadas em julgado do sentenciado Giovani e o patamar da pena imposta ao condenado Bruno, fixo em fechado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.*
>
> *Deixo de analisar a progressão de regime neste momento, haja vista a ausência de provas dos requisitos necessários para concessão da benesse, não bastando para tanto apenas o preenchimento do requisito temporal, sendo curial examinar o requisito subjetivo, a cuja respeito nada há nos autos."*

Certo é que a pena definitiva do réu foi estabelecida em 9 anos de reclusão e permaneceu preso, por aproximadamente, 1 ano e 4 meses. Desse modo, o regime fechado deve permanecer inalterado, pois foi valorada negativamente os antecedentes: *"o condenado é portador de maus antecedentes"* (f. 470-474).

Rechaço, portanto, tal pedido.

Pronunciamentos finais

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Conclusão

Destarte, ante o exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto do relator, rejeitaram a preliminar aventada por bruno e, no mérito, negaram provimento aos recursos defensivos.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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, 22 de outubro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator Des. Emerson Cafure
## Apelação Criminal nº 0000753-73.2016.8.12.0005 – Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – RECEPTAÇÃO – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – INOCORRÊNCIA – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO APELADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA – NÃO ACOLHIMENTO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS SEGURAS PARA EMBASAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – INCIDÊNCIA DO *IN DUBIO PRO REO* – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 5.º, DO ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL – PREJUDICADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

*In casu*, o réu foi absolvido do delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal. A fluência do prazo prescricional, de oito anos, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal, não se operou, de modo que é incabível a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva.

É sabido que a condenação na esfera criminal exige provas seguras, porquanto se a dúvida remanesce, a absolvição torna-se imperativa, segundo regra cogente do Código de Processo Penal (art. 386, inc. VII, do CPP). Portanto, descabe condenação, vez que existindo dúvidas, deve-se prevalecer o princípio *in dubio pro reo.*

O pedido subsidiário de aplicação da minorante do § 5.º, do art. 180, do Código Penal, ante a não condenação do réu no delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, reputa-se prejudicado.

Contra o parecer, recurso conhecido e improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana/MS (p. 114-116), que absolveu Jhonatan Roberto Silva de Oliveira Barbosa da prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões (p. 131-136), o *Parquet* requer a condenação do réu pela prática do crime descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Em contrarrazões (p. 138-142), a Defesa pugna pelo improvimento do recurso interposto, a fim de manter incólume a sentença absolutória e, subsidiariamente, pela aplicação da minorante do § 5.º, do art. 180, *caput*, do Código Penal e, por conseguinte, a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 152-160), opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana/MS (p. 114-116), que absolveu Jhonatan Roberto Silva de Oliveira Barbosa da prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões (p. 131-136), o *Parquet* requer a condenação do réu pela prática do crime descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Em contrarrazões (p. 138-142), a Defesa pugna pelo improvimento do recurso interposto, a fim de manter incólume a sentença absolutória e, subsidiariamente, pela aplicação da minorante do § 5.º, do art. 180, *caput*, do Código Penal e, por conseguinte, a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 152-160), opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o que cumpria rememorar.

Passo à análise dos pedidos.

Da prescrição retroativa.

Nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal, prescreve em 8 anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro. Ocorre que o apelado foi absolvido do crime descrito na denúncia (art. 180, *caput*, do Código Penal).

Com bem dimensionado no parecer (p. 158): *Verifica-se a inocorrência do transcurso de prazo prescricional, pois, houve a defluência de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias, o que não preenche o lapso de 08 (oito) anos previsto no inciso IV, do art. 109 do Código Penal.*

Assim, em não tendo decorrido o prazo prescricional, rechaço a tese aventada pela Defesa.

Do pleito condenatório (art. 180, *caput*, do Código Penal).

Consta da denúncia (p. 1-3):

> *"Como resta demonstrado nos autos do inquérito policial que acompanham a presente denúncia, no dia 28 de dezembro de 2015, por volta das 12h30min, na Rua Carlos Camisão, nº 209, Bairro Serraria, neste município, o denunciado Samuel de Oliveira Macedo subtraiu uma bicicleta, GT MAX R7, cor branca, pertencente à R. A. R..*
>
> *Em sequência, o denunciado Jhonatan Roberto Silva de Oliveira Barbosa, dolosamente, adquiriu a referida bicicleta em troca de 70 gramas de maconha que forneceu a Samuel, produto que sabia ser proveniente de crime anterior.*
>
> *Segundo restou apurado, nas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, o denunciado Samuel foi até a residência de R. e pediu emprestada sua bicicleta, todavia a*

*vítima recusou-se a emprestar, sendo que alguns minutos depois, o autor retornou ao local e subtraiu a bicicleta acima referida, que se encontrava estacionada na garagem da residência.*

*Ato contínuo, o denunciado foi até a residência conhecida como 'Boca da Sandra' na cidade de Anastácio e trocou a bicicleta com a pessoa de Jhonatan, vulgo 'Chuca', por 70g (setenta gramas) de maconha, que segundo ele equivalia a R$ 50,00 reais, afirmando ainda, que deixou empenhados seus documentos pessoais.*

*Destarte, Paulino Macedo, pai do denunciado Samuel, ao saber que seu filho havia praticado o crime e que a bicicleta encontrava-se na residência de Sandra, foi até a casa desta, a fim de recuperar o bem, ocasião em que Sandra, mãe do denunciado Jhonatan, alegou que no momento não sabia informar acerca da referida bicicleta, porém iria conversar com seu filho a respeito.*

*Posteriormente, Sandra entrou em contato com Paulino, afirmando que já estava na posse da bicicleta, razão pela qual, o mesmo deslocou-se até a residência de Sandra, recuperando o bem e entregando-o na Delegacia.*

*Cabe destacar que, em interrogatório perante a autoridade policial, o denunciado Samuel, confessou o delito, confirmando o ocorrido; em contrapartida o denunciado Jhonatan nega os fatos acima narrados, mas Samuel confirma a negociação.*

*Nota-se que a res furtiva foi devidamente recuperada, sendo avaliado em R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) e formalmente entregue à vítima.*

*Ante ao exposto o Ministério Público Estadual denuncia Samuel de Oliveira Macedo como incurso no tipo penal descrito no artigo 155, caput do Código Penal e Jhonatan Roberto Silva de Oliveira Barbosa no tipo penal descrito no artigo 180, caput, do mesmo Codex, requerendo seja a presente recebida, distribuída e, consequentemente, iniciado o devido processo legal, com a citação, normal instrução, até final decisão condenatória, obedecendo-se ao rito previsto para o procedimento ordinário."*

O *Parquet* pugna pela condenação do apelado Jhonatan Roberto Silva de Oliveira Barbosa, pela prática do crime de receptação.

Contudo, tal pretensão não merece acolhimento.

O crime de receptação encontra-se tipificado no art. 180, *caput*, do CP:

*"Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:*

*Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."*

Por esse norte, o tipo penal em questão divide-se em duas partes, com condutas autonomamente puníveis. A primeira – denominada receptação própria – ocorre quando o sujeito ativo incorre nos verbos adquirir (obter, comprar), receber (aceitar em pagamento ou simplesmente aceitar), transportar (levar de um lugar a outro), conduzir (tornar-se condutor, guiar) ou ocultar (encobrir ou disfarçar), tendo por objeto material coisa produto de crime. A segunda – denominada receptação imprópria – caracteriza-se na hipótese em que o agente influi (inspira ou insufla) alguém de boa-fé a adquirir (obter ou comprar), receber (aceitar em pagamento ou aceitar) ou ocultar (encobrir ou disfarçar) coisa produto de crime.

Em ambos os casos, o elemento subjetivo do tipo é o dolo direto, pois o agente atua possuindo conhecimento sobre a origem penalmente ilícita da coisa. Além disso, exige-se o fim especial de agir consistente na intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita mediante a prática dos verbos nucleares.

No caso vertente, não foi comprovado sequer a posse do apelado sobre a bicicleta, vez que o objeto foi devolvido à delegacia pelas mãos de Paulino Macedo, pai de Samuel, e esse, quando resgatou o objeto, não o recebeu do réu.

Em sede policial (p. 16), a testemunha Paulino Macedo disse:

> *"Que afirma que dias depois, a mãe de 'Chuca' ligou para o declarante dizendo que havia conversado com o filho dela e que ele disse que sabia com quem estava a bicicleta, foi atrás e estava na posse dela e era para o declarante ir na casa dela buscar, QUE então o declarante foi até a casa de 'Chuca' e pegou a bicicleta com a mãe dele e a apresentou no NIIC."*

Quando ouvido em juízo (p. 109-110), Paulino Macedo, pai de Samuel, ratificou sua versão prestada na fase extrajudicial e, ainda, disse que não conhece o réu.

A testemunha J. S. da S., policial civil que atendeu a ocorrência, em juízo (p. 109-110), alegou que foi até a casa da mãe de Jhonatan e ela disse que desconhecia o assunto. Alguns dias depois a bicicleta foi devolvida, mas o policial não conseguiu contato verbal com "Chuca".

Na fase extrajudicial (p. 48), Samuel de Oliveira Macedo, já falecido, relatou que desconhece com quem trocou a bicicleta por drogas, ao consignar:

> *"Que perguntado ao interrogando se trocou a droga com a pessoa de Jonathan Roberto Silva de Oliveira Barbosa, vulgo Chuca, filho de Sandra, o interrogando alegou que não sabe o nome da pessoa de quem comprou a droga na casa da Sandra, afirma apenas que não trocou a droga com a Sandra, mas com um rapaz que se fazia presente no local."*

O depoimento da vítima R. A. R., na fase policial (p. 22), também não cita o nome do réu como autor do crime de receptação, *in verbis*:

> *"Que o declarante registrou ocorrência na Delegacia e a equipe de investigação conseguiu recuperar sua bicicleta, a qual já está em seu poder. Que o declarante não sabe onde a sua bicicleta foi recuperada, mas afirma que o autor do furto foi Samuel de Oliveira Macedo."*

Ao prestar depoimento, em juízo (p. 109-110), afirmou não saber nem mesmo o local em que a bicicleta foi encontrada.

O réu, ao prestar depoimento em fase extrajudicial (p. 63), negou as acusações feitas a ele, conforme segue:

> *"(...) que, perguntado se o depoente trocou uma bicicleta furtada por droga com o Samuel, esclareceu que não sabe de nada e nunca trocou nada com ele; que, não seria bobo de devolver a bicicleta para Samuel e que daria um jeito de sumir com ela;"*

Em juízo (p. 109-110), o réu negou que trocou drogas pela bicicleta. Relatou, ainda, que não conhece Paulino, pai de Samuel, e que sua mãe não conversou com ele sobre a entrega do objeto.

Com efeito, percebe-se que o conjunto probatório é extremamente frágil para ensejar a condenação. Isso porque a negativa do réu, em ambas as fases (extrajudicial e judicial), aliada aos depoimentos prestados pelas testemunhas, não apontam quem seria o autor do crime de receptação.

É sabido que a condenação na esfera criminal exige provas seguras, porquanto se a dúvida remanesce, a absolvição torna-se imperativa, segundo regra cogente do Código de Processo Penal (art. 386, inc. VII, do CPP).

Portanto, descabe condenação, vez que existindo dúvidas, deve-se prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*, assim conceituado por Guilherme de Souza Nucci[1]:

> *"Conhecido, também, como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu."*

Nesse sentido, é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DE RECEPTAÇÃO (ART.180 DO CP) – PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAÇÃO DO ACUSADO – INCABÍVEL – AUSÊNCIA DE PROVAS QUE LEVEM À CERTEZA EXIGIDA PARA CONDENAÇÃO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. I - A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela. II - Diante da falta de provas robustas e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do in dubio pro reo, a manutenção da absolvição do Apelado é medida que se impõe."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0900004-10.2018.8.12.0054, Nova Alvorada do Sul, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 30/06/2020, p: 07/07/2020)

Por essas razões, ante a inexistência de lastro probatório apto a sustentar a condenação, deve ser mantida a sentença que absolveu o apelado Jhonatan Roberto Silva de Oliveira Barbosa, quanto ao crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Em tempo, sobre o pedido subsidiário, formulado pela Defesa em sede de contrarrazões, de aplicação da minorante do § 5.º, do art. 180, *caput*, do Código Penal, deve ser reputado prejudicado, ante a mantença do decreto absolutório.

Conclusão

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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, 3 de dezembro de 2020.

***

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. rev, atual e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 151.

## 3ª Câmara Criminal
## Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
## Apelação Criminal nº 0001552-55.2018.8.12.0035 – Iguatemi

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ARTIGO 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO – ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA – CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM LOCAL DIVERSO DO CONSIGNADO – *DISTINGUISHING* – PRELIMINAR REJEITADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO À LUZ DO DECRETO 9.685/19 – TESE NÃO ACOLHIDA – REGISTRO EM NOME DE TERCEIRO E JÁ VENCIDO AO TEMPO DO DECRETO – INAPLICABILIDADE EM SE TRATANDO DE PORTE – CRIME DE MERA CONDUTA OU DE PERIGO ABSTRATO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ATIPICIDADE NÃO RECONHECIDOS – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, RECURSO DESPROVIDO.

A busca e apreensão realizada em veículo é considerada espécie de busca pessoal, que prescinde de mandado judicial, verificando-se fundada suspeita. Além disso, tratando-se de crime permanente, cujos efeitos se prolongam no tempo, o agente estará em permanente estado de flagrância, a justificar a atuação policial, independentemente de prévia expedição de mandado judicial.

Os precedentes a serem observados devem resultar de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal ou Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, Súmula Vinculante ou Comum, ou decisões com efeito *erga omnes,* cujo conteúdo possa se coadunar às peculiaridades do caso concreto. Não configura falta de fundamentação a ausência de distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*) de posicionamento quanto à precedentes não vinculativos suscitados pelas partes. Por corolário, analisadas as questões postas e explicitados os fundamentos que alicerçam o provimento jurisdicional, e à luz do princípio do livre convencimento motivado, inexiste omissão apenas por conta de divergência com julgados ou precedentes persuasivos, não vinculantes.

Ainda que assim não o fosse, ou mesmo à luz do mencionado artigo 315, § 2º, inciso VI, do Código de Processo Penal, o precedente apontado pelo recorrente não guarda correlação fiel ao caso versando, que realça situação distinta. A despeito da expedição de mandado de busca e apreensão a ser cumprido no endereço residencial do acusado, impende verificar que a apreensão da arma de fogo e munições se concretizou mediante busca veicular, consoante salientado alhures, durante cumprimento do mandado de prisão preventiva, ou seja, situação que, não bastasse tratar-se de delito permanente, também torna prescindível mandado judicial.

Conquanto se argumente que o fato não constituiria infração penal, é de se ver que o Decreto 9.685/2019 abrangeu apenas proprietários de arma de fogo que estivessem ou estejam com a correspondente e regular documentação, somando-se a isso a revogação ensejada pelo Decreto nº 9.785/2019, bem como o fato de o registro encontrar-se vencido há considerável lapso temporal, desde 22/04/2013, ou seja, data bem anterior, espelhando, ainda, que referida arma se afigurava registrada até mesmo em nome de terceiro, e não em nome do recorrente. Ademais, autorizaria a posse da arma no interior da residência ou estabelecimento comercial, não abrangendo, destarte, o porte ou transporte em veículo.

Nos termos da legislação vigente, mesmo sendo o agente policial a arma deverá ter validade registrada nos órgãos competentes e em seu nome, enfim, hipótese não vislumbrada no caso em pauta.

Não há falar em inexpressividade da lesão jurídica, máxime considerando que o legislador não teve outra intenção senão a de proibir qualquer das modalidades insertas nos diversos núcleos do mencionado dispositivo, visando, assim, desestimular o cidadão a adquirir arma de fogo, pouco

importando o propósito. Não se pode olvidar o que o porte pode acarretar, máxime quando dita arma se mostre apta a ser utilizada, revelando potencialidade lesiva, como ocorre no caso versando. A finalidade do tipo é evitar o perigo emergente do relacionamento ilícito com armas de fogo. Sendo idônea para causar danos ou expor a perigo o bem jurídico protegido pela norma, há o crime em foco, afigurando-se irrelevantes os propósitos do agente à medida que a hipótese retrata crime de mera conduta, que independe de um evento material, bastando a existência de uma potencialidade lesiva na conduta.

Conquanto o registro vencido possa conduzir à atipicidade da conduta, situação que conduziria à configuração de mera infração administrativa, tal se aplica unicamente em relação ao delito de posse, e não em relação ao delito de porte.

O veículo não é tido como extensão do domicílio do agente, mesmo porque para a caracterização do porte não se exige o contato físico direto com o objeto, sendo suficiente a condição de uso imediato. Destarte, o fato de a arma ter sido encontrada no interior do veículo não induz à desclassificação nem configura mera posse, vez que, de toda forma, se encontrava ao alcance do agente, em rápido acesso, inclusive para uso imediato, em via pública.

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 rejeitada e 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 a preliminar e negaram provimento. Sustentação oral realizada pelo advogado Marcelo Eduardo Battaglin Maciel.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Gilvani da Silva Pereira interpõe recurso de apelação, porquanto inconformado com a sentença (fls.254-257) que o condenou a 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, com substituição da corpórea por duas penas restritivas de direitos.

Em suas razões recursais (fls.306/328) arguiu, preliminarmente, ilicitude da prova, por suposta ilegalidade no cumprimento de mandado de busca e apreensão, pugnando pela aplicação da técnica do *distinguishing*, na hipótese de não acolhimento. No tocante ao mérito pleiteia absolvição por atipicidade de conduta, em razão do Decreto nº 9.685/2019, bem como por existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem pena, realçando atipicidade material.

Contrarrazões (fls.337/363) pela rejeição da preliminar e improvimento do recurso.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (fls.368-381) pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Gilvani da Silva Pereira interpõe recurso de apelação, porquanto inconformado com a sentença (fls.254-257) que o condenou a 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, com substituição da corpórea por duas penas restritivas de direitos.

Em suas razões recursais (fls.306/328) arguiu, preliminarmente, ilicitude da prova, por suposta ilegalidade no cumprimento de mandado de busca e apreensão, pugnando pela aplicação da técnica do *distinguishing*, na hipótese de não acolhimento. No tocante ao mérito pleiteia absolvição por atipicidade de conduta, em razão do Decreto nº 9.685/2019, bem como por existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem pena, realçando atipicidade material.

Contrarrazões (fls.337/363) pela rejeição da preliminar e improvimento do recurso.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (fls.368-381) pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Preliminar:

O recorrente, como matéria preliminar, arguiu ilicitude da prova, alusiva ao cumprimento de mandado de busca e apreensão em endereço diverso ao de sua residência.

Sem razão.

Conquanto a justiça estadual não se afigure autorizada a analisar busca e apreensão determinada pela justiça federal, certo é que a realizada em veículo é considerada espécie de busca pessoal, que prescinde de mandado judicial, verificando-se fundada suspeita.

Além disso, tratando-se de crime permanente, cujos efeitos se prolongam no tempo, o agente estará em permanente estado de flagrância, a justificar a atuação policial, independentemente de prévia expedição de mandado judicial. A propósito:

> *"(...)* ***é dispensável o mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do suspeito, quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas.***
>
> *Se a prova aponta de forma segura para a posse de droga para uso próprio, não restando evidenciada a destinação mercantil da substância, a hipótese é de desclassificação da infração para aquela prevista no artigo 28 da Lei de Tóxicos." (TJMG, apelação 10093160020397001, Relator: Cássio Salomé, Data de Julgamento: 08/11/2017, 7ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/11/2017).* (G.n.)

De semelhante tom o posicionamento vislumbrado neste Sodalício:

> *"****É dispensável a ordem judicial para revista em veículo, bem como para ingresso na residência do suspeito quando se trata de flagrante de crime permanente, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade da prisão.***
>
> *Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, justifica-se a manutenção da prisão preventiva para resguardar a ordem pública em face da concreta possibilidade de reiteração criminosa, pois, conforme consta na certidão de antecedentes,*

*o paciente possui diversas incursões criminais, com condenação por tráfico e roubo, nas cidades de Campo Grande e Costa Rica, o que justifica a custódia. Inviável a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP quando a manutenção da prisão preventiva se mostrar mais recomendável."* (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1406378-16.2019.8.12.0000, Costa Rica, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 27/06/2019, p: 01/07/2019). (G.n.)

De outro vértice, o acatamento da preliminar com base nos institutos *distinguishing* ou *overruling* guarda inafastável correlação com a situação especificamente analisada, o que inexiste no caso concreto. As circunstâncias empíricas detectadas não se mostram a tanto aptas.

Ressalte-se, outrossim, que os precedentes a serem observados devem resultar de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal ou Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, Súmula Vinculante ou Comum, ou decisões com efeito *erga omnes,* cujo conteúdo possa se coadunar às peculiaridades do caso em pauta.

Na legislação pátria, o artigo 315, § 2º, inciso VI, do Código de Processo Penal desponta como reprodução e guarda semelhança com o artigo 489, da Lei Adjetiva Civil, que assim espelha:

*"Art. 489. São elementos essenciais da sentença:*

*(...)*

***VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."*** (G.n.)

O artigo 315, § 2º, inciso VI, da Lei Adjetiva Penal, por sua vez, assim estampa:

*"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.*

*(...)*

*§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*

*(...)*

***VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."*** (G.n.)

Ocorre que mesmo na seara cível, a partir da alteração promovida em 2015, já se preconizava a prevalência da jurisprudência em situações nas quais o parâmetro suscitado se revestisse de eficácia vinculante.

Aliás, o próprio Código de Processo Civil denomina precedentes apenas os julgamentos decorrentes de súmulas (artigo 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (artigo 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial (artigo 927, I e V). Daí por que não há confundir precedente com decisões judiciais.

Gize-se[1]:

*"II- Não se considera falta de fundamentação a ausência de distinção (distinguishing) ou a superação (overruling) de entendimento quanto à precedentes não vinculativos suscitados pelas partes, mesmo porque vigora em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado."*

1 TJDFT, Acórdão 1157581, Relator Designado José Divino, 6. Turma Cível, j. 14/03/2019

Nesse contexto, analisadas as questões postas e explicitados os fundamentos que alicerçam o provimento jurisdicional, e à luz do princípio do livre convencimento motivado, inexistiria inclusive omissão apenas por conta de divergência com julgados ou precedentes persuasivos, não vinculantes.

No mesmo diapasão[2]:

> *"2. Apreciados os temas discutidos no processo e lançados os fundamentos que embasaram a decisão, o acórdão não pode ser apontado como omisso por divergir das teses apresentadas pela parte e, ainda, por deixar de seguir jurisprudência do STJ não processada pelo rito dos Recursos Repetitivos, sem ter demonstrado a distinção ou superação, visto que a fundamentação imposta pelo art. 489, § 1º, VI do CPC só se aplica aos julgados que não observaram precedente vinculado, segundo Enunciado n. 11 da ENFAM."*

E o Enunciado 11 da ENFAM, por sua vez, dispõe que *"os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332."*

É certo que o Código de Processo Penal, ao contrário do CPC/2015, não delimita expressamente o que se poderia denominar precedente a demandar a distinção enfocada. O direito penal, e, consequentemente, o processo penal, são regidos por princípios que lhe são próprios, todavia, se tem admitido a aplicação supletiva, residual e subsidiária da legislação processual civil a fim de preencher lacunas detectadas e, nesse eito, nada impede seja adotado o modelo de precedentes enfocado do CPC/2015, mormente por realçar diretrizes e institutos a serem observados pelos demais ramos processuais, fornecendo subsídios para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à aplicação dos precedentes.

E, nessa toada, conforme ressaltado na Terceira Câmara Criminal deste Sodalício, em voto condutor proferido pela Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, então Relatora do *Habeas Corpus* nº 1406539-89.2020:

> *"(...) não há se falar em ausência de distinção (ou de aplicação da técnica hermenêutica nominada distinguishing), positivadas no Código de Processo Penal em seu artigo 315 e trazida pela nova Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Ab initio, há dúvida a respeito da obrigatoriedade de o julgador ter de aplicar a técnica da distinção em relação a todo e qualquer julgado invocado pela parte interessada. A melhor interpretação do novel art. 315, do CPP, a meu ver, é tratar como 'precedente' aquele julgado que possui ratio decidendi vinculante, a qual não consta de qualquer dos julgados invocados pela parte interessada."*

Ainda que assim não o fosse, ou mesmo à luz do mencionado artigo 315, § 2º, inciso VI, do Código de Processo Penal, o precedente apontado pelo recorrente não guarda correlação fiel ao caso versando, que realça situação distinta. A despeito da expedição de mandado de busca e apreensão a ser cumprido no endereço residencial do acusado, impende verificar que a apreensão da arma de fogo e munições se concretizou mediante busca veicular, consoante salientado alhures, durante cumprimento do mandado de prisão preventiva, ou seja, situação que, não bastasse tratar-se de delito permanente, também torna prescindível mandado judicial.

Rejeito, portanto, a preliminar arguida.

Mérito:

Nada obstante os argumentos expendidos, descabe acatamento à pretensão recursal deduzida.

Conquanto se argumente que o fato não constituiria infração penal, é de se ver que o Decreto 9.685/2019 abrangeu apenas proprietários de arma de fogo que estivessem ou estejam com a correspondente e regular documentação.

Por conseguinte, aos detentores de certificados de registro de propriedade expedidos por órgão estadual ou do Distrito Federal até a data da publicação do Estatuto que não optaram pela entrega espontânea, prevista

2 TJDFT, Acórdão 1140440, Relatora Simone Lucindo, 1. Turma Cível, j. 28/11/2018

no artigo 32, incumbia renová-los até o dia 31 de dezembro de 2009, desde que cumpridos determinados requisitos.

Não se ignora que a inovação introduzida pelo Decreto 9.685/19 ensejou controversas atinentes à posse de arma de fogo, mas oportuno verificar que foi revogado em 07/05/2019, pelo Decreto nº 9.785/2019.

Aliás, os próprios arestos destacados pelo recorrente (fl.317) estampam situação diversa da enfocada neste caderno, aplicáveis apenas ao delito de posse, e não de porte, e desde que exercida no interior da residência ou local de trabalho.

Acresça-se que além de o registro encontrar-se vencido há considerável lapso temporal, desde 22/04/2013, ou seja, data bem anterior ao Decreto 9.685, espelha que referida arma se afigura registrada até mesmo em nome de terceiro, Irany Bolfe (fls.61-62), e não em nome do recorrente.

Face outra, só autoriza (fl.316) a posse da arma no interior da residência ou estabelecimento comercial, não abrangendo, destarte, o porte ou transporte em veículo.

Insta salientar, também, como giza Renato Brasileiro de Lima, que *"o porte de arma de fogo é pessoal, intransferível e revogável a qualquer tempo, sendo válido apenas com relação à arma nele especificada e com a apresentação do documento de identificação do portador."* (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 8. ed. rev., ampli. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 414)

Como pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça *"o artigo 2º do Decreto nº 9.685/2019, ao mencionar que 'os Certificados de Registro de Arma de Fogo expedidos antes da data da publicação deste Decreto ficam automaticamente renovados pelo prazo a que se refere o § 2º do art. 16 do Decreto nº 5123, de 2004', somente estendeu o prazo de validade de 05 (cinco) para 10 (dez) anos dos registros de arma de fogo* ***que estivessem válidos e regulares à época da sua publicação (15/01/2019), não abrangendo os registros vencidos.*** *"* (TJ-PR - APL: 00056514920168160028 PR 0005651-49.2016.8.16.0028 (Acórdão), Relator: Desembargadora Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 17/10/2019, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/10/2019). (G.n.)

De se notar, igualmente, que o próprio artigo 6º, *caput*, segunda parte, inciso. II e § 1º, da Lei 10.826/2003, deixa claro que mesmo sendo o agente policial, a arma deverá ter validade registrada nos órgãos competentes e em seu nome, enfim, hipótese não vislumbrada no caso em pauta.

O art. 35 do Decreto n. 5.123/2004, que regulamentava a Lei 10.826/2003, já preconizava à época *"que apesar de ser autorizado, em casos excepcionais, pelo órgão competente, o uso, em serviço, de arma de fogo, de propriedade particular do integrante dos órgãos, instituições ou corporações mencionadas no inciso II do art. 6o da Lei no 10.826, de 2003, a arma de fogo deveria ser conduzida com o seu respectivo Certificado de Registro."*

Trata-se, por outro lado, de réu que admitiu o comportamento imputado na proemial acusatória, em ambas as fases (fls.09/10 e áudio e vídeo à fl.160), no tocante à arma de fogo calibre .38 e as duas munições encontradas no interior do veículo estacionado no pátio do Recanto Ebenézer. Relatou que a arma em questão pertencia a Irani Bolfe, avô da sua ex-esposa, e lhe teria sido doada em dezembro de 2013.

Os policiais Rafael Lepri Fuentes e Matheus Moreira Silva, em ambas as fases (fls.06-08 e 160) externaram que a equipe incumbiu-se de cumprir mandado de prisão e de busca e apreensão na residência do Policial Civil Gilvani da Silva Pereira, em Iguatemi/MS, juntamente com os demais integrantes da equipe AMB 15; que o alvo da operação não estava em casa no momento da chegada da equipe policial; que receberam a informação de que estaria juntamente com a esposa, em um evento religioso, local próximo; no local foi encontrado Pereira (nome de guerra), em um quarto, com outros participantes do evento; que no carro utilizado por Pereira foram encontradas duas armas: um pistola Taurus/PT 100, aparentemente brasionada e que pertencia à Polícia Civil Estadual, e um revólver Taurus calibre .38, carregado com duas munições não deflagradas; segundo Pereira, o revólver pertenceria ao avô de sua esposa e lhe teria sido entregue por este

antes do seu falecimento; Pereira afirmou ainda que teria levado o revólver e as munições ao evento para a realização de uma peça teatral; que as munições seriam alteradas, para a improvisação de munições de festim; que em razão de tal fato, foi dado cumprimento ao Mandado de Prisão em desfavor de Pereira.

Impende consignar que a arma foi encontrada com duas munições no tambor, não deflagradas, sendo que o laudo pericial carreado (fls.170-175) concluiu encontrar-se apta a efetuar disparos.

Não há falar, pois, em absolvição, tampouco em atipicidade da conduta.

Por outro prisma, embora se argumente tratar-se de mínima ofensividade da conduta, sem nenhuma periculosidade social e com reduzidíssimo grau de reprovabilidade, não há falar em inexpressividade da lesão jurídica, máxime considerando que o legislador não teve outra intenção senão a de proibir qualquer das modalidades insertas nos diversos núcleos do mencionado dispositivo, visando, assim, desestimular o cidadão a adquirir arma de fogo, pouco importando o propósito.

Não se pode olvidar o que o porte pode acarretar, máxime quando dita arma se mostre apta a ser utilizada, revelando potencialidade lesiva, como ocorre no caso versando. A finalidade do tipo é evitar o perigo emergente do relacionamento ilícito com armas de fogo. Sendo idônea para causar danos ou expor a perigo o bem jurídico protegido pela norma, há o crime em foco, afigurando-se irrelevantes os propósitos do agente à medida que a hipótese retrata *crime de mera conduta*. Estamos, portanto, diante de um crime que independe de um evento material, bastando a existência de uma potencialidade lesiva na conduta.

Não se olvida do entendimento alusivo à atipicidade em se tratando de registro vencido, situação que conduziria à configuração de mera infração administrativa, contudo, tal se aplica unicamente em relação ao delito de posse, e não em relação ao delito de porte.

Nesse diapasão, aliás, o posicionamento vislumbrado nesta Corte:

> *"Consoante entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça, a expiração da data de validade do registro de arma constitui mera irregularidade administrativa nos casos de posse de arma, não se estendendo ao crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/2003), cuja elementar é diversa e a reprovabilidade mais intensa.*
>
> *É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0004489-51.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 21/02/2020, p: 28/02/2020)

Nem se diga que o veículo poderia ser tido como extensão do domicílio do acusado, tratando-se, pois, de mera posse.

O porte, consoante enfatizado por Fernando Capez:

> *"(...) consiste em o agente trazer consigo a arma, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. É necessário que o instrumento esteja sendo portado de maneira a permitir o seu pronto uso. Assim, a arma deve estar ao alcance do sujeito, possibilitando o seu rápido acesso e utilização.* ***Não se exige o contato físico direto com o objeto, sendo suficiente a condição de uso imediato, como, por exemplo, em porta-luvas de veículo (RT 653/387).****"* (Estatuto do desarmamento. 3. ed. Saraiva. p.94). (G.n.)

De igual sorte, giza Guilherme de Souza Nucci que a configuração do delito não requer *"que o instrumento esteja junto ao corpo do agente"*, verificando-se a caracterização mesmo quando demonstrado *"o transporte de arma de fogo de uso permitido em bolsa levada a tiracolo."* (Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. RT. p.87).

Destarte, o fato de a arma ter sido encontrada no interior do veículo do acusado não induz à desclassificação nem configura mera posse, vez que, de toda forma, se encontrava ao alcance do agente, em rápido acesso, inclusive para uso imediato, em via pública.

Nessa esteira o posicionamento adotado pela Corte de Justiça deste Estado, conforme se verifica dos arestos abaixo destacados:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DE A ARMA ESTAR DESMUNICIADA – IRRELEVÂNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE – IMPOSSIBILIDADE – ARMA ENCONTRADA NO INTERIOR DO VEÍCULO DO ACUSADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *É inadmissível absolvição do crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, por ausência de ofensividade ou lesividade na conduta, se a arma que o agente portava, embora desmuniciada, encontrava-se apta a efetuar disparos.*
>
> *A desclassificação do delito de porte para posse de arma de fogo exige que esta tenha sido encontrada na residência ou local de trabalho do acusado. Não sendo este o caso, incabível o pedido desclassificatório."* (Apelação Criminal nº 2010.036393-4/0000-00 - Ribas do Rio Pardo. Rel. Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. Segunda Turma Criminal. Julgamento: 25/04/2011)
>
> *"APELAÇÃO – PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ARMA ENCONTRADA DENTRO DO VEÍCULO – CAMINHONEIRO QUE ALEGA SER AQUELE O SEU LOCAL DE TRABALHO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO – CONDUTA CARACTERIZADORA DE PORTE E NÃO POSSE – NÃO PROVIMENTO.*
>
> *O art. 12 da Lei n.º 10.826/2003 dispõe de forma clara e precisa as situações em que se verifica o crime de posse ilegal de arma, não permitindo qualquer ampliação de tais circunstâncias.*
>
> *O fato de o caminhoneiro trazer arma de fogo, dentro do veículo, configura a conduta típica de porte, na modalidade deter ou transportar, e não mera posse, afastando-se qualquer argumentação acerca de se tratar do local de trabalho onde seria permitido o porte do revólver.*
>
> *Apelação defensiva a que se nega provimento, com base no acervo dos autos e na correta aplicação da lei."* (Apelação Criminal nº 2010.020697-1/0000-00 - Ponta Porã. Rel. Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. Segunda Turma Criminal. Julgamento: 04/10/2010)

Nesse tom, Luiz Flávio Gomes, mesmo durante a vigência do diploma anterior, já destacava que a lei :

> *" Faz uma clara distinção entre posse e porte ilegal de arma de fogo nos arts. 12, 14 e 16. A posse de arma de fogo (assim como seus verbos correlatos: manter sob sua guarda, guardar etc.) sempre refletiu a idéia de posse de arma no interior da residência ou domicílio, ou dependência destes, ou, ainda, no interior de uma empresa. Isso está mais do que patente no art. 12 do novo Estatuto do Desarmamento (sobretudo quando comparado com o artigo 14). Fora da residência ou domicílio ou, ainda, fora da empresa (observando que a lei protege apenas o titular ou responsável legal por ela), não há que se falar em posse, sim, em porte (ou seus verbos correlatos: deter, transportar, ter consigo etc.)."*

No tocante ao prequestionamento, impende 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[3]:

> *"(...) o prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito."*

Ante o exposto, conheço do recurso e, com o parecer, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade rejeitaram a preliminar e negaram provimento. Sustentação oral realizada pelo advogado Marcelo Eduardo Battaglin Maciel.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

***

3 Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

## 3ª Câmara Criminal
## Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
## Apelação Criminal nº 0001169-92.2019.8.12.0051 – Itaquiraí

EMENTA – APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E PECULATO – CONDENAÇÃO DE TERCEIRO CORRÉU – INCABÍVEL – PROVAS INSUFICIENTES – *EMENDATIO LIBELLI* – CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DOIS CRIMES DE TRÁFICO – INVIABILIDADE – NEGATIVAÇÃO DA MODULADORA CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – TESE ACOLHIDA – PENA PECUNIÁRIA – DEVIDA SIMETRIA – FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS EM FAVOR DO ENTE POLÍTICO PREJUDICADO – PEDIDO NÃO FORMULADO NA INICIAL – INCABÍVEL – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A sentença condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar sempre lastreada no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos. Não pode estar alicerçado no solo movediço do possível ou do provável, mas apenas no terreno firme da certeza. Por corolário, existindo dúvidas em relação a terceiro corréu, ainda que ínfimas, vige o *in dubio pro réu.*

Vislumbrando-se que pela subtração da droga da delegacia, os demais réus já estão respondendo pelo crime de peculato, de modo que, observando-se ainda unicidade de contexto, se forem condenados novamente por outro crime de tráfico inegavelmente se configuraria o *bis in idem,* descabe a pretensão recursal neste particular.

Inegáveis as nefastas e desastrosas consequências que o delito impinge à própria coletividade, face ao sentimento de vulnerabilidade e insegurança gerados, máxime diante do contexto fático vislumbrado, a abalar a ordem em seu pilar, além de inobservar normas e princípios de hierarquia e disciplina policiais e públicas, ensejadoras de consequências gravíssimas à população, à corporação e ao próprio Estado, bem como descrédito das instituições, justificando, destarte, negativação da correspondente moduladora.

Ao estabelecer a pena de multa, deve o Estado-Juiz guardar simetria e proporcionalidade com a privativa de liberdade. Ademais, a condição financeira do sentenciado refletirá no valor de cada dia-multa, não na quantidade, esta última, sim, afinada às diretrizes elencadas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei Antitóxicos, sendo o caso, sendo que para a majoração não basta a mera alegação de que os acusados constituíram advogado particular e que seriam possuidores de bens móveis e imóveis, posto que quanto a esta última alegação, não se comprovou concreta e suficientemente a respeito.

Incabível a fixação de indenização por dano moral, prevista no artigo 387 do Código de Processo Penal, se não formulado pedido correspondente na proemial acusatória, mas tão somente em alegações finais, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa.

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 ministerial conhecido e parcialmente provido,

EMENTA – RECURSOS DEFENSIVOS – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E PECULATO – PRELIMINARES AFASTADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONJUNTO

PROBATÓRIO CONSISTENTE – MINORANTE ALUSIVA AO DENOMINADO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO–INAPLICÁVEL–*BISINIDEM*NADOSIMETRIA–INOCORRÊNCIA–REDUÇÃO DA PENA-BASE A PATAMAR MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE – VETORIAIS NEGATIVADAS – FRAÇÃO REFERENTE À AGRAVANTE – 1/6 ADOTADO – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE PECULATO PARA RECEPTAÇÃO – TESE NÃO ACOLHIDA – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, III, DA LEI ANTIDROGAS – MAJORANTE MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E APENAS O DE MOISÉS LOPES FERREIRA PARCIALMENTE PROVIDO.

O simples fato de pessoas ouvidas durante a investigação serem policiais, por si só, não induz à nulidade arguida ou à parcialidade alegada, tampouco na conclusão de que tenham mentido ou procurado incriminar injustamente o acusado. E, nesse eito, não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas e diligências no exercício de suas funções precípuas. Não se trata de regra absoluta, é certo, mas poderá ser infirmada por elementos de convicção concretos e sólidos, não presentes *in casu*.

Consoante Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça, *"É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial"*. Além disso, mesmo reputando-se imprescindível a resposta preliminar enfocada no artigo 514 do CPP, é de se ver que tal restringe-se à prática de crimes funcionais típicos, somando-se a isso que o reconhecimento da nulidade se afigura umbilicalmente vinculado à demonstração de efetivo prejuízo, enfim, hipótese não detectada no caso presente. Acresça-se que, nos termos do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou pata a defesa, consagrando o princípio *pas nullité sans grief.* A confirmar ainda mais a ausência de prejuízo se revela a apresentação e juntada da peça estampada às fls.426-439.

Verificando-se que demais preliminares, bem como a arguição de nulidade da prova obtida através da busca e apreensão, cumprida em endereço alegadamente diverso do indicado, inépcia da denúncia, arguição de litispendência, bem, ainda, pedido de absolvição sumária, já foram apreciados e rechaçados em decisão interlocutória formalizada e não reformada, tendo sido inclusive abordados em dois *habeas corpus* impetrados em momento pretérito, denegados, descabe adoção de posicionamento diverso a respeito. Ademais, nulidades porventura ocorridas na fase do inquérito, peça de investigação, não se transferem para a futura ação penal.

Nos exatos termos do artigo 222, § 1º do Código de Processo Penal, a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, de modo que a prolação de sentença antes do retorno da deprecata não implica em nulidade, especialmente se não demonstrado o prejuízo. Não bastasse, o apelante não demonstrou a ocorrência de prejuízo, tanto que providenciou a juntada de declarações da testemunha, por meio de escritura pública, sendo que da análise dessas declarações percebe tratar-se de relato vago, impreciso, somando-se a isso que a testemunha não presenciou os fatos especificamente abordados nestes autos.

Exsurgindo do caderno processual elementos de convicção suficientes e seguros, em conjunto probatório consistente e robusto, acerca da autoria, materialidade e comportamento doloso imputados, voltados ao cometimento de ambos os delitos, tráfico de entorpecente e peculato, não há falar em absolvição tampouco em incidência do *in dubio pro reo*.

O princípio da consunção é aplicado para resolver o conflito aparente de normas penais, na hipótese em que um crime menos grave é meio necessário ou fase de preparação ou de execução do delito de alcance mais amplo, de tal sorte que o agente só será responsabilizado pelo último, desde que se constate uma relação de dependência entre as condutas praticadas. No caso presente, os delitos são autônomos, praticados em circunstâncias distintas, inexistindo nexo de dependência ou subordinação

entre eles, tampouco similitude quanto aos bens jurídicos tutelados. O tráfico de entorpecentes tem como objeto jurídico a saúde pública enquanto o peculato tutela a moralidade da administração e o patrimônio público. Não há falar, destarte, que um dos crimes tenha funcionado como meio necessário ou fase de preparação para a execução do outro, na medida em que as respectivas condutas típicas apresentaram-se completamente dissociadas e independentes.

Descabe desclassificação do crime de peculato para o de receptação, notadamente à luz do artigo 312 c/c artigo 30, ambos do Código Penal, somando-se a isso que um dos réus bem sabia da condição de policial civil do comparsa, e o auxiliou e concordou com a substituição da droga, transportada até sua propriedade.

Mesmo detectando-se apenas uma circunstância desfavorável ao agente, descabe a fixação da pena-base em seu mínimo legal. Portanto, negativadas moduladoras, como ocorre *in casu*, a exasperação da pena-base se mostra não apenas possível como necessária.

O Código Penal não estabelece o *quantum* a ser fixado em situações desse jaez, conferindo ao sentenciante, norteado pelo livre arbítrio e pela margem de discricionariedade que lhe compete, fazê-lo à luz da razoabilidade, da proporcionalidade e das particularidades vislumbradas no caso concretamente posto à apreciação. No entanto, adequado *quantum* correspondente ao patamar de 1/6 (um sexto) para cada atenuante, assim como para cada agravante porventura configuradas, mantendo-se, dessa forma, o equilíbrio entre tais incidências.

A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006 decorre de comando legal, inexistindo meios de se afastá-la, especialmente quando o cometimento do delito se desenvolveu não apenas nas proximidades, mas, sobretudo, nas próprias dependências da unidade policial.

O fato de a substância entorpecente não se destinar a algum interno daquela delegacia não altera o entendimento aqui esposado, mormente considerando que, consoante posicionamento dos tribunais superiores, irrelevante se o agente infrator visa ou não os frequentadores daquele local, aliando-se a isso que, no caso presente, os atos executórios perpetrados no interior da referida unidade policial se afiguravam inseridos em contexto de traficância, mesmo porque tinham por fito a substituição de drogas visando comercialização mais rentável, mediante substituição de substância de qualidade inferior por outra de qualidade superior.

Ademais, a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei Antidrogas reveste-se de natureza objetiva e se aplica em função do lugar do cometimento do delito, revelando-se desnecessária comprovação efetiva do tráfico ou de que o crime visasse atingir os frequentadores dos locais especificados no referido dispositivo legal.

Incabível a incidência da minorante alusiva ao denominado tráfico privilegiado, posto que, a despeito da primariedade do apelante, não podem ser ignorados os requintes de organização da operação que integrava. Não há que se passar despercebido que a situação versa expressiva quantidade de maconha, com envolvimento de várias pessoas, utilização de viatura policial, retirada da droga de unidade policial, substituindo-a por outra transportada de propriedade rural, afigurando-se inverossímil pudesse ter sido tratada sem um mínimo de organização. Frente à complexidade da trama, é evidente que os componentes do grupo, ainda que eventualmente e restritos ao caso presente, somente lançariam mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos. E operação desse porte, com tamanha grandiosidade, não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas sim, organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo e comprometimento. E no exercício desse pacto, exteriorizando comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, encontrava-se efetivamente o acusado envolto na operação, conforme já frisado.

Acresça-se que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza da droga apreendida são fatores aptos a ensejar a presunção de participação do agente em organização criminosa ligada à traficância.

Emergindo que ao discorrer sobre a culpabilidade dos delitos de tráfico e peculato, a sentenciante considerou, quanto ao primeiro, o efetivo transporte dos 373 quilos de maconha, como de fato deveria tê-lo feito, à luz do art. 42 da Lei Antidrogas, sendo que, no tocante ao segundo (peculato), considerou a ousadia do agente em subtrair entorpecente que estava sob sua posse no interior da própria unidade policial, inexiste *bis in idem*.

Face outra, a quantidade exorbitante da droga apreendida poderia realmente ser considerada como circunstância negativa na primeira fase da dosimetria ao passo que o afastamento do denominado tráfico privilegiado calcou-se na natureza de organização criminosa na qual o recorrente encontrava-se envolvido, na estrutura organizacional, delineando cenário incompatível com o privilégio almejado.

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.

Recursos defensivos conhecidos, parcialmente provido o interposto por Moises Lopes Ferreira e não provido o interposto por Eduardo Luciano Diniz.

## 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 interposto por Eduardo Luciano Diniz e deram parcial provimento aos recursos do Ministério Público Estadual e de Moisés Lopes Ferreira. Sustentação oral realizada pelo advogado José Roberto Rodrigues da Rosa.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público Estadual, Moises Lopes Ferreira e Eduardo Luciano Diniz interpõem recursos, porquanto inconformados com a sentença que condenou os dois últimos como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e artigo 312 do Código Penal, e absolveu Cristiano da Silva Marques, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, em suas razões recursais (fls.1331-1361) pugna pelo reconhecimento da autoria delitiva do recorrido Cristiano da Silva Marques no tocante aos crimes de tráfico e peculato, com a consequente condenação, aduzindo, em síntese, a tanto existirem provas suficientes nos autos, assim como pleiteia a condenação dos apelados pela prática de dois crimes de tráfico. Requer, também, seja negativada moduladora alusiva às consequências dos delitos, aumento da dos dias-multa acima do mínimo legal, fixação de danos morais em favor do ente político prejudicado.

Eduardo Luciano Diniz, em suas razões (fls.1406-1477), arguiu preliminarmente nulidade do feito, face à parcialidade das testemunhas, bem como cerceamento de defesa, pois a instrução encerrou-se sem que a testemunha arrolada pelo recorrente fosse ouvida judicialmente. No tocante ao mérito, clama por absolvição,

por conta da precariedade da prova reunida, reconhecimento do princípio da consunção entre os delitos de tráfico e peculato, reconhecimento do tráfico privilegiado, reconhecimento de *bis in idem* na dosimetria da pena.

Moisés Lopes Ferreira, em suas razões (fls.1486-1524), arguiu preliminarmente nulidade do feito, desde o recebimento da denúncia, oportunizando-se a apresentação de resposta prévia, nos termos do art. 55 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 514 do CPP, nulidade de todas as provas obtidas através do mandado de busca e apreensão cumprido em endereço diverso, com o consequente desentranhamento, rejeitando-se a prefacial, nos termos do no art. 395, II ou III, do CPP. Requer, também, reconhecimento de *bis in idem* em razão da existência de Ação Penal n. 001031-28.2019.8.12.0051), concernente aos mesmos fatos. Ressalta que os depoimentos dos policiais civis devem ser recebidos com reservas, afigurando-se, ainda, cabível o princípio da consunção entre os crimes de peculato e tráfico, bem como a desclassificação do primeiro para receptação, aplicação da pena-base em seu mínimo legal, redução do patamar referente a agravante da reincidência, afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

As partes ofertaram, reciprocamente, as contrarrazões que entenderam devidas (fls.1704-1794, 1365-1373, 1374-1389 e 1390-1397).

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto pelo Ministério Público, para condenar os acusados pela dupla traficância, modificação da pena base por reconhecimento das circunstâncias do delito, aplicação correta dos dias-multa e arbitramento dos danos morais, e, por outro lado, improvimento do recurso interposto pelo Eduardo Luciano Diniz, provimento parcial do recurso interposto por Moisés Lopes Ferreira, a fim de se adotar a fração de 1/6 quanto à agravante da reincidência.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

O Ministério Público Estadual, Moises Lopes Ferreira e Eduardo Luciano Diniz interpõem recursos, porquanto inconformados com a sentença que condenou os dois últimos como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e artigo 312 do Código Penal, e absolveu Cristiano da Silva Marques, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, em suas razões recursais (fls.1331-1361) pugna pelo reconhecimento da autoria delitiva do recorrido Cristiano da Silva Marques no tocante aos crimes de tráfico e peculato, com a consequente condenação, aduzindo, em síntese, a tanto existirem provas suficientes nos autos, assim como pleiteia a condenação dos apelados pela prática de dois crimes de tráfico. Requer, também, seja negativada moduladora alusiva às consequências dos delitos, aumento da dos dias-multa acima do mínimo legal, fixação de danos morais em favor do ente político prejudicado.

Eduardo Luciano Diniz, em suas razões (fls.1406-1477), arguiu preliminarmente nulidade do feito, face à parcialidade das testemunhas, bem como cerceamento de defesa, pois a instrução encerrou-se sem que a testemunha arrolada pelo recorrente fosse ouvida judicialmente. No tocante ao mérito, clama por absolvição, por conta da precariedade da prova reunida, reconhecimento do princípio da consunção entre os delitos de tráfico e peculato, reconhecimento do tráfico privilegiado, reconhecimento de *bis in idem* na dosimetria da pena.

Moisés Lopes Ferreira, em suas razões (fls.1486-1524), arguiu preliminarmente nulidade do feito, desde o recebimento da denúncia, oportunizando-se a apresentação de resposta prévia, nos termos do art. 55 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 514 do CPP, nulidade de todas as provas obtidas através do mandado de busca e apreensão cumprido em endereço diverso, com o consequente desentranhamento, rejeitando-se a prefacial, nos termos do no art. 395, II ou III, do CPP. Requer, também, reconhecimento de *bis in idem* em razão da existência de Ação Penal n. 001031-28.2019.8.12.0051, concernente aos mesmos fatos. Ressalta que os depoimentos dos

policiais civis devem ser recebidos com reservas, afigurando-se, ainda, cabível o princípio da consunção entre os crimes de peculato e tráfico, bem como a desclassificação do primeiro para receptação, aplicação da pena-base em seu mínimo legal, redução do patamar referente a agravante da reincidência, afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06.

As partes ofertaram, reciprocamente, as contrarrazões que entenderam devidas (fls.1704-1794, 1365-1373, 1374-1389 e 1390-1397).

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto pelo Ministério Público, para condenar os acusados pela dupla traficância, modificação da pena base por reconhecimento das circunstâncias do delito, aplicação correta dos dias-multa e arbitramento dos danos morais, e, por outro lado, improvimento do recurso interposto pelo Eduardo Luciano Diniz, provimento parcial do recurso interposto por Moisés Lopes Ferreira, a fim de se adotar a fração de 1/6 quanto à agravante da reincidência.

Denúncia:

> *"Fato 01 (Peculato-Apropriação):*
>
> *Consta dos autos do incluso Inquérito Policial que, entre as 22h00min do dia 08 de junho de 2019 e as 06h30min do dia 09 de junho de 2019, na Delegacia de Polícia Civil localizada na Rua Francisca Machado, nº 497, Centro, desta Comarca, o denunciado Eduardo Luciano Diniz, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, valendo-se das facilidades proporcionadas pelo seu cargo de investigador de polícia civil, apropriou-se de bem móvel, público ou particular, de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio.*
>
> *Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, os denunciados Moisés Lopes Ferreira e Cristiano da Silva Marques, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas e conscientes da condição de funcionário público do denunciado Eduardo Luciano Diniz, concorreram para a consumação do delito de peculato-apropriação.*
>
> *Fato 02 (Tráfico de Drogas):*
>
> *Infere-se também que nas mesmas circunstâncias de tempo, da Delegacia de Polícia Civil desta Comarca até o lote 154, localizado no Assentamento Indaiá, zona rural de Itaquiraí, os denunciados Cristiano da Silva Marques, Eduardo Luciano Diniz e Moisés Lopes Ferreira, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, tinham em depósito e transportaram drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Da síntese do contexto fático investigado:*
>
> *Compulsando os autos, verifica-se que no dia e local já mencionados, o denunciado Eduardo Luciano Diniz, exercendo o cargo público de Investigador de Polícia Judiciária, e agindo em conluio com os demais denunciados, apropriou-se de aproximadamente 173 kg (cento e setenta e três quilos) de maconha, que encontrava-se apreendida e temporariamente depositada na Delegacia de Polícia desta Comarca, decorrentes da apreensão feita pela Polícia Militar no dia 08/07/2019 (B.O n. 737/2019).*
>
> *Na sequência, utilizando-se da Viatura da Polícia Civil, Eduardo Luciano Diniz levou a droga apropriada até uma propriedade rural de Moisés Lopes Ferreira, para, então, realizar a substituição por outra droga de qualidade inferior, a fim de evitar a descoberta da empreitada criminosa (relatórios de f. 115/118 e 130/135).*
>
> *Ao chegarem no sítio de Moisés Lopes Ferreira, os denunciados lá deixaram a droga apropriada, e, na sequência, transportaram até a Delegacia de Polícia Civil outra quantidade de maconha (cerca de 200 kg), cuja qualidade era inferior e estava acondicionada de maneira diversa do restante da droga apreendida pela Polícia Militar (fotografias de f. 107/108)."*

Preliminares:

Arguiu-se parcialidade das testemunhas E. L. U., J. A. S. e M. L. C., porquanto policiais da Delegacia de Itaquiraí/MS, com interesse na resolução da investigação.

Nada obstante os argumentos expendidos, descabe acatamento à pretensão recursal neste particular deduzida.

O simples fato de serem policiais, por si só, não induz à parcialidade alegada, tampouco na conclusão de que tenham mentido ou procurado incriminar injustamente o acusado.

E, nesse eito, não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas e diligências no exercício de suas funções precípuas. Não se trata de regra absoluta, é certo, mas poderá ser infirmada por elementos de convicção concretos e sólidos, não presentes *in casu*.

Destaque-se, a propósito, a construção jurisprudencial emanada do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ – DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL – CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS – VALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *2.* ***São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes.*** *3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017). (G.n.)
>
> *"Conforme o entendimento pacífico desta Corte, 'o depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova.'* (AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)." (HC 373.394/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

Ademais, como cediço, o ordinário se presume, mas o extraordinário se prova, de cujo ônus o recorrente não se desincumbiu a contento.

Face outra, a despeito da contradita consignada no termo de audiência (fls.737-738), com consequente indeferimento, não consta tenha sido interposto ou acolhido qualquer recurso a respeito.

Argumenta-se, também, nulidade do feito desde o recebimento da denúncia, porquanto inobservado o rito especial contido no art. 55 da Lei Antidrogas e em razão de um dos corréus ser funcionário público (art. 514 do CPP).

Sem razão.

Mister se faz salientar, inicialmente, que consoante Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça, *"é desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial."*

Além disso, mesmo reputando-se imprescindível a resposta preliminar enfocado no artigo 514 do CPP, é de se ver que tal restringe-se à prática de crimes funcionais típicos, somando-se a isso que o reconhecimento da nulidade se afigura umbilicalmente vinculado à demonstração de efetivo prejuízo, enfim, hipótese não detectada no caso presente.

A propósito:

> *"HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – SUMULA 330 DO STJ – DEFESA PRÉVIA – ART. 514, CPP – CRIMES FUNCIONAIS TÍPICOS – NULIDADE – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – ORDEM DENEGADA. 1- Consoante a Súmula n. 330 do Superior Tribunal de justiça, é desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do código de processo penal, na ação penal instruída por inquérito policial. 2- a partir do julgamento do HC 85.779/RJ, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que é indispensável a defesa prévia nas hipóteses do art. 514 do código de processo penal, mesmo quando a denúncia é lastreada em inquérito policial, contudo vem se manifestando no sentido de que esse procedimento reserva-se ao acusado a que se imputa apenas a prática de crimes funcionais típicos e que deve ser demonstrado prejuízo concreto à defesa para ser reconhecida nulidade decorrente de sua supressão 3- a assertiva de nulidade da ação penal à míngua da resposta prévia inserta no artigo 514 do código de processo penal, porque necessário demonstrar a ocorrência de prejuízo, deve ser argüida na seara oportuna, a teor do artigo 571, inciso II, do código de processo penal. 4- o Superior Tribunal de justiça também entende que o artigo 514 do código de processo penal tem aplicabilidade somente aos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, praticados por funcionário público em razão da função, bem assim quando se cuidar de crimes afiançáveis. 5- ao paciente se imputa o cometimento de crime comum (art. 299 c/c art. 71, ambos do código penal) e a pena cominada ao tipo penal inviabiliza o oferecimento de fiança, nos termos do art. 322 do CPP, razão pela qual se afasta o seu direito à notificação para manifestação prévia ao recebimento da denúncia. 6- ordem denegada."* (TRF 3ª R.; HC 0026982-41.2014.4.03.0000; SP; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Fontes; Julg. 19/01/2015; DEJF 28/01/2015; Pág. 196)

Da construção emanada do Superior Tribunal de Justiça desponta que a inobservância do disposto no artigo 514 do Código de Processo Penal gera, se muito, nulidade meramente relativa, a demandar demonstração de prejuízo concreta e eventualmente experimentado. Gize-se:

> *"RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CORRUPÇÃO PASSIVA – 1. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO AO AGRAVO – SÚMULAS N.S 292 E 528 DO STF – 2. INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP – DENÚNCIA INSTRUÍDA COM INQUÉRITO POLICIAL – NULIDADE RELATIVA QUE NÃO SE RECONHECE – SÚMULA N. 330 DO STJ – 3. CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE – POSTERIOR APOSENTADORIA – PERDA DO CARGO PÚBLICO – ART. 92, I, ALÍNEA 'A', DO CP – ROL TAXATIVO – CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA – ILEGITIMIDADE – PRECEDENTES. 3. AGRAVO NÃO CONHECIDO – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há interesse recursal na interposição do agravo, porquanto a decisão que admite parcialmente o recurso especial devolve a esta Corte Superior de Justiça o conhecimento de toda a matéria arguida no apelo nobre, não estando adstrita ao juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem. Súmulas n.s 292 e 528 do Pretório Excelso. 2. De acordo com a Súmula n. 330 desta Corte, É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. 3. Condenado por crime funcional praticado em atividade, anteriormente à aposentaria, que se deu no curso da ação penal, não é possível declarar a perda do cargo e da função pública de servidor inativo, como efeito específico da condenação. A cassação da aposentadoria, com lastro no art. 92, I, alínea 'a', do Código Penal, é ilegítima, tendo em vista a falta de previsão legal e a impossibilidade de ampliar essas hipóteses em prejuízo do condenado. 3. Agravo não conhecido e recurso especial parcialmente procedente."* (REsp 1416477/SP, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Quinta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014).

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E OFENSA AO ART. 514 DO CPP – (I) - ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE – RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES – SÚMULA 283/STF – (II) - FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEFESA PRÉVIA À DENÚNCIA – DESNECESSIDADE – AÇÃO PENAL INSTRUÍDA COM INQUÉRITO POLICIAL – SÚMULA 330/STJ – ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – SÚMULA 83/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO À TESE DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – (I) - ART. 255/RISTJ – INOBSERVÂNCIA – (II) - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO – RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, a Súmula 283/STF. 2. 'É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída com inquérito policial'. Enunciado 330 da Súmula deste STJ. 3. A não observância dos requisitos do artigo 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea 'c' do permissivo constitucional. 4. A ausência de indicação do dispositivo ofendido enseja a aplicação do Enunciado nº 284 da Súmula do Pretório Excelso, pois caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul controvérsia. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no REsp 1360827/RS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014).

Acresça-se que, nos termos do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou pata a defesa, consagrando o princípio *pas nullité sans grief:*

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – NULIDADES – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – DOSIMETRIA DA PENA – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – AGRAVO DESPROVIDO. 1.* ***A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal."*** (AgRg no AREsp 699.468/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017). (G.n.)

No mesmo sentido, todavia, em relação o art. 55 da Lei Antidrogas:

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 11.343/2006 – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL DAS PACIENTES – ADVOGADOS CONSTITUÍDOS INTIMADOS POR PUBLICAÇÃO OFICIAL – INÉRCIA – DEFESA PRELIMINAR APRESENTADA POR DEFENSOR DATIVO – NULIDADE RELATIVA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO – PRINCÍPIO DO EFEITO IMEDIATO – EIVA INOCORRENTE – AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DA QUESTÃO – NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 5.* ***A inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei 11.343/2006, implica em nulidade relativa do processo, razão pela qual deve ser arguida no momento processual oportuno juntamente da demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão.*** *6. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP) (...)."* (HC 86.622/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010).

A confirmar ainda mais a ausência de prejuízo se revela a apresentação e juntada da peça estampada às fls.426-439.

Importante consignar, ainda, que referidas preliminares, bem como a arguição de nulidade da prova obtida através da busca e apreensão, cumprida em endereço alegadamente diverso do indicado, inépcia da denúncia, arguição de litispendência, vez que Moisés estaria sendo processado duas vezes pelos mesmos fatos (reiterado como Pedido Litispendência n. 0001169-92.2019.8.12.0051, e indeferido), bem, ainda, pedido de absolvição sumária por parte de Eduardo Luciano Diniz, já foram apreciados e rechaçados na decisão interlocutória formalizada às fls.599-610, não reformada.

Ademais, nulidades porventura ocorridas na fase do inquérito, peça de investigação, não se transferem para a futura ação penal:

> *"É cediço neste Superior Tribunal que, não sendo o inquérito policial indispensável à propositura da ação penal e dada sua natureza informativa, eventuais nulidades ocorridas na fase extrajudicial não têm o condão de macular a ação penal (...)."* (STJ, Sexta Turma, RHC 50.011/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 25/11/2014)

Não pode passar despercebido, igualmente, que a alegação de que a busca e apreensão teria se realizado em endereço diverso do indicado e, por isso, seria nula, já foi levada ao conhecimento e apreciação desta Corte em momento pretérito, e rechaçada, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 1411216-02.2019.8.12.0000, denegado pela Terceira Câmara Criminal.

A propósito, a correspondente ementa ficou assim formalizada:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – BUSCA E APREENSÃO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – MEDIDA EXCEPCIONAL – ARGUIÇÃO DE APOSIÇÃO DE ENDEREÇO EQUIVOCADO – ERRO MATERIAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – FALTA DE MATERIALIDADE – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.*
>
> *Como cediço, a casa do indivíduo é seu asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do mesmo, segundo preceitua o art. 5º, inciso XI, da CF/1988, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*
>
> *Não se reconhece a nulidade da decisão que defere a representação policial pela busca e apreensão em endereço equivocamente transcrito, tratando-se de evidente erro meramente material. Precedentes do STJ.*
>
> *Vislumbrando-se que a proemial descreve fatos típicos, reveladores, em tese, do cometimento de crime, coadunando-se perfeitamente às exigências estampadas no artigo 41 do Código de Processo Penal e acompanhada de lastro probatório mínimo, descabe a sua rejeição por suposta ausência de justa causa, máxime considerando que se o fato configura crime em tese, não há como deixar de ser apurado através de procedimento legal, não se afigurando plausível rejeitá-la a pretexto de não estar até agora provado aquilo que a acusação se propõe a demonstrar ao longo instrução.*
>
> *O trancamento prematuro do processo-crime pela via estreita do habeas corpus é medida excepcional, admitida apenas nas hipóteses em que se evidenciar atipicidade da conduta, causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas."*

Do voto condutor, inclusive, extrai-se a seguinte passagem acerca da questão ora enfocada:

> *"Ocorre que, a despeito dos requisitos exigidos para a expedição de mandados de busca e apreensão, da mesma lição doutrinária, extrai-se que excepcionalmente pode-se expedir um mandado 'indeterminado, mas cujo objeto ou local é determinável. Exemplo disso seria a denúncia baseada em elementos previamente colhidos, de que provas do crime estão guardadas em uma casa situada na rua X, n[úmero Y, desconhecendo-se o morador. A polícia poderia seguir ao lugar, sem conhecer os habitantes, embora tendo por determinado o local. E vice-versa: conhece-se a pessoa, mas não exatamente onde fica o seu domicílio'.*

*E nem é esse o caso enfocado nestes autos, em que, consoante emerge do decisum de primeiro grau, **concerne apenas a erro material**, posto que constou-se número do loteamento equivocado, com possível inversão de números (lote 154, para constar no mandado 145), tanto que a autoridade policial pugnou, nos autos do Pedido de Prisão Temporária nº 0005227-25.2019.8.12.0800, expedição do mandado no Lote 154 do Assentamento Indaiá, local onde se efetivou o flagrante.*

*E, como pontuou a Procuradoria de Justiça, vedado é a expedição de mandados de busca e apreensão revestido de conteúdo genéricos ou coletivos, enfim, hipótese não vislumbrada no caso em pauta, porquanto evidente o **erro meramente material** na transcrição dos endereços, alvos das diligências encetadas.*

*A respeito colaciono:*

*'(...)*

*SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – ILICITUDE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO – ERRO MATERIAL NO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – IRRELEVÂNCIA – DILIGÊNCIA REALIZADA NO ENDEREÇO CORRETO DOS INVESTIGADOS. 1. A simples divergência em um número constante do mandado de busca e apreensão, que evidentemente constitui um erro material, não é suficiente para macular a diligência, já que foi realizada no endereço correto dos investigados, local em que foi encontrado o veículo que teria sido utilizado na prática do crime (...).'* (HC 252.156/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)

*Não há que se reconhecer a nulidade da decisão que defere a representação por busca e apreensão na qual se transcreve apenas um dos dois endereços apontados pela autoridade policial, estando diante de mero erro material."* (STJ-RHC 32771/SC, 5ª T. Rel Jorge Mussi, 07.08.2012). (G.n.)

De igual sorte, no que diz respeito à existência de litispendência enfocada no *HC* n. 1411767-79.2019.8.12.0000, denegado pela 3ª Câmara Criminal. Foram interpostos recurso ordinário e agravo, sem sucesso.

A ementa correspondente restou assim formalizada neste Sodalício:

*"EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES – LITISPENDÊNCIA PARCIAL – NÃO CONFIGURADA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – COM O PARECER, ORDEM DENEGADA.*

*Como cediço, configurar-se-á litispendência quando duas ou mais ações apresentarem identidade de partes, de causa de pedir e de pedido. A litispendência representa a hipótese de instauração simultânea de demandas idênticas, verificando-se os mesmos elementos, ou seja, as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Daí por que não se aplica ao caso versando, máxime considerando que das denúncias oferecidas pelo Ministério Público nas duas ações penais enfocadas desponta tratar-se de fatos diversos, correspondentes a causas de pedir igualmente diversas, conquanto referentes ao mesmo agente, o paciente.*

*Conquanto as investigações tenham se iniciado por causa da substituição de expressiva quantidade de maconha que se encontrava depositada na delegacia de Itaquiraí, por outra de qualidade inferior, em meio à apuração levada a efeito descobriu-se que o paciente e seu pai estariam, em tese, também armazenando na residência outra quantidade de maconha, supostamente destinada à traficância, em contexto distinto, a afastar a alegada litispendência, ainda que parcial, porquanto não guardam entre si identidade de partes e nem partilham da mesma causa de pedir. Embora o delito de tráfico seja tido como misto alternativo e de caráter permanente, inviável considerar no caso concreto a ocorrência da litispendência, porquanto as condutas não coincidem entre si, vez que supostamente perpetradas de forma desvinculada, em circunstâncias e momentos completamente diversos.*

*O trancamento prematuro do processo crime pela via estreita do habeas corpus é medida excepcional, admitida apenas nas hipóteses em que se evidenciar atipicidade da conduta, causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. Assim, a teratologia, ilegalidade, constrangimento ou abuso de poder devem ser evidentes para fins de encerramento prematuro da ação criminal. Persistindo, ainda que minimamente, lastro probatório a justificá-la, não se justifica a medida excepcional de encerramento da ação.*

*Com o parecer, ordem denegada."*

Do voto condutor, de igual maneira, extrai-se neste particular a seguinte passagem:

*"Como cediço, configurar-se-á litispendência quando duas ou mais ações apresentarem identidade de partes, de causa de pedir e de pedido. A litispendência representa a hipótese de instauração simultânea de demandas idênticas, verificando-se os mesmos elementos, ou seja, as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Verificando-se essa situação, o segundo feito ajuizado não poderá ser admitido, devendo ser extinto o processo sem julgamento de mérito.*

*Não é, à evidência, o que se vislumbra no caso versando, máxime considerando que das denúncias oferecidas pelo Ministério Público nas duas ações penais enfocadas desponta tratar-se de fatos diversos, correspondentes a causas de pedir igualmente diversas, conquanto referentes ao mesmo agente, o paciente.*

*Com efeito, da proemial acusatória espelhada na Ação Penal nº 0001031-28.2019.8.12.0051 emerge que entre data incerta até o momento e o dia 22 de junho de 2019, por volta das 06h00min, no lote 154 do Assentamento Indaiá, situado na zona rural deste Município de Itaquiraí/MS, os denunciados Moisés Lopes Ferreira e João Batista Lopes Ferreira, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, mantiveram em depósito drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ou seja, 2,73 kg de maconha.*

*Da exordial estampada na Ação Penal nº 0001169-92.2019.8.12.0051, e cujo trancamento parcial se pretende, aborda-se tráfico de substância entorpecente envolvendo os denunciados Cristiano da Silva Marques, Eduardo Luciano Diniz e Moisés Lopes Ferreira (o paciente), concernente a 173 kg de maconha (de melhor qualidade), que teriam sido retirados das dependências da Delegacia de Polícia Civil de Itaquiraí e transportandos para aquele Assentamento, e supostamente trocados por aproximadamente 200 kg da mesma substância (de qualidade inferior), estes últimos levados à referida Delegacia em substituição.*

*Inegável, portanto, que embora as investigações tenham se iniciado por conta da substituição de expressiva quantidade de maconha que se encontrava depositada na delegacia de Itaquiraí, por outra de qualidade inferior, em meio à apuração levada a efeito descobriu-se que o paciente e seu pai estariam, em tese, também armazenando na residência outra quantidade de maconha, supostamente destinada à traficância, em contexto distinto, a afastar a alegada litispendência, ainda que parcial, porquanto não guardam entre si identidade de partes e nem partilham da mesma causa de pedir. Embora o delito de tráfico seja tido como misto alternativo e de caráter permanente, inviável considerar no caso concreto a ocorrência da litispendência, porquanto as condutas não coincidem entre si, vez que supostamente perpetradas de forma desvinculada, em circunstâncias e momentos completamente diversos."*

Rejeito, portanto, as preliminares arguida.

Recurso do Ministério Público:

No tocante ao corréu Cristiano da Silva Marques, a sentenciante assim consignou (fls.1278-1279):

*"Ainda no tocante à autoria, por derradeiro, não restou demonstrada em relação ao acusado Cristiano da Silva Marques, havendo nos autos apenas indícios de sua participação*

*na empreitada criminosa, os quais não foram confirmados pelas provas arrecadadas na fase policial e em juízo.*

*Na hipótese, o acusado Cristiano não foi ouvido em juízo ou na fase policial, havendo nos autos apenas informações prestadas pelos policiais civis da delegacia de polícia local no sentido de que a caminhonete Toyta/Hillux que aparece nos vídeos das câmeras de segurança arrecadados seria do aludido acusado. Contudo, não se pode desprezar que o réu não foi identificado como o condutor do veículo e, ainda, sequer houve de que tal automóvel lhe pertencia.*

*Em relação ao réu Cristiano o que existe nos autos é a mera alegação dos policiais civis, no sentido de sabem que o acusado possui uma caminhonete Toyota/Hillux, cor preta, que costumava ser conduzida com a proteção de caçamba enrolada.*

*Ademais, não se despreza que Cristiano conhecia e até mantinha negócios com o réu Moisés, inclusive que adquiriu rações junto à empresa Copagril, as quais foram embaladas com sacos idênticos aos encontrados na propriedade rural de Moisés e na delegacia de polícia.*

*Contudo, mesmo tais elementos são por demais frágeis para sustentar a condenação, sendo impositivo o decreto absolutório, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo."*

Escorreito se afigura o posicionamento adotado na origem, acerca da absolvição do referido acusado.

Emerge que, a despeito dos argumentos apresentados, foram detectados apenas indícios colhidos na fase inquisitorial, sem qualquer acréscimo durante o contraditório. Aliás, sequer restou demonstrado qual teria sido exatamente a ação tarefa adotada por Cristiano que evidenciasse seu envolvimento doloso no caso. Consta apenas que possui relações comerciais com Moisés.

Não restou confirmado que a camioneta Hilux, que teria ingressado na delegacia acompanhando a *Blazer* da polícia, seria a mesma de Cristiano, tampouco se por ele era conduzida na oportunidade. Nem a câmera da empresa, situada em frente à delegacia, teria gravado algo a respeito, posto que, segundo consta, não estaria funcionando.

No relatório complementar de investigação (fls.131-135), consta camioneta Hilux, preta, com a capota marítima dobrada, mas de placas não identificáveis. A respeito, o investigador L. A. S., ao ser indagado em juízo como a reconheceram, respondeu: *"eles disseram que ela é conhecida na cidade, então já a conhecem, né, pelo modelo dela, né?"*

As fotografias acostadas às fls.132-134 demonstram que uma camioneta Hilux preta estaria seguindo o veículo Blazer, mas não possibilita a identificação do motorista, nem das placas correspondentes. A afirmação dos policiais acerca do reconhecimento da camioneta pelo fato de o apelante andar com a lona da carroceria enrolada, por si só, não é capaz de permitir a certeza exigível para a condenação.

Note-se, por outro lado, que nem mesmo se comprovou que os tais sacos de ração apreendidos integrariam os lotes adquiridos pelo réu Cristiano.

Nesse contexto, pode-se, quando muito, conjecturar acerca do ocorrido, mas, como cediço, uma condenação não pode estar alicerçada no solo movediço do possível ou do provável, mas apenas no terreno firme da certeza (RT 529/367).

Existindo dúvidas, ainda que ínfimas, vige o *in dubio pro réu*, posto que um decreto condenatório, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreado, sempre, no terreno firme da certeza, calcado em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos. E, à evidência, disso aqui não se trata.

A respeito:

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL –* ***ROUBO MAJORADO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA*** *– INSURGÊNCIA MINISTERIAL – PRETENSA CONDENAÇÃO – INVIABILIDADE –* ***FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IN DUBIO PRO REO*** *– RECURSO NÃO PROVIDO.* ***A condenação exige, sob o império do princípio da presunção de inocência e da regra do in dubio pro reo, não frágeis indícios da prática delitiva, mas conjunto probatório seguro, destruidor das hipóteses defensivas, que afaste dúvidas razoáveis e seja suficiente para permitir ao julgador a formação de juízo de plena convicção racional. Descumprindo o órgão acusatório em comprovar, através de provas seguras, a autoria do crime denunciado, a absolvição é a medida de rigor****. Recurso não provido, com o parecer."* (TJMS. Apelação n. 0002913-38.2012.8.12.0029, Naviraí, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 13/02/2017, p: 06/03/2017). (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO – NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – DESCABIMENTO – PREFACIAL REJEITADA. I – Malgrado o réu não tenha participado da audiência de instrução e a pretendida acareação não tenha sido realizada, tal não representa mácula processual, haja vista que o direito de se fazer presente e participar da produção de provas não é absoluto, cuja mácula processual somente pode ser declarada se oportunidade arguida e quando devidamente demonstrado o prejuízo. Na hipótese vertente, além de não se insurgir quanto a ausência do réu à audiência de instrução e à falta da acareação, a Defesa não logrou demonstrar a ocorrência de prejuízo, deixando estrategicamente para invocar a nulidade por ocasião da apresentação das razões da apelação, o que não deve ser admitido, sob pena de ofensa à regra instituída nos arts. 563 e 565, ambos do Código de Processo Penal.* ***II – Prefacial rejeitada. MÉRITO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – PATENTE FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – PREVALÊNCIA DO IN DUBIO PRO REO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA*** *– RECURSO PROVIDO. III –* ***Certa a materialidade, mas constatada a ausência de provas seguras quanto à autoria, que se resume a elementos informativos não suficientemente ratificados em juízo, especialmente ao frágil e isolado reconhecimento fotográfico realizado na etapa inquisitorial que deixou de efetivamente ser confirmado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, impõe-se a absolvição em consagração ao in dubio pro reo****. IV – Recurso provido, no mérito contra o parecer."* (TJMS. Apelação n. 0002018-33.2000.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 02/02/2017, p: 21/02/2017). (G.n.)

Não se olvide que compete ao Estado, titular da ação penal, a prova dos fatos narrados na peça vestibular, sem a qual mostra-se de rigor a absolvição do acusado.

Valho-me do escólio de Guilherme de Souza Nucci, *in* Código de processo penal comentado, 15. ed., Ed. Forense, p. 857, ao gizar que *"prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência dos interesses do réu – in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição."*

Sustenta-se que seria possível acatamento da *emendatio libelli*, nos moldes do art. 383 do CPP, a fim de que os réus sejam condenados pela prática dos crimes de peculato e tráfico de drogas, por duas vezes.

Sem razão.

Ocorre que pela subtração da droga da delegacia, os réus Eduardo Luciano Diniz e Moisés Lopes Ferreira já estão respondendo pelo crime de peculato, de modo que se forem condenados novamente por outro crime de tráfico, inegavelmente se configuraria o *bis in idem*.

Noutro ângulo, a subtração, seguida do transporte da droga e retorno com outra quantidade para substituir a primeira, ocorreu em um mesmo contexto fático. Não se trata de novo crime praticado em concurso, mas do mesmo crime, pois não há como efetuar a troca parcial ou mesmo total do entorpecente, se não houver a inicial remoção, com posterior substituição. O deslocamento da droga é apenas ato físico necessário ao sucesso da ilícita empreitada.

Assim, ainda que tenham praticado mais de um núcleo do dispositivo, ter e posse e transportar a droga, não foram perpetrados em contextos fáticos distintos, a possibilitar a caracterização de mais de uma crime, e sim de crime uno. Tanto é que a proemial acusatória, ao descrever o primeiro fato e, também, o segundo, realçou: nas mesmas circunstâncias de tempo.

Argumenta-se, por outro prisma, que o caso comportaria negativação da moduladora consequências do crime em relação a ambos os condenados.

Nesse ponto assiste razão ao recorrente.

Exsurge dos elementos de convicção reunidos neste caderno processual que os 173 kg (cento e setenta e três quilos) de maconha haviam sido apreendidos em momento pretérito e, assim, se encontravam provisoriamente depositados naquela delegacia de polícia. De lá os acusados os retiraram e os levaram a uma propriedade rural, substituído-os por outros de qualidade inferior.

Inegáveis, nesse contexto, as nefastas e desastrosas consequências que o delito impinge à própria coletividade, face ao sentimento de vulnerabilidade e insegurança gerados, máxime diante do contexto fático vislumbrado nestes autos, a abalar a ordem em seu pilar, além de inobservar normas e princípios de hierarquia e disciplina policiais e públicas, ensejadoras de consequências gravíssimas à população, à corporação e ao próprio Estado. E o descrédito das instituições é sempre danoso à segurança pública e à paz social.

No tocante à pena pecuniária, sabido que deve guardar simetria com a reprimenda corpórea fixada.

Frise-se, ainda, o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) observamos que nada impede – ao contrário, tudo recomenda – utilize o julgador o mesmo critério estabelecido pelo art. 68 do Código Penal para concretização do número de dias-multa. Portanto, levara em consideração não somente as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), como também as agravantes e atenuantes, além das causas de aumento e diminuição da pena. Tal medida permite ao réu conhecer exatamente os passos que levaram o magistrado a chegar a determinado número de dias-multa."* (Código penal comentado. 16. ed. 2016. p. 429).

No mesmo pórtico, o Superior Tribunal de Justiça:

> *"A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País."* (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 14/02/17).

Sob outro ângulo, a condição financeira do sentenciado refletirá no valor de cada dia-multa, não na quantidade, esta última, sim, afinada às diretrizes elencadas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei Antitóxicos, sendo o caso, sendo que para a majoração não basta a mera alegação de que os acusados constituíram advogado particular e que seriam possuidores de bens móveis e imóveis, posto que quanto a esta última alegação, não se comprovou concreta e suficientemente a respeito.

Pretende o Ministério Público, ainda, a condenação dos acusados ao pagamento de indenização por danos morais.

Razão não lhe assiste nessa parte.

Conforme preceitua o art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

O principal objetivo da inovação legislativa foi simplificar e acelerar a reparação patrimonial da vítima, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição judicial do crime, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação, de modo a obter a tão almejada economia processual, reduzindo-se também o número de processos.

Clarividente, pois, que o pedido indenizatório à título de dano moral, feito pela acusação ou até mesmo da parte ofendida, deve vir expressamente consignado na inicial, para que o réu possa ser validamente citado, com oportunidade de responder a todos os termos da denúncia, inclusive no que concerne ao pedido de indenização.

Socorro-me, nesse diapasão, do escólio de Guilherme de Souza Nucci1, que, ao abordar o tema, giza:

> *"(...) admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver 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 pedido formal e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por nítida infringência ao princípio da ampla defesa (...)."* (Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 861).

No caso em pauta, emerge que a denúncia não espelha qualquer pedido alusivo à reparação de danos, o que somente veio a ocorrer quando da apresentação das alegações finais, ou seja, após o encerramento da instrução, sem qualquer possibilidade de defesa ou produção de provas pela parte contrária neste particular.

Descabe, portanto, neste feito, a indenização pleiteada, ressalvada a possibilidade de reparação em sede própria e autônoma.

Recurso interposto por Moisés Lopes Ferreira:

Pugna pelo reconhecimento da consunção entre os delitos de tráfico e de peculato.

Sem razão.

Como cediço, o princípio da consunção é aplicado para resolver o conflito aparente de normas penais, na hipótese em que um crime menos grave é meio necessário ou fase de preparação ou de execução do delito de alcance mais amplo, de tal sorte que o agente só será responsabilizado pelo último, desde que se constate uma relação de dependência entre as condutas praticadas.

No caso presente, os delitos são autônomos, praticados em circunstâncias distintas, inexistindo nexo de dependência ou subordinação entre eles, tampouco similitude quanto aos bens jurídicos tutelados. O tráfico de entorpecentes tem como objeto jurídico a saúde pública enquanto o peculato tutela a moralidade da administração e o patrimônio público.

Não há falar, destarte, que um dos crimes tenha funcionado como meio necessário ou fase de preparação para a execução do outro, na medida em que as respectivas condutas típicas apresentaram-se completamente dissociadas e independentes.

Pleiteia-se, igualmente, desclassificação do crime de peculato para o de receptação.

Melhor sorte não é reservada ao apelante, posto que, como bem pontuou a sentenciante:

> *"(...) em relação ao acusado Moisés Lopes Ferreira comunica-se a condição de funcionário público ostentada pelo réu Eduardo Luciano Diniz, primeiramente porque se trata de elementar do crime descrito no art. 312, do Código Penal e, ainda, por se tratar de*

*condição de seu pleno conhecimento. Assim, na hipótese dos autos, mesmo um dos réus não sendo servidor público, impõe-se a aplicação do art. 30 do Código Penal, que traz a seguinte redação: Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime (...).”*

E isso restou claro nos autos, mesmo porque Moisés sabia da condição de policial civil do comparsa, e o auxiliou e concordou com a substituição da droga, transportada até sua propriedade por Eduardo.

Pretende, também, fixação da basilar em patamar mínimo.

Sem razão.

Mister se faz salientar que, mesmo detectando-se apenas uma circunstância desfavorável ao agente, descabe a fixação da pena-base em seu mínimo legal. Portanto, negativadas moduladoras, como ocorre *in casu*, a exasperação da pena-base se mostra não apenas possível como necessária.

O *quantum* será reavaliado na dosimetria.

Almeja o recorrente, também, aplicação da fração de 1/6 concernente à incidência da agravante da reincidência.

Quanto a isso, assiste-lhe razão.

Como cediço, o Código Penal não estabelece o *quantum* a ser fixado em situações desse jaez, conferindo ao sentenciante, norteado pelo livre arbítrio e pela margem de discricionariedade que lhe compete, fazê-lo à luz da razoabilidade, da proporcionalidade e das particularidades vislumbradas no caso concretamente posto à apreciação.

No entanto, comungo como mais adequado *quantum* correspondente ao patamar de 1/6 (um sexto) para cada atenuante, assim como para cada agravante porventura configuradas, mantendo-se, dessa forma, o equilíbrio entre tais incidências.

Oportuno trazer à colação, sobre a matéria enfocada, o comentário de Ricardo Augusto Schmitt:

*“No entanto, muito embora não tenhamos atualmente um consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, torna-se mais aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida (e valorada) – STF HC 69392/SP, HC 69666/PR HC 73484-7.”* (Sentença penal condenatória: teoria e prática. 8. ed. Juspodivm. p. 213)

Disso não destoa o entendimento esposado por Guilherme de Souza Nucci, *in* Individualização da pena. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 243:

*“Questão tormentosa é estabelecer o quantum das agravantes e atenuantes, pois a lei apenas mencionou, genericamente, que o juiz, presente qualquer circunstância do art. 61, deve agravar a pena, o mesmo valendo para as circunstâncias previstas no art. 65, que levam à atenuação da pena. Entretanto, em que bases e com quais valores trabalhará o magistrado?*

*Reiterando e prosseguindo com a exposição realizada no item 7.2, a opção por um percentual fixo, em nosso sentir, é a melhor estratégia, evitando-se, inclusive, critérios pessoais abusivos, seja para aumentar, seja para diminuir a pena. Por outro lado, é possível até mesmo argumentar com a frustração da aplicação de agravante ou atenuante, caso o julgador não possua um critério uniforme para tanto.*

*(...) por tais motivos, é fundamental o estabelecimento de um padrão, que pode ser, por exemplo, o de um sexto para toda e qualquer agravante/atenuante reconhecida. Um sexto é o menor valor de aumento ou diminuição, quando previstos pelo legislador, no tipo derivado.”*

Deparando-se com situação à semelhança, assim se posicionou a Seção Criminal desta Corte de Justiça, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 0004841-83.2014.8.12.0019/50000, Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA – QUANTUM PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO – REDUÇÃO MAIOR – PATAMAR DE 1/6 – POSSIBILIDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS.*
>
> *I – Ainda que a Lei não estabeleça o percentual de diminuição da pena no tocante às atenuantes genéricas e/ou agravantes, tem-se como mais adequado o patamar de 1/6 por tratar-se do menor índice estipulado pela Lei penal tanto para as atenuantes quanto para as agravantes.*
>
> *II - Embargos acolhidos. Decisão contra o parecer."*

Da mesma forma, a Segunda Câmara Criminal deste Sodalício no julgamento da Apelação Criminal nº 0009251-85.2007.8.12.0002:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO SIMPLES – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA – ATENUANTE DA MENORIDADE – PREPONDERÂNCIA – ELEVAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO PELA PRESENÇA DE ATENUANTES GENÉRICAS – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – TESE ACOLHIDA – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – REGIME APLICADO MANTIDO – REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A valoração das circunstâncias judiciais de forma objetiva e concreta importa em elevação da pena-base acima do mínimo legal, pelo que, se exacerbada em desproporção com as circunstâncias analisadas, deve ser readequada. A pena deve ser fixada na proporção equilibrada com as circunstâncias judiciais enumeradas pelo art. 59 do Código Penal incidentes. 2.* ***A Lei não estabelece o percentual de aumento ou de diminuição da pena no tocante às agravantes/atenuantes. Todavia, a doutrina e a jurisprudência consagrou o entendimento de que o aumento deve ser de 1/6 sobre a pena-base, por se tratar do menor índice estipulado pela Lei penal para as causas de aumento e de diminuição de pena.*** *A par disso, é preciso considerar ainda a proporcionalidade do aumento/diminuição e que seja adequada e suficiente, como forma de atingir a finalidade da pena. Reprovação e prevenção do crime. 3. Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, deve ser levado em consideração a quantidade de pena privativa de liberdade imposta em razão do delito penal imputado em desfavor do réu. Mensurado os limites da sanção corporal, estabelecer-se-á o regime prisional, à luz do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Diante da elevada reprovabilidade da conduta do apelante, considerando as circunstâncias do caso concreto, mantenho o regime prisional aplicado pela sentença, como forma de reprovar e prevenir o crime."* (TJMS, Segunda Câmara Criminal, DJMS 31/03/2015, pág. 91). (G.n.)

No que concerne ao afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, descabe acatamento à pretensão recursal.

Ocorre que referida majorante decorre de comando legal, inexistindo meios de se afastá-la, especialmente quando o cometimento do delito se desenvolveu não apenas nas proximidades, mas, sobretudo, nas próprias dependências da unidade policial.

O fato de a substância entorpecente não se destinar a algum interno daquela delegacia não altera o entendimento aqui esposado, máxime considerando que, consoante emana do Supremo Tribunal Federal, *"a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 se justifica quando constatada a comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, sendo irrelevante se o agente infrator visa ou não os frequentadores daquele local."* (*HC* 138944, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 21/03/2017, Processo Eletrônico DJe-170 Divulg 02-08-2017 Public 03-08-2017)

Do Pretório Excelso também desponta que *"a comercialização de drogas nas dependências ou nas imediações [de estabelecimentos prisionais], por si só, já justifica a incidência da causa especial de aumento de pena, sejam quais forem as condições subjetivas do agente que a comete."* (*HC* nº 114.701/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 8/4/13)

No caso versando, se afigura inegável que os atos executórios perpetrados no interior daquela unidade policial se afiguravam inseridos em contexto de traficância, mesmo porque tinham por fito a substituição de drogas visando comercialização mais rentável, mediante substituição de substância de qualidade inferior por outra de qualidade superior, consoante salientado alhures.

Ademais, a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei Antidrogas reveste-se de natureza objetiva e se aplica em função do lugar do cometimento do delito, revelando-se desnecessária comprovação efetiva do tráfico ou de que o crime visasse atingir os frequentadores dos locais especificados no referido dispositivo legal.

Não é imprescindível que a traficância alcance seu fim último, mediante tradição ou venda para usuários, tampouco precisa atingir diretamente os frequentadores do local, posto que, de toda forma, verificou-se aproveitamento das particularidades e natureza do local para dissipar qualquer suspeita. Como corolário, ainda que o comércio não se concretize naquele recinto e, portanto, seus frequentadores não tenham sido alvo do tráfico, remanesce a majoração da pena.

Conforme realçado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, *"para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial. Precedentes."* (AgRg no *HC* 488.403/SP, j. 19/03/2019)

Recursos de Eduardo Luciano Diniz e Moisés Lopes Ferreira:

Objetiva-se absolvição, aduzindo, em suma, inexistência de provas suficientes à mantença do decreto condenatório.

Materialidade consubstanciada no boletim de ocorrência (fls.12-13), fotografias acostadas (fls.14-16 e 135-137), relatório de plantão (fls.40-41 e 48-49), relatórios (fls.106-111, 115, 119-120, 130-134, 210-211 e 247-253), notas fiscais (fls.121-122), CD (fl.138), relatórios de busca e apreensão (fls.192-194, 185 e 200), laudo de constatação preliminar (fl.259), auto de apreensão (fl.278), laudo de exame toxicológico (fls.336-339), além da prova oral, tornando despiciendas considerações adicionais.

De igual sorte, dúvida alguma remanesce quanto à autoria e ao comportamento dolos imputados aos corréus Eduardo e Moisés, possibilitando, destarte, a mantença do decreto condenatório.

Ressalte-se, inicialmente, que a despeito dos argumentos apresentados e da dilação probatória assegurada, não há qualquer confirmação concreta de que o policial J. A. tenha realmente sumido com a prova ou filmagens do DVR da empresa situada em frente à delegacia. Aliás, do relato em que se baseia o recorrente neste particular, destacado às fls.110-111, não desponta qualquer informação segura a respeito. Note-se que o Delegado E. L. U. demonstrou não se recordar da solução dada ao caso nesse ponto, mas em momento algum sequer insinuou que J. A. tenha sumido com tal prova. Aliás, referida testemunha chegou a afirmar ter pedido para levantar e não conseguiu pegar as imagens dessa câmara.

Questionado que a pegou, respondeu ter sido S., policial que substituiu Eduardo. Na sequência, afirmou que referido aparelho fora levado a um técnico, com a ressalva de que, salvo engano, não deu pra localizar as imagens do que havia sido gravado, pois era muita coisa e não foi possível levantar essas imagens.

De outro vértice, o fato de todos os policiais terem passado a investigar os fatos se revela natural e compreensível, mesmo porque todos naquele cenário tinham interesse em esclarecer o ocorrido, enfim,

situação que, à evidência, não traduz necessária e automaticamente parcialidade ou investigação direcionada em desfavor de Eduardo. Tanto que o próprio Delegado se deu logo por impedido e solicitou a nomeação de outra autoridade policial para presidir o inquérito, quando percebeu possível envolvimento de algum de seus subordinados.

Note-se que Eduardo, inicialmente ouvido em declarações, mencionou (fls.56-57) ter utilizado a viatura Blazer para buscar a balança do hospital visando pesar a droga e e devolvê-la após a meia noite, madrugada de domingo, tendo utilizado referido veículo ainda para atender uma ocorrência nas proximidades do radar da rodovia 163, sem, contudo, esclarecer qual teria sido, então, o desfecho dessa diligência por último alegada.

Indiciado, desta feita acompanhado de advogado, externou (fls.306-307):

> *"Que o interrogando é investigador de polícia judiciária há cerca de quatro anos e meio, sendo inicialmente lotado na ACADEPOL e após foi removido para a DP de Itaquiraí, onde permaneceu exercendo suas funções até o cumprimento do Mandado de Prisão expedido em seu desfavor. Que sofre os fatos, informa que fará uso de seu direito de permanecer calado, não entrando em detalhes sobre o ocorrido e somente deseja relatar que se apresentou espontaneamente nsta capital para cumprimento do mandado de prisão para esclarecer o fato 'no momento certo', negando neste ato qualquer envolvimento ou participação no crime ocorrido naquela delegacia de Polícia (...) não respondendo às demais perguntas acerca do fato ilícito apontado na denúncia, invocando o direito constitucional de só falar em juízo."*

Conquanto em juízo tenha negado o cometimento do delito (mídia às fls.794-795), fato é que confirmou que estava de plantão no dia dos fatos, quando uma equipe de policiais militares compareceu à delegacia com o entorpecente. Com a viatura Blazer tomou emprestado uma balança do Hospital Municipal para pesar a droga. Ajudou a descarregá-la com os policiais militares, sendo colocada próxima da porta do depósito, totalizando 559 quilos de "maconha" e 15 quilos de "Skank", acondicionados em invólucros branco e fitas verdes. Não fez a apreensão dos sacos de nylon comumente utilizados para ração, mas não fez qualquer substituição das drogas e que seu plantão ocorreu normalmente, com exceção do impasse relativo ao fornecimento da chave da sala de Amilton (pelo policial José) para acessar o depósito e guardar as drogas.

No entanto, inverossímil que, estando de plantão, não tenha visto a viatura Blazer saindo do local com a droga, tampouco o deslocamento da substância, máxime em se tratando de mais de meia tonelada, enfim, quantidade que, pelo volume, peso e esforço necessário, jamais passaria despercebida, mesmo porque, frente tais particularidades, demandaria lapso temporal considerável para o carregamento e transferência, somando-se a isso, ainda, a chegada de outro veículo no local, uma camioneta Hilux, que, de madrugada, ali ingressou e saiu.

Não se tratava de operação a ser desempenhada rapidamente, de maneira imperceptível, tampouco possível de ser concluída em pouquíssimos minutos.

Noutro ângulo, a perícia constatou que não houve arrombamento, deixando claro que a pessoa que ali ingressara fizera uso de chaves.

Acresça-se que o acusado encontrava-se sozinho na delegacia durante aquele plantão noturno. E até aquele momento, como consta dos autos, era o único que possuía a posse de chaves, aliando-se iniciativa na casa do escrivão *ad hoc* José Aparecido, pouco minutos antes de iniciar o próximo plantão, que se daria às 08:00 horas do dia seguinte. E sem necessidade, vez que nada impedia aguardar o escrivão do próximo plantão chegar, ou quem suas vezes fizesse, e a ele repassar a situação. Não havia necessidade alguma de fazê-lo sozinho, de madrugada, sem a devida conferência por quem deveria, no caso o escrivão de plantão do dia seguinte.

Ademais, como consta, Eduardo demorou a fazer a comunicação da apreensão da droga, pois que teria se dado no dia 08, sábado, final do dia, sendo que o J. A. argumentou ter sido comunicado somente no dia seguinte, domingo, por volta das 05h35min, vislumbrando-se, destarte, lapso temporal suficiente para a ilícita operação, visando a substituição enfocada, antes que alguém soubesse do armazenamento.

Note-se, ainda, que o laudo pericial acostado (fl.516), referente a vistoria no local, espelha conclusão acerca de que, no mínimo, houve furto de material entorpecente, destacando, à fl.513, que a equipe pericial constatou outros elementos a indicarem que parte da droga foi substituída e transportada por meio da viatura Blazer.

Some-se que o álibi de Eduardo, de que teria saído com a viatura para atender ocorrência de crime na BR, restou fulminado pelo trajeto ou percurso então adotado, consoante fotografias anexadas, tiradas pelas câmeras do comércio local, as quais delinearam que, na verdade, a viatura dirigiu-se em sentido contrário, condizente com direção ao sítio do comparsa.

O investigador J. A. da S., ouvido pelo Delegado Corregedor (fl.67), assim relatou:

> *"Que no domingo dia 09.06.2019, o declarante estava em sua residência , quando por volta das 05h35min, recebeu um telefonema desta delegacia onde o plantonista Eduardo Luciano Diniz dizia que a polícia militar havia apresentado uma ocorrência com drogas e que precisava da chave do depósito para guardar; que o declarante disse que não tinha a chave do depósito, que a mesma fica na sala do escrivão Hamilton e que somente tinha chave da sala de Hamilton, tendo então Eduardo dito que iria até lá buscar a chave; que logo em seguida la chegou, utilizando seu veículo particular de cor cinza, Fiat Pálio e pegou a chave com o declarante; que quando entregou a chave ainda conversaram rapidamente, tendo Eduardo dito que se trata de maconha e que era 559 kg, mas que o declarante podia ficar tranquilo dizendo 'está suave, seu Zé, pode deixar que eu guardo'."*

Em juízo (fls.794-795) ratificou esse relato e salientou (fl.67):

> *"(...) que no dia dos fatos estava de folga, quando o policial e acusado Eduardo Luciano, por volta das 05h35min, lhe telefonou e explicou sobre a droga apreendida pela Polícia Militar, aduzindo que precisava das chaves do depósito da delegacia. Disse que falou para Eduardo que as chaves do depósito estavam dentro da sala do escrivão Amilton e que depoente tinha as chaves da referida sala, tendo sido indagado por Eduardo se ele poderia pegar as chaves da sala do Amilton. A testemunha relatou que o Eduardo veio até sua residência para buscar as chaves da sala do escrivão Amilton, tendo percebido, naquele momento, que o acusado estava nervoso e explicava para o depoente ficar tranquilo, pois a droga seria guardada. O policial contou que Eduardo permaneceu cerca de uma hora meia com as chaves da sala do escrivão Amilton e que em seguida retornou, indicando que o entorpecente havia sido guardado."*

O Delegado de Polícia E. L. R. U., em juízo, relatou que *"foram armazenados no depósito da delegacia pelo policial plantonista Eduardo Luciano Diniz. Contou que existiam duas chaves do depósito, que uma delas ficava com o depoente e a outra na sala do escrivão Amilton, o qual estava afastado na época dos fatos."*

Esclareceu que o policial J. A. havia sido designado como escrivão *ad hoc* e que ele ficava com as chaves da sala do escrivão Amilton. Relatou que na segunda-feira (dia 10.06.2019) confeccionou a portaria do inquérito referente ao entorpecente apreendido, bem como o ofício solicitando autorização para incineração da droga, observando que que o policial J. A. faria a coleta da amostra destinada à perícia. O delegado explicou, porém, que J. A. não trabalhou na segunda-feira e que ele não conseguiu colher a amostra da droga na terça-feira em razão do excesso de trabalho, o fazendo apenas na quarta-feira, quando foi constatado que havia algo de errado, ante a diferença das embalagens que acondicionavam as drogas, pois parte delas eram novas, enquanto a outra era formada por sacos velhos, incompatíveis com as fotografias da apreensão. Contou que foi até o depósito acompanhado por J. A. e pelo réu Eduardo Luciano, o qual, neste momento, apresentou bastante nervosismo, aduziu que a droga apreendida no sábado estava ali e foi evasivo quanto ao entorpecente que estava atrás da pilha, questionando que se já estava no depósito anteriormente. Relatou que no depósito não existiam outras drogas apreendidas, pois, recentemente, havia sido feita uma incineração. A autoridade policial contou, também, que naquele momento os policiais militares que realizaram a apreensão do entorpecente estavam na delegacia, fazendo a vigilância dos presos, quando foram imediatamente chamados para reconhecer a droga apreendida, tendo ambos dito que os entorpecentes embalados em sacarias não faziam parte da apreensão realizada no sábado. Afirmou que a viatura Blazer, no plantão do policial Eduardo Luciano, percorreu cerca de

oito quilômetros e que em seu interior, no compartimento para o transporte de presos, foi encontrado um pedaço de plástico, semelhante ao que acondicionava a droga apreendida no sábado pelos policiais militares. Contou que em diligências os investigadores tomaram conhecimento de que Eduardo Luciano havia negociado a droga apreendida com os corréus Moisés e Cristiano, sendo possível perceber, através de câmeras de vigilância, que a viatura Blazer saiu da delegacia e seguiu na direção do bairro Primavera, no sentido da propriedade de Moisés e, posteriormente, retornou acompanhada pela caminhonete Hillux, cor preta, pertencente ao corréu Cristiano.

Confirmou que foi realizada busca e apreensão na propriedade rural de Moisés, oportunidade em que foram localizados sacos de ração com a mesma data de fabricação e número de lote daqueles sacos que embalavam as drogas encontradas no depósito da delegacia. A testemunha ratificou que no cumprimento do mandado de busca e apreensão foram localizados 2,5kg (dois quilos e quinhentos gramas) de droga, além de outros petrechos, comunicando-se a Corregedoria-Geral da Polícia Civil, que assumiu a investigação.

Vislumbra-se que a descoberta somente veio a ocorrer na quarta feira seguinte, dia 12.06.2019, porquanto só o escrivão da Delegacia estaria autorizado a abrir o depósito em que a substância seria armazenada à época, no caso A. da S. R., titular de carreira, que não se encontrava em atividade, vez que de licença médica desde 18.05.2019. J. A. da S., em razão do afastamento do titular, fora nomeado escrivão *ah doc* e somente foi trabalhar na terça feira, dia 11.06.2019.

Aliás, tanto J. A. da S. quanto o próprio Delegado, E. L. R. U., afirmaram que o depósito só foi aberto na quarta-feira, pois na terça feira anterior o primeiro não teve tempo de colher amostras para a perícia da droga apreendida no sábado.

Do relatório de plantão (fls.48-49) emerge que na data da descoberta da troca de substâncias estavam de presentes os policiais civis Eduardo Luciano Diniz, J. R. de M., J. A. da S. e P. F. da S., bem como o próprio delegado E. U., sendo que inicialmente quem visualizou a falta de homogeneidade nas embalagens da droga foram J. A. e P., que noticiaram os fatos à autoridade policial.

Vale observar que, descoberta a troca da droga, e comunicados os fatos à autoridade policial, foi indagado ao policial Eduardo Luciano Diniz sobre a apreensão, momento que teria respondido, de forma evasiva e nervosa, *"foi essa aqui seu Zé, foi essa aqui"*. Tais informes foram extraídos dos relatos de J. A. da S. (fls.67-68) e do Delegado E. L. R. U. (fls.86-88).

Na fase inicial foi ouvido, ainda, o PM C. R., o qual, no dia 12.06.2019, estava de plantão na delegacia, com a função de vigiar o horário de sol dos presos cautelares. Assim relatou à Corregedoria:

> *"Que J. A. lhe mostrou alguns sacos onde também tinha tabletes que aparentavam ser de maconha, porém embaladas em embalagens de cor marro, perguntando se faziam parte da apreensão e imediatamente disse que não, que aquela droga não fazia parte da maconha aprendida no sábado; que chegou a dizer a J. que toda droga apreendida no sábado era idêntica àquela embalada na cor verde; que afirma o declarante que não havia nenhuma embalagem de droga na cor marrom naquela apreensão; que salienta também que em todas as embalagens que conseguiu visualizar havia uma imagem de m coelho tipo 'coelhinho da playboy'."* (fls.82-83)

Em juízo ratificou esse depoimento e acrescentou (mídia à fl.759):

> *"(...) que realizou a apreensão da droga indicada na denúncia dia 08.06.2019, por volta das 14h30min, a qual estava sendo transportada no veículo GM/Montana. Relatou que tal veículo foi rebocado para a Delegacia de Polícia e apresentado ao Policial Civil plantonista Eduardo Luciano. Contou que o réu emprestou uma balança do hospital para que pudessem pesar a droga, procedimento que foi feito aos poucos, formando duas pilhas com os tabletes, totalizando 559 quilos de 'maconha' e 15 quilos de 'skank'. A testemunha contou que na quarta feira estava na delegacia, quando o policial J. A. lhe chamou e mostrou as drogas que estavam no depósito, tendo o depoente reconhecido apenas o entorpecente que estava com embalagens na cor verde. Disse que as demais drogas que estavam no local não foram*

*apreendidas no dia 08 de junho de 2019, pois estavam embaladas em sacos, mal organizadas e com fitas na cor marrom."*

No mesmo sentido o relato do também policial militar R. B. M., que participou da apreensão da droga juntamente com o colega de farda, PM C. (mídia à fl. 759).

Não bastasse o fato de os policiais militares terem, de pronto, percebido as alterações das embalagens e também de pronto a diminuição do volume da droga apreendida, tem-se ainda a própria afirmação de Eduardo, no sentido de que, ao pegar as chaves da sala do escrivão Amilton com o escrivão *ad hoc*, teria afirmado externado que o montante era de 559 quilos de maconha. Na sequência, procederam a pesagem das drogas contidas nas embalagens verdes da pilha referente à apreensão, totalizando apenas 386 quilos, e não mais os 559 quilos apreendidos. Já as drogas que estavam nos sacos de ração totalizaram a quantidade de 200 quilos, consoante relatório de fls.106-111, ou seja, ao procederem a substituição da droga, sequer se preocuparam em manter o mesmo peso da apreensão.

Noutro ângulo, diante de tais circunstâncias e dos desdobramentos inerentes, também não se vislumbra razão alguma para que Eduardo, se de boa-fé estivesse, não apresentasse qualquer menção ao veículo Hilux, que inclusive, conforme se denota das fotografias, estava seguindo a viatura Blazer.

Além disso, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão nos Autos n. 0005227-25.3029.8.12.0800, realizada no lote 154, do Assentamento Indaiá, de propriedade ou de posse do corréu Moisés Lopes Ferreira, foram encontrados objetos indicando que a viatura Blazer esteve naquele local. Deixou a droga subtraída da delegacia e retornou com duzentos quilos de maconha velha (substituta), acondicionadas em sacos de ração pra peixes e gados.

E mais: na Blazer foi ainda encontrado um pedaço de fita verde, que a perícia classificou como semelhante àquela utilizada para embalar a droga apreendida (laudo de fls. 574-589), embora não pudesse assegurá-lo com exatidão.

Note-se, como frisado, que o Delegado E. L. R., visando evitar inclusive qualquer pecha de parcialidade, ao perceber suposto envolvimento de integrante de sua unidade, proferiu despacho se dando por impedido, solicitando a nomeação de outro para comandar as investigações e o inquérito.

Face outra, o fato de o caso passar a ser imediatamente investigado pela própria Corregedoria da Polícia Civil do Estado, aproximadamente cinco dias depois, por meio do IP n. 07/2019, presidido pelo Delegado C. J. F. E. (Portaria de fls. 09-10), milita desfavoravelmente à tese de perseguição, parcialidade ou incriminação injusta do acusado.

Quanto aos policiais, sejam civis ou militares, é natural que tenham procurado provar suas inocências, mas nem por isso pode-se acusá-los de incriminarem referido acusado, a todo custo. Ao menos nada restou concreta e suficientemente comprovado a respeito.

Não se deve confundir o fato de Eduardo ter sido logo apontado como suspeito pelos companheiros, justamente porque os fatos se deram durante o seu plantão, com inquérito direcionado, mormente considerando, consoante salientado alhures, que a própria Corregedoria da Polícia Civil assumiu a atribuição, instaurando o inquérito para apurar os responsáveis.

Por outro prisma, o fato de o montante ter sido apreendido em um sábado e a autoridade policial somente instaurado o inquérito, realizando as comunicações inerentes na segunda-feira seguinte, pleiteando a incineração, não conduz a desfecho diverso, mesmo porque a autoria do crime que motivou a apreensão sequer era conhecida, vez que o motorista conseguiu fugir. Não houve prisão em flagrante.

Ademais, o Delegado, como consta, estava trabalhando com déficit de pessoal, sem o escrivão titular, afastado por problemas de saúde.

Outras questões, como quantidade de chaves existentes na delegacia, com quem ficavam, anotações da quilometragem dos veículos etc., pouco auxílio emprestam aos fatos, pois no dia em questão Eduardo não tinha a chave do depósito e ligou para J. A., o qual informou que a chave do depósito estava na sala do escrivão afastado Amilton, sendo que possuía a chave de acesso à sala deste último. Por isso, Eduardo dirigiu-se à casa de J. A., com as particularidades já mencionadas, mas deixou de comunicar o ocorrido, só vindo a fazê-lo cerca de 12 horas após a apreensão da droga.

Aliás, a propósito dos ataques lançados pelo recorrente, ressaltou o sentenciante:

> *"Não se despreza a precariedade da estrutura da Polícia Civil, sendo evidente a falta de servidores, armamentos e equipamentos mínimos para o desempenho das funções, bastando uma simples visita à unidade local para a constatação de tal situação. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que o réu Eduardo Luciano Diniz, com nítida intenção de praticar os crimes imputados, recebeu sozinho a elevada quantidade de droga apreendida pelos policiais militares e retardou a comunicação da pessoa incumbida de comparecer na delegacia para realizar as atuações de praxe e proceder ao depósito dos entorpecentes. E não se avente que o réu Eduardo agiu de tal forma em razão de orientações dadas pelo delegado de polícia ou por acordo com os demais policiais, no sentido de que o escrivão que estava de sobreaviso não poderia ser incomodado, eis que tal situação não restou demonstrada nos autos e, sem embargo, seria absolutamente irrazoável diante da situação concreta, eis que a quantidade de entorpecentes apreendida era por demais elevada. No caso dos autos não havia qualquer justificativa para que o réu, único policial presente na delegacia, mantivesse em pleno corredor a enorme quantidade de droga apreendida, sem qualquer segurança, facilitando eventual resgate pelos criminosos responsáveis. Mais uma vez, não se está diante de pequena quantidade de entorpecente, mas sim de cerca de meia tonelada de 'maconha', com alta concentração de THC (conforme consignado no laudo pericial de fls. 574/589), que exigiam do acusado o mínimo de cuidado e a adoção do procedimento regular, com o acionamento imediato do escrivão nomeado, caso realmente pretendesse praticar conduta lícita. A conduta criminosa do acusado ainda se revela em razão dos acontecimentos que se seguiram na noite dos fatos, eis que sem justificativa plausível, utilizando a viatura policial VTR Blazer, deixou a delegacia de polícia para, supostamente, atender uma ocorrência noticiada por denúncia anônima, na qual um veículo não identificado estaria nas proximidades do radar da BR 163 com os faróis ligados. Ainda que não se exclua a atuação de policiais civis em policiamento ostensivo, o atendimento da ocorrência indicada pelo réu caberia à Polícia Militar, sendo pouco crível que o acusado, que estava sozinho na delegacia, deixasse o local para ir até a rodovia BR 163 apurar situação em que um veículo, em atitude suspeita, estaria parado com os faróis ligados. Como se não bastasse, a versão apresentada pelo réu, no sentido de que deixou a delegacia para atender a aludida ocorrência cai por terra quando verificado que, ao sair com a viatura VTR Blazer seguiu em sentido oposto ao da rodovia BR163, pois, ao invés de seguir pela Av. 13 de Maio, que dá acesso à referida rodovia, foi pelo bairro Primavera (conforme o relatório complementar de investigação juntado às fls. 131/138). Ainda que o réu Eduardo tenha justificado a adoção de tal percurso porque estava com um veículo caracterizado (viatura policial), tal situação evidencia ainda mais que não deveria sair sozinho da delegacia para atender à ocorrência, eis que não havia investigação em curso, tão pouco foi noticiado crime, havendo apenas a suposta existência de um veículo suspeito, que deveria ser apurada pela Polícia Militar."* (fls. 1272-1273)

Repita-se que o apelante Eduardo sequer se esforçou em provar o resultado da diligências que alegadamente teria atendido naquela noite, acerca de um veículo com os faróis ligados.

No tocante ao envolvimento doloso de Moisés Lopes Ferreira, de igual sorte, dúvida alguma remanesce.

Durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão no lote 154 do Assentamento Indaiá constatou-se, como dantes frisado, que a viatura policial Blazer se deslocara até aquele local, sendo encontrados diversos objetos indicando que lá deixou a droga subtraída da delegacia, retornando-se com os duzentos quilos de maconha (substituta), acondicionados em sacos de ração para peixes e gados.

No depósito da delegacia foram constatados que os sacos que embalavam os duzentos quilos de maconha de menor qualidade eram identificadas por meio de marcas, data e numeração de lote que convergiam com aquelas presentes nos sacos de nylon localizados no sítio de Moisés Lopes Ferreira, consoante perícia realizada no local.

Conforme relatório de fls.121-123, em diligências realizadas no comércio para apurar quem vendia aquele tipo de ração, os investigadores apuraram a existência de notas fiscais de compras entregues nos sítios de Cristiano e seu pai, e também no sítio de Moisés, sendo confirmados pelos funcionários da empresa fornecedora daquelas embalagens.

Aliás, a testemunha L. J. da S., na fase inicial, esclareceu que trabalha como vendedor na empresa Copagril, situada no município de Itaquiraí, e assim confirmou que Cristiano da Silva Marques e seu pai, W. B. M., são clientes da referida empresa, sendo que no cadastro do primeiro consta autorização de compras na cooperativa à pessoa de **Moisés Lopes Ferreira** (fls. 256-257) – grifei.

Do relatório de fls.115-118 também desponta que a viatura Blazer e a camioneta Toyoto Hilux, preta, fizeram o mesmo percurso de volta do lote rural de Moisés, ou seja, saíram do lote rural 154, subiram pela Rua das Tulipas, viraram seguindo pela Avenida Treze de Maio e novamente viraram na rua Campo Grande sentido Delegacia de Polícia.

De igual maneira, portanto, não há falar em absolvição tampouco em incidência do *in dubio pro reo*.

Argumentou o recorrente Eduardo, igualmente, que o caso apresentaria cerceamento de defesa, porquanto encerrada a instrução sem aguardar o retorno de carta precatória para oitiva de testemunha arrolada e imprescindível.

A questão, embora devesse ser analisada como preliminar, envolve-se com o mérito e com este deve ser decidida.

Pois bem. Conquanto referida precatória tenha sido juntada aos autos depois da sentença, é de se ver ter sido devolvida sem cumprimento justamente porque o juízo deprecado tomou conhecimento da prolação (fls 1534/1551).

A Defesa, todavia, providenciou a juntada de declarações da referida testemunha A. R. A. (fls.1478-1479), por meio de escritura pública.

Ocorre que, nos exatos termos do artigo 222, § 1º do Código de Processo Penal, a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, de modo que a prolação de sentença antes do retorno da deprecata não implica em nulidade, especialmente se não demonstrado o prejuízo. (*HC* 230.414/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., julgado em 18/12/2014, DJe 12/02/2015).

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INTERROGATÓRIO DO RÉU ANTES DA DEVOLUÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PARA A INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS §§ 1º E 2º DO ART. 222 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.*
>
> *1. Não se constata nenhuma ilegalidade no art. 400 do CPP, ou ofensa ao mesmo dispositivo, pelo fato de o recorrente haver sido inquirido antes do retorno das cartas precatórias expedidas para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, cujo prazo de cumprimento já se encontrava expirado, uma vez que os §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP disciplinam que, na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o feito prosseguirá, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo-se à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da*

*causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado."* (AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.520.256 - SC (2019/0171098-8) Rel. Ministro Jorge Mussi. 22.10.2019)

*"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – I) AFRONTA AO ART. 93, IX, DA CF – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – NÃO CABIMENTO – II) VIOLAÇÃO AOS ARTS. 381, III, E 619 DO CPP – ACÓRDÃO RECORRIDO QUE APONTOU RAZÕES SUFICIENTES PARA A PRONÚNCIA – ILEGALIDADE INEXISTENTE – III) OFENSA AO ART. 413, § 1º, DO CPP – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE LINGUAGEM – QUESTÃO DECIDIDA NO HC 357.808/PE – REITERAÇÃO DE PEDIDO – PLEITO PREJUDICADO – IV) AFRONTA AO ART. 396, CAPUT, DO CPP – QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DIREITO LOCAL (RESOLUÇÃO Nº 156/01 DO TJPE) – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 280 DA SÚMULA DO STF – V) TRANSGRESSÃO AO ART. 213 DO CPP – AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF – VI) OFENSA AO ART. 411, CAPUT, DO CPP – ULTIMO ATO INSTRUTÓRIO – INTERROGATÓRIO DO ACUSADO ANTES DA JUNTADA DA CARTA PRECATÓRIA – NÃO SUSPENSÃO DO TRÂMITE DA AÇÃO PENAL – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ – INTERROGATÓRIO ANTES DO ACESSO AO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO SE MANIFESTOU SOBRE O TEMA – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 211 DA SÚMULA DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (...) 6. Inexiste ilegalidade no interrogatório do acusado antes da juntada da carta precatória de oitiva de testemunha da defesa, uma vez que, conforme o disposto no art. 222, §§ 1º e 2º, do CPP, a expedição de carta precatória não tem o condão de suspender o trâmite da ação penal. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência desta corte. 7. A alegação de que o interrogatório do acusado ocorreu antes do acesso ao conteúdo das interceptações telefônicos não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, incidindo o enunciado 211 da Súmula do STJ. 8. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 986.833/PE, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017)

*"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO – INTIMAÇÃO DA DATA DESIGNADA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS NO JUÍZO DEPRECADO – DESNECESSIDADE – NULIDADE – INEXISTÊNCIA – INQUIRIÇÃO DE TODAS AS TESTEMUNHAS DA DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – POSSIBILIDADE. 1. (...) 4. É possível o encerramento da instrução processual antes que todas as testemunhas arroladas pela defesa sejam ouvidas, visto que, conforme esclarece o art. 222, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal, podendo, inclusive, após o prazo determinado para a precatória, realizar-se o julgamento. 5. Habeas corpus não conhecido."* (*Habeas Corpus* nº 149.249 - PE (2009/0192548-1) Rel. Ministro Gurgel de Faria. 02.06.2015)

*"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES – EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – INEXISTÊNCIA – FEITO NA FASE DE MEMORIAIS – ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – SÚMULA N.º 52 DESTA CORTE – AUSÊNCIA DE JUNTADA AOS AUTOS DE CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE OBSTAR O TÉRMINO DA AÇÃO PENAL – ART. 222, §§ 1º E 2º, DO CPP – PRECEDENTE DO STJ. 1. Consoante o princípio da razoabilidade, resta devidamente justificada a necessária dilação do prazo para conclusão da fase instrutória, mormente quando se tem em conta a complexidade do feito, que envolve dois réus e, ainda, a necessidade de expedição de precatórias para oitiva de testemunhas. Precedentes desta Corte. 2. Ademais, a instrução criminal está encerrada, pois o processo já se encontra na fase de apresentação de memoriais. Incidência da Súmula n.º 52, desta Corte. 3. A ausência de juntada aos autos de carta precatória expedida para inquirição de testemunha não tem o condão de obstar o encerramento da ação penal, a teor do disposto no art. 222, §§ 1º e 2º, do Código Penal. Precedente do STJ. 4. Ordem denegada, com recomendação de urgência na prolação de sentença."* (*HC* 128567/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/8/2009)

*"EMENTA – HABEAS CORPUS – CRIME AMBIENTAL – ALEGADA NULIDADE DO FEITO PELO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO ANTES DO RETORNO DA CARTA PRECATÓRIA PARA INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA DA DEFESA – ART. 222, §§ 1º e 2º, DO CPP – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PROVA DA DEFESA A SER PRODUZIDA POR CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO INTERROMPE O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO – PAS DE NULITÉ SANS GRIEF – ART. 563 DO CPP – INEXISTÊNCIA DE NULIDADES PROCESSUAIS – ADEMAIS, ATO DEPRECADO DESIGNADO, ALEGAÇÕES FINAIS AINDA NÃO PRODUZIDAS E SENTENÇA AINDA NÃO PROLATADA, PERMITINDO EM TESE PONDERAÇÃO DA CITADA PROVA DA DEFESA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO – ORDEM DENEGADA – COM O PARECER. A alegação de nulidade do processo em razão do interrogatório do paciente antes do retorno de carta precatória para oitiva de testemunha defensiva não suspende a instrução criminal, conforme inteligência do artigo 222 e 400, e parágrafos, ambos do CPP. No processo penal só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo à parte, conforme dispõe o art. 563 do CPP, o que não restou comprovado nos autos. Não demonstrado que tenha ocorrido alegações finais ou mesmo julgamento do processo sem se considerar a prova requerida pela defesa, e demonstrado que sua realização fora designada para ocorrer com tempo hábil para ser uma prova a ser considerada no julgamento, não se evidencia constrangimento ilegal ou cerceamento de defesa que justifique concessão de habeas corpus. Denegada a ordem."* (*Habeas Corpus* nº 1407480-44.2017.8.12.0000 - Campo Grande Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. 1ª Câmara Criminal. 01.08.2017)

Sob outro ângulo, o apelante não demonstrou a ocorrência de prejuízo, tanto que, como mencionado, providenciou a juntada de declarações da testemunha A. R. A.(fls.1478-1479), por meio de escritura pública.

E da análise dessas declarações percebe tratar-se de relato vago, impreciso, somando-se a isso que a testemunha não presenciou os fatos especificamente abordados nestes autos, vez que instada pelo irmão de Eduardo no mínimo dois meses depois do ocorrido. Mesmo assim procura convencer, sem sucesso, recordar-se de uma Blazer preta da polícia no lado direito da pista, na entrada da cidade de Itaquiraí/MS, muito embora referido veículo seja de cidade em que sequer reside (declarou residir em Toledo/PR), não sabendo dizer se o mesmo se encontrava parado ou em movimento, sem precisar quem se encontrava em seu interior. Enfim, trata-se de relato que não se presta ao fim a que se pretendeu destiná-lo, porquanto desprovido de segurança e consistência necessárias a infirmar o quadro dantes enfocado ao longo deste.

Aliás, do relatório complementar verifica-se que o trajeto de ida da viatura foi o seguinte: saindo da delegacia em direção ao bairro Primavera, seguindo pela rua Campo Grande, entrando na Av. Treze de Maio, virando à direita na rua Primavera, seguindo pela rua das Azaléais em sentido Assentamento Indaiá até o lote 154.

O trajeto de retorno teria partido do assentamento Indaiá lote 154, seguido pela rua das Tulipas, virando à esquerda seguindo pela Av. Treze de Maio, virando à esquerda na rua Campo Grande em direção à delegacia.

As fotografias acostados (fls.132-134, 136) se coadunam a esse cenário, deixando claro que o percurso adotado pelo veículo Blazer em nada se compatibiliza com o local mencionado pela testemunha.

Daí por que, ao contrário do que alega o recorrente, o relato de A. R. A. não tem o condão de alterar o entendimento adotado.

No tocante à inaplicabilidade do princípio da consunção, também em relação a Eduardo, adote-se aqui o que já restou consignado a respeito ao recurso interposto por Moisés.

Inadmissível, por outro lado, a incidência da minorante alusiva ao denominado tráfico privilegiado.

Como cediço, para a aplicação da causa de diminuição de pena, mister se faz cumulação dos requisitos elencados, ou seja, que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, sendo que na falta de um deles inviável a benesse legal.

Destarte, a despeito da primariedade do apelante, não podem ser ignorados os requintes de organização da operação que integrava. Não há que se passar despercebido que a situação versa expressiva quantidade de maconha, com envolvimento de várias pessoas, utilização de viatura policial, retirada da droga de unidade policial, substituindo-a por outra transportada de propriedade rural, afigurando-se inverossímil pudesse ter sido tratada sem um mínimo de organização.

Frente à complexidade da trama, é evidente que os componentes do grupo, ainda que eventualmente e restritos ao caso presente, somente lançariam mão de pessoas com as quais mantivessem vínculo de confiança, desenvolvendo a ilicitude com cuidados e eliminação de riscos. E operação desse porte, com tamanha grandiosidade, não se elabora ou executa-se de um dia para outro, apressadamente, mas sim, organizada e cuidadosamente, através de pessoas ligadas por vínculo e comprometimento.

E no exercício desse pacto, exteriorizando comunhão de propósitos, conjugação de esforços e distribuição de tarefas, em busca de proveito comum, encontrava-se efetivamente o acusado envolto na operação, conforme já frisado.

Alie-se, ainda, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a natureza da droga apreendida são fatores aptos a ensejar a presunção de participação do agente em organização criminosa ligada à traficância. Senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA – NÃO PREENCHIMENTO DOS* ***REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA*** *– REEXAME DE PROVAS – SÚMULA N. 7 DO STJ – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – NÃO CABIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.***
>
> *2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, dentre outras razões, ante a importante quantidade do entorpecente apreendido, (42 invólucros de cocaína), o que denota que o recorrente se dedica à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ (...)."* (AgRg no AREsp 1032587/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017). Grifei.

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – AUMENTO DA PENA-BASE PELA INCIDÊNCIA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA MINORANTE DA EVENTUALIDADE DO TRÁFICO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) – POSSIBILIDADE – ROBUSTECIMENTO DO REGIME PRISIONAL – ACOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS AFASTADA – RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO. Com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e a jurisprudência atual, o aumento da pena-base mostra-se perfeitamente aplicável aos casos que a quantidade e a natureza da droga ser de grande monta e altamente lesivo, como o caso dos autos. Para a aplicação do benefício da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/2006, deve ser preenchido cumulativamente alguns requisitos, quais sejam, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Muito embora o apelante preencha os dois primeiros requisitos, a quantidade de droga transportada e o modus operandi evidenciam a dedicação*

*às atividades criminosas, impossibilitando a aplicação do privilégio (...).”* (Apelação nº 0001366-67.2014.8.12.0004 - Amambai Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 23.11.2015)

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03 – 1,535 KG DE COCAÍNA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CARACTERIZADO – INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – IMPROVIMENTO. Mantém-se o afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, vez que do contexto fático probatório o apelante efetivamente figurou como membro integrante de organização criminosa voltada à disseminação de drogas.”* (Ap. Criminal n. 0004036-50.2015.8.12.0002, Rel. Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Dourados; 1ª Câmara Criminal; 07/03/2017)

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE DEVIDAMENTE MAJORADA PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA E APLICADA PELO JUÍZO A QUO – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – MANTIDA – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL NO CASO CONCRETO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*I – A nociva natureza e a elevada quantidade da droga apreendida (19,270Kg de cocaína) evidencia a maior afetação à saúde pública, autorizando a exasperação da pena-base em razão desse fator, pois de fato é extremamente perniciosa, evidenciando a periculosidade da conduta cometida, sendo necessário apenamento mais severo para a devida reprovação e prevenção do delito.*

*III – Incabível a redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa e sua participação em organização criminosa, pois a droga, em grande quantidade, estava sendo transportada para outro Estado da Federação em carro previamente preparado, sendo ocultada no tanque de combustível e, o réu era instruído pelos comparsas por meio de telefone celular. Tais circunstâncias revelam a experiência no ramo do tráfico de drogas e denotam a existência de coordenação com organização voltada à prática dessa atividade.*

*IV – Deve ser mantida a causa de aumento da pena do tráfico interestadual (inciso V do art. 40 da Lei de Drogas), pois para caracterização basta que as provas produzidas demonstrem.”* (Ap. Criminal n. 0002279-80.2014.8.12.0026, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; Bataguassu; 3ª Câmara Criminal; 16/02/2017)

*“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE – MODULADORA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL VALORADA – REDUÇÃO – QUALIDADE DA DROGA – ART. 42 DA LEI 11.343/2006 – COCAÍNA – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE MANTIDA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE – TRÁFICO OCASIONAL – ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO INTERESTADUAL – ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – REGIME PRISIONAL – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/2006 – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) III - O fato de o agente transportar grande quantidade de substância entorpecente (969 gramas de cocaína), aliado a outras circunstâncias que demonstram participar de atividades próprias de organização*

*criminosa, bem como de dedicar-se ao tráfico de drogas impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).”* (Ap. Criminal n. 0001783-84.2014.8.12.0015, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Miranda; 3ª Câmara Criminal; 26/01/2017)

Argumenta-se, também, que a sentenciante se utilizou de fundamentos com conteúdos idênticos para aumentar a pena do apelante.

Não comungo desse entendimento.

Ao discorrer sobre a culpabilidade dos delitos de tráfico e peculato, a sentenciante considerou, quanto ao primeiro, o efetivo transporte dos 373 quilos de maconha, como de fato deveria tê-lo feito, à luz do art. 42 da Lei Antidrogas, sendo que, no tocante ao segundo (peculato), considerou a ousadia do agente em subtrair entorpecente que estava sob sua posse no interior da própria unidade policial.

Importa consignar, igualmente, que inexiste *bis in idem*, na medida em que a quantidade exorbitante da droga apreendida poderia realmente ser considerada como circunstância negativa na primeira fase da dosimetria ao passo que o afastamento do denominado tráfico privilegiado, como realçado, calcou-se na natureza de organização criminosa na qual o recorrente encontrava-se envolvido, na estrutura organizacional, delineando cenário incompatível com o privilégio almejado.

Nova dosimetria:

Eduardo Luciano Diniz:

Tráfico de entorpecentes:

A exasperação, evidentemente, deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, deve ser levado em consideração que em situações desse jaez, imputação alusiva a tráfico de entorpecentes, são 10 circunstâncias a serem observadas, oito delas elencadas no artigo 59 do Código Penal e duas no artigo 42 da Lei Antidrogas, a possibilitar, destarte, incidência da fração de 1/10 por cada vetorial negativada. Nesse sentido:

*“EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA – DESCABIDA – PENASBASES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FRAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PATAMAR IMAGINÁRIO DE 1/10 (UM DÉCIMO) – SOMA DAS 8 (OITO) CIRCUNSTÂNCIAS ELENCADAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS À NATUREZA E À QUANTIDADE DA DROGA, PREVISTAS NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006 – PENAS-BASES FIXADAS DE FORMA PROPORCIONAL PELO JUÍZO A QUO – TRÁFICO INTERESTADUAL – CARACTERIZADO – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA DIVISA INTERESTADUAL, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 587 DO STJ – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CONFIGURADO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM QUE OS RÉUS DEDICAVAM-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA – RECURSOS IMPROVIDOS. Restando devidamente comprovada em juízo a autoria delitiva, o decreto condenatório é medida imperiosa. O STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal possuem o mesmo grau de importância, utilizando, diante disso, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o máximo. Porém, em caso de crime previsto na Lei de Drogas, por força do art. 42 desta norma, há mais 2 (duas) circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, totalizando, dessa forma, 10 (dez) circunstâncias judiciais, haja vista a existência de 8 (oito) no art. 59 do Estatuto Repressivo, resultando daí que deve ser empregado um patamar imaginário de 1/10 (um décimo) para cada circunstância desfavorável, a recair sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo penal. Consoante diretriz retirada da Súmula nº 587 do Superior*

*Tribunal de Justiça, para que seja aplicada a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, é despicienda a efetiva transposição da divisa interestadual, sendo bastante que, pelos meios de prova, fique evidenciado que o entorpecente teria como destino Estado da Federação diverso daquele em que fora apreendido. O transporte de narcótico em veículo preparado, aliado ao extenso caminho percorrido pelos réus em torno de 3.600 km (três mil e seiscentos quilômetros) até uma localidade próxima à fronteira entre Brasil e Paraguai (Amambaí), conhecida como um dos principais corredores do tráfico de entorpecentes no País, com o objetivo exclusivo de buscar droga reservada à mercancia, traduzem-se em circunstâncias que demonstram que fazem do tráfico de entorpecentes o meio de vida deles, dedicando-se à atividade criminosa, não fazendo jus, via de consequência, à causa especial de diminuição de pena disciplinada no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006."* (TJMS. Apelação n. 0004632-97.2016.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 06/02/2018, p: 09/02/2018).

Assim, considerando que o delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/06 prevê pena em abstrato situada entre 05 a 15 anos, realçando elastério correspondente a dez anos ou 120 meses, a incidência da fração de 1/10 dantes mencionada conduzirá a acréscimo, por cada moduladora negativada, correspondente a 01 (um) ano.

Destarte, remanescendo três (03) circunstâncias negativas (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, esta última em decorrência do provimento parcial do recurso do MP), a pena-base deve ser fixada em 08 (oito) anos de reclusão e, resguardada devida simetria, pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária especificada, mantida na segunda fase, face à ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, inexiste causa de diminuição, mas, diante das causas de aumento objetivas elencadas no art. 40, II e III, da Lei 11.340/06, aplicando-se a fração de 1/5, nos termos já consignados pela sentenciante, resulta a pena definitiva, alusiva ao delito ora analisado, de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias-multa.

Peculato:

De igual sorte, a exasperação deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério sugerido por Ricardo Augusto Schmitt (Sentença penal condenatória: teoria e prática. 8. ed. Podium), deve incidir para cada circunstância negativa, em casos como tais, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

Nesse diapasão, o posicionamento esposado pela Seção Criminal desta Corte de Justiça no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0043268-58.2004.8.12.0001/50000, Relator Des. Manoel Mendes Carli:

*"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.*

*Se o agente possui uma única circunstância judicial negativa, dentre as oito estabelecidas no art. 59 do CP, a exasperação da pena-base não pode se dar em patamar muito acima do mínimo, devendo ser aplicada a fração de 1/8 entre as penas mínima e máxima para fixação do quantum, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade."*

Embora não figure como absoluto referido critério, emana também das Cortes Superiores[1] a adoção da fração de 1/8 dantes citada, a incidir sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, por cada vetorial negativamente valorada.

De semelhante tom o posicionamento firmado pela Terceira Câmara Criminal[2]:

1 STJ, REsp 1732452/TO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/08/2018, publicado em: 22/08/2018; STF, AP 470/MG, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em: 05/09/2013, Tribunal Pleno, publicado em 10/10/2013.

2 Apelação Criminal nº 0003085-42.2018.8.12.0005, Rel. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j. 01/08/2019

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO – RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL – PRELIMINAR – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO - NO MÉRITO – PENA-BASE – QUANTUM REDUZIDO – PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO – POSSIBILIDADE – RÉ MULTIRREINCIDENTE – REGIME SEMIABERTO MANTIDO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

*I - (...)*

*II - Efetuada a redução da fração levada a efeito na sentença para a exasperação da pena basilar, a fim de adequá-la ao critério comumente adotado por este Sodalício e pelos Tribunais Superiores de 1/8 (oitavo) sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima previstas no preceito secundário do respectivo tipo penal.*

*(...)."*

Pois bem. No delito de peculato a pena em abstrato situa-se entre 02 a 12 anos, realçando elastério correspondente a dez anos ou 120 meses. Por conseguinte, cada moduladora negativada ensejará acréscimo equivalente a 01 ano e 03 meses.

Assim, tendo em vista que duas (02) circunstâncias judiciais restaram negativadas (culpabilidade e consequências do crime, esta última em decorrência do provimento parcial do recurso do MP), deve a basilar ser fixada em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, à razão unitária citada, a qual torno definitiva quanto ao delito em comento, à míngua de outros aspectos a serem considerados na segunda e terceira fases da dosimetria.

Face ao concurso material abordado no artigo 69 do Código Penal, fica referido acusado definitivamente condenado ao cumprimento de 13 (treze) anos, 01 (um) mês e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 915 (novecentos e quinze) dias-multa, à razão unitária mencionada nos autos.

Moisés Lopes Ferreira:

Tráfico de entorpecentes:

Adotando-se os mesmos critérios e fundamentos já explicitados em relação ao corréu Eduardo, notadamente quanto à fração de 1/10, remanescendo negativadas três (03) moduladoras (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, esta última em decorrência do provimento parcial do recurso do MP), a pena-base deve ser fixada em 08 (oito) anos de reclusão e, resguardada devida simetria, pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária especificada.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, (certidão de fls. 396/398) e, para tanto, adotada a fração de 1/6 (provimento do recurso neste ponto), resulta a intermediária em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 880 (oitocentos e oitenta) dias-multa.

Na terceira fase, diante das causas de aumento objetivas elencadas no art. 40, II e III, da Lei 11.340/06, e incidente a fração de 1/5, nos termos consignados pela sentenciante, fica o acusado definitivamente condenado, quanto ao delito em tela, a 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e pagamento de 1.060 (um mil e sessenta) dias-multa.

Peculato:

De igual sorte, considerados os critérios e fundamentos explicitados em relação ao corréu Eduardo, bem como a fração de 1/8, remnescendo negativadas duas (02) circunstâncias judiciais (culpabilidade e consequências do crime, esta última em decorrência do provimento parcial do recurso do MP), situa-se a basilar em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, (certidão de fls. 396/398) e, para tanto, adotada a fração de 1/6 (provimento do recurso neste ponto), resulta a intermediária em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, tornada definitiva, quanto ao delito enfocado, â míngua de outros aspectos a serem considerados.

Face ao concurso material abordado no artigo 69 do Código Penal, fica referido acusado definitivamente condenado ao cumprimento de 16 (dezesseis) anos, 05 (cinco) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.078 (um mil e setenta e oito) dias-multa, à razão unitária mencionada nos autos.

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[3]:

> *"(...) 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, (i) afasto as preliminares arguidas, (ii) dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, para o fim de considerar negativas as consequências dos crimes, (ii) dou parcial provimento ao recurso interposto por Moisés Lopes Ferreira, a fim de adotar, na segunda fase da dosimetria, a fração de 1/6, correspondente à reincidência, (iii) nego provimento ao recurso interposto por Eduardo Luciano Diniz, e, assim, diante do consequente redimensionamento fica o acusado Moisés Lopes Ferreira definitivamente condenado a 16 (dezesseis) anos, 05 (cinco) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.078 (um mil e setenta e oito) dias-multa, à razão unitária mencionada nos autos, e, o acusado Eduardo Luciano Diniz definitivamente condenado a 13 (treze) anos, 01 (um) mês e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 915 (novecentos e quinze) dias-multa, à razão unitária mencionada nos autos, remanescendo inalterados os demais termos da sentença atacada.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso interposto por Eduardo Luciano Diniz e deram parcial provimento aos recursos do ministério público estadual e de Moisés Lopes Ferreira. Sustentação oral realizada pelo advogado José Roberto Rodrigues da Rosa.

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. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

***

3 Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

## 2ª Seção Criminal
## Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
## Mandado de Segurança Criminal nº 1414322-35.2020.8.12.0000 – Bataguassu

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PELA PRISÃO PROVISÓRIA DO INVESTIGADO – NEGATIVA DE ACESSO AOS AUTOS AO ADVOGADO CONSTITUÍDO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO ACESSO IRRESTRITO – EXISTÊNCIA DE DILIGÊNCIAS SIGILOSAS EM CURSO – SÚMULA VINCULANTE Nº 14, DO STF – AUSÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, SEGURANÇA DENEGADA.

O direito do advogado ao acesso à investigação em andamento, nos termos do artigo 7º, §§ 10 e 11, da Lei nº 8.906/94, não representa prerrogativa absoluta, sendo passível de restrição para o fim de garantir a eficácia das diligências instauradas.

Ademais, consoante a Súmula Vinculante nº 14, do STF, *"é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa"*, ficando, ressalvadas, portanto, as diligências em andamento.

Versando os autos originários sobre atividade instrutória precedente, cuja eficácia depende de sigilo, não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, especialmente considerando que, como consignado no ato indigitado coator, a vedação de acesso ao procedimento perdurará somente até o fim das diligências, evidenciando, assim, que a defesa técnica restará devidamente assegurada.

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, segurança denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, denegaram a segurança.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de mandado de segurança criminal, com pedido de liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul em favor do advogado Sérgio dos Santos Franco e contra ato do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bataguassu, Dr. Cezar Fidel Volpi.

Discorre que o advogado foi constituído para a patrocinar a defesa de Marcelo de Oliveira de Souza, o qual, nos Autos nº 0801355-26.2020.8.12.0026, teve mandado de prisão temporária expedido em seu nome.

Sustenta que o causídico protocolou petição de juntada de procuração e acesso aos autos, sendo que a autoridade impetrada, apesar de ter deferido a juntada do documento, indeferiu o acesso aos autos, ao argumento de que *"o presente procedimento é de natureza sigilosa e o acesso do advogado aos autos pode frustrar as diligências policiais."*

Defende, neste tanto, a ocorrência de violação ao direito líquido e certo do profissional da advocacia, referente à obtenção de acesso aos elementos de prova já documentados nos autos e, ainda, ao direito de defesa do cidadão investigado.

Assevera que *"assiste ao Advogado a prerrogativa – que lhe é dada por força e autoridade da lei – de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono, competindo-lhe, para o fiel desempenho do munus de que se acha incumbido, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional."*

Dessa forma, ante a presença dos requisitos inerentes, requer a concessão da medida liminar, para o fim de suspender a decisão proferida pela autoridade impetrada, com a concessão de acesso ou o fornecimento de cópias dos autos e, por fim, a concessão definitiva da segurança.

A liminar foi indeferida (fls. 47/50).

O juízo *a quo* prestou informações (fls. 55/57) e, a seguir, a Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se pela denegação da segurança. (fls. 61/66)

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança criminal, com pedido de liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul em favor do advogado Sérgio dos Santos Franco e contra ato do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Bataguassu, Dr. Cezar Fidel Volpi.

Discorre que o advogado foi constituído para a patrocinar a defesa de Marcelo de Oliveira de Souza, o qual, nos Autos nº 0801355-26.2020.8.12.0026, teve mandado de prisão temporária expedido em seu nome.

Sustenta que o causídico protocolou petição de juntada de procuração e pedido de acesso aos autos, sendo que a autoridade impetrada, apesar de ter deferido a juntada do documento, indeferiu o acesso aos autos, ao argumento de que *"o presente procedimento é de natureza sigilosa e o acesso do advogado aos autos pode frustrar as diligências policiais."*

Defende, neste tanto, a ocorrência de violação ao direito líquido e certo do profissional da advocacia, referente à obtenção de acesso aos elementos de prova já documentados nos autos e, ainda, ao direito de defesa do cidadão investigado.

Pois bem. Como cediço, em conformidade com expresso dispositivo constitucional, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, *ex vi* do artigo 5º, inciso LXIX, da CF, *in verbis*:

*"Art. 5º*

*LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."*

Por direito líquido e certo, esclarece-se, deve ser entendido como aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória, tal como giza Hely Lopes Meireles:

*"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: 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."* (Mandado de segurança. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36-37)

Exsurge dos Autos de Origem nº 0801355-26.2020.8.12.0026, que o advogado Sérgio dos Santos Franco foi constituído para patrocinar a defesa de Marcelo Oliveira de Souza, o qual está sendo investigado, juntamente com outras pessoas, por supostamente ter cometido os delitos previstos no artigo 280, *caput,* do Código Penal (associação criminosa) e artigo 155, §§ 1º e 4º, II e IV, do Código Penal (furto qualificado mediante rompimento de obstáculo, durante repouso noturno e em concurso de pessoas).

Em que pese os argumentos expendidos pela impetrante, não há comprovação inequívoca do direito líquido e certo alegado, de maneira que a denegação da ordem se afigura inevitável.

Como cediço, a assistência técnica por advogado é garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Outrossim, o direito do advogado ao acesso à investigação em andamento, nos termos do artigo 7º, §§ 10 e 11, da Lei nº 8.906/94, não representa prerrogativa absoluta, sendo passível de restrição para o fim de garantir a eficácia das diligências instauradas. *In verbis:*

*"Art. 7º São direitos do advogado:*

*(...)*

*XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;*

*(...)*

*§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.*

*§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências."*

Tem-se, assim, que, em casos específicos, a exclusão de acesso do advogado à diligências policiais em andamento justifica-se a fim de resguardar a finalidade do procedimento investigatório.

Aliás, nesta senda, a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, conquanto assegure amplo acesso ao defensor do investigado aos elementos já documentados nos autos, também prevê ressalva quanto às diligências em andamento.

No mesmo sentido, o Ministro Francisco Falcão, do STJ, ao julgar o AgInt no RMS 62.275/RJ, de igual forma consignou que *"o direito legitimamente deferido a advogados de acesso a autos de investigação – ainda que espelhe clara manifestação do direito ao devido processo legal substancial, ao contraditório e à ampla defesa –, não é absoluto, como, de resto, não são os demais direito fundamentais. O legislador ponderou os direitos fundamentais em colisão para restringir episodicamente os direitos de defesa em proveito do direito à eficiência das investigações de atos ilícitos."*

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – NEGATIVA DE ACESSO AOS AUTOS DE INQUÉRITO CIVIL – A AUTORIDADE COMPETENTE PODE DELIMITAR O ACESSO DO ADVOGADO AOS ELEMENTOS DE PROVA – DILIGÊNCIAS EM ANDAMENTO E NÃO DOCUMENTADAS NOS AUTOS – RISCO IMINENTE NA EFICÁCIA DAS DILIGÊNCIAS – SÚMULA VINCULANTE N. 14 – NÃO HÁ COMPROVAÇÃO DE RECUSA PELA AUTORIDADE INDICADA COMO COATORA – NOVAS DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS DOCUMENTADAS E NÃO MAIS SIGILOSAS.*
>
> *I - Na origem, trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato da Promotora de Justiça da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Volta Redonda/RJ. O ato indicado como coator foi a negativa de acesso aos autos de Inquérito Civil pela Promotoria de Justiça.*
>
> *II - A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio denegou a segurança. Contra essa decisão, interpôs o impetrante recurso ordinário. Sustentou que goza de direito líquido e certo, pois o acórdão recorrido não aplicou corretamente a disposição do art. 7º, XIII e XV, do EOAB, nem tampouco observou a orientação constante do enunciado da Súmula Vinculante n. 14. Na condição de investigado no inquérito civil, tem direito a acessar as diligências já documentadas nos autos. Informou que, no dia 4 de setembro 2019, após a decisão denegatória da segurança, compareceu à Promotoria de Justiça e prestou os esclarecimentos solicitados.*
>
> *III - Nesta Corte, negou-se provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. Interposto agravo interno. Sem razão a parte agravante.*
>
> *IV - A decisão agravada consiste em recurso ordinário em mandado de segurança, por meio do qual o recorrente impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que não reconheceu a ilegalidade na conduta de Promotor de Justiça consistente na negativa de acesso a autos de Inquérito Civil.*
>
> *V - A teor do art. 7º, XIII, do Estatuto da OAB, é direito do advogado 'examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos'.*
>
> *VI - Por sua vez, estatui o inciso XIV, cuja leitura precisa ser feita em harmonia com o § 11 do mesmo artigo, que é direito do advogado 'examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital'. Integrando-o, preceitua o § 11: 'No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências'. VII - Parece estreme de dúvidas que o direito legitimamente*

*deferido a advogados de acesso a autos de investigação - ainda que espelhe clara manifestação do direito ao devido processo legal substancial, ao contraditório e à ampla defesa -, não é absoluto, como, de resto, não são os demais direito fundamentais. O legislador ponderou os direitos fundamentais em colisão para restringir episodicamente os direitos de defesa em proveito do direito à eficiência das investigações de atos ilícitos.*

*VIII - A Súmula Vinculante n. 14, invocada pelo recorrente em suas razões, ressalva a possibilidade de restrição aos elementos de prova ainda não documentados. Nesse sentido: AgRg no RMS 59.212/PE, Rel.*

*Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/4/2020, DJe 4/5/2020; AgRg no HC 506.890/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe 24/5/2019). De todo modo, referida Súmula Vinculante não se aplica a investigações de natureza não penal, como evidencia o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: Rcl 8.458 AgR. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 26/6/2013. Publicação: 19/9/2013.*

*IX - Não bastassem essas considerações, houve, aparentemente, o levantamento do sigilo na origem. É a informação que consta do ofício de fl. 139. Para fragilizar tal informação, o recorrente juntou aos autos um e-mail encaminhado a uma técnica judiciária do Ministério Público, a qual, após dizer que o Inquérito encontrava-se sob sigilo, encaminhou os autos ao Promotor de Justiça em exercício para análise do pedido do recorrente. No entanto, não consta que tal acesso tenha sido recusado pelo Promotor de Justiça. Ou seja, não há confirmação de recusa pela autoridade indicada como coatora.*

*X - Caso essa recusa se confirme, e como bem expôs o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 161-165, ter-se-á ato novo e diverso, consistente na recusa de exibição de diligências investigatórias documentadas e não mais sigilosas. Efetivamente, o Tribunal de Justiça não se debruçou sobre tal ato. Assim, uma vez que não goza o recorrente de direito líquido e certo, correta a decisão agravada.*

*XI - Agravo interno improvido."* (AgInt no RMS 62.275/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/10/2020, DJe 22/10/2020)

No caso em tela, versam os Autos Originários (nº 0801355-26.2020.8.12.0026) sobre representação, pela autoridade policial, para que fosse decretada a prisão provisória de Marcelo Oliveira de Souza e demais investigados, o que foi deferido pela autoridade impetrada, sob o fundamento de ser a medida indispensável para o prosseguimento das investigações e melhor elucidação dos fatos.

Neste tanto, considerando a existência de diligências investigatórias sigilosas ainda em curso e ainda não documentadas nos autos, não há que se cogitar, por ora, a ocorrência de ofensa ao previsto no Estatuto da Advocacia ou desrespeito à orientação vinculante, uma vez que, como expressamente previsto por referidos textos, a negativa de acesso do advogado aos autos se deu justamente para preservar a eficácia desejada com a investigação policial.

Colaciono, neste sentido, a jurisprudência emanada dos tribunais pátrios:

*"MANDADO DE SEGURANÇA – REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL – SÚMULA VINCULANTE 14 – ESTATUTO DA OAB – DILIGÊNCIAS POLICIAIS EM CURSO – ELEMENTOS DE PROVA JÁ DOCUMENTADOS – REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. 1. A legislação confere tratamento diferenciado ao advogado, em razão da relevância da função que exerce (art. 133, da Constituição Federal). 2. As prerrogativas legais instituídas em favor dos advogados não devem e não podem ser confundidas com privilégios corporativos* ***3. A Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal assegura o amplo acesso aos elementos de prova já documentados nos autos. 4. A exclusão de acesso com relação às diligências policiais em andamento é justificada para evitar sua frustração em razão do conhecimento prévio do investigado.*** *5. Remessa Necessária criminal desprovida."* (TRF

3ª R.; RemNecCiv 0001823-78.2018.4.03.6104; SP; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Mauricio Kato; Julg. 31/08/2020; DEJF 10/09/2020). (G.n.)

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – ACESSO PELO PROCURADOR DO INVESTIGADO AOS ELEMENTOS DE PROVA JÁ DOCUMENTADOS NA INVESTIGAÇÃO, RESGUARDADO O SIGILO DE EVENTUAIS DILIGÊNCIAS AINDA EM CURSO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO ACESSO IRRESTRITO – SÚMULA VINCULANTE Nº 14, DO STF.* ***A assistência técnica por advogado é garantia constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Para a eficácia da investigação, porém, em casos específicos, necessário é o sigilo, o qual será restrito às diligências ainda não concluídas. Aplicação da Súmula Vinculante nº 14 do STF. O acesso aos autos não é absoluto. O direito do advogado restringe-se às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, de sorte que são excluídos desse espectro as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e não documentadas no próprio expediente****. O direito do advogado previsto no artigo 7º, inciso XIII, da Lei nº 8.906/1994 (com a redação que lhe deu a Lei nº 13.793/2019), não é absoluto, uma vez que o próprio dispositivo estabelece o direito de examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos. O impetrante, na defesa dos interesses de seu constituinte, tem direito somente àquilo que não comprometa o andamento regular das investigações. A ele só deve ser franqueado o acervo de provas já produzidas e sem caráter sigiloso. Liminar Ratificada. Segurança Parcialmente Concedida."* (TJRS; MS 0097038-07.2020.8.21.7000; Proc 70084586791; Charqueadas; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luciano Andre Losekann; Julg. 26/10/2020; DJERS 05/11/2020). (G.n.)

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO À VISTA DOS AUTOS DE MEDIDA CAUTELAR SIGILOSA QUE TRAMITA SOB SEGREDO DE JUSTIÇA E HABILITAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO – SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO C. STF. IMPOSSIBILIDADE.* ***Existência de diligências investigatórias em andamento conectadas entre si, ainda não totalmente documentadas nos autos, que impedem, por ora, o acesso irrestrito ao seu conteúdo sem comprometer o que se busca alcançar dentro de parâmetros legais e proporcionais. Situação fática que se afasta da orientação vinculante****. Ausência de manifesta ofensa à ampla defesa e ao contraditório, bem como de comprometimento indireto à liberdade das investigadas. Pedido de justiça gratuita. Impossibilidade. Não comprovação de hipossuficiência financeira. Impetrantes representadas por advogado constituído. Presunção de capacidade econômica não ilidida. Segurança denegada."* (TJSP; MS 2161015-46.2020.8.26.0000; Ac. 13944053; São Paulo; Décima Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Rachid Vaz de Almeida; Julg. 09/09/2020; DJESP 22/09/2020; Pág. 2425)

De outro vértice, não se vislumbra ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, como consignado no ato indigitado coator, a vedação de acesso ao procedimento perdurará somente até o fim das diligências (fl. 25), evidenciando que a defesa técnica restará devidamente assegurada, ainda que de maneira diferida, especialmente tendo em vista tratar-se os autos em voga de prévia atividade instrutória.

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, ratifico o indeferimento da liminar e, com o parecer, denego a segurança.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a segurança.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

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, Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2020.

***

## 2ª Seção Criminal
## Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
## Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001013-28.2019.8.12.0044/50000 – Sete Quedas

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO VOTO DISSIDENTE QUE APLICOU O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES DE POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO E POSSE DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – IMPOSSIBILIDADE – CRIMES DIVERSOS, QUE TUTELAM BENS JURÍDICOS DISTINTOS – EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS.

Como os crimes dos artigos 12 e 16 da Lei n.º 10.826/03 são diversos, e tutelam bens jurídicos distintos, não se aplica o princípio da consunção, ainda que praticados no mesmo contexto fático. Embargos rejeitados. Com o parecer.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improveram os embargos infringentes.

Campo Grande, 11 de novembro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Alisson Gabriel de Melo opôs embargos infringentes contra o acórdão proferido pela 2º Câmara Criminal deste Tribunal que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação criminal.

Requereu a prevalência do voto dissidente proferido pelo revisor, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que deu provimento ao recurso de apelação para aplicar o princípio da consunção entre os crimes de porte de munição de arma de fogo de uso permitido e porte ilegal de arma de uso restrito.

A PGJ opinou pelo improvimento dos embargos infringentes (p. 15/20).

### VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Alisson Gabriel de Melo opôs embargos infringentes contra o acórdão proferido pela 2º Câmara Criminal deste Tribunal que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação criminal.

Requereu a prevalência do voto dissidente proferido pelo revisor, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que deu provimento ao recurso de apelação para aplicar o princípio da consunção entre os crimes de porte de munição de arma de fogo de uso permitido e porte ilegal de arma de uso restrito.

Contudo, essa pretensão não prospera.

Para melhor apreciação da insurgência, trago o voto dissidente proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence:

> *"Cuida-se de recurso de apelação interposto por Alisson Gabriel de Melo Moura contra sentença pelo qual foi condenado pelos crimes previstos nos artigos 14, caput, e 16, caput, inciso IV, ambos da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 70, primeira parte, do Código Penal, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 07 (sete) dias, além do pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, no regime inicial fechado.*
>
> *Requer a aplicação do princípio da consunção.*
>
> *O e. Relator nega provimento ao recurso.*
>
> *Divirjo.*
>
> *Deve ser afastada a condenação quanto ao crime previsto no art. 14, da Lei n. 10.826/2003, reconhecendo-se apenas a figura do art. 16 da mesma Lei, ante o reconhecimento da consunção entre os crimes.*
>
> *Isso porque o bem jurídico tutelado pelos tipos penais em questão é exatamente o mesmo, qual seja, a segurança pública.*
>
> *Nesse passo, como o réu foi preso, na mesma oportunidade, tendo armamento de numeração suprimida e munições de uso permitido para a mesma arma de fogo, evidente que não estão configurados crimes autônomos, mas tão somente o crime mais grave do art. 16 da Lei 10.826/03, o qual deve absorver o mais brando do art. 14 da mesma Lei, evitando a dupla punição pelos mesmos fatos praticados em contexto único.*
>
> *Aliás, esta 2ª Câmara Criminal já decidiu que, 'se o agente transportava munições de uso restrito e de uso permitido num mesmo contexto fático, não configuram-se dois delitos autônomos, mas sim crime único, consistente no art. 16, caput, da Lei nº 10.826/03, que é mais grave que o art. 14 do mesmo diploma, reconhecendo-se o princípio da consunção'. (Apelação nº 0000798-30.2011.8.12.0045 - Sidrolândia, Relator Designado Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli, j. 7.10.2013).*
>
> *(...)*
>
> *Assim, reconhecendo-se o princípio da consunção afasta-se a condenação do apelante pelo crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/03, mantendo exclusivamente a condenação no crime do art. 16 da Lei 10.826/03.*
>
> *Ante o exposto, divirjo do e. Relator a fim de dar provimento ao recurso de Alisson Gabriel de Melo Moura para aplicar o princípio da consunção entre as condutas denunciadas, afastando a condenação pelo crime do art. 14, da Lei n. 1.826/2003 e mantendo apenas a condenação pelo crime do art. 16, IV, da mesma Lei, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 dias-multa, no valor fixado na sentença."*

Em que pesem os fundamentos conditos no voto dissidente, os votos vencedores devem prevalecer.

No caso, houve a apreensão de armas de uso proibido e munições de uso permitido.

O princípio da consunção é até aplicável a algumas situações envolvendo delitos relativos a armas e munições, mas isto apenas quando ocorre apreensão de pluralidade de armas e munições num mesmo contexto, e da mesma natureza, ou seja, somente de uso permitido ou então de uso restrito.

Por outro lado, quando no mesmo contexto fático apreende-se armas e/ou munições de uso restrito e também de uso permitido, das duas espécies, portanto, impossível a aplicação do princípio da consunção.

É que nesta segunda hipótese pratica-se crimes diversos, que protegem bens jurídicos diferentes. *In casu*, os delitos configurados foram os dos artigos 12 (que tutela a paz e a segurança pública) e 16 (que protege além da paz e a segurança pública, o Sistema Nacional de Armas). Assim orienta o STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – BENS JURÍDICOS DISTINTOS. Decisão reconsiderada para dar provimento ao recurso especial. Tem-se reconhecido a existência de crime único quando são apreendidos, no mesmo contexto fático, mais de uma arma ou munição, tendo em vista a ocorrência de uma única lesão ao bem jurídico protegido. Sucede que referido entendimento não pode ser aplicado no caso dos autos, porquanto a conduta praticada pelo réu se amolda a tipos penais diversos, sendo que um deles, o do artigo 16, além da paz e segurança públicas também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas, razão pela qual é inviável o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso material."* (HC n. 211.834/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18/9/2013).

Analisando situação similar, o STJ, por decisão monocrática do Ministro Jorge Mussi no Recurso Especial nº 1.624.295 - GO (2016/0234348-9), reformou decisão do Tribunal de Justiça goiano, que havia aplicado o princípio da consunção entre os crimes dos artigos 12 e 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03. Confira-se a decisão do Ministro:

> *"(...) todavia, ao assim decidir, a Corte de origem dissentiu da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não há que se falar em crime único na hipótese em que são violados diferentes tipos penais, tal como ocorreu na espécie, em que restou configurada a prática das condutas descritas nos arts. 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento.*
>
> *Desse modo, somente pode ser reconhecido o crime único quando são apreendidos, no mesmo contexto fático, mais de uma arma ou munição capitulado no mesmo tipo penal, tendo em vista a ocorrência de uma única lesão ao bem jurídico protegido, situação que não ocorre na hipótese dos autos, porquanto a conduta praticada pelo recorrido se amolda a tipos penais diversos, sendo que um deles, o do artigo 16, além da paz e segurança públicas também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas."*

No mesmo sentido destaca-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSO PENAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO – DELITOS DIVERSOS – ART. 14 E 16 DA LEI N. 10.826/2003 – CRIME ÚNICO – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL. 1. A prática, em um mesmo contexto fático, dos delitos tipificados nos artigos 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003, configuram diferentes crimes porque descrevem ações distintas, com lesões à bens jurídicos diversos, devendo ser somados em concurso formal. 2. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1588298/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO – VÁRIAS ARMAS – IMPUTAÇÕES DIVERSAS: ARTS. 12 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/1993 – IMPOSSIBILIDADE – BENS JURÍDICOS DISTINTOS. 1. Há precedentes desta Corte no sentido de que a apreensão de mais de uma arma, munição, acessório ou explosivo com o mesmo agente não caracteriza concurso de crimes, mas delito único, pois há apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado. 2. Na presente hipótese, não pode ser aplicado tal raciocínio, pois, no caso, a conduta praticada pelo agravante se amolda a tipos penais diversos, atingindo distintos bens jurídicos, o que inviabiliza o reconhecimento de*

> *crime único e o afastamento do concurso. 3. Tem-se reconhecido a existência de crime único quando são apreendidos, no mesmo contexto fático, mais de uma arma ou munição, tendo em vista a ocorrência de uma única lesão ao bem jurídico protegido. Sucede que referido entendimento não pode ser aplicado no caso dos autos, porquanto a conduta praticada pelo réu se amolda a tipos penais diversos, sendo que um deles, o do artigo 16, além da paz e segurança públicas também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas, razão pela qual é inviável o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso material (HC n. 211.834/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18/9/2013). 4. O STJ firmou entendimento de que é possível a unicidade de crimes, quando, no porte ilegal, há pluralidade de armas, equacionando-se a reprimenda na fixação da pena-base. Na espécie, contudo, a pretensão não se justifica, dado se buscar o reconhecimento de crime único diante de imputações distintas: arts. 14 e 16, pár. único, da Lei 10.8.26/03 (HC n. 130.797/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/2/2013). 5. Agravo regimental improvido."* (AgRg no AgRg no REsp 1.547.489/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016).

Também já decidiu esta Corte:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES – POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO E POSSE DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CRIMES DIVERSOS, QUE TUTELAM BENS JURÍDICOS D6ISTINTOS – IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. Como os crimes dos artigos 12 e 16 da Lei n.º 10.826/03 são diversos, e tutelam bens jurídicos distintos, não se aplica o princípio da consunção, ainda que praticados no mesmo contexto fático. Embargos rejeitados. Com o parecer."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0003083-87.2019.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 25/03/2020, p: 26/03/2020)

Portanto, tratando-se de crimes diversos, que tutelam bens jurídicos distintos, ainda que praticados no mesmo contexto fático, não se aplica o princípio da consunção.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito os embargos infringentes, mantendo-se intacto o acórdão proferido no julgamento da apelação criminal, que negou provimento ao recurso.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, improveram os embargos infringentes.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 11 de novembro de 2020.

***

## 2ª Seção Criminal
## Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
## Mandado de Segurança Criminal nº 1406847-28.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO JUIZ QUE VISA COMPELIR O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU A OFERECER ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL MESMO APÓS ESTE TER MANIFESTADO DESINTERESSE – AFRONTA AO RITO DO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O regime do acordo de não persecução penal estatuído pela lei penal processual permite que o investigado ou acusado, no caso de recusa do promotor de justiça de oferecer a proposta, postule ao órgão superior do Ministério Público um reexame da matéria ou seja, este órgão superior pode, discordando do promotor de justiça, propor o acordo de não persecução penal.

No caso vertente, os documentos acostados ao presente *writ* demonstram que autoridade impetrada sequer intimou a defesa para manifesta-se sobre a petição do Ministério Público de primeira instância que consignou o desinteresse na celebração de acordo de não persecução penal, deixando de cumprir o § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal. Nesse contexto, a designação de audiência para impelir o membro do Ministério Público de primeira instância a propor o acordo de não persecução penal, mesmo após este já ter manifestado expressamente o desinteresse, constitui ato ilegal.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, concederam a segurança. Considerações pela 2ª Vogal.

Campo Grande, 11 de novembro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O Ministério Público Estadual impetrou o presente mandado segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo juiz de direito da 6ª Vara Criminal de Campo Grande.

Narrou que a autoridade impetrada deferiu o pedido de celebração de acordo de não persecução penal do acusado Laerte de Souza na Ação Penal nº 0040107-49.2018.8.12.0001 e designou audiência par ao dia 16/06/2020, às 15h, para que a Promotora de Justiça formule proposta, mesmo após manifestação contrária, em ofensa à titularidade da ação penal e ao sistema acusatório.

Sustentou que o magistrado de primeiro grau:

> *"(...) está, verdadeiramente, usurpando a função do membro do Ministério Público, que é quem decide pela proposta ou não do acordo"; que o "magistrado não pode obrigar o membro deste Órgão a celebrá-lo, como se superior hierárquico do Parquet fosse"; que, "tendo o Promotor de Justiça manifestado pela impossibilidade de oferecimento de acordo de*

*não persecução penal, discordando das razões, deve o Juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos da Resolução nº 22/2020-PGJ, de 5 de maio de 2020, pois do contrário ou ele próprio oferecerá o acordo na audiência, o que é absurdo, ou então estaria constrangendo este membro a praticar o ato, o que é Inadmissível."*

Assim sendo, requereu a concessão de liminar para suspender a audiência designada para o dia 16/06/2020, às 15h; no mérito, a concessão da segurança definitiva, a fim de garantir o direito líquido do Órgão Ministerial em titularizar a ação penal e, por consequência, facultar, por seus fundamentos, o oferecimento do acordo de não persecução penal, com remessa, em havendo discordância pelo juízo da instrução, dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem cabe a palavra final quanto à celebração de acordo pela Instituição.

A liminar foi deferida (p. 73/77).

As informações foram prestadas (p. 82/84).

Laerte de Souza foi citado pessoalmente como litisconsorte passivo necessário (Súmula 701 do STF) e quedou-se inerte (p. 103).

A PGJ reiterou o parecer lançado às p. 88/96, onde opinou pela concessão da segurança (p. 109).

Peço dia.

## VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Após análise minuciosa dos autos do presente mandado de segurança, verifica-se que não houve qualquer alteração fática ou jurídica capaz de modificar a decisão exarada em sede liminar, razão pela qual, com a finalidade de se evitar desnecessária tautologia, peço vênia para transcrevê-la, adotando-a como razão de decidir:

*"Cumpre registrar que o mandado de segurança constitui remédio constitucional destinado a sanar ou a evitar ilegalidades que acarretem violação a direito líquido e certo do impetrante.*

*Submete-se a um rito especial, cujo objetivo é proteger o indivíduo contra abusos praticados por autoridades públicas ou por agentes particulares no exercício de atribuições delegadas pelo ente público. O que justifica a ação mandamental é a existência de um ato omissivo ou comissivo da autoridade coatora que afronte um direito passível de ser comprovado de plano pelo impetrante.*

*Quando a ilegalidade deriva de ato judicial, o cabimento do writ restringe-se a situações excepcionais, isto é, quando não haja recurso hábil a impugnar o decisum, devendo o impetrante demonstrar, em todo caso, a existência de teratologia na decisão combatida.*

*O acordo de não persecução penal, tal como delineado no Código de Processo Penal (artigo 28-A), guarda natureza transacional. Cuida-se de um ato jurídico processual que tem como partes o Ministério Público e o investigado/acusado (artigo 28-A, parágrafo 3º), cuja produção de efeitos fica condicionada à homologação judicial (artigo 28-A, parágrafos 4º e 6º). Porque se cuida de um ajuste entre os sujeitos processuais, ou seja, pressupõe que Ministério Público e investigado/acusado cheguem a um consenso, a primeira conclusão é que, em se recusando o órgão acusatório a oferecer o acordo, não pode o juiz conceder o benefício ao investigado ou acusado.*

*No entanto, o regime do acordo de não persecução penal estatuído pela lei penal processual permite que o investigado ou acusado, no caso de recusa do promotor de justiça de oferecer a proposta, postule ao órgão superior do Ministério Público um reexame da matéria*

*ou seja, este órgão superior pode, discordando do promotor de justiça, propor o acordo de não persecução penal.*

*Neste sentido a dicção do artigo 28-A, parágrafo 14: '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.'*

*Vale dizer, a lei atribuiu ao investigado ou acusado um direito subjetivo processual de pleitear ao Procurador-Geral de Justiça um reexame da situação, visando o oferecimento do acordo de não persecução penal.*

*No caso vertente, os documentos acostados ao presente writ demonstram que autoridade impetrada sequer intimou a defesa para manifesta-se sobre a petição do Ministério Público de primeira instância que consignou o desinteresse na celebração de acordo de não persecução penal, deixando de qualquer modo de cumprir o § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal. Daí, a designação de audiência para impelir o membro do Ministério Público de primeira instância a propor o acordo de não persecução penal, mesmo após este já ter manifestado expressamente o desinteresse, constitui, a princípio, ato ilegal.*

***Assim sendo, defiro a liminar pleiteada par ao fim de suspender a audiência designada pela autoridade impetrada para o dia 16//06/2020, às 15h, nos Autos da Ação Penal nº 0040107-49.2018.8.12.0001.***" (G.n.)

Ante o exposto, com o parecer, ratifico a liminar deferida às p. 73/77, e concedo a segurança definitiva a fim de garantir o direito líquido e certo do Ministério Público em titularizar a Ação Penal nº 0040107-49.2018;812.0001 e, por consequência, facultar o oferecimento do acordo de não persecução penal, com remessa, em havendo discordância pelo réu, dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem cabe a palavra final quanto à celebração de acordo pela Instituição.

Comunique-se imediatamente o juízo de origem da decisão supra.

A Srª Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz (1º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

A Srª Desª Elizabete Anache (2º Vogal).

Acompanho o Relator.

Observo, contudo, que a matéria não é pacífica.

Ao contrário, a aplicação aos processos em curso do Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no ordenamento pela Lei 13.964/2019 - (Pacote Anticrime), tem proporcionado a difusão de decisões divergentes pelas cortes nacionais, inclusive no âmbito do STJ.

Exatamente por esse motivo, e dada a relevância da matéria, o Ministro Gilmar Mendes, na decisão monocrática proferida no bojo do *Habeas Corpus* n. 185.913/DF (e que discute a retroatividade e o cabimento do acordo de não persecução penal), afetou o caso ao Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento poderá formar precedente judicial a ser reproduzido em situações similares.

Inclusive, verifiquei que o julgamento consta na pauta do julgamento virtual agendado para data próxima (http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032), de modo que fica feita a ressalva quanto à possibilidade de futura revisão do entendimento ora adotado, tendo em vista a segurança e a estabilidade jurídica proporcionadas pelos precedentes.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (3º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Waldir Marques (4º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, concederam a segurança. Considerações pela 2ª vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 11 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
## Apelação Criminal nº 0000889-41.2015.8.12.0026 – Bataguassu

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PRELIMINAR – PEDIDO DE PROPOSTA DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019 – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS QUE DEMONSTRAM A CULPA DO RÉU – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA PENA DE SUSPENSÃO DE DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – IMPOSSIBILIDADE – OPERADA REDUÇÃO DO PERÍODO DE SUSPENSÃO DE DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Revela-se inaplicável o ANNP - Acordo de Não Persecução Penal, quando se trata de denúncia recebida no ano de 2019, 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.

Havendo provas da materialidade e de autoria do crime, bem como de que o réu agiu de forma imprudente, deve ser mantida a condenação pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Mantida a condenação pela prática do crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor, inviável se torna o afastamento da pena acessória de suspensão de dirigir, sob pena de negativa de vigência do preceito secundário do art. 302 do CTB.

A pena acessória deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade. Isto quer dizer que se a pena corporal foi fixada no mínimo legal, nesse patamar também deve ser estabelecida a pena acessória de suspensão ou proibição de dirigir veículo automotor. Redução da pena acessória operada ao mínimo legal.

### 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 a preliminar suscitada e, no mérito, proveram parcialmente o recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Crégio Azambuja Silva interpôs apelação em face da sentença que o condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e a suspensão de dirigir veículo automotor pelo mesmo período, como incurso no art. 302 do CTB, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos.

Em preliminar, requereu a aplicação de acordo da não persecução penal. No mérito, pediu por sua absolvição em face da ausência de culpa ou pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Alternativamente, postulou pelo afastamento da suspensão de dirigir veículo automotor ou sua fixação abaixo do mínimo legal (p. 328/343).

Contrarrazões pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso (p. 347/357).

A PGJ opinou pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso (p. 369/378).

## VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Crégio Azambuja Silva interpôs apelação em face da sentença que o condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e a suspensão de dirigir veículo automotor, como incurso no art. 302 do CTB, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos.

Preliminar

O apelante requereu a celebração do acordo de não persecução penal, alegando, para tanto, que *"após a prolação da Sentença entrou em vigor a Lei Anticrime (Lei 13.964/19) que, entre suas inovações, trouxe o acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP), sendo que o caso telado adequa-se ao mesmo, já que trata-se de crime culposo, bem como pena arbitrada em 02 (dois) anos. Argumentamos, ainda, que o acordo insere-se como direito subjetivo de todo Acusado."*

Contudo, razão não assiste ao apelante.

Cumpre destacar que a Lei nº 13.964/19, que entrou em vigência no dia 23/01/2020, inseriu o art. 28-A do CPP, trazendo a proposta de não persecução penal, nos seguintes termos:

> *"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:*
>
> *I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;*
>
> *II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;*
>
> *III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);*
>
> *IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou*
>
> *V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.*
>
> *§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.*

*§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:*

*I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;*

*II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;*

*III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e*

*IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.*

*§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.*

*§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.*

*§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.*

*§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.*

*§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.*

*§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.*

*§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.*

*§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.*

*§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.*

*§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.*

*§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.*

*§ 14. 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."*

Esta 2ª Câmara Criminal, firmou entendimento de que o momento da proposta de não persecução penal é após a conclusão do inquérito policial e antes do oferecimento da denúncia, bem como nos casos que encontram-se em andamento, quando da vigência desta nova lei, só caberá o oferecimento dessa proposta quando ainda a denúncia não foi recebida. Nesse sentido, colhe-se julgados:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÂNSITO – PRELIMINAR DE NULIDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – DENÚNCIA OFERECIDA NO ANO DE 2018 – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA LEI Nº 13.964/2019 VIGENTE A PARTIR DE 23/01/2020 – IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO NESSA FASE PROCESSUAL – PRELIMNAR REJEITADA (...). Incabível a proposta de acordo de não persecução penal, pois o crime em análise e o oferecimento da denúncia foram realizados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0003038-32.2018.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 07/10/2020, p: 13/10/2020)

> *"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 – (...) 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 (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0016608-75.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 09/09/2020, p: 16/09/2020)

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – ARTIGO 244, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA. Considerando que, quando da publicação da Lei nº 13.964/2019, a denúncia já havia sido oferecida, não há que se falar em remessa dos autos para oferecimento do acordo de não persecução penal. Com o parecer, ordem denegada."* (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1409240-23.2020.8.12.0000, Ribas do Rio Pardo, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 05/08/2020, p: 14/08/2020)

No caso, considerando que a denúncia foi recebida no dia 22/02/2019 (p. 138/139), antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, não há que se falar na celebração do acordo de não persecução penal, visto que o apelante não faz jus a tal benefício.

Assim, afasto a preliminar levantada.

## MÉRITO

Do pedido de absolvição.

O apelante requereu sua absolvição da prática do crime previsto no art. 302, *caput*, do CTB, alegando, para tanto, que não há provas suficientes para condenação.

Contudo, razão não lhe assiste.

A imputou ao acusado a prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, narrando o seguinte fato (p. 1/5):

> *"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 19 de dezembro de 2014, por volta das 07 horas e 45 minutos, na Rodovia MS 395, KM 34, Santa Rita do Pardo/MS, o denunciado, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, mediante imprudência, praticou*

*homicídio culposo na condução de veículo automotor, vitimando Neuza Alves dos Santos, conforme Laudo de Exame Necroscópico de fls. 13/16 e praticou lesão corporal culposa em Nilson Maruchi de Castro, Júlio César Nogueira da Silva e ***** de Castro Souza, conforme Laudos de Exame de Corpo de Delito de fls. 58/59, 61/62 e 64/65.*

*Segundo apurado, a vítima Nilson Maruchi de Castro conduzia seu veículo Ford F4000 pela rodovia MS 395, indo da cidade de Santa Rita do Pardo/MS para a cidade de Brasilândia/MS, acompanhado por seu neto, também vítima *****, quando o seu veículo apresentou problemas mecânicos, tendo a vítima Nilson que parar no acostamento e aguardar ajuda (fls. 08/09).*

*Da mesma forma, a vítima Júlio César Nogueira da Silva, acompanhado por sua companheira e vítima fatal, Neuza Alves dos Santos e pelo colega de serviço, Ednei Marques da Silva Moraes, seguiam pela mesma rodovia com o veículo Fiat Uno, indo da cidade de Santa Rita do Pardo/MS para a cidade de Três Lagoas/MS, quando avistaram as vítimas Nilson e ***** e, por se conhecerem, pararam para ajuda-los (fls. 10/11).*

*Ato contínuo, a vítima Júlio César estacionou seu veículo Fiat Uno a frente do veículo da vítima Nilson e desceu, acompanhado por Ednei, para ajudarem Nilson, enquanto a vítima Neuza permaneceu no veículo Fiat Uno (fls. 10/11).*

*Neste contexto, o denunciado, faltando com os deveres objetivos de cuidado exigidos para a segurança do trânsito, sem a percepção devida do tráfego à frente, colidiu violentamente o seu caminhão MB/AXOR-2644 com o veículo Ford F4000 e em seguida, colidiu no veículo Fiat Uno, onde estava a vítima fatal Neuza, conforme o Laudo de Exame em Local de Acidente de Trânsito com Vítima Fatal de fls. 17/36).*

*Com a colisão forte e inesperada, a vítima Nilson, que estava em cima de seu veículo F4000 consertando-o, sofreu lesões corporais de natureza grave, enquanto as vítimas Júlio César e ***** sofreram lesões corporais de natureza leve (fls. 61/62 e 64/65) (...)."*

Em que pesem os argumentos da defesa, os fatos narrados na denúncia ficaram devidamente comprovados.

A materialidade ficou comprovada pelo o boletim de ocorrência (p. 08/09), laudo necroscópico (p. 18/22), laudo pericial em local de acidente de trânsito (p. 23/42), certidão de óbito (p. 294) e depoimento colhidos nos autos.

A autoria também é certa e recai sobre o apelante.

O apelante Crégio Azambuja Silva, interrogado na fase judicial, negou ser o culpado pelo acidente. Informou que estava realizando o trajeto sentido Bataguassu-Brasilândia por volta das 06:30h; que no momento do acidente, estava com o corta-sol abaixado, reduzindo sua capacidade de visão; que a F4000 de Nilson estava parcialmente na pista, e que desviou de alguns carros, porém, na hora de voltar o caminhão, acabou acertando a quina da caminhonete para não tombar seu veículo; que não dormiu no volante; que o veículo de Nilson estava parte na pista e parte na grama, e que só foi possível visualizar o veículo a 50 a 100 metros dele, e que nessa distância não conseguiria frear o caminhão; que momento do acidente viu apenas um veículo (p. 226).

A testemunha Nilson Maruchi de Castro, em juízo, relatou que estava indo de Santa Rita do Pardo/MS para Brasilândia/MS e sua camionete teve um problema e ele a encostou fora da pista, na grama, pois no local não tem acostamento; que estava tentando consertar o veículo, quando passou Júlio, Edinei e sua esposa, que o reconheceram e pararam na frente da F-4000 fora da pista também; que a pista fica em uma descida mas que é um "retão" com uma boa visibilidade; que Júlio estava na beira da rodovia, olhou para trás e viu uma carreta saindo fora da rodovia e vindo na direção deles, ocasião em que ele gritou que iria bater, disse que só escutou a explosão; que o caminhão saiu da pista para bater em sua F-4000 que estava na grama; que o motorista do caminhão confessou para o corpo de bombeiros que dormiu ao volante e que inclusive em uma audiência o bombeiro foi testemunha e falou a mesma coisa; que por conta do acidente, Júlio machucou o joelho e a

mulher dele faleceu; que seu neto, que na época tinha cinco anos, teve alguns cortes e que ele quebrou a bacia e rompeu os tendões do braço direito (p. 226).

Corroborando com o depoimento de Nilson, está o de Júlio César Nogueira da Silva prestado em juízo, visto que declarou que estava indo para Três Lagoas/MS e avistou Nilson com o carro fora da rodovia, então estacionou o carro na frente da camionete dele, também fora da pista e foi ajuda-lo; que a visibilidade da pista era boa; que percebeu quando o caminhão estava vindo na direção deles e falou que iria bater, então puxou o neto de Nilson; que a pista estava vazia e que não conseguiu entender o que o motorista estava fazendo; que foi muito rápido e que voou coisas nele e que seu joelho ficou inchado devido aos estilhaços; que quando estava tentando tirar sua esposa do carro o motorista chegou pedindo desculpas dizendo que não viu; que sua esposa faleceu e as outras pessoas tiveram lesões (p. 226).

A testemunha Edinei Marques da Silva Moraes, em juízo, reiterou os fatos descritos pelas outras testemunhas (p. 226).

Assim, os depoimentos prestados em juízo pelas são harmônicos e convergentes entre si, não dando azo a qualquer contradição, restando devidamente comprovado que o apelante cometeu o delito previsto no art. 302, *caput*, do CTB.

Com efeito, é importante ressaltar que o conjunto probatório é preciso em apontar a existência de culpa por parte do condutor do veículo, uma vez que, perdendo o controle da direção do veículo, saiu da pista e colidiu com os veículos mencionados.

Ainda, o Laudo Pericial nº 20.738, descreve que

> *"(...) por ocasião do evento em estudo, o veículo V1 (MB/Axor-2644) trafegava pela Rodovia MS-395, no sentido de direção Bataguassu/Brasilândia aproximadamente às 07h45min (período matutino), e nas proximidades do km 034 onde estavam parados os veículos V2 (Ford F4000) e logo à sua frente V3 (Fiat Uno) houve a colisão. Ao realizar uma colisão do tipo abalroamento com V2 (F4000), V1 (MB/Axor-2644) colidiu no setor posterior de V3 (Fiat Uno). Após a colisão com o veículo V3 (Fiat Uno), V1 (MB/Axor-2644) desestabiliza e tomba no setor de recuo às margens da pista. O veículo V3 (Fiat Uno) é então projetado por cerca de 68,9 metros de distância do sítio de colisão repousando em meio aos arbustos, após o setor de recuo às margens da pista. As condições climáticas no dia do acidente eram favoráveis à visibilidade da via. O local do embate não possuía curvas ou outros elementos que dificultassem a visibilidade."* (p. 23/42).

No mesmo sentido, tem-se o laudo pericial de exame em local de acidente, o qual concluiu que *"a causa determinante do acidente fica atribuída à provável ausência de percepção do condutor de veículo V1 (MB/Axor-2644), Crégio Azambuja Silva, às condições de tráfego à sua frente."* (p. 23-42).

O laudo apontou ainda que o caminhão trafegava a uma velocidade aproximada a 80 Km/h, velocidade limite da pista, e que apesar dos veículos estarem com pequena parte dentro da pista, caso houvesse atenção do motorista, o acidente poderia ter sido evitado, visto que as condições de visão da pista eram favoráveis, não possuía curvas e tratava-se de um trecho plano, conforme se verifica nas fotografias de p. 35-36. Também, foi apontado no laudo que não foram encontradas marcas de frenagens por parte do caminhão do apelante, o que indica que não houve qualquer reação de sua parte.

Assim, verifica-se que o laudo pericial não apontou nenhuma outra causa para o acontecido além da culpa do apelado, considerando ausentes fatores externos, ou alheios à vontade do condutor, para o acontecimento do acidente, e, do mesmo modo, ressalta a destruição total de partes do veículo, bem como as graves lesões da vítima fatal, tornando inquestionável a culpa do apelante.

Dessa forma, a condenação proferida em primeira instância deve ser mantida.

Do pedido de afastamento da suspensão para dirigir veículo automotor ou redução de seu período.

O apelante requereu o afastamento da suspensão do direito de dirigir, sob a alegação de que a suspensão de habilitação para dirigir tirará o seu sustento, visto que é motorista profissional.

Os argumentos defensivos não prosperam.

Verifica-se que o preceito secundário do art. 302 do CTB, é claro em cominar que além da privativa de liberdade, a de suspensão de dirigir veículo automotor. Vejamos:

> *"Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:*
>
> *Penas - detenção, de dois a quatro anos, e* ***suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*** *" (G.n.)*

Dessa forma, estando as provas aptas a sustentar a condenação do acusado pela prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, impõe-se a condenação dele a pena privativa de liberdade e a pena acessória de suspensão de dirigir veículo automotor, sob pena de negativa de vigência do mencionado dispositivo.

Além disso, a jurisprudência do STJ tem como acertada a suspensão dirigir veículo automotor ao motorista profissional que é condenado por crime de trânsito. Confira-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ART. 302 DO CTB – INCONSTITUCIONALIDADE – MATÉRIA A SER ANALISADA PELA SUPREMA CORTE – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO DE MOTORISTA PROFISSIONAL – POSSIBILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO. (...) de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os motoristas profissionais - mais do que qualquer outra categoria de pessoas - revelam maior reprovabilidade ao praticarem delito de trânsito, merecendo, pois, a reprimenda de suspensão do direito de dirigir, expressamente prevista no art. 302 do CTB, de aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade. Dada a especialização, deles é de se esperar maior acuidade no trânsito.* (AgInt no REsp 1706417/CE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017) (...)." (AgRg no REsp 1771437/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 21/06/2019)

Dessa forma, não há possibilidade de ser afastada a pena acessória de suspensão de dirigir veículo automotor.

Contudo, o *quantum* fixado em 2 anos de suspensão se mostra desproporcional de desarrazoado.

Nota-se que o art. 293 do CTB estabelece que a pena acessória de suspensão de dirigir veículo automotor será de dois meses a cinco anos.

No caso, o juiz sentenciante fixou a pena privativa de liberdade do apelante no mínimo legal e a pena acessória de suspensão de dirigir veículo em 1 ano e 10 meses acima do mínimo legal, sem lançar qualquer fundamentação para justificar esse aumento.

Assim, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como qualquer fundamentação que justifique a imposição da pena acessória acima do mínimo legal, impõe sua redução ao mínimo legal.

Nesse sentido, colhe-se orientação desta Corte:

> *"O prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, de maneira que, não havendo qualquer circunstância desabonadora, apta a elevar a pena corporal, por certo que não haverá, de igual modo, esteio para exasperação da pena de suspensão."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0027577-81.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 31/01/2019, p: 05/02/2019)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – ABSOLVIÇÃO – INCABÍVEL – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA DE SUSPENSÃO/PROIBIÇÃO DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – REDUÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. (...) diante do reconhecimento da inexistência de condições desfavoráveis ao réu, a suspensão da habilitação para dirigir deve ser fixada em seu mínimo legal, seguindo a reprimenda corporal, que restou estabelecida também no seu patamar mínimo (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0004763-26.2013.8.12.0019, Ponta Porã, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 23/10/2017, p: 26/10/2017)

Logo, reduzo a pena acessória de suspensão de dirigir veículo automotor para o mínimo legal, em 2 meses de suspensão.

Dispositivo.

Ante o exposto, em parte com o parecer da PGJ, afasto a preliminar levantada e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para reduzir o período de suspensão de dirigir veículo automotor para 2 meses.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar suscitada e, no mérito, proveram parcialmente o recurso. 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, 24 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Des. José Ale Ahmad Netto
## Apelação Criminal nº 0002506-86.2012.8.12.0011 – Coxim

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FURTO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFENSOR DE CONFIANÇA DO ACUSADO – PREJUÍZO NO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – QUESTÃO ARGUIDA PELA PRÓPRIA DEFENSORIA QUE REPRESENTOU O RÉU DURANTE A EXTENSÃO DO PROCESSO – REJEITADA – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE FAVORECIMENTO REAL – IMPOSSIBILIDADE – ARCABOUÇO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DO CRIME NA FORMA IMPUTADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – IMPOSSIBILITADO O RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO – VALOR DA *RES FURTIVA* – REDUÇÃO DA PENA-BASE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO OU RESPEITO A PROPORCIONALIDADE – INOCORRÊNCIA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA COM OBSERVÂNCIA A PROPORCIONALIDADE NA ESTEIRA DA JURISPRUDÊNCIA – REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM ATENÇÃO AOS PRECEDENTES – FIXAÇÃO DE REGIME DE PENA NO ABERTO E CONVERSÃO EM RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAL E LEGAL NEGATIVADAS NA DOSIMETRIA PENA – REGRAMENTO DA SÚMULA 269 DO STJ – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 263, que o réu tem direito de nomear, a todo tempo, advogado de sua confiança. No entanto, a ausência de manifestação da parte, nesse sentido, não causa nulidade, por aplicação do disposto no art. 565 do CPP: nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse. Ademais, não há falar em nulidade, não só por ausência de comprovação de qualquer prejuízo advinda desta representação, mas também, tendo em vista que o acusado foi defendido pela própria Defensoria Pública em todo o transcurso processual, como igualmente se faz no recurso em questão, conforme preleciona o art. 563, do Código de Processo Penal;

Os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas judicialmente, são suficientes e firmes no sentido de confirmar a materialidade e a autoria do fato delituoso, de forma a subsidiar a convicção do juízo e sustentar o édito condenatório na forma da conduta imposta aos réus, o que afasta, inclusive, a pretensão desclassificatória do crime para o favorecimento real previsto no art. 349, do CP;

Acerca da figura do furto privilegiado (CP, § 2º, do art. 155), não se verifica possível sua aplicação, tendo em vista que não preenchido, dentre seus requisitos, justamente o *"pequeno valor a coisa furtada"*.

O STJ perfilha o entendimento no sentido de que, nas 1ª e 2ª fases do sistema trifásico de dosimetria, poderá adotar-se, respectivamente, as frações de 1/8 (um oitavo) e 1/6 (um sexto), da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, não estando obrigado partir-se sempre do mínimo legal previsto em lei. Não se verifica equívoco na hipótese em que a dosimetria da pena basilar tenha sido aplicada com observância aos princípios da individualização da pena, razoabilidade e proporcionalidade, bem como esteja alicerçada em aspectos motivacionais idôneos acerca de cada vetor, na esteira da jurisprudência. Diferentemente da pena intermediária, que em razão do reconhecimento da confissão e precedentes postos, deveria implicar em redução mais benéfica ao réu, e igualmente na pena pecuniária, que deve guardar proporção a corpórea;

A despeito da pena restar fixada abaixo de quatro anos, foram reconhecidas ao menos uma circunstância judicial, o que, na esteira do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 269, do STJ, inibe, de imediato, o estabelecimento de regime mais brando;

Ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

Recurso parcialmente provido para reduzir e pena intermediária. Em parte com o parecer.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Magno Henrique Martins dos Santos, contra sentença de f. 305-313, proferida pela Exma. Juíza de Direito Tatiana Dias de Oliveira Said, que condenou o réu pela prática do crime do art. 155, § 4.º (furto qualificado), I (mediante rompimento de obstáculo) e IV (concurso de agentes), do Código Penal, à pena definitiva de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, e, ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Em extensivas razões de f. 326-353, pleiteou-se em defesa: em preliminar, 1. nulidade do processo, aduzindo que o réu não foi defendido por advogado de sua confiança; no mérito, requer 2. a absolvição, aduzindo a fragilidade probatória; caso contrário, 3. a desclassificação para o delito de favorecimento real; ou então; 4. a aplicação da figura do furto privilegiado; 5. a redução da pena base; 6. o aumento do *quantum* aplicado na atenuante da confissão; 7. a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena; e 8. a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, prequestionamentos de praxe.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 359-384 e 394-415 pugnando ambos, pelo total improvimento do recurso. A PGJ prequestionou a matéria indicada.

É o Relatório. À Revisão.

## VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Magno Henrique Martins dos Santos, contra sentença de f. 305-313, proferida pela Exma. Juíza de Direito Tatiana Dias de Oliveira Said, que condenou o réu pela prática do crime do art. 155, § 4.º (furto qualificado), I (mediante rompimento de obstáculo) e IV (concurso de agentes), do Código Penal, à pena definitiva de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, e, ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Em extensivas razões de f. 326-353, pleiteou-se em defesa: em preliminar, 1. nulidade do processo, aduzindo que o réu não foi defendido por advogado de sua confiança; no mérito, requer 2. a absolvição, aduzindo a fragilidade probatória; caso contrário, 3. a desclassificação para o delito de favorecimento real; ou então; 4. a aplicação da figura do furto privilegiado; 5. a redução da pena base; 6. o aumento do *quantum* aplicado na atenuante da confissão; 7. a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena; e 8. a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, prequestionamentos de praxe.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 359-384 e 394-415 pugnando ambos, pelo total improvimento do recurso. A PGJ prequestionou a matéria indicada.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar.

Conforme relatado, pugna o apelante a anulação do processo, a partir da resposta à acusação, aduzindo que não foi defendido por advogado de sua confiança.

O pedido é incoerente.

Ao que verifica-se dos autos, apesar de devidamente procedida a citação do acusado (f. 120) para comparecimento aos atos processuais no exercício do contraditório e ampla defesa, mostrando desinteresse na ação não se apresentou, razão pela qual, foi nomeado-lhe Defensor Público, o qual apresentou a resposta à acusação consoante f. 126.

Aliás, conveniente frisar que a própria Defensoria Pública patrocinou a defesa do réu durante todo o transcurso processual, como igualmente se faz no recurso sob análise, inexistindo comprovação de qualquer prejuízo advinda desta representação, conforme preleciona o art. 563, do Código de Processo Penal. Ademais, e se ainda demonstrado de fato, qualquer prejuízo, seria decorrente de atos da própria defesa, não podendo ela, agora, buscar se beneficiar disto, de acordo com o art. 565, do mesmo Código.

Ao comentar o referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci assevera que *"do mesmo modo que é exigido interesse para a prática de vários atos processuais, inclusive para o início da ação penal, exige-se tenha a parte prejudicada pela nulidade interesse no seu reconhecimento",* motivo pelo qual *"não pode ser ela geradora do defeito, plantado unicamente para servir objetivos escusos"*, (Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 922/923). E prosseguindo, *"uma vez que dar causa à nulidade, pretendendo seu reconhecimento, ou pedir que o juiz considere nulo determinado ato, quando não há interesse algum, seria a utilização de mecanismos legais para conturbar o processo e não para garantir o devido processo legal"*, (*Op. cit.*, p. 923).

A propósito, posta a questão para análise na sentença, fundamentou-se no seguinte:

> *"(...) conforme o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, se o acusado, citado pessoalmente, possui defensor constituído, que deixou escoar o prazo, sem oferecer a peça defensiva, deverá ser considerado indefeso, com a nomeação de outro advogado para assumir a causa ou a remessa dos autos à Defensoria Pública. Outrossim, nos termos do artigo 563, do CPP, nenhum ato será considerado nulo, se dele não decorrer prejuízo para a parte. Sendo assim, analisando o presente caso em concreto, não há se falar em nulidade, conforme afirmado pela Defesa. Ademais, ainda que existisse causa de anulação, tem-se que a matéria já está preclusa, pois a Defensoria Pública patrocinou os interesses do acusado durante todo o tramite do feito e em nenhum momento anterior alegou nulidade (...)."*

Acerca da questão, o entendimento jurisprudencial:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – RENÚNCIA DO DEFENSOR PARTICULAR – ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – CIENTIFICAÇÃO*

*DO APENADO DE QUE, A QUALQUER TEMPO, PODERIA CONSTITUIR ADVOGADO DE SUA CONFIANÇA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – INCIDÊNCIA DO ART. 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP – PRINCÍPIO DO PAS DE NULITÉ SANS GRIEF – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. Conforme literalidade do art. 263 do Código de Processo Penal - CPP: 'Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação'. No entanto, a ausência de manifestação da parte, nesse sentido, não causa nulidade, por aplicação do disposto no art. 565 do Código de Processo Penal – CPP. 2. A lei processual penal brasileira adota o princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual somente se declara a nulidade se, apontada oportunamente, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo à parte (AgRg no AREsp 1361583/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 21/5/2019). 3. Esta Corte Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à defesa do réu, o que não ocorreu no caso dos autos. 4. Agravo regimental desprovido.* (STJ, AgRg no REsp 1828671 / SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, T5 - Quinta Turma, j. 20/02/2020)

*2. Nos termos do artigo 565 do Código de Processo Penal, nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

*3. Tendo o magistrado determinado a intimação do ora agravante para que se manifestasse sobre o possível abandono do processo por seu advogado, o que não ocorreu porque não foi encontrado no endereço constante dos autos, não pode pretender a anulação da ação penal sob o argumento de que não lhe teria sido oportunizado o direito de constituir defensor de sua confiança, uma vez que o ordenamento jurídico repudia a adoção de comportamentos contraditórios em sede processual. Precedentes."* (STJ, AgRg no HC 583234 / RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, T5 - Quinta Turma, j. 16/06/2020)

No mesmo sentido, este E. Tribunal, conforme julgado colhido pela Douta Procuradoria. Veja-se:

*"Inviável falar em nulidade processual por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que, durante todo o trâmite da ação penal, o requerente foi assistido por advogado constituído ou, na inércia deste, após as devidas intimações, por defensor dativo. Ao contrário do sustentado pela defesa, o julgador a quo observou todas as cautelas e não se verificou, em nenhum momento, que o revisionando tenha ficado indefeso."* (TJMS - RVCR: 14098359020188120000 MS 1409835-90.2018.8.12.0000, Relator: Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Data de Julgamento: 17/02/2020, 2ª Seção Criminal, Data de Publicação: 19/02/2020)

Dessa forma, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na execução da defesa para a declaração da nulidade, sendo imperiosa, como dito, a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

Assim, rejeito o pedido.

Do mérito recursal.

Da absolvição ou desclassificação delitiva.

Conforme relatado, almeja-se a absolvição por insuficiência probatória, ou alternativamente a desclassificação da conduta para o crime de favorecimento real (art. 349, do CP).

Segundo consta da denúncia:

*"(...) no dia 08 de fevereiro de 2011, por volta das 15h, nas residências localizadas na Rua Vitória Régia, 78, Residencial Arara Azul e Rua Nova Canaã, Bairro Jardim Vista Alegre, neste município, o denunciado em conluio e unidade de desígnios com indivíduo não identificado, mediante rompimento de obstáculo, subtraiu os objetos descritos no auto de apreensão de fl. 16/17, de propriedade das vítimas Anderson Candini Melo e Ciro Herculano de Souza Ávila.*

*Conforme foi apurado, na data dos fatos, o denunciado, na companhia de pessoa não identificada, arrombou as fechaduras das portas das referidas residências, adentrou os imóveis e subtraiu os objetos discriminados no auto de apreensão de fl. 16/17. Ato contínuo, os denunciados colocaram a res furtiva no interior do veículo, GM Corsa, placas HRH-8722 e empreenderam fuga rumo ao município de Rio Verde de Mato Grosso-MS.*

*A Polícia Rodoviária Federal fora imediatamente acionada, tendo inciado buscas pela rodovia BR 163, oportunidade em que o denunciado, ao avistar a viatura policial, empreendeu fuga, instante em que perdeu o controle do veículo e saiu da pista de rolamento, tendo o denunciado e outro autor adentrado na mata, abandonando o veículo.*

*Não obstante, todos os objetos subtraídos foram localizados no interior do veículo, bem como reconhecidos pelas vítimas."*

Instruído o processo, a materialidade e autoria delitiva restaram sobejamente demonstradas nos autos, e bem pontuadas nos fundamentos da sentença, os quais invoco como razões de decidir, tal como permite-se a técnica *per relationem* nos seguintes destaques:

*"No mérito, a materialidade do delito de furto se faz presente mediante análise dos boletins de ocorrência (p. 05-06, 08-10 e 13-16), auto de apreensão (p. 19-20), depoimentos (p. 21 e 25),* ***auto de reconhecimento (p. 23 e 26),*** *auto de depósito (p. 24 e 27), interrogatório (p. 33-35), laudos periciais (p. 44-53) e auto de avaliação (p. 74-75), reforçadas pelas provas colhidas na instrução criminal.*

*A autoria, de igual forma, restou suficientemente comprovada nos autos.*

*Em que pese o acusado não ter sido ouvido em Juízo, perante a Autoridade Policial, confessou a prática do crime (Termo de Interrogatório, fls. 34).*

*Corroborando a confissão extrajudicial, a vítima Ciro Herculano De Souza Ávila declarou, em juízo (p. 142):*

*(...) no dia eu estava fazendo curso numa instituição, no Damásio, e fui surpreendido por uma ligação do meu pai, dizendo que era pra ir lá em casa que tinha acontecido um fato bem chato; chegando lá me deparei com a casa toda, a porta da frente 'tava' arrombada, o portão também já 'tava' bem arrombado, foi arrombado o cadeado do portão e a casa estava toda revirada; ai percebi que faltou alguns objetos de lá de dentro; objetos pessoais, eletrodomésticos, até um tanquinho foi levado; ouro, objetos pessoais de família, tudo; quebraram o portão pra colocar o carro de ré, quebraram a porta da frente que é porta de correr e frágil, não é uma porta muito forte; MP: qual o prejuízo estimado que o senhor teve? Vítima: hoje daria, ou na época né, em torno de uns 3.000,00 (três mil reais) ou mais (...).*

*Some-se a isso, ainda, o testemunho de Juraci Luiz De Oliveira, policial rodoviário federal, em depoimento colhido durante a instrução processual, afirmou o seguinte (p. 155):*

*'(...) nós fomos acionados que dois indivíduos teria praticado um furto na cidade de Coxim e se dirigiram para Rio Verde; um veículo Corsa; passaram a placa pra gente; a gente seguindo localizamos o Corsa na nossa frente; ai demos ordem de parada; eles desobedeceram; empreenderam em fuga; a gente veio acompanhando eles; depois de uns 5 quilômetros eles jogaram o veículo no mato, próximo ao rio e desapareceram no matagal; o veículo estava cheio das mercadorias; televisão, micro-ondas (...).'*

> *Nem se diga, que a confissão operada em fase extrajudicial não possui o condão de fundamentar a condenação. Isso porque e o réu confirmou, com detalhes, os fatos adrede mencionados às fls. 34/35.*
>
> *Outrossim, não há que se falar em desclassificação do delito de furto qualificado para o de favorecimento real. Ao que se vê, não há espaço para dúvida da participação do acusado no furto em questão. Pela análise dos autos, restou comprovado que o acusado realizou o transporte da res furtiva, garantindo a consumação da prática delitiva.*
>
> *Insta salientar que desnecessário se faz que todos os coautores efetuem todos os atos descritivos no núcleo do tipo, sendo suficientes a prática de atos de execução que contribuam para a consumação do delito, o que se denota no caso em apreço.*
>
> *Outrossim, inconteste que houve arrombamento do portão e das portas das residências, conforme os exames perícias realizados (fls. 44/53). Ademais, conforme já destacado acima, o denunciado em interrogatório policial afirmou que estava na companhia de outro indivíduo (fls. 33/35), incorrendo, desta forma, na qualificadora do concurso de agentes, tendo ciência da subtração ilícita dos bens." (G.n.)*

Nessa perspectiva, em que pese a defesa tentem influir tese contrária pela insuficiência de provas, os excertos acima destacados, permitem elevar a convicção da imputação feita ao réu de forma satisfatória a manter a condenação.

E, a mera negativa de autoria, quando dissociada do restante do conjunto probatório, é insuficiente para reformar édito condenatório que se depreende pautado em elementos suficientes, angariados desde a investigação policial e solidificados em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa. Aliás, foi oportunizado ao réu contradizer suas palavras apresentadas em sede policial, na ocasião do interrogatório perante juízo, quedando-se inerte em claro desinteresse processual.

Aliás, vale lembrar que a jurisprudência parte do pressuposto de que a apreensão da *res furtiva,* seja em parte ou não, em poder do acusado, como no carro em que empreendeu fuga com seu comparsa, abandonado durante a perseguição policial, enseja, induvidosamente, inversão do ônus da prova. Do que decorre, para a defesa, a obrigação de demonstrar uma convincente versão contrária a acusatória de tal circunstância, que na presente situação não restou refutada diante do arcabouço delineado.

E por consequência, não restam dúvidas de que o apelante, não prestou mero auxilio destinado a tornar seguro o proveito do crime, tratando-se, na verdade, de autor do crime de furto qualificado, pois agiu em conluio de vontades e unidade de desígnios com o segundo agente delitivo, muito embora este não identificado.

Nesse contexto, vale frisar que, a conduta de favorecimento real, de certa forma, pode se assemelhar com o delito de receptação, mas de forma alguma se confunde com o furto qualificado pelo concurso de agentes, além do rompimento de obstáculo.

Logo, evidenciado o liame subjetivo no intuito da prática delitiva, é inviável a desclassificação para o crime de favorecimento real (art. 349, Código Penal). Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – RECURSO DA DEFESA – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – IMPROCEDÊNCIA MATERIALIDADE E AUTORIA BEM EVIDENCIADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FAVORECIMENTO REAL – INADMISSIBILIDADE. Se o auxílio foi prestado ou mesmo prometido antes ou durante a execução do crime inicialmente desejado, não há favorecimento real, mas participação em relação ao delito de furto Penas e regime prisional adequados à espécie. Recurso defensivo não provido."* (TJSP, ApCrim. 0016005-96.2015.8.26.0576, Rel. Des. Sérgio Ribas, 8ª Câmara Criminal, j. 07/06/2018)

E desta forma, considerando que os fundamentos da r. sentença recorrida, que apreciou pormenorizadamente a prova coligida, a qual não comporta qualquer modificação, bem como o fato de que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já enfrentadas pelo juízo *a quo*, forçoso concluir pela manutenção da condenação do réu na forma do art. 155, § 4º, inciso I e IV, do CP.

Do reconhecimento do furto privilegiado.

Requer ainda, o reconhecimento do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), aduzindo que o apelante seria primário, e de que os bens embora estimados em R$ 3.000,00, não foram de fato avaliados.

Sem razão.

*In casu*, a *res furtiva* foi avaliada no total de R$ 4.395,00 (quatro mil trezentos e noventa e cinco reais), conforme Auto de Avaliação Indireta (f. 74-75), quantia esta superior ao salário-mínimo vigente à época dos fatos de R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), sendo descrito dentre os bens, o seguinte:

> *"01 Televisão 21 polegadas marca Semp Toshiba: RS 350,00; 01 aparelho DVD: RS 400,00; 01 receptor: R$ 100,00; 03 perfumes: R$ 300,00; 01 cafeteira: R$ 60,00; 01 tanquinho de lavar: RS 150,00 e 01 centrifuga de suco: R$ 350,00 perfazendo o total de R$ 1.710,00 (Um Mil, Setecentos e Dez Reais).*
>
> *(...)*
>
> *01 microondas marca Consul: R$ 190,00; 01 PC Semp Toshiba: R$ 600,00; 01 monitor LG 15": R$ 390,00; 01 roteador: RS 80,00; 01 Televisão LCD 22": R$ 800,00; 01 receptor: R$ 100,00; 01 aparelho de DVD Sony: R$ 400,00; 01 perfume Zaad: R$ 125,00 perfazendo o total de RS 2.685,00 (Dois Mil, Seiscentos e Oitenta e Cinco Reais)."*

Nesse contexto, o fato de ter sido realizada a avaliação como tal, não a torna invalida, muito mais, diante dos bens subtraídos e posteriormente recuperados no interior do veículo, sendo de fácil percepção que avaliados de forma razoável, e, ainda que realizada valoração de forma ínfima, também se constataria cifras altas.

Ademais, a avaliação indireta fora realizada por investigadores de polícia, subordinados ao Delegado de Polícia que preside o caderno investigatório, o que não desqualifica a eficácia do laudo, não os tornando suspeitos ou parciais, sendo que consta na portaria de nomeação a qualificação de cada um dos dois peritos, restando plenamente atendido o disposto no artigo 159, § 1º do Código de Processo Penal, que não exige como obrigatório que o nível superior seja na área específica. A esse respeito:

> *"APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE AVALIAÇÃO INDIRETA – REJEITADA. O auto de avaliação pode ser realizado por investigadores de polícia, pois um dos requisitos para o cargo é o nível superior, mas o Código de Processo Penal não exige que o nível superior seja na área específica.* (TJMS, Apelação nº 0001775-24.2013.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul, Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, 1ª Câmara Criminal, j. 20/10/2015)
>
> *Com efeito, a coisa subtraída de pequeno valor entende este Superior Tribunal de Justiça – STJ ser aquela que não ultrapassa o valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Precedentes. A Corte de origem, ao julgar o recurso de apelação, denegou o pedido de aplicação do privilégio (art. 155, § 2º, do CP), ao fundamento de que uma vez que os pedidos de aplicação do princípio da insignificância e do privilégio (CP, art. 155, § 2º) decorrem da desconsideração do laudo pericial de avaliação indireta, o que não foi acatado, são aqueles consequentemente também repelidos, pois a res furtiva supera o valor do salário mínimo, de forma que, não há, no ponto, constrangimento ilegal que mereça correção de ofício."* (STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 471.213 - SC (2018/0251870-6), Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, T5 - Quinta Turma, j. 22/10/2019)

Em decorrência lógica, tais fatores impossibilitam o reconhecimento da figura do furto privilegiado (CP, § 2º, do art. 155), tendo em vista que não preenchido, dentre seus requisitos legais, justamente o *"pequeno valor a coisa furtada"*, como ressaltado. Sobre a questão:

> *"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."* (STJ - AgRg no HC: 471157 SC 2018/0251556-0, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 27/11/2018, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 03/12/2018)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 155, § 2º, DO CP (FURTO PRIVILEGIADO) – NÃO CABIMENTO – VALOR DA RES FURTIVA – RECURSO NÃO PROVIDO. O critério legal estabelecido no art. 155, § 2º, do CP, é o do pequeno valor da coisa furtada e não do prejuízo sofrido pela vítima, além da primariedade do agente. Recurso não provido."* (TJMS - APR: 00008931820148120025 MS 0000893-18.2014.8.12.0025, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 29/07/2019, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 31/07/2019)

Portanto, a manutenção da condenação tal como aplicada, é medida necessária.

Da revisão da pena aplicada.

Pugna também, a revisão da pena-base aplicada para reduzir ao mínimo legal, sob alegada ausência de fundamentação ou proporcionalidade. Também almejou o aumento do *quantum* aplicado na atenuante da confissão, diante do que entende evidente desiquilíbrio com a exasperação empregada na fase anterior.

Ao fixar a pena inicial, o magistrado consignou o seguinte:

> *"4. Dosimetria. O réu não registra **antecedentes**, pois não tem contra si condenações transitadas em julgado, anterior aos fatos narrados nestes autos. Não há elementos que permitam a análise de sua personalidade e conduta social. Os motivos são comuns ao tipo penal. As **circunstâncias** lhe são desfavoráveis, já que o delito foi praticado mediante concurso de agentes. As consequências são neutras. O comportamento da vítima em nada influenciou para a prática do delito. Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (**culpabilidade**) da ação é de envergadura além do normal. Diante disso, fixo a pena-base, acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão (...)."* (G.n.)

Sob tais fundamentos, não vislumbro equívoco no aspecto da motivação, tendo em vista que foram exaradas fundamentação idônea acerca de todos vetoriais negativados (antecedentes e circunstâncias).

A propósito, acerca dos antecedentes, dispensa-se maiores comentários pois verificáveis em extensão as f. 200-213.

Quanto a circunstâncias do crime, igualmente bem aplicada, pois fundamentada na qualificadora remanescente (concurso de agentes), que conforme a jurisprudência, no crime de furto, diante da multiplicidade de qualificadoras, autoriza a utilização de uma delas para qualificar o delito e outra como circunstância judicial negativa, exigindo-se do juiz na primeira fase, a estrita observância dos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena (STJ, AgRg no AREsp 670.201/MG, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 14/02/2017 e TJMS 0000283-46.2015.8.12.0015, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, j. 09/11/2017).

Em relação a culpabilidade, embora o excerto em destaque seja comedido na justificativa de negativação, referem-se aos fundamentos propriamente trazidos no corpo da sentença, que já apreciados por

ocasião do pleito absolutório, demonstram que a conduta praticada se revelou elevada, decorrente de duas condutas e pelos prejuízos impostos a duas vítimas.

Por último, consoante a proporcionalidade da aplicação das penas nas fases iniciais de fixação, é cediço na jurisprudência que, a exasperação não possui parâmetros pré-definidos no Código Penal, não encerrando-se por critérios matemáticos rígidos e inalteráveis pelo magistrado, o qual, no exercício de sua discricionariedade, com observância do princípio da razoabilidade entre outros, deve estabelecer a pena adequada para a prevenção e repressão do crime.

Dessa forma, o STJ perfilha o entendimento no sentido de que, nas 1ª e 2ª fases do sistema trifásico de dosimetria, poderá adotar-se, respectivamente, as frações de 1/8 (um oitavo) e 1/6 (um sexto), da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, não estando obrigado partir-se sempre do mínimo legal previsto em lei.

Especificamente na fase inicial, as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do citado diploma, possuem o mesmo grau de importância e sem ordem de preponderância, sendo que a utilização da fração de 1/8 para cada uma delas desabonadas, não significa que a aplicação de maior patamar de aumento configure ilegalidade, até porque se trata de critério indicativo e não vinculante.

A propósito, sobre o tema, destaco dos seguintes julgados:

> *"Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, a incidência delas sobre o intervalo de pena em abstrato (...). (STJ, HC nº 367917/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 14/2/2017)*
>
> *Com efeito, importa destacar que os critérios adotados pela jurisprudência e pela doutrina, diante do silêncio do legislador em estabelecer critérios para o aumento da pena-base, são meramente indicativos e não vinculantes, sendo possível, teoricamente, estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora (...),* (STJ, AgRg no AREsp 1445055/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 16/05/2019).
>
> *O STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal possuem o mesmo grau de importância, utilizando, diante disso, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o máximo. Porém, em caso de crime previsto na Lei de Drogas, por força do art. 42 desta norma, há mais 2 (duas) circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, totalizando, dessa forma, 10 (dez) circunstâncias judiciais, haja vista a existência de 8 (oito) no art. 59 do Estatuto Repressivo, resultando daí que deve ser empregado um patamar imaginário de 1/10 (um décimo) para cada circunstância desfavorável, a recair sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo penal.* (TJMS, Apelação Criminal nº 0001642-65.2018.8.12.0002 – Dourados, Rel. – Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira, 1ª Câmara Criminal, j. 01/07/2019)
>
> *Conquanto a jurisprudência do STJ considere prudente a utilização da fração de 1/8 para cada circunstância judicial desabonada, isto não significa que a aplicação de patamar de aumento discretamente maior configure ilegalidade, até porque se trata de critério indicativo e não vinculante." (*TJMS, Apelação Criminal nº 0200116-84.2012.8.12.0036 – Inocência, Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago, 1ª Câmara Criminal, j. 07/07/2019)

Desta forma, mantida a pena inicial tal como fixada.

Contudo, conforme entendimentos postos, não verifico com mesmo vigor, a proporção da pena intermediária estabelecida, de modo que, com o reconhecimento da confissão espontânea utilizada na dosimetria, a pena foi reduzida apenas para 04 anos, e com a utilização da fração de 1/6 (um sexto), teria redução mais benéfica ao réu, igualmente na pena pecuniária que deve guardar proporção a corpórea.

Deste modo, ausentes outras modulantes a influir na 3ª fase, estabeleço a pena final para 03 (três) anos, 06 (seis) meses de reclusão, e 22 (vinte e dois) dias-multa, na razão de 1/30 do salário-mínimo a unidade.

Da fixação do regime de pena e substituição por restritivas.

Por último, pretende a fixação do regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sustentando que o apelante preenche os requisitos do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, e em consequência, a substituição por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, do CP.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, demanda-se uma análise conjunta entre a primariedade do condenado, a quantidade da pena aplicada e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, conforme disposto no art. 33, §§ 2º e º, do estatuto repressivo.

A despeito da pena restar estabelecida por ocasião deste julgamento abaixo de quatro anos, foram reconhecidas e mantidas três circunstâncias judiciais negativas, o que, na esteira do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 269, do STJ, inibe, de imediato, o estabelecimento de regime mais brando.

Por tais motivos, mantido o regime semiaberto.

Em última análise, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, encontra impossibilidade de aplicação, justamente no dispositivo indicado pela defesa, no art. 44, do CP, que prevê:

> *"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 4 (quatro) anos****; 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.****"* (G.n.)

Nesse contexto, ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso Defensivo interposto em favor do réu Magno Henrique Martins dos Santos, para reduzir-lhe as penas ao final estabelecidas em 03 (três) anos, 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 22 (vinte e dois) dias-multa, na razão de 1/30 do salário-mínimo a unidade.

É como voto.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior(Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Juiz Waldir Marques(Vogal)

Peço vênia ao relator para divergir e dar provimento em parte ao recurso apenas para readequar a pena-base aplicada.

Ao estabelecer a pena-base, o julgador fundamentou:

> *"O réu não registra antecedentes, pois não tem contra si condenações transitadas em julgado, anterior aos fatos narrados neste autos. Não há elementos que permitam a análise de sua personalidade e conduta social. Os motivos são comuns ao tipo penal. As* ***circunstâncias*** *lhe são desfavoráveis, já que o delito foi praticado mediante concurso de*

> *agentes. As conseqüências são neutras. O comportamento da vítima em nada influenciou para a prática do delito. Assim, analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (**culpabilidade)** da ação é de envergadura além do normal.*
>
> *Diante disso, fixo a pena-base, acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão." (G.n.)*

A reprimenda foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do crime.

Em análise aos autos, constata-se que foram reconhecidas as causas de aumento do concurso de pessoas e do rompimento de obstáculo, sendo esta utilizada como qualificadora e aquela utilizada como circunstância judicial do art. 59, do CP, na primeira fase da dosimetria, para negativar as circunstâncias do crime.

Conforme entendimento sedimentado na jurisprudência da Corte Superior, havendo pluralidade de causas de aumento, uma delas poderá ser utilizada para majorar a pena na terceira fase da dosimetria, enquanto as demais para aumentar a pena-base. A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ART. 157, § 2º, I E II, DO CP – DOSIMETRIA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – VALORAÇÃO NEGATIVA – USO DE MAJORANTE SOBEJANTE COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE – POSSIBILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO. 1. **Admite-se a valoração de majorantes sobejantes, não utilizadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.** 2. Na espécie, foram duas causas de aumento reconhecidas, sendo uma delas o emprego de arma - utilizada para justificar o aumento da pena-base, como circunstâncias do crime, e a outra, o concurso de agentes - para caracterizar a majorante do roubo e aumentar a sanção na terceira fase da dosimetria. 3. Em se tratando de duas circunstâncias distintas, não há falar em bis in idem. 4. Agravo regimental improvido."* (STJ - AgRg no REsp 1770694/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019)

Assim, deve ser mantida como desfavorável o vetor das circunstâncias do crime.

No entanto, em relação à culpabilidade, para ser considerada negativa, ela deve ser valorada a partir de um plus na conduta do agente.

Conforme esclarece Ricardo Augusto Schmitt que:

> *"(...) é o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base. Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo (...)."* (Sentença penal condenatória: teoria e prática. 5. ed. Salvador: Podium, 2010. p. 88.)

No caso, vê-se que a fundamentação apresentada pelo juízo singular (analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, concluo que a reprovabilidade (culpabilidade) da ação é de envergadura além do normal) além de ser genérica, não demonstra a intensidade do dolo na execução do crime que enseja o recrudescimento da resposta penal, razão pela qual considero a moduladora como neutra.

Assim, persiste desfavorável ao réu apenas a moduladora referente às circunstâncias do crime, deve a pena-base ser readequada, restando fixada em 2 anos e 9 meses de reclusão e pagamento de 53 dias-multa.

Não há incidência de agravantes. Presente, a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual diminuo em 1/6, resta a pena intermediária estabelecida em 2 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 45 dias-multa.

Inexistem, outrossim, causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual fixo, definitivamente, a pena privativa de liberdade em 2 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 45 dias-multa.

Ante o exposto, peço vênia ao relator para dar provimento parcial em maior extensão ao recurso, a fim de readequar a pena-base imposta ao réu.

Quanto às demais matérias objeto do recurso, acompanho o relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o vogal. Decisão em parte 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, 29 de setembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Des. José Ale Ahmad Netto
## Apelação Criminal nº 0010647-56.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PECULATO – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – AFASTADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO CULPOSO – IMPOSSIBILIDADE – DECOTAMENTO DA MODULADORA DA CULPABILIDADE – REJEITADO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há que se falar em absolvição quando o caderno de provas, composto pelas declarações das testemunhas, bem como por todas as circunstâncias dos fatos, demonstra, seguramente, a participação do réu na conduta que lhe foi imputada na denúncia.

Incabível a desclassificação para o crime de peculato culposo, pois amplamente comprovado que o apelante apropriou-se dos materiais hospitalares, de que tinha acesso em razão do cargo, em proveito próprio, com nítida consciência dos seus atos, o que configura o crime de peculato tipificado no *caput* do art. 312 do CP.

O fato do apelante ter se apropriado indevidamente de materiais hospitalares pertencentes a um hospital público, já carente de recursos materiais para atendimento a usuários do Sistema Único de Saúde – SUS, denota o intenso dolo e o total desrespeito e indiferença às normas legais, a tornar desfavorável a circunstância da culpabilidade.

O crime praticado em concurso de agentes se amolda ao conceito de circunstâncias do crime, pois demonstra elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Consoante art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos encontra óbice no fato da pena do réu ser superior a 04 anos de reclusão e por terem sido negativadas as moduladoras da culpabilidade e circunstâncias do crime.

## 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, 3 de novembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Elias Domingos da Silva, interpôs Recurso de Apelação Criminal, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, que o condenou por infração do artigo 312, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pagamento de 96 dias-multa.

Em suas razões (fls. 822/834), pediu: a) a absolvição; b) a desclassificação para o artigo 312, § 2º, do CPP com o consequentemente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato; c) a redução da pena-base; e d) a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 841/858, pugnando pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 863/871, opinou pelo não provimento do recurso.

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Elias Domingos da Silva, interpôs Recurso de Apelação Criminal, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, que o condenou por infração do artigo 312, *caput*, do Código Penal, à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pagamento de 96 dias-multa.

Em suas razões (fls. 822/834), pediu: a) a absolvição; b) a desclassificação para o artigo 312, § 2º, do CPP com o consequentemente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato; c) a redução da pena-base; e d) a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 841/858, pugnando pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 863/871, opinou pelo não provimento do recurso.

É o que basta para análise da pretensão.

Da Absolvição.

O Ministério Público Estadual apresentou denúncia pela prática da seguinte conduta delituosa:

> *"(...) no dia 23 de janeiro de 2014, por volta das 16:00h, na Avenida Engenheiro Luthero Lopes, s/n., Hospital Regional Rosa Pedrossian, Conjunto Aero Rancho, nesta Capital, o Senhor Rudiney de Araújo Leal, Diretor Administrativo e Financeiro do referido hospital, foi abordado pelas servidoras Márcia Baroni, Gerente da Central de Abastecimento Farmacêutico e Dilmara Ferreira, Coordenadora de Abastecimento Farmacêutico, as quais lhe informaram que a funcionária Sandra Dezotti havia avistado o denunciado Antônio César Ortega, Auxiliar de Almoxarifado, saindo do prédio do hospital, apropriando-se de bens móveis públicos retirados do almoxarifado, setor onde trabalhava, e os colocando no porta-malas de um veículo Astra de cor preta, placas HSJ-8906.*
>
> *Ao tomar conhecimento do fato, o Senhor Rudiney de Araújo Leal, acompanhado do Senhor Ivoneis Macedo, também servidor do referido hospital, dirigiu-se até a guarita I do hospital e determinou ao porteiro que abaixasse as cancelas das entradas do local. Em seguida, dirigiu-se até o Pronto Atendimento Médico – PAM do hospital, local onde se encontrava estacionado o supramencionado veículo, conduzido pelo denunciado Elias Domingos da Silva, porteiro do referido hospital, acompanhado de terceira pessoa, de identidade desconhecida. Quando o denunciado Elias avistou o Senhor Rudiney, empreendeu fuga do local, mas como encontrou as saídas fechadas e havia furado um dos pneus do veículo durante manobra de fuga, abandonou o veículo com a res furtiva e pulou uma das grades laterais do hospital.*

*Os denunciados Antônio César Ortega e Elias Domingos da Silva subtraíram: 02 (duas) caixas de fita adesiva da marca Eurocel, contendo 48 (quarenta e oito) rolos cada uma, 02 (duas) caixas de esparadrapo hospitalar impermeável, contendo 24 (vinte e quatro) unidades cada uma, 03 (três) caixas de luvas de látex da marca Embramac contendo 1.000 (mil) unidades de cada uma; 07 (sete) caixas de luvas para procedimento não cirúrgico da marca Supermax, contendo 1.000 (mil) unidades cada uma e 1 (uma) caixa de agulhas hipodérmicas da marca NITRO contendo 2.000 (duas mil) unidades, foi avaliada em R$ 1.529,88 (mil quinhentos e vinte e nove reais e oitenta e oito centavos).*

*O denunciado Antônio César, após deixar os bens móveis no portamalas do veículo, retornou ao seu posto de trabalho, indo embora para sua residência por volta das 16h:50min do mesmo dia.*

*Acionada, uma guarnição da Polícia Militar chegou ao local do delito, onde foi informado a Tenente Danielle Perete de Freitas sobre a fuga do denunciado Elias Domingos da Silva e seu acompanhante (não identificado), sendo o fato avistado por vários funcionários do Hospital. Diversas rondas foram efetuadas, tanto pelo Oficial Ronda do 10º Batalhão quanto pela guarnição ROTAC 03, comandada pelo 3º SGT Alasson, sendo que este logrou êxito em encontrar o denunciado Antônio César Ortega já em sua residência, na Rua Engenheiro Amélio Carvalho Baís, n. 2935, Bairro José Pereira, nesta Capital, sendo este autuado em prisão em flagrante delito.*

*A guarnição do Oficial Ronda, juntamente com a ROTAC 03, realizaram novas diligências no domicílio do denunciado Elias Domingos da Silva, indicado pela administração do Hospital Regional como sendo na Rua Rubiataba, n. 50, Bairro Aero Rancho, nesta Capital. No local, foi informado por vizinhos que o denunciado havia se mudado para a casa de seu pai, na mesma rua, porém no número 223. Chegando ao local, foi informado pela irmã do denunciado, Senhora Raquel, que o mesmo não se encontrava e ainda que não sabia de seu paradeiro.*

*No interior do veículo utilizado para o delito, foram encontrados, além dos bens móveis públicos, diversos boletos bancários no nome de Mirian Luiz Pereira Queiroz, residente à Rua Perciliana Barbosa Pereira, n. 984, Bairro Paulo Coelho Machado. Foi feito, então, diligência no local, encontraram a cidadã supra, a qual demonstrou bastante nervosismo ao ser questionada sobre seu envolvimento com o denunciado Elias Domingos da Silva, entretanto disse que o mesmo vendeu ao seu marido um veículo (Astra preto) há algum tempo e, à época do ilícito, seu marido não havia emprestado o carro ao denunciado. Diante dos fatos, pôde inferir-se que o segundo indivíduo, que foi visto junto do denunciado Elias no veículo, poderia ser o marido da Senhora Mirian, Archimedes Queiroz, ou seu filho Arquimedes Queiroz Júnior.*

*O denunciado Elias Domingos da Silva, após três dias do ocorrido, compareceu espontaneamente na 5ª Delegacia de Polícia desta Capital, acompanhado de seu advogado, aduzindo que somente se manifestaria em juízo. O Senhor Archimedes Queiroz negou qualquer envolvimento com o ilícito em questão.*

*Conforme demonstrado nos autos, os denunciados Antônio César Ortega e Elias Domingos da Silva, em razão dos cargos que exerciam na época dos fatos, quais sejam, Auxiliar de Almoxarifado e Porteiro, respectivamente, apropriaram-se de bens móveis públicos, na importância de R$ 1.529,88 (mil quinhentos e vinte e nove reais e oitenta e oito centavos).”*

O apelante busca a sua absolvição, aduzindo, em síntese, que não há provas suficientes para a condenação.

Observo, pelo conjunto probatório reunido durante a persecução penal, que está suficientemente comprovada a materialidade e a autoria do fato delituoso.

A materialidade se evidencia pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 08-10), Boletins de Ocorrência (fls. 33/40), Processo Administrativo Disciplinar nº 27/100.055/2014/HRMS, Autos de Exibição e Apreensão (fls. 41/42, 59 e 64), Auto de Avaliação (fls. 44), nos Autos de Entrega (fls. 45/46 e 56), cópia da decisão proferida na Ação Cível nº 0900588-13.2016.8.12.0001 (fls. 765/775), e pelos depoimentos realizados em juízo.

De outro lado, a autoria do fato delituoso também está demonstrada.

Em que pese o fato do apelante ter negado o crime, as provas colhidas nos autos e a dinâmica dos fatos refutam a versão do réu.

Com o fito de evitar desnecessária tautologia, invoco como razões de decidir as transcrições dos depoimentos realizada pelo magistrado na sentença:

> *"Ouvido em juízo, o Diretor Administrativo e Financeiro do Hospital Regional Rosa Pedrossian,* ***Rudiney de Araújo Leal****, relatou que, na data dos fatos, recebeu a informação de que o Auxiliar de Almoxarifado* ***Antônio César Ortega*** *estava saindo do prédio do hospital com um carrinho cheio de materiais com uma requisição que seria para um setor que não tinha solicitado quaisquer materiais e que esses bens estavam sendo carregados num veículo Astra de cor preta estacionado no pronto atendimento médico do hospital (f. 753).*
>
> *Diante disto, o diretor determinou o imediato fechamento das cancelas das portarias do prédio e foi rapidamente até o pátio externo do hospital, onde avistou o veículo Astra preto que estaria com os materiais subtraídos (f. 753).*
>
> *No momento em que o condutor do veículo o avistou e percebeu que as cancelas estavam baixadas, tentou fazer um contorno e bateu no meio fio, o que fez com que um dos pneus do carro estourasse, vindo o carro a parar em seguida, momento em que o denunciado* ***Elias Domingos da Silva****, condutor do veículo, saiu de seu interior e empreendeu fuga, sendo os materiais hospitalares encontrados no porta-malas do automóvel (f. 753).*
>
> *A testemunha salientou, ainda, que o procedimento de doação de materiais hospitalares é sempre precedido de um devido processo oficial, o que não ocorreu na hipótese em apreço, de forma que se tratou efetivamente da apropriação indevida de bens pertencentes ao hospital público (f. 753).*
>
> *Corroborando o exposto, as testemunhas Ivoneis Macedo Duarte e Márcia Maria Ferreira Baroni narraram que o diretor Rudiney de Araújo Leal recebeu a notícia de que alguns bens subtraídos do Hospital Regional estariam no interior de um veículo Astra preto estacionado no local, motivo pelo qual dirigiram-se até o pátio do hospital, onde presenciaram o momento em que o denunciado* ***Elias*** *saiu do respectivo carro e empreendeu fuga (f. 292-293 e 753).*
>
> *A polícia militar foi então acionada e foram localizadas várias caixas de materiais hospitalares dentro do porta-malas do veículo do denunciado, constatando-se posteriormente que o auxiliar de almoxarifado* ***Antonio César*** *havia sido o responsável por carregar o veículo de* ***Elias*** *com os materiais (f. 292-293 e 753).*
>
> *A testemunha Márcia Maria Ferreira Baroni ressaltou, ainda, que foram encontrados documentos do acusado* ***Elias Domingos da Silva*** *dentro do veículo Astra onde estavam os materiais (f. 753).*
>
> *Ressalte-se que Elias atuava como porteiro do Hospital Regional Rosa Pedrossian na época dos fatos e estava escalado para serviço no dia dos fatos, de forma que seu acesso ao hospital foi facilitado em razão do exercício do cargo público, outrossim sendo auxiliado na prática delitiva pelo de cujus Antônio César Ortega, também funcionário do local no setor de almoxarifado."* (G.n.)

Desse modo, o caderno de provas, composto pelas declarações das testemunhas, bem como por toda a dinâmica como se deram os fatos, demonstra, seguramente, a participação do apelante na conduta que lhe foi imputada na denúncia.

Restou demonstrado que o apelante tentou deixar o hospital com seu veículo carregado materiais hospitalares que adquiriu ilegalmente, e após ser descoberto empreendeu fuga, abandonando o automóvel.

Sobre o tema muito bem ponderou o Promotor de Justiça em contrarrazões:

> *"Aliás, a dinâmica dos fatos revela clara a tentativa do réu de deixar de forma clandestina as dependências do Hospital Regional levando consigo o material hospitalar subtraído, somente não logrando êxito em razão da pronta intervenção de integrantes da Administração do nosocômio.*
>
> *Dentro desse contexto cumpre ressaltar que se vendo impedido de sair do estacionamento do HR, o réu simplesmente abandonou seu veículo, deixando para trás, em no interior do mesmo, os itens subtraídos.*
>
> *Se lícita, portanto, fosse a ação, certamente o réu teria outro comportamento, que seria o de se apresentar imediatamente à Direção do Hospital Regional para explicar o ocorrido. Ao invés disso, empreendeu fuga do local, vindo a se apresentar em Delegacia de Polícia somente após passado o flagrante.*
>
> *Em suma, resta além de qualquer dúvida razoável que* ***Antônio César Ortega*** *apoderou-se ilicitamente de bens públicos e* ***Elias Domingos da Silva*** *o auxiliou, após estarem previamente ajustados, tendo este, inclusive, acondicionado os bens públicos subtraídos em seu veículo particular, em contexto fático que demonstra o dolo. Não bastasse, há que se repisar que o ora recorrente* ***Elias Domingos da Silva*** *somente não teve êxito na empreitada por que foi impedido por terceiras pessoas, ocasião em que, reconhecido por diversas testemunhas, empreendeu fuga a pé, o que evidencia a ciência da ilicitude de seu ato.*
>
> *Repita-se, os medicamentos furtados estavam no carro do Apelante, que fugiu e abandonou o veículo e o material subtraído no estacionamento, o que afasta qualquer alegação de ausência de dolo em sua conduta."* (G.n.)

Logo, a prova produzida nos autos fornece elementos fortes o bastante para formar conjunto probatório idôneo, suficiente para justificar o decreto condenatório, não havendo falar em absolvição por ausência de provas, razão pela qual, mantenho a sentença inalterada.

Pelos mesmos motivos é incabível a desclassificação para o crime de peculato culposo, pois amplamente comprovado que o apelante apropriou-se dos materiais hospitalares, de que tinha acesso em razão do cargo, em proveito próprio, com nítida consciência dos seus atos, o que configura o crime de peculato tipificado no *caput* do art. 312 do CP.

Afastada a desclassificação, não há que se falar em ocorrência de prescrição.

Da Pena-Base.

Pede o decote das moduladoras negativas.

Observo que o magistrado singular, na 1ª fase da dosimetria, fixou a pena-base acima do mínimo legal, por valorar negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime.

Vejamos:

> *"(...) a* ***culpabilidade****, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, deve lhe prejudicar, já que se apropriou indevidamente de materiais hospitalares pertencentes a um hospital público, já carente de recursos materiais para atendimento a usuários do*

> *Sistema Único de Saúde-SUS, o que acaba por elevar a reprovabilidade da sua conduta; (...) as* ***circunstâncias*** *também devem aumentar a pena-base, porquanto o denunciado cometeu o delito em conluio de desígnios com o acusado Antônio César Ortega e com um terceiro não identificado, caracterizando concurso de pessoas;"* (G.n.)

No que tante a culpabilidade, esta diz respeito à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma.

Conforme magistério de Ricardo Augusto Schmitt:

> *"É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.*
>
> *Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo (...)." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 88)*

No caso, vejo que as razões utilizadas pelo magistrado para valoração de tal moduladora, deu-se de forma fundamentada, se mostrando como argumento idôneo para exasperar a pena. É evidente que os réus extrapolaram o tipo penal, não podendo ser considerada sua forma de agir como simples integrante da estrutura do crime.

A ação dos réus denota o intenso dolo e o total desrespeito e indiferença às normas legais, a tornar desfavorável a circunstância da culpabilidade.

Assim, mantenho a prejudicialidade da culpabilidade.

No que se refere à moduladora das circunstâncias do crime, Ricardo Augusto Schmitt leciona que:

> *"Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito (crime ou contravenção penal). São elementos que não compõem o crime, 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 autor e vítima, dentre outros.*
>
> *Não podemos nos esquecer, também aqui, de evitar o bis in idem pela valoração das circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime, ou, ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 157)*

A moduladora da circunstância do crime, portanto, se refere à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* (instrumento do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, objeto material, local da infração, etc).

Dessa forma, o peculato praticado em concurso de agentes se amolda ao conceito de circunstâncias do crime, pois demonstra elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Por conseguinte, a negativação da moduladora das circunstâncias do crime não merece reparos.

Destarte, não há reparos a serem feitos na 1ª fase da dosimetria.

Da Substituição da Pena.

O apelante Valdenir pede, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o art. 44 do Código Penal, determina:

> *"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;*
>
> ***§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.**" (G.n.)*

Com base nos elemento acima, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos encontra óbice no fato da pena do réu ser superior a 04 anos de reclusão e por terem sido negativadas as moduladoras da culpabilidade e circunstâncias do crime.

Do Prequestionamento.

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 da PGJ, 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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

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, 3 de novembro de 2020.

***

## 1ª Seção Criminal
## Relator Des. José Ale Ahmad Netto
## Revisão Criminal nº 1402009-42.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – APLICAÇÃO RETROATIVA DO DISPOSTO NA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) – ALEGADA NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA, COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL – PRELIMINAR MINISTERIAL DE NÃO CONHECIMENTO – ACOLHIDA – ARGUMENTOS DO AUTOR QUE NÃO SE INSEREM EM QUALQUER DOS INCISOS DO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – LEI POSTERIOR QUE NÃO SE APLICA ÀS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO – REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.

A revisão criminal, conforme dicção do artigo 621 do Código de Processo Penal, visa, em última análise, a reparação de erro judiciário, supondo condenação com trânsito em julgado, sendo indispensável que o requerente traga fatos ou provas novas a demonstrar que o julgado encontre-se em contrariedade da lei, não podendo-se deturpar referida ação, como meio infinito recursal;

Em que pese o novo comando normativo trazido pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) tenha conteúdo penal, considerando que seus efeitos podem afetar o direito punitivo estatal, é certo que não pode atingir o ato jurídico perfeito e findado. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade, o que evidentemente não é possível por via de interpretação. De mais a mais, no caso presente, há manifestação da vítima perante a autoridade policial, no sentido de autorizar a persecução criminal (registro de ocorrência), não se exigindo para tal efeito, como se sabe, fórmula sacramental – precedentes do STJ e STF;

Revisão criminal não conhecida, de acordo com o parecer.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, não conheceram da revisional por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o 3º Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de Revisão Criminal proposta por Cleber Augusto Segovia, condenado nos Autos 0036830-06.2010.8.12.0001 à pena de quatro 04 anos e seis 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 300 dias-multa, pela prática do crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal.

Em suas razões (f. 01-30) com documentos complementares de f. 31-518, pretende: em preliminar, o recolhimento do mandado de prisão expedido em desfavor do condenado, ou expedição de contramandado a ele favorável, com suspensão dos efeitos da condenação; no mérito, anulação da ação penal alegando ausência de

condição de procedibilidade e, subsidiariamente, além de requerer que a vítima seja intimada para comparecer aos autos para outorgar representação de acordo com a Lei 13.964/2019 que acrescentou o § 5º ao art. 171 do CP, tornando a ação do crime de estelionato pública condicionada à representação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 527-533 manifestou em preliminar pelo não conhecimento da ação haja vista a inadequação da via eleita, e no mérito, o improvimento.

Considerando a preliminar defensiva posta para análise, em antecipação do pleito inicial, em decisão de f. 535-537 o pedido foi indeferido, sob o fundamento da ausência dos requisitos da medida.

É o Relatório. À Revisão.

## VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de Revisão Criminal proposta por Cleber Augusto Segovia, condenado nos Autos 0036830-06.2010.8.12.0001 à pena de quatro 04 anos e seis 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 300 dias-multa, pela prática do crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal.

Em suas razões (f. 01-30) com documentos complementares de f. 31-518, pretende: em preliminar, o recolhimento do mandado de prisão expedido em desfavor do condenado, ou expedição de contramandado a ele favorável, com suspensão dos efeitos da condenação; no mérito, anulação da ação penal alegando ausência de condição de procedibilidade e, subsidiariamente, além de requerer que a vítima seja intimada para comparecer aos autos para outorgar representação de acordo com a Lei 13.964/2019 que acrescentou o § 5º ao art. 171 do CP, tornando a ação do crime de estelionato pública condicionada à representação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 527-533 manifestou em preliminar pelo não conhecimento da ação haja vista a inadequação da via eleita, e no mérito, o improvimento.

Considerando a preliminar defensiva posta para análise, em antecipação do pleito inicial, em decisão de f. 535-537 o pedido foi indeferido, sob o fundamento da ausência dos requisitos da medida.

É o que basta para analisar a pretensão.

*Ab initio*, passo a analisar a preliminar de não conhecimento suscitada pela PGJ.

Em retrospecto ao caso, o revisonante foi denunciado por crime cometido na data de 28/07/2009, ao qual foi condenado (f. 33-47) como incurso na pena prevista no art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 05 anos de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 360 dias-multa. Em decorrência disto: 1º interpôs Recurso de Apelação Criminal, pugnando sua absolvição e subsidiariamente, pela reforma da pena-base e pela fixação do regime semiaberto, recurso o qual foi parcialmente provido, por maioria, pela 2ª Câmara Criminal do TJMS, para reduzir a pena aplicada; 2º interpôs Embargos Infringentes, pleiteando sua absolvição por insuficiência de provas, com base no voto vencido, o que foi rejeitado, por unanimidade, perante a 1ª Seção Criminal, sendo certificado o trânsito em julgado na data de 21/01/2020 (f. 409); 3ª propôs Revisão Criminal, almejando sua absolvição por insuficiência de provas, a qual não foi conhecida, por maioria, perante a 1ª Seção Criminal (f. 512-518).

Na presente etapa, almeja em segunda Revisão Criminal, além da preliminar defensiva já indeferida (f. 535-537), no mérito a anulação da ação penal alegando ausência de condição de procedibilidade e, subsidiariamente, requer que a vítima seja intimada para comparecer aos autos para outorgar representação de acordo com a Lei 13.964/2019 que acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal, tornando a ação do crime de estelionato pública condicionada à representação.

No contexto delineado, verifica-se que a presente ação se reveste da tentativa de se interposição de nova apelação criminal em "terceira via recursal", ainda que antes não formulada os pedidos no tempo oportuno, no intuito de tornar nulos julgados amplamente apreciados em sede de 1º e 2º grau.

Oportuno destacar que acerca das hipóteses para o ajuizamento de revisão criminal, o art. 621 do Código de Processo Penal dispõe que será admitida quando *"a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; quando, após sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."*

Sobre o tema, a doutrina de leciona que trata-se de:

> *"(...) uma ação penal de natureza constitutiva e sui generis, de competência originária dos Tribunais, destinada a rever, como regra, decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera Criminal", e, ainda ressalta que, "como nesta hipótese cuida-se de ação revisional, fundada na ocorrência de erro judiciário, a qualquer tempo pode ser renovado o pleito, desde que baseado em novas provas",* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017).

Destarte, verifica-se que o esforço defensivo não se baseia em nenhuma das hipóteses elencadas pelo mencionado dispositivo legal, sendo oportuno frisar que tal rol de pressupostos para a admissão da revisional é taxativo.

Portanto, o pedido incorre no insistente e mero inconformismo da Defesa, não lastreado em fato ou provas novas, mas sim em questões não trazidas durante o processo, e preclusas de discussão, vedada desta forma, a apreciação do pedido, nos termos do parágrafo único do art. 622 do Código de Processo Penal.

Nesta dicção, cito as lições doutrinárias de Eugênio Pacelli e julgado de minha Relatoria:

> *"(...) a ação de revisão criminal tem precisamente este destino: permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada no julgamento anterior, a melhor jurisdição.* (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 925-926).

> *REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS ELENCADAS NO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ROL TAXATIVO – INVIABILIDADE DO PLEITO – REVISÃO CRIMINAL QUE NÃO SERVE COM SUCEDÂNEO DO RECURSO DE APELAÇÃO – PRECLUSÃO DO ATO – REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. 1 - A revisão criminal adstringe-se aos termos delineados no art. 621 do Código de Processo Penal. Não se conhece quando visa a criação de uma 'terceira instância' de julgamento, obstando o reexame de matéria já apreciada e decidida na sentença condenatória, não sendo trazido aos autos provas novas, ou elementos capazes de apontar contrariedade do decisium em relação a lei; 2 - Revisão criminal não conhecida, com o parecer."* (TJMS, Revisão Criminal nº 1403063-48.2017.8.12.0000 – Dourados, Rel. Des. José Ale Ahmad Netto, 1ª Seção Criminal, j. 02/02/2018)

Em relação a aplicação retroativa do disposto na Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em específico a necessidade de representação da vítima, como condição de procedibilidade da ação penal, assim introduzido no § 5º, do art. 171 do CP, levando em conta o caráter híbrido da norma (material ou mista), tratando-se de matéria penal e processual penal, que não só incluiu esta forma de procedimento, mas também como potencial extintivo da punibilidade, não se olvida dizer constituir situação mais benéfica ao recorrente, de forma a princípio, permitir a sua aplicação ao caso sob análise.

No entanto, no intuito de obstar uma desconexão da norma nova com o transcurso do processo, não se pode desconsiderar os atos processuais postulatórios e instrutórios percorridos sob a vigência da lei anterior, pois plenamente válidos, acima de tudo, em razão do princípio da segurança jurídica, entendimento este extraído do art. 6º da Lei de introdução ao Código de Processo Penal, art. 90 da lei 9.099/95 (lei dos Juizados Especiais) e 2º do Código de Processo Penal (isolamento dos atos processuais).

Aliás, vale destacar conforme entendimento jurisprudencial: *"(...) além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade."* (STJ, *HC* n. 608375, Rel. Ministro Félix Fischer, DJ p. 28/08/2020)

Entendimento diverso se teria, a título de exemplo, no caso de hipotética lei nova tratando de matéria exclusivamente penal, em relação a questões de diminuição de pena ou na desconsiderar determinado fato como crime, o que, por força do o art. 2º, parágrafo único do CP e do art. 5º, XL da CF, poderia atingir o trânsito em julgado da sentença, em benefício do réu.

Portanto, considerando-se que, neste particular, a fase instrutória da ação penal já havia sido encerrada quando da vigência da lei posterior, em notório ato jurídico perfeito, as questões elencadas não podem ser aplicada ao caso versando.

Sobre o tema, os seguintes julgados, incluindo-se fundamentos:

> *"REVISÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019) – PLEITO DE ANULAÇÃO DASENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO, POR AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA – EXIGÊNCIA PREVISTA PELA LEI Nº 13.964/19, QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO – REQUERENTE DENUNCIADO E CONDENADO ANTES DA VIGÊNCIA DO REFERIDO DIPLOMA – ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO – MANIFESTAÇÃO CONTIDA NO BOLETIM DO OCORRÊNCIA E NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO QUE SUPRE A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO – ATO QUE PRESCINDE FORMALIDADES LEGAIS – PRECEDENTES DO STJ – DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DAS VÍTIMAS ACERCA DA PERSECUÇÃO PENAL – REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E IMPROCEDENTE."* (TJPR - 4ª C.Criminal - 0029625-63.2020.8.16.0000 - Umuarama - Rel.: Desembargador Fernando Wolff Bodziak - J. 10.08.2020)

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – CRIME DE ESTELIONATO – PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) – INVIABILIDADE – ATO JURÍDICO PERFEITO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – DOUTRINA – DOSIMETRIA – PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MULTA – ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR – WRIT NÃO CONHECIDO."* (STJ, HC n. 573.093 / SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 09/06/2020)

> *De mais a mais, no caso presente, há manifestação da vítima perante a autoridade policial, no sentido de autorizar a persecução criminal (registro de ocorrência), não se exigindo para tal efeito, como se sabe, fórmula sacramental, o que demonstra a inexistência de descumprimento das exigências legais, consoante entendimento já consolidado perante a Casa da Cidadania* (STJ, AgRg no REsp 1550571/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T, j. 5/11/2015, e AgRg no HC 492.764/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T, j. 26/02/2019).

Ante o exposto, com o parecer, não conheço da presente revisão criminal.

É como eu voto.

O Sr. Des. Emerson Cafure (Revisor).

Acompanho o i. Relator.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza (1º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (2º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relembrando, trata-se de revisão criminal proposta por Cleber Augusto Segovia em face da condenação definitiva que lhe foi imposta nos Autos da Ação Penal n. 0036830-06.2010.8.12.0001, em que restou apenado a 04 anos e seis 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 300 dias-multa, pela prática do crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal.

Postula, em resumo, anulação da ação penal alegando ausência de condição de procedibilidade e, subsidiariamente, além de requerer que a vítima seja intimada para comparecer aos autos para outorgar representação de acordo com a Lei 13.964/2019 que acrescentou o § 5º ao art. 171 do CP, tornando a ação do crime de estelionato pública condicionada à representação.

Em seu voto, o e. Relator não conhece da revisão criminal, sendo acompanhado pelos pares.

Pois bem, conforme se infere dos autos, a condenação imposta ao requerente já transitou em julgado, de modo que eventual erro judiciário somente pode ser questionado por meio da revisão criminal.

A revisão criminal, prevista no art. 621 do CPP, prescinde de maior rigorismo formal, bastando que o pedido se subsuma às hipóteses autorizadoras da ação revisional.

No presente caso, o requerente alega que a sentença e contrária ao texto expresso à Lei 13.964/2019 que acrescentou o § 5º ao art. 171 do CP, tornando a ação do crime de estelionato pública condicionada à representação. Assim, em tese, o pedido enquadra-se no inciso I do artigo 621 do CPP.

Dessa forma, entendo que a revisão deve ser conhecida.

Aliás, do teor do voto da nobre relatoria denota-se que houve incursão na matéria de fundo. Assim, reputo ilógico não conhecer da revisão criminal.

Ante o exposto, adstrito ao exame da admissibilidade da revisão criminal, sem incursionar no mérito desta, conheço do pedido revisional.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Não conheceram da revisional por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal. 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. Emerson Cafure, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2020.

***

## 1ª Seção Criminal
## Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
## Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001312-37.2019.8.12.0001/50000 – Campo Grande

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – TORTURA SEGUIDA DE MORTE – ACÓRDÃO QUE DESCLASSIFICA A CONDUTA PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DENÚNCIA QUE DESCREVE SUFICIENTEMENTE O FATO – ARTS. 383 DO CPP E 437, "A", DO CPPM – POSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS.

Ausente qualquer ofensa ao sistema acusatório (art. 3º-A, do CPP) e também ao princípio da correlação quando a denúncia oferecida pela prática do delito de tortura qualificada pela morte (art. 1º, II, § 3º, § 4º, I, e § 5º, da Lei nº 9.455/97) descreve, de maneira suficientemente clara, fatos que configuram o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 209, § 3º, do CPM), possibilitando a desclassificação operada pelo Acórdão objurgado mediante aplicação da emendatio libelli (arts. 383 do CPP e 437, "a", do CPPM).

Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, o Acórdão que, após reconhecer não configurado o crime de tortura seguida de morte, condena os acusados por lesão corporal seguida de morte 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.

Com o parecer, rejeita-se os embargos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negaram provimento nos termos do voto do Relator (Des. Bonassini) vencido o 3º Vogal (Des. Ruy) - Sust. Oral.

Campo Grande, 25 de novembro de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros – em substituição legal

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Eduardo Martins Rodrigues, Jean Carlos Cardoso, Talisson Pavarim da Luz e Luizmar Ferreira Nunes, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 1.252/1.291) que, de acordo com o voto intermediário, proveu parcialmente o recurso de apelação por eles interpostos, pelo qual pretendia a absolvição da imputação descrita na denúncia.

Nas razões de f. 1/13, pretendem os embargantes que prevaleça o voto integralmente vencido (voto do revisor, Des. Ruy Celso Barbosa Florence) que, provendo parcialmente o recurso, os absolveu por insuficiência de provas (f. 1.268/1.284). Prequestionamento a f. 12.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 19/31, opina pelo desprovimento do recurso. Prequestionamento a f. 30/31.

É o Relatório. À Revisão.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Eduardo Martins Rodrigues, Jean Carlos Cardoso, Talisson Pavarim da Luz e Luizmar Ferreira Nunes, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal (f. 1.252/1.291) que, nos termos do voto intermediário, proveu parcialmente o recurso de apelação por eles interposto, pelo qual pretendiam a absolvição da imputação descrita na denúncia, desclassificando a conduta para o crime de lesão corporal seguida de morte, previsto pelo artigo 209, § 3º, do CPM.

Pelas razões de f. 1/13 pretendem os embargantes que prevaleça o voto do revisor, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que os absolve por insuficiência de provas (f. 1.268/1.284).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 19/31, opina pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

A denúncia apresentada contra os ora embargantes pela prática do crime de tortura qualificada pela morte foi assim redigida (f. 1/7):

> *"(...) no dia 10 de Outubro de 2018, em Naviraí/MS, a equipe do GETAM, composta pelos denunciados soldados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz e Jean Carlos Cardoso, cientes da reprovabilidade de suas condutas, em conluio e unidade de desígnios, submeteram a vítima J. W. B., que estava sob suas guardas, a intenso sofrimento físico, usando-se de violência como forma de aplicar-lhe castigo pessoal, conduta que resultou em seu óbito.*
>
> *(...) na data dos fatos, por volta de 19h30, nas imediações da Rua Marques Eurípedes da Silva, Bairro Jardim Paraíso, em Naviraí/MS, os Policiais Militares/Denunciados realizavam patrulhamento ostensivo/preventivo quando sentiram um odor similar ao de substância entorpecente análoga à maconha. Em ato contínuo, visualizaram três indivíduos do sexo masculino em via pública e iniciaram a abordagem aos suspeitos.*
>
> *Consta do Caderno de Pesquisa Policial que, enquanto realizavam a revista em Samuel de Oliveira Cruz, Renan Espíndola dos Santos e no adolescente *****, a vítima J. W. B. passava pelo local, ocasião em que foi chamada para abordagem. Disse ao Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes: 'o que tá pegando, irmão?', tendo este respondido que não era o seu 'irmão' e deferiu-lhe um tapa no rosto.*
>
> *(...) ato contínuo, a vítima J. W. B. revidou a atitude com um soco no Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes, atingindo-lhe a face. Visando reprimir a atitude da vítima J. W. B., os Policiais Militares/Denunciados Jean Carlos Cardoso e Talisson Pavarim da Luz iniciaram sua contenção, tendo a vítima J. W. B. resistido com diversos chutes e socos, motivo pelo qual o Policial Militar/Denunciado Jean Carlos Cardoso aplicou o golpe conhecido como 'mata-leão'. Neste momento, o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes aproximou-se dos que realizavam a contenção e, utilizando-se de uma tonfa, desferiu golpes na vítima J. W. B., que veio ao solo e, finalmente, foi algemada. Foi-lhe dada voz de prisão e colocada na parte de trás da viatura policial.*
>
> *Consta do Procedimento Policial que, devido às lesões sofridas, a vítima J. W. B. e o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes foram encaminhados ao Pronto-Socorro e, submetidos ao exame físico, atendimento médico e logo foram liberados.*

*Prova o Termo Policial que a vítima J. W. B., no percurso entre o pronto-socorro e a Delegacia, foi torturada, submetida a intenso sofrimento físico, com emprego de violência por parte dos Policiais Militares/Denunciados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz e Jean Carlos Cardoso, como forma de castigo pessoal em virtude de a vítima J. W. B. ter agredido fisicamente o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes durante a abordagem.*

*Consta do Caderno Inquisitorial que após o crime, todos seguiram para a Delegacia de Polícia Civil, local em que a vítima J. W.B. começou a passar mal, apresentando vômitos e calafrios, sendo encaminhado ao Hospital Municipal. No nosocômio, a vítima J. W. B. recebeu atendimento médico e permaneceu em observação até ser liberada por volta das 03:00 horas do dia 11 de outubro de 2018, ocasião em que foi conduzida à Delegacia local.*

*Provam os Autos Inquisitoriais que, por volta de 5h30, a vítima J. W. B. teve piora em seu estado de saúde, sendo escoltado pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiros ao Hospital Municipal de Naviraí/MS, todavia, diante da gravidade do quadro clínico, foi transferido para o Hospital da Vida, em Dourados/MS. Ressalta-se que a vítima J. W. B. permaneceu internada até o dia 13 de outubro de 2019, ocasião em que veio à óbito, tendo como causa 'isquemia cerebral devido à constrição cervical'.*

*Conforme os Laudos Periciais e documentos médicos, ora analisados no Inquérito Policial Militar, restou comprovado que J. W. B. foi vítima de tortura, pois as lesões apresentadas não eram compatíveis somente com aquelas produzidas durante abordagem policial. Ressalta-se que os sinais de espancamento eram visíveis, eis que ficou constatado que a vítima J. W. B. estava com diversos hematomas pelo corpo, além de edema em região periorbitária com olho de guaxinim, vômitos em diversas oportunidades e fratura facial na região do nariz, causas que foram eficientes para sua morte."*

A sentença de f. 1.139/1.153 condenou cada um dos embargantes à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, com perda do cargo público, por infração ao art. 1º, II, § 3º, § 4º, I, e § 5º, da Lei nº 9.455/97, c/c art. 102 do Código Penal Militar.

No julgamento da apelação pela Segunda Câmara Criminal o relator, Juiz Waldir Marques, votou pelo desprovimento, o revisor, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, pela absolvição por insuficiência de provas, enquanto o vogal, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, desclassificou a conduta para lesão corporal qualificada pelo resultado morte, previsto pelo artigo 209, § 3º, do CPM.

Através do presente recurso (f. 1/13), pretendem os embargantes que prevaleça o voto proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que os absolveu sob o entendimento de fragilidade das provas quanto à prática do delito de tortura (f. 1.268/1.284).

Conforme se observa pelas razões de f. 1/13, os embargantes fundamentam seu recurso em dois pilares: 1 - impossibilidade de aplicar a *emendatio libelli* (artigo 383 do CPP), uma vez que uma das teses que sustentam o voto absolutório é a violação do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença; 2 - insuficiência de provas para sustentar a condenação.

De acordo com o parágrafo único do artigo 609 do CPP, cabe embargos infringentes e de nulidade, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do acórdão, quando a decisão desfavorável ao réu não é unânime, limitado à matéria objeto de divergência.

Ou seja, trata-se de recurso cuja devolutividade é restrita, com a esfera de cognoscibilidade limitada à matéria objeto da divergência estabelecida entre os votos vencido e vencedor. Nesse sentido:

*"EMBARGOS INFRINGENTES – (...)* ***PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – MATÉRIA QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA DIVERGÊNCIA. 4. O conhecimento dos embargos infringentes, em se tratando de divergência parcial,***

> ***restringe-se ao ponto divergente do acórdão, desfavorável ao acusado, proferido por maioria de votos. Exegese do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal. 6. Embargos infringentes conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, rejeitados.***" (TJSP; EI-Nul 1500438-14.2018.8.26.0618/50000; Ac. 13631367; Pindamonhangaba; Décima Quinta Câmara de Direito Criminal; Relª Desª Gilda Alves Barbosa Diodatti; Julg. 09/06/2020; DJESP 12/06/2020; Pág. 3835). (G.n.)

Mesmo assim, quando se trata de matéria de ordem pública, ainda que não tenha sido objeto de discussão, a questão posta pode ser objeto de análise, conforme já entendeu esta Corte:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – RÉU FERNANDO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE PODE SER ANALISADA DE OFÍCIO – EMBARGOS INFRINGENTES QUE SE RESTRINGE À MATÉRIA DIVERGENTE. I. A capitulação do delito é matéria de ordem pública e diz respeito ao princípio da legalidade, portanto, se o Tribunal ou qualquer de seus membros entenderem por nova capitulação, dada as narrativas descritas na denúncia e corroborada no bojo do contraditório, viável a desclassificação para o delito correspondente, se não houver prejuízo ao réu, ainda que a matéria não tenha sido devolvida nas razões de apelação. II. Quanto ao redimensionamento da pena, este Tribunal já sedimentou que, em se tratando de matéria de ordem pública, constatado erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, é possível reanalisar a matéria de ofício. III. O recurso de embargos infringentes e de nulidade, em sede processual penal, serão cabíveis quando o Tribunal deliberar pela reforma da decisão vergastada, seja quando negar provimento ao recurso interposto, ou, ainda, pela rejeição preliminar ou meritória de matéria de ordem pública levantada de ofício por qualquer membro do órgão colegiado, desde que desfavoráveis ao acusado, restringindo-se à matéria divergente. lV. Preliminar rejeitada. Contra o parecer. MÉRITO (...)."* (TJMS; EI-Nul 0011908-85.2016.8.12.0001; Seção Criminal; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto; DJMS 23/05/2018; Pág. 26).

É por esta razão que conheço integralmente do recurso interposto, pois ainda que a matéria relativa à impossibilidade de desclassificação por ofensa ao princípio da correlação não tenha sido objeto de divergência, o voto vencido afirma que tal vício ocorreu, isto ao referir que:

> *"(...) a despeito do vício, deixo de declarar a nulidade da sentença, uma vez que, de antemão, já é possível constatar a fragilidade das provas e, nesse sentido, afigura-se mais favorável aos recorrentes decretar as respectivas absolvições, encerrando, assim, a Ação Penal e estancando a continuidade de seus inerentes efeitos deletérios, quase comparáveis a uma pena em si para qualquer ser humano, mas especialmente danosos contra Policiais Militares, pois, em razão da função, são submetidos a um crivo social extremamente mais severo, nem um pouco leniente com a simples e eventual condição de processado (...)."*

Da alegação ofensa ao princípio da correlação.

Vigora em nosso Direito Penal o sistema acusatório, previsto no artigo 3º-A, do CPP: *"O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."*

Suas principais características são o contraditório, a igualdade entre acusação e defesa, a publicidade, as funções acusatória, defensiva e julgadora são exercidas por pessoas distintas. É nesse cenário que adquire destaque o princípio da correlação, também chamado de princípio da relatividade ou da congruência da condenação com a imputação, uma das principais garantias do direito de defesa, pois garante ao acusado a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de, previa e pormenorizadamente, conhecer os fatos criminosos a si atribuídos.

É o campo de aplicação dos institutos da *emendatio libelli* (artigo 383 do CPP) e da *mutatio libelli* (artigo 384 do CPP).

A *emendatio libelli* permite que o juiz atribua nova definição jurídica a um fato, descrito pela denúncia, mesmo que a pena venha a ser agravada. É o que se extrai do artigo 383 do CPP, pelo qual *"o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave."*

Ou seja, embora certo que o julgador não pode fugir dos fatos narrados na denúncia, em pleno vigor o princípio da livre dicção do direito (*jura novit curia*), pelo qual cabe ao juiz conhecer e cuidar do direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*), o que significa dizer que ao acusado cabe defender-se da descrição fática contida na inicial, e não da capitulação dada ao crime pelo Ministério Público.

Assim, não há lesão ao princípio da correlação quando a denúncia descreve os fatos de forma adequada ao tipo penal mas lhe atribui capitulação jurídica diversa, propiciando a aplicação do artigo 383 do CPP porque o acusado defende-se do fato, e não da capitulação dada pela denúncia.

Neste caso, no que toca ao ponto discutido, é importante trazer a lume, de início, que a ofensa ao princípio da correlação apontada pelo voto vencido teria ocorrido porque *"a 'tortura' que o magistrado singular sopesou para justificar a condenação dos apelantes não foi a descrita na denúncia, isto é, entre o Pronto-Socorro e a Delegacia de Polícia, mas sim a que supôs ter ocorrido antes, no trajeto entre o local em que ocorreu a abordagem inicial e o Pronto-Socorro, onde foi prestado o primeiro atendimento médico ao preso e ao apelante Luizmar."*

Porém, para a análise da correlação entre denúncia e sentença, o que se deve verificar é somente se o réu resultou condenado pela prática do fato criminoso descrito pela denúncia, se há correspondência entre o fato imputado e a responsabilidade penal. Não é este o momento de aferir a ocorrência de elementos periféricos, como o local em que o delito teria ocorrido, pois estes, de forma alguma, possuem qualquer influência sobre a configuração do delito e sua capitulação penal. Em caso similar, mudando o que deve ser mudado, decidiu o STJ (reduzida ao ponto que aqui interessa e sem grifos na origem):

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO (MOTIVO FÚTIL E MEIO CRUEL) – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR – CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TORTURA-CASTIGO COM RESULTADO MORTE – MUTATIO LIBELLI – ELEMENTARES NÃO DESCRITAS NA DENÚNCIA – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES – RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS, PARA ANULAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA, DETERMINANDO A OBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP. 1. Afastado o crime de competência do Tribunal do Júri, o MM. Juiz Presidente determinou a remessa dos autos ao Juízo da Auditoria Militar, entendendo caracterizado o crime de lesão corporal seguida de morte. Em sede de embargos de declaração da acusação, utilizando-se da faculdade prevista no art. 383 do CPP, o Magistrado oficiante condenou os acusados pelo delito de tortura castigo, qualificado pelo resultado morte, decisão esta confirmada pelo acórdão recorrido, que entendeu implicitamente descritas, na denúncia, todas as elementares do referido delito. 2. **A jurisprudência desta Corte entende que o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal (HC 284.546/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 8/3/2016)**. 3. (...)."* (STJ; REsp 1.581.566; Proc. 2015/0240274-0; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 22/02/2017). (G.n.)

Portanto, no caso destes autos, para aferir a possibilidade de aplicação do artigo 383 do CPP basta comparar a descrição dos fatos praticados pelos recorrentes, contida da denúncia, com as elementares do tipo penal para o qual a conduta foi desclassificada.

Importante rememorar que o voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence limitou-se a analisar as provas no que toca à configuração do crime de tortura seguida de morte, sem qualquer referência ao crime de lesão

corporal seguida de morte, até porque a análise baseou-se nos fundamentos da sentença e do voto do então Relator, todos relativos ao delito pelo qual os embargantes haviam sido condenados.

Na hipótese dos autos, reza o artigo 209 e seu § 3º, parte final, do Código Penal Militar (que encontra similar descrição no artigo 129, § 3º, do Código Penal):

> *"Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.*
>
> *(...).*
>
> *§ 3º Se os resultados previstos nos §§ 1º e 2º forem causados culposamente, a pena será de detenção, de um a quatro anos; se da lesão resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, até oito anos."*

Assim sendo, as elementares do tipo, que devem estar descritas na denúncia são: 1 - ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem; 2 – que da ofensa tenha resultado morte.

E a denúncia acima transcrita, embora direcionando os acontecimentos ao delito de tortura-castigo, descreve, sim, de forma clara, que a vítima sofreu lesões corporais, e isto em dois momentos distintos (no momento da abordagem e também depois, no trajeto entre o hospital e a delegacia), das quais resultou morte, atribuindo sua prática a todos os recorrentes. Para tanto, destaco:

> *"(...) no dia 10 de Outubro de 2018, em Naviraí/MS, a equipe do GETAM, composta pelos denunciados soldados* ***Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz e Jean Carlos Cardoso, cientes da reprovabilidade de suas condutas, em conluio e unidade de desígnios, submeteram a vítima J. W. B.****, que estava sob suas guardas,* ***a intenso sofrimento físico, usando-se de violência*** *como forma de aplicar-lhe castigo pessoal,* ***conduta que resultou em seu óbito. Consta do Caderno de Pesquisa Policial que, enquanto realizavam a revista em Samuel de Oliveira Cruz, Renan_Espíndola dos Santos e no adolescente *****, a vítima J. W. B. passava pelo local, ocasião em que foi chamada para abordagem. Disse ao Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes: 'o que tá pegando, irmão?', tendo este respondido que não era o seu 'irmão' e deferiu-lhe um tapa no rosto****. (...)* ***a vítima J. W. B. revidou a atitude com um soco no Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes, atingindo-lhe a face. Visando reprimir a atitude da vítima J. W. B., os Policiais Militares/Denunciados Jean Carlos Cardoso e Talisson Pavarim da Luz iniciaram sua contenção, tendo a vítima J. W. B. resistido com diversos chutes e socos, motivo pelo qual o Policial Militar/Denunciado Jean Carlos Cardoso aplicou o golpe conhecido como 'mata-leão'. Neste momento, o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes aproximou-se dos que realizavam a contenção e, utilizando-se de uma tonfa, desferiu golpes na vítima J. W. B., que veio ao solo e, finalmente, foi algemada****. Foi-lhe dada voz de prisão e colocada na parte de trás da viatura policial (...)." (G.n.)*

Como se vê, nesta parte a denúncia afirma que a vítima, ainda no local da abordagem, recebeu um tapa no rosto, desferido pelo recorrente Luizmar, apenas por ter perguntado "o que tá pegando, irmão?". A partir daí refere que a vítima reagiu e os quatro policiais, em unidade de propósitos, na tentativa de contê-la, passaram a ofender a integridade física da mesma, atribuindo a Jean Carlos a conduta de aplicar na vítima um "mata-leão", a Luizmar a de, enquanto a vítima estava imobilizada, desferir-lhe golpes de tonfa, com a participação dos demais.

A partir daí referida peça narra um segundo momento em que a vítima teria sido submetida a espancamentos, estes que, no entender do *Parquet*, teriam configurado o delito de tortura-castigo. Veja-se:

> *"(...) a vítima J. W. B., no percurso entre o pronto-socorro e a Delegacia, foi torturada, submetida a intenso sofrimento físico, com emprego de violência por parte dos Policiais Militares/Denunciados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz e Jean Carlos Cardoso, como forma de castigo pessoal em virtude*

*de a vítima J. W. B. ter agredido fisicamente o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes durante a abordagem (...).”*

E, por fim, descreve o resultado e o nexo causal:

> *“(...) ressalta-se que a vítima J. W. B. permaneceu internada até o dia 13 de outubro de 2019, ocasião em que veio à óbito, tendo como causa ‘isquemia cerebral devido à constrição cervical’. Conforme os Laudos Periciais e documentos médicos, ora analisados no Inquérito Policial Militar,* ***restou comprovado que J. W. B. foi vítima de tortura, pois as lesões apresentadas não eram compatíveis somente com aquelas produzidas durante abordagem policial. Ressalta-se que os sinais de espancamento eram visíveis, eis que ficou constatado que a vítima J. W. B. estava com diversos hematomas pelo corpo, além de edema em região periorbitária com olho de guaxinim, vômitos em diversas oportunidades e fratura facial na região do nariz, causas que foram eficientes para sua morte.*** *” (G.n.)*

Diante disso, resta claro que a denúncia descreve de maneira suficiente os elementos constitutivos do tipo objetivo abstrato, aqueles cuja única função é demonstrar a relação dos fatos com a proibição penal, e que são: indicação do autor da ação, a ação ou a omissão, o resultado e seu nexo causal e imputação objetiva.

Os elementos do tipo subjetivo, que dizem respeito à vontade do agente (no caso dos autos o dolo no antecedente e a culpa no subsequente, já que o delito de lesão corporal seguida de morte é preterdoloso), resultam do desdobramento dos fatos e da análise das provas. *A priori*, não se exige que estejam minudentemente descritos na peça inaugural da Ação Penal, pois se assim fosse estar-se-ia negando vigência ao artigo 383 do CPP, pelo qual o julgador pode atribuir definição jurídica distinta ao fato narrado pela denúncia.

Ou seja, se durante a instrução fica demonstrado que o réu agiu de maneira culposa, e não dolosa, plenamente possível a desclassificação, sem que isto configure modificação da narrativa dos fatos.

Foi o que ocorreu com o voto que prevaleceu neste caso, onde o julgador constatou que as provas dos autos indicavam excesso culposo na ação desenvolvida pelos recorrentes e, em decorrência, atribuiu ao fato classificação jurídica distinta, coerente com os termos da denúncia.

Tem-se que o instituto da *emendatio libelli* também encontra previsão expressa no Código de Processo Penal Militar, como bem lembra a defesa, mais precisamente em seu artigo 437, letra “a”, pelo qual é estabelecido que o Conselho de Justiça poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que por isso tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la.

Tal dispositivo também não restou violado porque, conforme já esclarecido, os fatos que constituem o crime pelo qual os embargantes restaram condenados estavam descritos na denúncia, de maneira que, sendo por todos sabido que o réu defende-se dos fatos, e não da capitulação contida na inicial, eles tiveram amplas possibilidades de defesa porque eram conhecedores daqueles fatos.

E tanto é certo que tinham conhecimento da descrição de tais fatos que admitem, expressamente, nas próprias razões do presente recurso pois, no ponto em que alegam insuficiência de provas, sustentam: *“Mas aqui se reitera que isso jamais restou discutido nos autos, até porque a descrição na denúncia não fala na ‘gravata’ como causa da morte, e sim um suposto espancamento por vingança (pela agressão de um PM), e foi disso que os Embargantes se defenderam, jamais se perquirindo sobre eventual excesso pelo uso da técnica da ‘gravata’.”*

Portanto, no caso dos autos, não ocorreu violação ao sistema acusatório porque o fato que constitui o crime de lesão corporal seguida de morte já estava contido na denúncia, era por todos conhecido, de maneira que o julgador, ao operar a desclassificação, não assumiu a função acusatória, esquecendo o princípio da inércia da jurisdição, tampouco violou o contraditório ou a igualdade entre acusação e defesa, limitando-se a “dizer o direito” aplicável à descrição contida na denúncia.

Rejeita-se, assim, a alegada ofensa ao princípio da correlação.

Do pleito por absolvição por insuficiência de provas.

Neste tópico os embargantes sustentam que as lesões detectadas na vítima resultaram de luta corporal, não foram a causa da morte, além de não ter ocorrido excesso, pois o conjunto probatório demonstra que, cessada a reação da suposta vítima, os embargantes não mais utilizaram de força física, como está claramente fundamentado no voto vencido.

Verifica-se pelos autos que o Des. Ruy Celso, pelas razões já expostas, limitou-se à análise dos fatos que configurariam o crime de tortura, que teria ocorrido, segundo a denúncia, depois que a vítima recebeu o primeiro atendimento médico, no trajeto entre o hospital e a delegacia de polícia. Por esta razão não se referiu ao fundamento que levou à desclassificação, o excesso culposo na atuação dos embargantes durante os procedimentos de contenção da vítima. Confira-se, neste ponto, o voto intermediário, que prevaleceu:

> *"(...) no entanto, resta demonstrado que os agentes excederam-se e numa ação desastrosa, pois se tratava de quatro agentes treinados para conter um indivíduo que sequer estava armado. O excesso por parte dos recorrentes acabou lesionando gravemente a vítima, conforme laudo de fls. 554-558 e fotografias de fls. 564-574, o que inclusive ocasionou sua morte.*
>
> *A própria natureza dos atos que incumbe ao policial no exercício de suas funções praticar, evidencia-se, por vezes ser ele compelido ao uso da força. Mas é preciso fixar limites do seu emprego por parte dos policiais que atuam no estrito cumprimento do dever legal, uma vez que estão subordinados aos parâmetros legais e Constitucionais.*
>
> *Na hipótese, os elementos de provas colhidos não deixam dúvidas de que a violência desproporcional empregada afasta qualquer alegação de que os réus agiram culposamente, sem a intenção de lesionar a vítima gravemente, prova disso são as lesões sofridas constadas no exame de corpo delito, amoldando-se as condutas praticadas aos preceitos primários do art. 209, § 3º, in fine, do CPM (lesão corporal qualificada pelo resultado morte). (...).*
>
> *No entanto, também não há falar em absolvição dos recorrentes, pois se trata de quatro agentes públicos treinados na abordagem da vítima, restando claro pelo conjunto probatório que houve o excesso em sua contenção, ocasionando diversos ferimentos que culminaram com sua morte (...)."*

Diante disso os embargantes resultaram condenados pela prática do crime do artigo 209, § 3º, parte final, do Código Penal Militar:

> *"Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...). § 3º Se os resultados previstos nos §§ 1º e 2º forem causados culposamente, a pena será de detenção, de um a quatro anos; se da lesão resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena será de reclusão, até oito anos."*

Portanto, afastada a ocorrência de tortura em momento posterior à abordagem, a controvérsia instalada refere-se à ocorrência ou não de excesso dos embargantes para conter a vítima no momento da abordagem, e a ela restringir-se-á esta análise.

É certo que vários fatos resultaram incontroversos: a abordagem e detenção da vítima pelos quatro embargantes, o estado de embriaguez da vítima, luta corporal entre os cinco envolvidos, durante a qual houve aplicação do conhecido golpe "mata-leão", ou "gravata", bem como de vários golpes de tonfa (ou cacetete), chutes, socos, tapas e, finalmente, o óbito da vítima após 03 (três) dias de internação hospitalar.

Pela ficha de atendimento de f. 30 constata-se que ao chegar ao hospital a vítima apresentava-se *"em estado etílico, sugere uso de cigarro de maconha + álcool, apresenta escoriações em região da face + tórax, muito agressivo e incoerente."*

Quanto ao mais, a prova demonstra que tudo começou porque a vítima, ao ser abordada pelo embargante Luizmar, indagou *"o que tá pegando, irmão?",* e por isso recebeu dele um tapa no rosto. Na sequência veio a reação e a luta corporal entre a vítima e os quatro embargantes.

É isto o que afirma em ambas as fases a testemunha V. D. S. de S., um dos que foram abordados, e que em juízo (f. 935), relata ter presenciado o momento em que um dos policiais passou a discutir com a vítima e em seguida lhe desferiu um tapa. A vítima pôs as mãos no bolso e o policial pediu para tirar, e como não atendeu desferiu novo tapa. Foi então que a vítima revidou dando um soco no rosto do policial. Nesse instante um policial deu um "mata-leão" na vítima, que passou a receber vários tapas na cara. Disse que *"estava quase matando ele enforcado"*, soltou e colocou J. na viatura. Em seguida, saíram em direção contrária à do hospital ou da delegacia.

Essa testemunha é totalmente isenta, insuspeita, pois além de ter presenciado os fatos bem de perto porque também era abordada pelos embargantes, não sofreu deles nenhuma agressão, sendo liberada em seguida sem qualquer contratempo, de modo que não há razão alguma para relatar fatos distorcidos da realidade, muito menos para ser considerada testemunha de vendeta.

No mesmo sentido as declarações de Taísa Matias dos Santos, que é cunhada da vítima, mas que também a tudo assistiu, a qual afirmou que os policiais passaram a revistar os meninos quando J. chegou e perguntou *"o que foi irmão?",* um deles respondeu que não era seu irmão e deu um tapa na cara de J., que revidou com um soco na cara do policial. O policial que recebeu o soco e outros dois foram para cima de J. que tentava se defender (f. 935).

E os relatos destas duas testemunhas convergem, integralmente, aos dos embargantes, exceto no ponto em que estes omitem que a vítima só atingiu Luizmar após por ele ter sido agredida, e também quanto à intensidade do "mata-leão".

Confira-se, para tanto, as declarações de Jean Carlos, na fase judicial:

> *"(...) quando nós nos aproximamos do local sentimos forte cheiro de substância análoga a maconha e visualizamos quatro indivíduos próximos a uma árvore e um muro, por esse motivo nós resolvemos a fazer a abordagem, um dos indivíduos começou a apresentar resistência com a verbalização, após isso demos novas ordens a ele, fizemos seu desembarque, procedimentos de revista pessoal, não encontramos nada com eles, e após esses fatos um dos policiais foi fazer a coleta dos dados da vítima, o J., e ele a todo momento inquieto, reclamando porque estava sendo abordado, falando que fumava maconha, estava com um forte cheiro de álcool, e após isso o policial questionou ele porque ele estava com o braço cruzado e porque ele colocava as mãos no bolso, e no momento em que ele foi mais enérgico na verbalização o J. desferiu um soco no Soldado Hélio ferreira, e ele foi pra atingir o Soldado Pavarim que estava ao lado, nesse momento eu pressionei ele contra o muro, o Soldado Pavarim também agarrou ele, nós caímos ao solo, utilizamos da força física, após isso fizemos o algemamento dele, colocamos na viatura e deslocamos (...).*
>
> *MP: a denúncia relata que o senhor teria aplicado um golpe de mata leão nele, o senhor confirma isso?*
>
> *Jean: então excelência, não é bem um mata leão, eu confirmo eu agarrei ele pelo pescoço na primeira vez que nós caímos de frente pra árvore e após eu grudei ele no pescoço, mas não consegui aplicar a técnica, porque se eu tivesse conseguido aplicar a técnica ele teria digamos que apagado, ele não chegou a apagar em momento algum da contenção física (...)."*

Assim também Luizmar, o que primeiro agrediu a vítima com um tapa, ocasionando revide, e que, enquanto a vítima estava se debatendo em razão de estar recebendo o "mata-leão" aplicado por Jean Carlos e tapas, socos e chute pelos outros dois, foi até a viatura, pegou o bastão tonfa e com ele desferiu diversos golpes contra a vítima, atingindo várias partes do corpo. Atente-se:

*"(...) quando eu cheguei que eu fui coletar os dados do J. ele tava lá todo ríspido e ignorante ali na abordagem, em um dado momento quando eu pedi o nome dele, não me recordo se ele estava com o braço cruzado ou com a mão no bolso, eu peguei e falei: 'bicho coloca a mão pra trás que você está numa abordagem policial, assim que acabar a abordagem nós vamos te liberar, pronto, acabou', quando eu abaixei pra anotar aqui o nome dele que ele falou J. W. B., só senti o soco que ele me deu, aí conforme ele me deu o soco ali eu fiquei meio desnorteado, e eu vi que os meninos estavam ali tentando conter ele, corri na viatura peguei a Tonfa e vim pra ajudar os meninos, e a gente tentando conter ali ele e eu dei várias tonfadas nele no intuito de tentar conter ele, bati no braço, dei estocadas na perna, até que a gente conseguiu algemar ele, algemamos, colocamos na viatura e deslocamos (...) foi feito o atendimento nele, o médico falou que ele tava tranquilo, ele só questionou de uma dor na costela, uma dor no braço que estava uns ralados, e a gente voltou, foi pra delegacia, chegou na delegacia e confecção do B.O e tal e ele começou a reclamar que estava com calafrios, que estava dando ânsia de vômito, inclusive acho que ele vomitou lá, não me recordo, (...)."*

Também é o que relata o embargante Talisson, que afirmou ter auxiliado na contenção da vítima, relatando que esta deu um soco no policial Ferreira e tentou ir para cima dele, ocasião em que ele e o corréu Ferreira levaram a vítima contra uma parede e iniciou a luta corporal. O policial Ferreira conseguiu segurar a vítima pelo pescoço e eles caíram ao solo. Confirma o emprego da tonfa para dar golpes na vítima, inclusive nas costas.

Samuel de Oliveira da Cruz, outro que fora abordado na ocasião, e que também foi liberado sem maiores contratempos, ratificou em juízo (f. 349) o que havia declarado na fase anterior, dizendo que um dos policiais mandou a vítima tirar a mão do bolso, desferindo-lhe um tapa, momento em que houve o revide com um soco no rosto do policial. Em seguida três dos policiais foram para cima de J., um deles segurou-o pelo pescoço, imobilizando-o, enquanto o que recebera o soco passou a desferir vários chutes e socos contra a vítima, na região do tórax e rosto.

Portanto, não se há falar que as declarações de V. D. S. de S. e Taísa Matias dos Santos não merecem credibilidade porque suas versões não são convergentes, pois a aplicação do "mata leão" referido pelo primeiro, e que a segunda afirmou não recordar se ocorreu, é fato incontroverso.

Na mesma toada vem o fato de V. D. S. de S. ter afirmado que um dos policiais foi ao chão com J., ao passo que a segunda relatou que *"os policiais não se embolaram com eles no chão e o J. tentava se defender com as mãos, a cabeça e o rosto."*

Ora, como se vai alegar falsidade nisso se o próprio embargante Jean Carlos admite que quando aplicou a "gravata" na vítima ambos foram ao chão?

Como se vê pelas declarações desses três embargantes e também pelas palavras das demais pessoas acima referidas, é indiscutível que houve excesso por parte dos quatro policiais para debelar a reação de J., o qual, além de enorme disparidade de forças, estava bêbado.

Qualquer pessoa sabe, e muito mais o policial, que o consumo de álcool provoca vários efeitos no organismo humano. Alguns deles, que as circunstâncias demonstram que eram perceptíveis de plano, são: alteração na capacidade de raciocínio, falta de atenção, alteração na percepção e coordenação motora, perda de reflexos, perda de julgamento da realidade (https://www.tuasaude.com).

Certamente por conta de alteração na capacidade de raciocínio foi que a vítima, ao ser abordada, resolveu perguntar *"o que tá pegando, irmão?"*.

Por mais que não justifique a atitude do policial, foi o que bastou para incitar a truculência de Luizmar, que se sentiu ofendido por aquela irracional indagação e desferiu um tapa no rosto da vítima com o claro objetivo de intimida-la. Porém, certamente pela perda do julgamento da realidade (outro efeito do consumo de álcool), a vítima reagiu, dando um soco em Luizmar, e com isto despertou a ira de todos, fazendo com que a truculência inicial descambasse para o espancamento, com flagrante emprego de força desproporcional,

pois tratava-se de 04 (quatro) policiais fardados, armados, todos especialmente treinados para aquele tipo de situação, e a vítima, além de apresentar alteração na capacidade de raciocínio, falta de atenção, alteração na coordenação motora e perda de reflexos (efeitos da embriagues), já estava completamente imobilizada pelo "mata-leão" aplicado por Jean Carlos quando passou a receber os demais golpes de cacetete, desferidos por Luizmar, bem como os tapas, socos e chutes desferidos pelos outros, conforme referido acima e, principalmente, demonstrados pela prova técnica produzida nos autos.

Basta ver, de início, que o laudo de f. 139, do Sistema Único de Saúde, realizado no dia dos fatos, indicou a presença de *"densificação de partes moles na região periorbitária esquerda, fratura alinhada do osso nasal, entre outros detalhes."*

E da ficha de identificação do paciente, emitida pelo hospital de Durados, juntada a f. 140/143, consta que J. W. B. foi *"(...) vítima de espancamento, apresentando vários hematomas pelo corpo, edema importante em região periorbitária com olho de guaxinin, vômitos em várias oportunidades e crises convulsivas refratárias de difícil controle que evolui com rebaixamento importante do nível de consciência (...). TC de crânio: apresenta grande área de isquemia em hemisfério direito com fechamento do ventrículo direito (...)."*

José Fernando Macias Maldonado, médico plantonista que atendeu a vítima, declarou a f. 187/189 que a mesma apresentava escoriações na região do tórax e face, e aparentava estar em estado etílico. Foi liberada, mas voltou mais tarde apresentando vômito e dor abdominal. Realizados exames de tomografia e tórax, face e crânio, os resultados foram normais, com exceção do exame realizado na face que identificou uma fratura do nariz, a qual poderia existir no primeiro atendimento, contudo, não havia sangramento. Mais tarde, consciente, foi liberada. Horas depois retornou em estado de convulsão, e repetidos os exames, constatou-se possível AVC isquêmico. Disse que em momento algum a vítima alegou ter sido torturada. Para o segundo atendimento notou a presença de equimose ou vermelhidão na região dorsal e nos membros inferiores, lesões não observadas na primeira vez. Quanto à isquemia não pode afirmar se decorria das primeiras lesões.

Ou seja, a vítima chegou ao hospital com fratura do nariz e com diversas outras lesões compatíveis com o histórico, conforme também mostram as fotografias de f. 567/574, estas que assim vêm descritas pelo laudo de exame de corpo de delito – necroscópico de f. 554/558:

> *"(...) foto 01 e 02 - escoriação em face, de diversos tamanhos, e com crostas sero-hematínicas;*
>
> *Foto 03 - Equimose violácea palpebral bilateral;*
>
> *Foto 04 - Equimose violácea extensa localizada na face posterior do braço direito;*
>
> *Foto 05 Equimose violácea extensa localizada na face posterior do terço proximal do braço esquerdo;*
>
> *Foto 06 Extensa equimose amorfa com áreas violáceas e outras avermelhadas, localizada na face latero-posterior da coxa esquerda.*
>
> *Foto 07 Escoriações e equimose violácea, localizadas na face anterior do joelho direito e nas faces anteriores das pernas (...).*
>
> *Observamos infiltração hemorrágica na musculatura infra-hioidéia (Foto 10) e ruptura da cama íntima da artéria carótida comum direita logo abaixo da bifurcação desta (Foto 11) (...)."*

Acerca desta última, que teria sido a causa da morte:

> *"(...) por isquemia cerebral devido à constrição cervical", a f. 555, no tópico 'Discussão' consta que "os achados no exame necroscópico e o que se encontra descrito no boletim de ocorrência e nos registros médicos, sugere que a lesão arterial provavelmente ocorreu devido a constrição cervical (estrangulamento tipo 'gravata') ou hiperextensão*

> *cervical (inclinação exagerada da cabeça para trás). As demais lesões apresentam características de terem sido produzidas durante luta corporal ocorrida provavelmente durante contenção física. O intervalo ocorrido entre o momento da prisão e a piora clínica do periciado pode ser explicado pelo fato que o desenvolvimento do quadro de isquemia cerebral pode ocorrer em algumas horas e não necessariamente de maneira imediata."*

É certo que os embargantes alegam que a vítima era hipertensa, fazia uso excessivo de bebidas alcoólicas e era usuário de drogas, fatores de risco para a ocorrência de um AVC hemorrágico, de maneira que a morte pode ter decorrido de outras causas.

Porém, pela análise do contexto e do conjunto das provas, resta evidente que o perito médico-legal, ao afirmar que:

> *" (...) os achados no exame necroscópico e o que se encontra descrito no boletim de ocorrência e nos registros médicos, sugere que a lesão arterial provavelmente ocorreu devido a constrição cervical (estrangulamento tipo 'gravata') ou hiperextensão cervical (inclinação exagerada da cabeça para trás)", somente quis dizer uma coisa: "que dentre as lesões apresentadas, a lesão arterial provavelmente tenha sido causada pelo 'mata leão', e não por alguma das outras, que indicavam ter decorrido de luta corporal."*

É indiscutível que somente tal golpe é que poderia ter causado o estrangulamento ou a hiperextensão cervical devido à inclinação exagerada da cabeça para trás.

E isto também é demonstrado pela prova testemunhal coligida, pois por mais que Jean Carlos tenha alegado que *"não foi bem um mata-leão"*, pois se ele tivesse aplicado essa técnica a vítima teria *"apagado"*, viu-se que V. D. S. de S., que estava ao lado de ambos no momento dos fatos, declarou na fase extrajudicial (f. 149), que a vítima não chegou a desmaiar com o mata-leão, sendo solta pelo policial *"assim que J. estava menos resistente"*.

E em juízo, a f. 935, esclareceu melhor o que ele presenciou, isto ao afirmar que o policial *"estava quase matando ele enforcado"*.

E é indiscutível que foi assim.

No que toca à intensidade do "mata leão" a enciclopédia livre Wikipédia refere: *"Esse golpe está na categoria dos 'Enforcamentos de sangue' pois restringe a circulação do sangue pelas artérias. Quando feito corretamente, causa inconsciência temporária por alguns segundos."*

Helio Gracie, famoso por seus conhecimentos em artes marciais, considera o estrangulamento o golpe mais eficiente do Jiu-Jitsu. *"Não tem valente que resista ao sono, qualquer um dorme"*. O mata-leão é um dos estrangulamentos mais poderosos do Jiu-Jitsu, e quase sempre é fatal quando encaixado. https://www.gallerr.com/pt/bjj_fundamentals/gallery/bjj-learn-how-to-defend-against-the-rear-naked-choke, acessado em 02.10.2020.

Delton Croce e Delton Croce Júnior em "Manual de Medicina Legal", 8. ed, 4ª tiragem, Editora Saraiva-SP, 2012, p. 400, acerca da prática do estrangulamento, esclarecem que *"o estrangulamento é a asfixia mecânica por constrição do pescoço por laço tracionado por qualquer força que não seja o peso da própria vítima. Será também estrangulamento a asfixia mecânica por constrição do pescoço promovida pelo golpe chamado 'chave de braço' ou 'gravata', pé nele apoiado, etc."*

Adiante, acerca da sintomatologia do estrangulamento, lecionam que:

> *"Dependendo do modo lento, violento ou contínuo por que o estrangulamento se processou, em geral a vítima passa por três períodos: resistência, inconsciência e convulsões, asfixia e morte aparente seguida por morte real. Na tentativa de estrangulamento podem surgir amnésia, confusão mental, agitação, angústia, convulsões, dor cervical, dispneia e disfagia, espuma sanguinolenta bucal e relaxamento dos esfíncteres."*

No mesmo sentido Rogério Greco e William Douglas, em "Medicina Legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal", 14. ed, Editora Impetus, Niterói-RJ, 2019, p. 139, após esclarecerem que a asfixia causa a perda da consciência no primeiro minuto, complementam: *"Em todas as modalidades de asfixia, se o indivíduo é salvo após apresentar asfíxico avançado, poderá sofrer várias sequelas, sendo mais comuns as perturbações psíquicas (amnésia), convulsões, o estado comatoso, etc."*

Essa abalizada doutrina esclarece, com certeza, a dúvida levantada pelo voto que os embargantes pretendem fazer prevalecer, relativa ao motivo pelo qual, ao retornar ao médico, a vítima não falou que teria sido torturada (*perturbações psíquicas - amnésia)*.

E sem dúvidas também traz a lume a razão de o laudo de f. 139, elaborado no dia dos fatos, relatar que a vítima apresentou *"vômitos em várias oportunidades e crises convulsivas refratárias de difícil controle que evolui com rebaixamento importante do nível de consciência."*

Demonstra, ainda, a razão de a vítima ter retornado à delegacia carregada pelos policias, desmaiada, posto ter entrado no acima referido *"estado comatoso"*.

Diante de todos estes elementos, resta indiscutível o nexo causal entre a desastrada ação dos embargantes e o evento morte da vítima, provocada pelo estrangulamento decorrente do "mata leão", ou se preferirem, da "gravata", aplicada na vítima que, seja por imperícia ou por excesso de força, provocou a hiperextensão cervical devido à inclinação exagerada da cabeça para trás, conforme consta do laudo já referido, culminando no estrangulamento.

Ademais, o fato de a utilização da "gravata" estar previsto no manual da PMMS não significa que possa ser empregada de maneira indiscriminada e, principalmente, com força excessiva, desproporcional e desnecessária, como aqui ocorreu.

Outro ponto importante a ser destacado é o da participação dos quatro embargantes, e não apenas de Jean Carlos, o que aplicou o golpe mais eficiente.

É certo que o excesso na contenção da vítima não decorreu exclusivamente da aplicação de tal golpe, mas sim porque, conforme demonstrado pela prova, durante a aplicação desse "mata leão" que impediu completamente a vítima de atingir qualquer dos policiais, os outros três a atingiam de várias maneiras, produzindo aquelas outras inúmeras lesões que, segundo o laudo, não causaram a morte. Ou seja, enquanto Jean Carlos Cardoso estrangulava, Eduardo Martins Rodrigues e Talisson Pavarim da Luz desferiam tapas, socos e chutes e Luizmar Ferreira Nunes aplicava diversas pancadas com a tonfa, de maneira que não há como atribuir-se apenas ao primeiro a prática do delito, já que todos, cada um a sua maneira, contribuíram para o evento que três dias mais tarde culminou com a morte da vítima.

Embora a vítima fosse alcoólatra, usuária de maconha e hipertensa, não há nenhum elemento concreto nos autos a demonstrar que o óbito tenha decorrido de qualquer destes fatores, de maneira que a alegação defensiva relativa a este ponto não passou do campo hipotético.

Lado outro, de acordo com a prova técnica e os demais elementos acima analisados, a causa da morte decorreu do estrangulamento, provocado pelo "mata leão" aplicado com força excessiva, aliado aos demais variados golpes sofridos pela vítima, tudo a demonstrar que houve flagrante excesso na atuação dos embargantes, restando configurado o delito tipificado pelo artigo 209, § 3º, parte final, do Código Penal Militar.

Diante de todo o contexto probatório, 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.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, rejeito os embargos.

No que toca ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

É como voto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal)

Divirjo do e. Relator a fim de dar provimento aos embargos infringentes a fim de que prevaleça o voto que proferi no julgamento do recurso de apelação criminal, nos seguintes termos:

> *"Cuida-se de apelação criminal interposta por Eduardo Martins Rodrigues, Jean Carlos Cardoso, Luizmar Ferreira Nunes e Talisson Pavarim da Luz, com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Auditoria Militar, que os condenou à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além da perda do cargo público, em razão da prática do crime tipificado no art. 1º, II, § 3º e com aumento de pena do § 4º, I, e § 5º, todos da Lei nº 9.455/97 (tortura qualificada pelo resultado morte e majorada pela condição de agente público dos autores).*
>
> *Busca a defesa, em suma, a absolvição por ausência de provas para embasar um édito condenatório.*
>
> *As contrarrazões ministeriais (p. 1169-1204) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (p. 1211-1228) vertem-se pela manutenção da sentença.*
>
> *O e. Relator, Juiz Waldir Marques, está negando provimento aos apelos defensivos.*
>
> *A divergência se impõe.*
>
> *Após o cotejo do conjunto probatório, bem como da leitura atenta das razões recursais e memorais defensivos, é possível verificar que a sentença é incongruente com a denúncia, bem como que, a despeito dos indícios da prática delitiva, existem diversas dúvidas que não foram solucionadas nos autos, sendo ambas situações absolutamente inconciliáveis com o juízo condenatório.*
>
> *Senão, vejamos.*
>
> *Segundo a acusação, os apelantes, Policiais Militares, em 10.10.2018, praticaram o crime de tortura contra J. W. B. Isso porque, após uma abordagem inicial com troca de agressões, com a necessidade de uso de força física para a contenção de J. e do atendimento médico tanto deste quanto do apelante Luizmar, os agentes de segurança pública teriam, seguidamente, no caminho entre o Pronto-Socorro e a Delegacia de Polícia de Naviraí, submetido o preso sob suas guardas, a intenso sofrimento físico, usando-se de violência como forma de aplicar-lhe castigo pessoal pela resistência, causando-lhe a morte. In verbis:*

*'(...) no dia 10 de Outubro de 2018, na Cidade e Comarca de Naviraí/MS, a Equipe do GETAM composta pelos denunciados Soldado Eduardo Martins Rodrigues, Soldado Luizmar Ferreira Nunes, Soldado Talisson Pavarim da Luz e comandada pelo Soldado Jean Carlos Cardoso, cientes da reprovabilidade de suas condutas, em conluio e unidade de desígnios, submeteram a vítima J. W. B.,, que estava sob suas guardas, a intenso sofrimento físico, usando-se de violência como forma de aplicar-lhe castigo pessoal, conduta que resultou em seu óbito.*

*Prova o Procedimento Investigatório que na data dos fatos, por volta de 19:30 horas, nas imediações da Rua Marques Euripedes da Silva, Bairro Jardim Paraíso, na Cidade e Comarca de Naviraí/MS, os Policiais Militares/Denunciados realizavam patrulhamento ostensivo/preventivo quando sentiram um odor similar ao de substância entorpecente análoga à maconha. Em ato contínuo, visualizaram três indivíduos do sexo masculino em via pública e iniciaram a abordagem aos suspeitos.*

*Consta do Caderno de Pesquisa Policial que, enquanto realizavam a revista em Samuel de Oliveira Cruz, Renan Espíndola dos Santos e no adolescente *****, a vítima J. W. B. passava pelo local, ocasião em que foi chamada para abordagem. Disse ao Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes: 'o que tá pegando, irmão?', tendo este respondido que não era o seu 'irmão' e deferiu-lhe um tapa no rosto.*

*Provam o Autos Inquisitoriais que, em ato contínuo, a vítima J. W. B. revidou a atitude com um soco no Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes, atingindo-lhe a face. Visando reprimir a atitude da vítima J. W. B., os Policiais Militares/Denunciados Jean Carlos Cardoso e Talisson Pavarim da Luz iniciaram sua contenção, tendo a vítima J. W. B. resistido com diversos chutes e socos, motivo pelo qual o Policial Militar/Denunciado Jean Carlos Cardoso aplicou o golpe conhecido como 'mataleão'. Neste momento, o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes aproximou-se dos que realizavam a contenção e, utilizando-se de uma tonfa, desferiu golpes na vítima J. W. B., que veio ao solo e, finalmente, foi algemada. Foi-lhe dada voz de prisão e colocada na parte de trás da viatura policial. Consta do Procedimento Policial que, devido às lesões sofridas, a vítima J. W. B. e o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes foram encaminhados ao Pronto-Socorro e, submetidos ao exame físico, atendimento médico e logo foram liberados.*

***Prova o Termo Policial que a vítima J. W. B., no percurso entre o pronto-socorro e a Delegacia, foi torturada, submetida a intenso sofrimento físico, com emprego de violência por parte dos Policiais Militares/Denunciados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz e Jean Carlos Cardoso, como forma de castigo pessoal** em virtude de a vítima J. W. B. ter agredido fisicamente o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes durante a abordagem. Consta do Caderno Inquisitorial que após o crime, todos seguiram para a Delegacia de Polícia Civil, local em que a vítima J. W. B. começou a passar mal, apresentando vômitos e calafrios, sendo encaminhado ao Hospital Municipal.*

*No nosocômio, a vítima J. W. B. recebeu atendimento médico e permaneceu em observação até ser liberada por volta das 03:00 horas do dia 11 de Outubro de 2018, ocasião em que foi conduzida à Delegacia local.*

*Provam os Autos Inquisitoriais que, por volta de 05:30 horas, a vítima J. W. B. teve piora em seu estado de saúde, sendo escoltado pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiros ao Hospital Municipal de Naviraí/MS, todavia, diante da gravidade do quadro clínico, foi transferido para o Hospital da Vida, na Cidade de Dourados/MS.*

*Ressalta-se que a vítima J. W. B. permaneceu internada até o dia 13 de Outubro de 2019, ocasião em que veio à óbito, tendo como causa 'isquemia cerebral devido à constrição cervical'.*

*Conforme os Laudos Periciais e documentos médicos, ora analisados no Inquérito Policial Militar, restou comprovado que J. W. B. foi vítima de tortura, pois as lesões*

*apresentadas não eram compatíveis somente com aquelas produzidas durante abordagem policial. Ressalta-se que os sinais de espancamento eram visíveis, eis que ficou constatado que a vítima J. W. B. estava com diversos hematomas pelo corpo, além de edema em região periorbitária com olho de guaxinim, vômitos em diversas oportunidades e fratura facial na região do nariz, causas que foram eficientes para sua morte.*

*Imperioso ressaltar que os Policiais Militares/Denunciados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz e Jean Carlos Cardoso são Agentes Públicos, de modo que a condenação acarretará a perda da função e a interdição para seu exercício pelo dobro do tempo da pena imposta, conforme redação da Lei 9.455/97, que define os crimes de tortura (...).*

*Ante o exposto, os Policiais Militares/Denunciados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Talisson Pavarim da Luz Jean Carlos Cardoso, em concurso formal, incidiram nas penas do Artigo 1º, Inciso II, § 3º e com o aumento de pena do § 4º, Inciso I, além de perda da função ou emprego público pelo dobro de tempo da pena aplicada, conforme § 5º, todos da Lei 9455/97 (...).'* Destaquei

Nada obstante, observa-se da sentença, que a 'tortura' que o magistrado singular sopesou para justificar a condenação dos apelantes não foi a descrita na denúncia, isto é, entre o Pronto-Socorro e a Delegacia de Polícia, mas sim a que supôs ter ocorrido antes, no trajeto entre o local em que ocorreu a abordagem inicial e o Pronto-Socorro, onde foi prestado o primeiro atendimento médico ao preso e ao apelante Luizmar.

A propósito, confira-se o seguinte trecho do *decisum* invectivado:

*'(...) portanto, é incontroverso que as agressões foram praticadas pelos acusados e que teve início no momento da abordagem, conforme relatado nos depoimentos das testemunhas acima transcritos.*

*No que tange ao trajeto realizado pelos acusados, denota-se que a guarnição adotou um caminho oposto à Delegacia de Polícia e ao Hospital Municipal, com uma parada de aproximadamente 10 (dez) minutos para advertir a vítima que estava chutando a viatura, sendo que os acusados argumentaram que optaram por outro percurso, pois existia uma informação de um possível roubo de uma camionete naquela região.*

*Ademais, como bem ressaltado pela representante do Ministério Público, em que pese a testemunha Eduardo Brasiliano Limeira de Souza, policial civil que participou das investigações, ter afirmado em juízo (depoimento de áudio e vídeo à f. 1.001), que o percurso utilizado pelos acusados e o local que eles pararam para conversar com a vítima era no mesmo sentido da Delegacia e/ou do Hospital da Cidade, tem-se que trajeto usados pelos policiais não era o mais viável.*

*Isto porque, conforme a pesquisa realizada no Google Maps juntado às f. 597 e 598, tendo como trajeto sugerido o colacionado à f. 597 e o trajeto realizado o de f. 598, denota-se que os acusados desviaram completamente a rota, seguindo em sentido totalmente oposto e em direção a uma área menos povoada da cidade, caindo por terra a versão apresentada pela testemunha acima citada.*

*Além disso, não é crível acreditar que justamente no sentido totalmente contrário à Delegacia, havia necessidade de uma parada de cerca de 10 (dez) minutos, quase a mesma duração da abordagem inicial realizada, somente para advertir a vítima, restando plenamente evidente que os acusados aproveitaram-se do local menos povoado, para espancar a vítima e não serem presenciados por testemunhas.*

*Com efeito, embora não conste nos autos, testemunhas presenciais a fim de afirmar que a sedizente vítima foi espacanda no momento da 'parada' no trajeto, o acervo probatório colacionado aos autos demonstra, de forma inequívoca, que os acusados agiram imoderadamente, sem razoabilidade, em verdade, com excesso, notadamente porque a vítima veio a óbito em razão da violência empregada pelos acusados (...).'*

*Assim, como adiantado, nota-se a impossibilidade da condenação prosperar por esbarrar claramente no princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, o qual, como se sabe, é uma das mais importantes garantias ao(s) acusado(s) no processo penal.*

*Sobre o assunto, diz a doutrina que "é a regra segundo a qual o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consequentemente ao devido processo legal." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).*

*Ainda, conforme Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "(...) o princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado da congruência da condenação com a imputação, ou ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação (...)." (As nulidades no processo penal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001)*

*In casu, tem-se que o decisum padece, em tese, de nulidade absoluta por configurar julgamento extra petita, ou seja, porque 'extrapola' e se 'diferencia' dos fatos descritos na denúncia, tendo o julgador, em ponto relevante da prova no processo, atuado de ofício, equivocadamente reconhecendo em relação a forma e localização em que o crime teria se dado, de modo dessemelhante do que lhe narrou a denúncia e, assim, incorrendo em violação ao contraditório, à ampla defesa e também ao próprio sistema acusatório, no qual o Ministério Público é o titular privativo da Ação Penal, por expressa previsão constitucional (art. 129, I, CRFB/88).*

*Como se verifica também, o magistrado singular considerou que houve tortura na abordagem inicial, quando o próprio Parquet, segundo se infere da denúncia, não vislumbrou crime nessa específica atuação dos Policiais.*

*Aliás, muito pelo contrário! Sobre essa abordagem inicial, narrou o órgão ministerial que foi empregada força física especificamente para conter J., que estava desferindo socos e chutes contra os Policiais e, mesmo submetido a uma imobilização por 'gravata', somente veio ao solo após receber um golpe de tonfa (também conhecida como cassetete), momento que, recuperando a narrativa da denúncia, finalmente foi algemado.*

*No entanto, a despeito do vício, deixo de declarar a nulidade da sentença, uma vez que, de antemão, já é possível constatar a fragilidade das provas e, nesse sentido, afigura-se mais favorável aos recorrentes decretar as respectivas absolvições, encerrando, assim, a Ação Penal e estancando a continuidade de seus inerentes efeitos deletérios, quase comparáveis a uma pena em si para qualquer ser humano, mas especialmente danosos contra Policiais Militares, pois, em razão da função, são submetidos a um crivo social extremamente mais severo, nem um pouco leniente com a simples e eventual condição de processado.*

*Passo, desta feita, à divergência meritória.*

*Com efeito, a sentença e a respectiva manutenção pelo voto condutor apresentam como base os seguintes fundamentos: 1) o depoimento judicial da testemunha Taísa Matias dos Santos (p. 935) e, nas duas fases (p. 149; 935), o de V. D. S. de S., ambos descrevendo as circunstâncias da prisão de J. e o emprego de força física contra si; 2) o fato dos recorrentes terem percorrido uma rota mais longa do local da abordagem inicial até o pronto-socorro (p. 597-598); 3) o depoimento extrajudicial de Marco Antonio Aricini, Investigador de Polícia, esclarecendo que o preso passou mal na cela de Delegacia e teve de ser levado mais de uma vez para o hospital; 4) o depoimento prestado em ambas as fases pelo médico José Fernando Macias Maldonado, detalhando os atendimentos realizados no conduzido (p. 935); 5) ficha do Hospital de Dourados (p. 140-143), sobre a última consulta prestada ao detido; 6) fotografias (p. 567-574) que demonstrariam a intensidade das agressões e a diversidade de lesões no corpo de J., já falecido.*

*Em que pesem memoráveis as referidas cognições, na minha ótica, não se sustentam.*

*No processo penal, é preciso muito cuidado para não se confundir quantidade com qualidade, uma vez que já se superou, há muito, o sistema de avaliação de provas tarifadas, onde cada uma dessas possuía um valor predeterminado e indiscutível, independentemente do que fosse seu conteúdo e não raramente distanciado da verdade ou mesmo da verossimilhança.*

*Na ponta oposta, temos o sistema da íntima convicção, em que a decisão é absolutamente livre, podendo se dar qualquer motivo, algo potencialmente perigoso pelos riscos decorrentes da falta de controle dos fundamentos justificantes e, exatamente por isso, tal método igualmente não tem mais lugar na nossa democracia, excetuado, com duras críticas, o julgamento no Tribunal do Júri.*

*Frente a extremos, quase sempre a solução intermediária se apresenta como a mais adequada e, na avaliação das provas, assume essa função o livre convencimento motivado ou persuasão racional do juízo, no qual não existem preceitos rígidos de valoração, mas também não está autorizada qualquer decisão, senão apenas aquela que estiver devidamente fundamentada.*

*Conforme a doutrina:*

*'(...) por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas.*

*A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas (...).'* (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017).

*In casu, como se verá adiante, as provas amealhadas pela acusação não são suficientes para formação do juízo de certeza racional exigida à condenação.*

*De fato, ressalta incontroverso nos autos que J. W. B. faleceu, pois se cuida de evento devidamente demonstrado pelo exame necroscópico colacionado às p. 554-558, apontando como causa da morte a ocorrência de isquemia cerebral, provavelmente 'devido a constrição cervical (estrangulamento tipo 'gravata') ou hipertensão cervical (inclinação) exagerada da cabeça para trás'.*

*Também não existem dúvidas de que J. esteve sob a guarda dos Policiais Militares apelantes, que tiveram de fazer uso de força física para contê-lo, inclusive com aplicação de golpe de 'gravata', podendo tal golpe ter relação com a causa mortis de J.*

*Agora, por mais que esses dados possam parecer indutivos de responsabilidade, certo é que, na realidade, não denotam seguramente a prática do grave crime de tortura, até porque, diferentemente do imaginário popular, onde reinam reducionismos falaciosos, o Direito penal democrático, pautado pela Constituição, é avesso a simplificações exageradas para a delimitação da culpabilidade.*

*Pois bem.*

*Quanto aos depoimentos de Taísa Matias dos Santos e V. D. S. de S., é preciso recebê-los com ressalvas para o fim de caracterizar a tortura.*

*Isso porque, Taísa é familiar de J. (cunhada, art. 226 do CPP) e, por isso, pairam dúvidas sobre sua imparcialidade. Já o segundo, pois também foi abordado pelos Policiais*

*naquela oportunidade, ao que é possível cogitar, em tese, a ocorrência de testemunho de vendeta.*

*Ademais, suas versões não são convergentes, tendo V. D. S. de S. atestado a aplicação de um golpe de 'gravata', ao ponto de deixar J. 'quase morto[1]', enquanto Taísa, que afirma ter presenciando o mesmo episódio negou se recordar dessa importantíssima e fundamental circunstância.*

*Na mesma toada, o primeiro retrata que um dos policiais foi ao chão com J., ao passo que a segunda relatou que 'os policiais não se embolaram com eles no chão e o J. tentava se defender com as mãos, a cabeça e o rosto'.*

*A bem da verdade, o único ponto que se mostrou efetivamente comum nos seus depoimentos foi o fato de J. ter agredido os Policiais Militares, ensejando o emprego de força física para contê-lo.*

*Justamente por esse motivo o representante ministerial, como já visto, não considerou ter ocorrido qualquer crime nessa atuação dos agentes de segurança pública.*

*Mittermaier, autor da monumental obra 'Tratado da Prova em Matéria Criminal' (Trad: C.A. Alexandre, Ed, Eduardo & Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1879 ) escrevendo sobre a contradição entre testemunhas no processo penal ensina o método para resolver a questão:*

*(...) o juiz então, não tem outro meio de cortar a questão, senão examinar a fundo as garantias da confiança, que por si oferece cada uma das testemunhas.* ***É se mais propenso a acreditar em uma testemunha clássica do que em uma incapaz ou suspeita (...).*** *( ob. cit p.450 g.n )*

*Veja-se que no caso, a suspeição de Taísa é tão evidente que, além das contradições apresentadas, decorre de lei a desconfiança sobre seu depoimento.*

*Prosseguindo, considerou o sentenciante que J. teria sido torturado no deslocamento para o Pronto-Socorro, uma vez que os Policiais Militares seguiram por caminho mais longo do que o sugerido pelo 'Google Maps'.*

*A inferência, porém, não passa de mera ilação, eis que, na esteira do já fundamentado, nem sequer fora narrada pelo órgão acusador na denúncia.*

*Outrossim, não passa despercebido que os apelantes apresentaram explicação bastante plausível para o desvio, esclarecendo que era uma rota conhecida de fuga e havia informações sobre a subtração de uma caminhonete, pelo que aproveitaram a proximidade para fazer policiamento ostensivo.*

*Não fosse suficiente, como bem ponderado em memoriais, '(...) a sentença de primeira instância empresta muito valor ao percurso escolhido pelos apelantes para a efetuarem a condução da vítima (...) e, entende o magistrado a quo, por suposição, que a escolha desse itinerário se deu com o propósito de agredir a vítima (...)'. No entanto, segue explanando a defesa, que os mapas mencionados pelo juiz demonstram que '(...) o percurso escolhido pelos apelantes e aquele citado na sentença tem uma diferença temporal de [somente] 6 (seis) minutos entre eles (...)'.*

*É, pois, o que também se extrai do declarado pelo encarregado do inquérito policial militar:*

*'Outra questão relevante para a apuração dos fatos é o trajeto utilizado. Foi extraído do Google Maps um trajeto sugerido como o mais rápido até a Santa Casa (Fls. 558), que*

1 Contrariando seu próprio depoimento extrajudicial, quando disse que J. somente ficou menos resistente e não chegou a desmaiar com o mata-leão.

*seria realizado conforme sugestão do site, em nove minutos, resultando em um deslocamento de 3,9 quilômetros. No entanto, os policiais realizarm outra rota, conforme extraído de seus depoimentos e conforme Fls. 389 a 391; e 559. Sendo um deslocamento de 5,7 quilômetros e tempo aproximado de quinze minutos.'*

*Nesse sentido, havendo justificativa plausível para o caminho e afigurando-se mínima a diferença entre os dois percursos, sobressai inviável concluir, que o crime de tortura se aperfeiçoou tomando por base a escolha do trajeto até o hospital.*

*Ultrapassado tal trecho temporal e adentrando propriamente ao que fora descrito como correspondente ao crime denunciado – o trajeto entre o hospital e a delegacia de polícia – cumpre assentar que também não existe nos autos substrato fático-lógico-probatório para alicerçar a condenação pela prática do crime de tortura.*

*Afinal, soa-me bastante improvável que os apelantes, depois de já terem prendido J. e o submetido a exame médico, iriam efetivamente torturá-lo no caminho à delegacia, pois correriam o risco do mesmo relatar a agressão em seu interrogatório, o que ensejaria nova perícia.*

*De mais a mais, de acordo com o depoimento extrajudicial do Investigador de Polícia Marco Antonio Aricini, depois que o preso passou mal na Delegacia, os próprios apelantes acataram a solicitação do primeiro para levar J. novamente ao hospital, atitude essa que, há de se convir, não parece condizer com a de pessoas que teriam acabado de praticar uma tortura, a qual poderia ser facilmente descoberta em novo exame.*

*Confira-se:*

*'(...) que o depoente informa que os policiais do GETAM estavam com um rapaz sendo este J. W. B., que todos os envolvidos estavam sujos de barro, e que o rapaz estava com várias lesões no rosto (...) que relata o depoente que começou a observar o preso e percebeu que o mesmo não estava muito bem, e que perguntando para os policiais militares e também para J. todos lhe informaram que J. havia passado por atendimento medido na Santa Casa de Naviraí-MS; que o depoente relata que ouviu J. passando mal e vomitando dentro da sala da PM, onde o mesmo se encontrava junto dos policiais militares; que então o depoente foi até o local ver e perguntou se o mesmo estava bem, e pedido para que levassem o mesmo até para atendimento médico novamente; que J. informou que estava bem, e que os policiais militares informaram novamente que J. havia passado por atendimento médico (...); que relata o* ***depoente que solicitou a equipe do GETAM que conduzisse o preso novamente até o hospital a fim de passar por outro exame clínico e atendimento médico hospitalar e a equipe do GETAM acatou a solicitação e o levou à Santa Casa cerca das 22horas e 10 minutos (...);*** *que relata o depoente que por volta das 03horas e 30minutos da manhã chegou o preso J., aparentemente sedado sem condições de andar ou conversar, carregado pelos policiais do GETAM; que foi perguntado para os policiais da GETAM e os mesmo informaram que J. havia recebido alta pelos médicos da Santa Casa, onde o mesmo havia novamente passado por atendimento médico, e que o mesmo estava daquela maneira pois estava sedado e sob efeito dos medicamentos recebidos na Santa Casa; que o depoente relata que J. foi colocado dentro da cela da Delegacia, até esperar o mesmo ter condições para poder coletar seu interrogatório, pois o mesmo estava preso em flagrante; que relata o depoente que mais tarde chegou outra guarnição da polícia militar com um flagrante de furto e o depoente enquanto confeccionava o boletim de ocorrência, por volta das 5h30min, ouviu J. passando mal novamente, foi quando o plantonista Fábio ligou para os bombeiros 193, os quais chegaram rapidamente e o levaram até o hospital municipal para atendimento (...).'* (destaquei).

*Surgem, assim, mais dois períodos em que os recorrentes transitaram com J. sob suas guardas e, não custa repisar, nesses o Parquet também não imputou àqueles qualquer conduta criminosa.*

*Na ida ao hospital, por razões óbvias já explicitadas, é muito difícil cogitar a ocorrência de agressão.*

*Na volta à delegacia, em razão da piora do quadro de saúde de J. e já realizados dois atendimentos médicos, emerge inimaginável que os recorrentes iriam se arriscar a bater naquele.*

*Noutro giro, ainda que chame a atenção o trecho do depoimento do Investigador de Polícia Marco Antonio Aricini, no qual declarou que J. retornou à Delegacia carregado pelos Policiais Militares, também não se deve descurar que estes esclareceram que o preso estava sob efeitos de medicamentos.*

*Essa escusa que o IPJ Marco Antonio Aricini disse ter ouvido dos policiais está devidamente corroborada pelos depoimentos do Médico José Fernando Macias Maldonado. In verbis:*

*'(...) que por volta de 20h chegou para atendimento um indivíduo trazido por policiais; que foi solicitado que realizasse exame de corpo delito (...); que J. apresentava escoriações na região do tórax e face (...); que por volta de 22h45min o paciente J. retornou escoltado por policiais e apresentava vômito e dor abdominal; que foram realizados exames de tomografia e tórax, face e crânio; que J. ficou em observação; Que os exames foram normais, com exceção do de face que identificou uma fratura no nariz; que foi verificado um sangramento nasal; que poderia existir a fratura no primeiro atendimento, porém não havia sangramento, outros sinais indicativos; que* ***até as 03h10min o paciente J. apresentou melhoria clínica então o depoente falou com J. e verificou que estava consciente; que então liberou J. que a medicação aplicada poderia deixa-lo sonolento*** *(...) que por volta de 6h J. foi trazido pelo Corpo de Bombeiros convulsionando; que estava com rebaixamento do estado de consciência; que foram repetidos os exames de tomografia de crânio onde constatou-se um possível AVC isquêmico; que foi iniciado o protocolo de tratamento adequado; que foi repassado para a plantonista que estava entrando de serviço a situação de J. e a necessidade de solicitar vaga em Dourados/MS (...) perguntando quanto tempo demora normalmente, para a isquemia se mostrar em uma tomografia computadorizada, respondeu que não tem como prever o tempo exato, pois depende do tamanho (...).'* (p. 187-188, ratificado em juízo, p. 935 destaquei)

*Aproveitando-se o parêntesis, mister questionar a razão pela qual, caso J. realmente tivesse sido torturado pelos seus captores, não teria relatado essa circunstância ao médico que lhe atendeu, até porque teve mais de uma oportunidade para fazê-lo.*

*Da mesma forma, não há dúvidas de que o referido profissional, jungido ao juramento de Hipócrates, caso constatasse qualquer indício de tortura em J., certamente não lhe daria alta,* ***por duas vezes****, muito menos o devolveria aos Policiais Militares que o conduziram em ambas as oportunidades.*

*Observo que pela Resolução do CFM n. 1931/09-* ***Código de Ética Médica****, Capítulo IV, artigo 25, veda o médico 'abster-se de denunciar a prática de tortura ou de procedimentos degradantes e desumanos, praticá-los, bem como ser conivente com quem as realize (...).'*

*Finalmente, com relação as duas últimas provas elencadas no édito, é preciso afirmar que, embora impressionem, não denotam, assim como nenhum dos demais elementos, seguramente a prática de tortura pelos apelantes, especialmente porque contrariada pelo Laudo de Corpo de Delito – Exame necroscópico (p. 554-558), no qual se atesta que as lesões são compatíveis com luta corporal ocorrida provavelmente durante contenção física. Veja-se:*

*'(...). Discussão.*

*Os achados no exame necroscópico e o que se encontra descrito no boletim de ocorrência e nos registros médicos, sugere que a lesão arterial* ***provavelmente****, ocorreu devido a constrição cervical (estrangulamento tipo 'gravata') ou hiperextensão cervical (inclinação*

*exagerada da cabeça para trás).* ***As demais lesões apresentam características de terem sido produzidas durante luta corporal ocorrida provavelmente durante a contenção física****.'*

*Dos memoriais, ainda, extraem-se ponderações relevantes de que '(...) o exame pericial informa que a lesão arterial apresentada por J. teria ocorrido provavelmente em razão da hiperextensão da coluna cervical, uma vez que a ocorrência de acidente vascular cerebral que casou a morte de J. pode ter tido outras causas, pois como restou comprovado nos presentes autos a vítima era hipertensa, fazia uso excessivo de bebidas alcoólicas e era usuário de drogas que, como sabemos, são fatores de risco para a ocorrência de um AVC hemorrágico (...).'*

*Inclusive, revela a ficha de atendimento n. 1530777 (p. 30) que J. apresentava-se '****em estado etílico****, sugere uso de cigarro de maconha + álcool, apresenta escoriações em região da face + tórax,* ***muito agressivo e incoerente***[2]*' e, se assim estava mesmo no atendimento médico, recebendo tratamento, isso reforça a linha de raciocínio de que ofertou forte resistência à ação policial, ocasionando resposta à altura, tudo dentro das técnicas de contenção e imobilização preconizadas pela Corporação para enfrentamento de tais situações (p. 742-743).*

*Logo, hialino que as provas da acusação não trazem juízo de certeza, mas de mera possibilidade, que não autoriza a condenação.*

*Recobro que, no processo penal, o ônus probatório é exclusivo e inarredável do órgão acusador, não existindo nenhum, friso, sequer um, dever do réu de comprovar suas alegações, pois a dúvida somente pode conduzir à absolvição, dado o seu presumido estado de inocência.*

*Nesse joeirado, basta à defesa fecundar embrionária incerteza no solo probatório que, regada automaticamente pela presunção de inocência, naturalmente haverá de florescer com vigor na absolvição do réu.*

*Isso, é claro, a não ser que o acusador, responsável pela Ação Penal, demonstre que a tese defensiva precisa ser podada por ser infrutífera, ou que já não tem espaço para crescer frente todas as outras provas incriminadoras cultivadas.*

*Em outras palavras, deixando o Parquet de demonstrar seguramente a hipótese denunciada, de nada importa aquilo que o réu tiver sustentado, muito menos se possui ou não condições de comprovar a sua versão, qualquer que seja, pois, neste caso, é a acusação que terá falhado no seu mister de tentar abalar o estado de inocência do processado.*

*É imprescindível resgatar a compreensão de que o dever do juiz criminal, à luz da Constituição, é partir da premissa que a Ação Penal aparenta improcedente, olhá-la com desconfiança, buscando ativamente suas falhas, incongruências e incoerências para, somente após, e se constatar inexistentes tais vicissitudes, prolatar condenação de quem o Parquet, mediante esforço hercúleo, tiver comprovado inequivocamente ter sido o autor de determinado crime, materialmente ofensivo a bens jurídicos tutelados.*

*O réu, é claro, pode ajudar nessa tarefa do julgador, apresentando-lhe escusa ou, melhor ainda, elementos que a corroborem e facilitem a justificação do desacolhimento da pretensão ministerial.*

*Tal direito do réu, porém, nunca deve ser confundido com ônus.*

***Toda alegação defensiva, que se mostre plausível e não contrastada nos autos, transmuda-se automaticamente em incerteza que conclama absolvição****.*

*A propósito, confiram-se as brilhantes lições do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:*

2 Destaquei.

*'(...) em processo civil, o ônus da prova incumbe 'ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito' e 'ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor' (art. 333, I e II, CPC). Em processo penal, estabelece-se, singelamente, que 'a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)' (art. 156, CPP). A diversidade de proposições espelha a diferente realidade processual, fruto do status natural do indivíduo. Preocupa-se a Constituição Federal em fixar, expressamente, o estado de inocência, pertinente ao cenário criminal. Porém, inexiste norma semelhante no universo civil. Essa é a razão de valores desiguais no âmbito do ônus da prova.*

*No processo civil, o autor deve demonstrar a verdade do alegado na inicial, algo que servirá de fundamento para a constituição do fato relativo ao direito pleiteado. O réu deve fazer prova impeditiva dessa constituição, ou optar pela demonstração de fato modificativo ou extintivo do direito do autor. Inexiste presunção em favor do réu, embora o dever processual seja do requerente.*

*No processo criminal, o órgão acusatório deve demonstrar ao magistrado a verdade do alegado na inicial, o que servirá de lastro para* ***alterar*** *o status constitucional de inocência do acusado. Este, por sua vez, detendo em seu favor a presunção de não culpabilidade, precisa apenas refutar o alegado e produzir contraprova para* ***facilitar*** *a improcedência da ação. Não lhe cabe inserir, nos autos, elementos impeditivos, de modo a vedar o pleito inicial. Afinal, inexiste disputa de igual dimensão, com perfeito equilíbrio, no processo penal. A linha de tensão entre as partes é fundada, de um lado, pela acusação, com maior encargo, visto lutar contra a presunção constitucional de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seus status, em trabalho de convencimento ao Judiciário.*

*Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação cabe provar o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável.*

*Observe-se que tal afirmativa não significa deva a acusação fazer prova negativa de fatos, como se possuísse o dever de evidenciar o fato típico, associado à inexistência de qualquer excludente. Trata-se, na realidade, de provar a prática do crime e, caso seja alegada alguma excludente, é ônus da acusação demonstrar ao juízo a sua inocorrência ou inconsistência. Afinal, gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver a absolvição (...).*

*Ilustrando, provado que 'A' matou 'B', emerge o homicídio, pois é ilícito e censurável, como regra, eliminar a vida de alguém. Invocada a prática do fato, com base em estado de necessidade, convém ao órgão acusatório apresentar argumentos e provas ao juiz de que se trata de infundada excludente. A defesa, por seu turno, fará o possível para demonstrar a veracidade [ou plausibilidade] da excludente. Nesse embate, a dúvida favorece o acusado (...).' (Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: RT, 2010. 241-242 p.).*

*Na mesma esteira, Afrânio Silva Jardim dispõe que:*

*'Na verdade, o ré não formula qualquer pedido no processo penal, tratando-se de ação condenatória. Não manifesta qualquer pretensão própria. Apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor.*

*Mesmo quando o réu alega um fato que poderia caracterizar uma legítima defesa, nada mais faz do que negar os fatos tais como descritos na peça acusatória. Correta, pois, a lição do professor Alfredo Buzaid, invocando o grande Chiovenda: 'De ordinário, toda afirmação é ao mesmo tempo uma negação, porque quando se atribui a uma coisa um predicado, se lhe negam os predicados contrários ou diversos'.*

*Sob um prisma inverso, pode-se afirmar com Bento de Faria que 'toda a proposição negativa se decompõe e pode ser analisada em uma ou várias proposições afirmativas'. Negam-se os fatos da acusação, através de afirmação de fatos com elas incompatíveis.*

*Assim, não nos parece cientificamente correto resolver a questão do ônus da prova na ação penal condenatória na dependência do que, neste ou naquele caso, foi alegado pela acusação ou pela defesa. Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor. Urge, destarte, tratar o problema do ônus da prova dentro de um sistema lógico, em termos genéricos e não casuisticamente.*

*Note-se que há negação por parte da defesa, tanto quando nega o fato principal (conduta ou núcleo verbal do tipo), como quando nega as suas circunstâncias (fatos circundantes do fato principal), caracterizadoras ou não de sua ilicitude. O réu, ao dizer que matou de uma determinada forma que justificaria a sua conduta típica, não está acrescendo fato ao thema decidendum, mas apenas negando aquelas circunstâncias narradas na denúncia.*

*Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual alegação deste, será tão-somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa.' (Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001).*

*Sobre a presunção de inocência, Aury Lopes Júnior continua o escólio destacando a importância em processo penal pautado em garantias constitucionais:*

*'No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*

*Tal é a sua relevância que Amilton B. de Carvalho afirma que 'o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é 'pressuposto' – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana'*

*A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica Ferrajoli, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.*

*Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.*

*Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue Ferrajoli, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.*

*(...).*

*Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).*

*Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...).*

*Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.*

*A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo);*

*(...).*

*Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.*

*Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...).' (idem - p. 226-230)*

*A jurisprudência pátria já assentou que o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal,* ***a plena convicção*** *(e não qualquer convicção). Ou seja,* ***somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência****. (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012). (Destaquei).*

*É a inocência o estado natural, e portanto presumido, do ser humano, devendo assim ser considerado até que prova válida e robusta seja produzida em seu desfavor. Essa é a compreensão que se extrai das claras lições de Guilherme Nucci:*

*'O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, por ventura, for acusado da prática de outros delitos. O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode dar-se, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas (...).*

*Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável.' (Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2 ed. São Paulo: RT, 2012. 264-266 p.).*

*E arremata asseverando que 'gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver absolvição.' (Ibidem, 267 p.).*

*Sobre ônus da acusação em produzir prova beyond all reasonable doubt, ou seja, que sobreponha qualquer dúvida razoável, são percucientes os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto foi transcrito no Informativo do Supremo Tribunal de n. 768 (17 a 21 de novembro de 2014), a fim de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada do pensamento daquele Sodalício:*

*(...) é preciso sempre relembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.*

*Cumpre ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por Rui Barbosa (Novos Discursos e Conferências, p. 75, 1933, Saraiva), no sentido de que* ***'Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...).'***

*Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo,* ***e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se beyond all reasonable doubt (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.***

*O entendimento que venho de referir encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 3. ed. 1955, vol. IV/126-127, item n. 765; Julio Fabbrini Mirabete Borsoi, Código de Processo Penal Interpretado, 11. ed. Atlas, 2003, p. 1.004, item n. 386.3; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 5. ed., RT, 2006, p. 679, item n. 48,), valendo referir, no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (Código de Processo Penal Comentado. 5. ed. Saraiva, 1999, vol. I/655, item n. VI):*

*'(...) para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório (...).'*

*Em suma: a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova penal convincente e necessária que permita, de modo seguro, a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do ora acusado, no que concerne ao teor da imputação penal contra ele deduzida.*

*Sendo assim, consideradas as razões por mim expostas e tendo em vista, ainda, os votos dos eminentes Ministro Relator e Ministra Revisora, também julgo improcedente a presente ação penal, para, em consequência, absolver o réu, **, da imputação penal contra ele deduzida (...). (AP 858/DF, DJe 7.11.2014, destaques posteriores).*

*Logo, à míngua de provas suficientes contundentes para repelir as plausíveis negativas dos recorrentes, solução outra não há senão decretar suas absolvições.*

*Diante do exposto, divirjo do e. Relator, Juiz Waldir Marques, a fim de dar* ***parcial*** *provimento aos apelos de* ***Eduardo Martins Rodrigues, Jean Carlos Cardoso, Luizmar Ferreira Nunes e Talisson Pavarim da Luz****, a fim de absolvê-los por insuficiência de provas." (G.n.)*

Posto isto, encaminho voto no sentido de dar provimento aos presentes embargos infringentes.

Apresento agora, por escrito, o voto oral, com todas as circunstâncias, embora parcialmente proferido nos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001312-37.2019.8.12.0001/50000, tendo como embargantes Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Jean Carlos Cardoso e Talisson Pavarim da Luz, e embargado o Ministério Público Estadual.

Primeiramente, cumpre registrar o veemente protesto feito durante a sessão de Julgamento por parte deste julgador, em razão do fato do ilustre Presidente da Sessão ter anunciado o resultado do julgamento, sem que este Desembargador tivesse dado por encerrado integralmente o seu voto ou estivesse presente na sala virtual de julgamento, tendo em vista falha técnica no sistema de internet, muito comum aliás, nos julgamentos virtuais nestes tempos de pandemia.

Como o e. Desembargador Presidente da Sessão não admitiu a irregularidade, que foi apontada tão logo o sistema foi retomado, negando a continuidade da votação ou o pedido de vistas para que voto escrito fosse elaborado, fica aqui o registro do ato, que no meu entender é gerador de nulidade do julgamento.

Feito o registro, trago aqui na forma escrita, o que se foi oralmente apresentado no momento, e passo a detalhar o voto oral parcialmente apresentado durante a sessão de julgamento, em aditamento ao voto escrito que já havia sido disponibilizado aos pares anteriormente.

Justifico a necessidade do aditamento oral e dessa apresentação escrita, em razão do e. Presidente da Sessão, na qualidade de relator dos Embargos Infringentes e de Nulidade, ter usado da palavra por mais de 40 minutos para expor o seu voto e negar provimento ao recurso, contrariando veementemente ponto a ponto o voto parcialmente vencido que apresentei durante o julgamento da apelação do mesmo caso, e que foi o paradigma utilizado pela defesa nestes Embargos.

Pois bem, no voto oral alertei para as flagrantes nulidades contidas no processo, desde o julgamento de primeira instância, conforme já havia apontando, em razão do atropelo a princípio fundamental do processo penal que é o da correlação entre a denúncia e a sentença, uma das mais importantes garantias ao acusado no processo penal.

O que aconteceu na verdade?

Os embargantes, policiais militares, foram denunciados por crime de tortura porque, segundo constou expressamente da denúncia, após uma abordagem policial na rua, que resultou em briga entre alguns dos embargantes e a vítima, *"(...) a vítima J. W. B., no percurso entre o pronto-socorro e a Delegacia, foi torturada, submetida a intenso sofrimento físico, com emprego de violência por parte dos Policiais Militares/Denunciados Eduardo Martins Rodrigues, Luizmar Ferreira Nunes, Jean Carlos Cardoso e Talisson Pavarim da Luz, como forma de castigo pessoal em virtude de a vítima J. W. B. ter agredido fisicamente o Policial Militar/Denunciado Luizmar Ferreira Nunes durante a abordagem. Consta do caderno inquisitorial que após o crime, todos seguiram para a Delegacia de Polícia Civil, local em que a vítima J. W. B., começou a passar mal."*

Essa é a acusação, perfeitamente delimitada sobre o crime de tortura que havia sido cometido e o local de sua ocorrência (no percurso entre o pronto-socorro e a Delegacia).

No entanto, já o primevo julgador de primeira instância, condenou os acusados pelo crime de tortura, porém apontou outro local de sua ocorrência:

> *"(...) no que tange ao trajeto realizado pelos acusados, denota-se que a guarnição adotou um caminho oposto à Delegacia de Polícia e ao Hospital Municipal, com uma parada de aproximadamente 10 (dez) minutos para advertir a vítima que estava chutando a viatura (...).*
>
> *Além disso, não é crível acreditar que justamente no sentido totalmente contrário à Delegacia, havia necessidade de uma parada de cerca de 10 (dez) minutos, quase a mesma duração da abordagem inicial realizada, somente para advertir a vítima, restando plenamente evidente que os acusados, aproveitando-se de local menos povoado, para espancar a vítima e não serem presenciado por testemunhas." (fls. 1.149)*

Fiz constar já no voto proferido no recurso de apelação essa dissonância entre a denúncia e a sentença sobre o local onde teria ocorrido a tal "tortura", sempre lembrando que os acusados se defendem dos fatos articulados pela acusação, e só não declarei no voto a referida nulidade porque entendi que era o caso de absolvição e essa era mais benéfica aos réus.

Ora, a denúncia afirma que a tortura teria ocorrido entre o hospital e a Delegacia de Polícia, já a sentença de primeiro grau apontou que a tortura se deu entre a ocorrência /abordagem na rua e o hospital.

Isso é muito relevante pois ao chegar ao hospital o médico atendente não relatou a existência de tortura, e talvez por isso o Ministério Público tenha escolhido um segundo momento para a prática do presumível crime, ou seja, após a saída do hospital a caminho da Delegacia de Polícia.

Ocorre que, em sessão de julgamento da apelação pela 2ª Câmara Criminal, por maioria de votos, foi reconhecida a não existência de provas para a condenação pelo crime de tortura vencido o Relator. No entanto, enquanto meu voto foi pela absolvição dos réus, o voto intermediário proferido pelo ilustre Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques foi pela condenação dos então apelantes pelo crime de "lesão corporal seguida de morte", já agora o momento do crime passou a ser o momento da abordagem da vítima: *"No entanto, também não há falar em absolvição dos recorrentes pois se trata de quatro agentes públicos treinados na abordagem da vítima, restando claro pelo conjunto probatório, que houve excesso em sua contenção, ocasionando diversos ferimentos que culminaram com sua morte."* (fls. 1289).

Tem-se aqui, agora, de um terceiro local da prática da ação delituosa e um novo crime, não mais "tortura" e sim "lesão corporal seguida de morte".

Este último foi o voto que prevaleceu nesta sessão de julgamento sobre os Embargos Infringentes.

Creio por isso ter ocorrido grave descumprimento do princípio da correlação ou congruência que deve existir entre a acusação e o julgamento, por mais de uma vez, atingindo diretamente direitos fundamentos de qualquer acusado, que são os do contraditório e ampla defesa, esculpido tanto na Constituição Federal brasileira como em Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil se obrigou cumprir.

Anoto, por oportuno, manter sempre implacável defesa dos direitos fundamentais em todos os processos que atuo e por isso não seria diferente neste.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento nos termos do voto do relator (Des. Bonassini) vencido o 3º vogal (Des. Ruy) - sust. Oral.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de novembro de 2020.

***

## 1ª Seção Criminal
## Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
## Revisão Criminal nº 1411173-31.2020.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, C.C 14, II, DO CP) – PRELIMINAR DE "NÃO CONHECIMENTO" – MATÉRIA ALUSIVA AO ART. 621 DO CPP – INEDITISMO – CONDIÇÕES DA AÇÃO PRESENTES – REJEIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO TENTADO MAJORADO – ALEGADA AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – HIPÓTESE EM QUE DURANTE O ROUBO ARMADO OCORREU A MORTE DE UM PARTÍCIPE – CONFIGURAÇÃO DO LATROCÍNIO – AÇÃO IMPROCEDENTE.

Presente a condição de admissibilidade da Ação de Revisão Criminal quando o pedido, em tese, corresponde a alguma das situações previstas pelo artigo 621, do CPP, e não se refere a questões já enfrentadas em sede de recurso anteriormente analisado.

O crime do § 3º do artigo 157 do Código Penal (latrocínio) é complexo, formado pela união dos delitos de roubo e homicídio, e para sua configuração exige-se dolo na conduta antecedente (roubo), e dolo ou culpa na subsequente (morte ou a lesão grave), seja da vítima, de algum partícipe ou de terceiro. É desnecessário que o agente tenha a intenção de ceifar a vida de qualquer pessoa (*animus necandi*), pois basta que assuma esse risco, o que ocorre ao concordar em participar de um roubo com emprego de arma, hipótese em que o resultado mais gravoso é absolutamente previsível, embora possa ser indesejado.

Impossível a desclassificação para o crime de roubo qualificado pelo emprego de arma quando, durante a prática do delito, a vítima reage e vem a ocorrer a morte de um dos partícipes.

Preliminar rejeitada e, com o parecer, ação julgada improcedente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgaram improcedente a revisional.

Campo Grande, 25 de novembro de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de revisão criminal proposta por Lucas Maciel de Oliveira, em face das decisões proferidas pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS e pela 2ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, sendo que esta última, acatando recurso ministerial, o condenou à pena de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pelo delito previsto no artigo 157, § 3º, c.c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Pelas razões de f. 01/16 o autor requer a desclassificação da conduta de latrocínio tentado para a de roubo tentado, majorado pelo emprego de arma de fogo, sustentando que a vítima não foi atingida pelo disparo de arma de fogo, bem como que não houve *animus necandi* em sua conduta.

Manifestando-se a f. 138/144, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento, alegando, em síntese, inexistência de prova nova, fato que desautoriza o ingresso do pedido inicial, conforme previsto pelo artigo 621 do CPP. Quanto ao mérito, salienta que o requerente, através do procedimento da justificação judicial, apenas trouxe aos autos declarações de duas testemunhas que afirmam que a vítima não poderia ter sido atingida por disparo de arma de fogo, já que este produz lesão distinta da verificada, de maneira que pugna pela improcedência.

Para atender ao requisito do prequestionamento requer-se expressa manifestação acerca de todos os dispositivos invocados e que têm relação com as questões discutidas.

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de revisão criminal proposta por Lucas Maciel de Oliveira, visando reformar o Acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado, que o condenou à pena de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pelo delito previsto no artigo 157, § 3º, c.c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Pelas razões de f. 01/16 requer a desclassificação da conduta de latrocínio tentado para a de roubo tentado, majorado pelo emprego de arma de fogo, sustentando que a vítima não foi atingida pelo disparo de arma de fogo, bem como que não houve *animus necandi* em sua conduta.

Manifestando-se a f. 138/144, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento, alegando, em síntese, inexistência de prova nova, fato que desautoriza o ingresso do pedido inicial, conforme previsto pelo artigo 621 do CPP. Quanto ao mérito, salienta que o requerente, através do procedimento da justificação judicial, apenas trouxe aos autos declarações de duas testemunhas que afirmam que a vítima não poderia ter sido atingida por disparo de arma de fogo, já que este produz lesão distinta da verificada, de maneira que pugna pela improcedência.

Para atender ao requisito do prequestionamento requer-se expressa manifestação acerca de todos os dispositivos invocados e que têm relação com as questões discutidas.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar suscitada.

No que toca à preliminar de "não conhecimento" – SIC - do pedido por ausência dos requisitos do artigo 621 do CPP diante da reiteração de pedido sem fundamentação em novas provas (art. 622 do CPP), destaca-se que a revisão criminal é uma ação, e não um recurso, de forma que a alegação ora analisada refere-se às condições de admissibilidade da demanda.

Muito embora o art. 621 do CPP disponha de hipóteses de cabimento bastante restritivas, a Seção Criminal deste Sodalício firmou entendimento no sentido da possibilidade de alargamento das hipóteses de cabimento sempre que presente algum risco de injustiça, seja na condenação ou na aplicação da pena. Confira-se, com redução ao necessário e sem grifo na origem:

> *"REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – (...).* ***À revisão criminal, ainda que ação de fundamentação vinculada, deve-se dar elasticidade máxima nas suas hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do código de processo penal, sob pena de perpetuação de teratologias.*** *(...)."* (TJMS; RVCr 1412404-

06.2014.8.12.0000; Corumbá; Seção Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 28/07/2015; Pág. 16). (G.n.)

*"REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO – REJEITADA – (...). 1. Esta colenda seção criminal tem entendimento firmado no sentido de flexibilizar a regra prevista no artigo 621 do código de processo penal, para conhecer de ação de revisão criminal fundada em possível erro técnico ou injustiça evidente. (...)."* (TJMS; RVCr 1409685-51.2014.8.12.0000; Fátima do Sul; Seção Criminal; Rel. Des. Francisco erardo de Sousa; DJMS 27/03/2015; Pág. 25).

No caso dos autos o autor sustenta basear-se em prova nova, extraída do procedimento de justificação judicial em que as declarações de duas testemunhas alteram substancialmente a sua situação fática, posto que demonstram a ausência do *animus necandi*.

Assim, quando o pedido tem por finalidade possível readequação da pena, matéria de ordem pública, que deve ser revista de ofício, presente a possibilidade jurídica do pedido, exceto se as questões postas na revisional já tenham sido objeto de discussão específica em recurso anterior.

De tal forma, não se tratando de mera reiteração de pedidos de análise da prova, e diante da possibilidade de readequação da pena, reconhece-se a possibilidade jurídica do pedido, bem como a presença das demais condições da ação proposta, restando rejeitada a preliminar de carência.

Do mérito.

Pelas razões de f. 01/16 o autor requer a desclassificação da conduta de latrocínio tentado para a de roubo tentado, majorado pelo emprego de arma de fogo, sustentando que a vítima não foi atingida pelo disparo de arma de fogo, bem como que não houve *animus necandi* em sua conduta.

Analisando os autos originários verifica-se que o ora autor, pilotando uma motocicleta roubada, participou de um roubo executado com arma de fogo, na companhia de Wellington, sendo que este transitava na garupa, e ao avistar um casal sentado na frente de uma casa, pararam e deram voz de assalto. Wellington desceu armado, arrancou do pescoço da mulher um colar e passou a agredi-la, momento em que o marido da mesma, a vítima Manoel, entrou em luta corporal com ele, sendo que durante referida luta o autor continuou aguardando pelo comparsa. Em dado momento ouviram-se tiros, sendo que Wellington foi atingido mortalmente e o ora autor recebeu um tiro no ombro, momento em que deixou o local em alta velocidade, abandonou a motocicleta em um bairro e buscou atendimento médico, momento em que foi preso.

Preferiu silenciar na fase policial, e em Juízo (mídia de f. 226 dos autos principais) afirmou desconhecer as intenções de Wellington, pois estava em sua casa quando Wellington passou e pediu que o levasse até um local onde receberia um dinheiro. Saiu pilotando a motocicleta, quando durante o trajeto percebeu que Wellington estava armado, oportunidade em que indagou a razão disso, e aquele respondeu que podia ficar tranquilo. Ao chegarem no local dos fatos Wellington mandou que parasse a moto, desceu e anunciou o assalto, oportunidade em que o marido da vítima, na tentativa de evitar o assalto, foi em direção a Wellington pegando sua arma. Diz que a vítima Manoel entregou a arma para seu filho, que também estava no local, o qual passou a agredir Wellington com a arma. Nisso ele ouviu um disparo, oportunidade que se evadiu do local, tendo sido atingindo por um tiro nas costas.

Tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão da 2ª Câmara Criminal rejeitaram o pleito de absolvição, no qual o ora autor sustentava não ter conhecimento de que Wellington pretendia cometer algum crime.

Assim, a sentença reconheceu a prática do latrocínio na forma tentada, e reduziu a pena no patamar máximo (2/3).

O ora autor apelou pugnando por absolvição e o Ministério Público requerendo redução do patamar de diminuição.

Assim, o acórdão negou provimento ao recurso defensivo e proveu o apelo ministerial, reduzindo o patamar relativo à tentativa para 1/3 (um terço), restando a pena fixada em 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Através da presente demanda, portanto, resta analisar a alegação inédita, trazida pelo autor, relativa à ausência de *animus necandi*, objetivo também visado por ele ao ajuizar o pedido de justificação judicial, com o qual visou demonstrar que a lesão sofrida pela vítima Manoel não se coaduna com disparo de arma de fogo, e sim, configura uma contusão que teria ocorrido durante a luta corporal que empreendeu com Wellington, fato que, no seu entendimento, possibilitaria a desclassificação da conduta para a relativa ao crime de roubo tentado qualificado.

Sem razão, entretanto.

Primeiramente insta destacar que tanto a sentença quanto o acórdão afastaram corretamente a alegação de desconhecimento das intenções de Wellington, fato que aqui não pode voltar a ser discutido porque amplamente debatido através daqueles dois atos jurisdicionais, sem deixar de referir que, quanto a isto, o autor não trouxe nenhuma prova nova.

Ademais, ele mesmo, em juízo, admitiu ter tomado conhecimento de que Wellington estava armado, o que teria ocorrido ainda antes de chegarem ao local do roubo, fato de suma importância para a espécie.

O latrocínio é crime complexo, formado pela união dos crimes de roubo e homicídio, de forma que para sua consumação, em tese, deveria consumar-se a subtração e a morte. Porém, os objetos jurídicos protegidos possuem valoração distinta, prevalecendo, por óbvio, a vida ao patrimônio.

Não por outra razão é que a Súmula 610 do STF estabelece que quando o roubo resta tentado e a morte consumada, configura-se o crime de latrocínio. Confira-se: *"Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima."*

Como se sabe, a configuração do crime de latrocínio exige dolo na conduta antecedente, que é o roubo, e dolo ou culpa na subsequente, que é a morte ou a lesão grave, seja da vítima, de algum comparsa ou de terceiro estranho aos acontecimentos.

Nesse sentido lição de Guilherme de Souza Nucci, "Código Penal Comentado", 17. ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 989:

> *"31. Crime qualificado pelo resultado morte: trata-se da hipótese do latrocínio, quando também se exige dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (morte). É considerado crime hediondo. Cuidou o legislador de explicitar que é preciso haver, anteriormente, violência, razão pela qual entendemos não estar configurada a hipótese do latrocínio se, da grave ameaça, resultar lesão grave ou morte. Deve haver nexo de causalidade entre a prática do roubo e o resultado morte de qualquer pessoa envolvida nesse cenário, ou seja, não necessariamente a vítima do delito patrimonial."*

Portanto, o crime que se convencionou chamar de latrocínio (§ 3º do artigo 157 do Código Penal), por ser complexo, pune o agente que atenta dolosamente contra o patrimônio alheio e, nesse desiderato, também contra a vida humana, seja de forma dolosa ou culposa.

No caso dos autos, como acima visto, presente o dolo na conduta antecedente (vontade de subtrair para si objeto de terceiro), houve efetiva violência dirigida à pessoa da vítima, pois Wellington, apontando um revólver, arrancou o colar do pescoço de uma das vítimas e passou a agredi-la. E foi esta conduta que gerou a reação de Manoel, a outra vítima, que partiu em defesa da esposa, entrando em luta com Wellington, comparsa do autor, entrevero durante o qual Wellington resultou fatalmente atingido, fato que configura o nexo de causalidade entre o roubo e a morte.

Em assim sendo, e como a conduta subsequente (resultado morte ou lesão grave) pode decorrer de dolo ou culpa, para a configuração do latrocínio, é desnecessário que o agente tenha a intenção de ceifar a vida de qualquer pessoa *animus necandi*; basta que assuma esse risco, o que ocorre com o simples fato de concordar em participar de um roubo com emprego de arma, hipótese em que o resultado morte é absolutamente previsível, embora indesejado. A jurisprudência é farta nesse sentido. Como exemplo, com destaques meus:

> *"APELAÇÃO CRIME – LATROCÍNIO TENTADO – DIREITO DO CONDENADO DE APELAR EM LIBERDADE – (...). Desclassificação para roubo majorado tentado. Descabimento. No caso em tela, o agente agiu dolosamente no momento em que apontou uma arma carregada para a cabeça de mariana, lhe deu uma coronhada e, quando ela colocou a mão, apertou o gatilho dentro do carro, assumindo o risco de lesionar fatalmente qualquer passageiro que ali estivesse. Felizmente, a pessoa que estava no banco do carona estava com a cabeça abaixada entre as pernas, não sendo alvejada, pois o tiro atingiu a porta.* ***Destarte, tal prática configura a tentativa (branca ou incruenta) de latrocínio, porquanto presente a intenção de subtrair bens, aliada ao dolo (direto ou eventual) direcionado ao resultado morte das vítimas,*** *delineando-se o delito previsto no artigo 157, § 3º, in fine, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. (...)."* (TJRS; ACr 0203761-55.2017.8.21.7000; Porto Alegre; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak; Julg. 26/10/2017; DJERS 01/11/2017). (G.n.)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – (...) – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO – IMPOSSIBILIDADE – RESULTADO MORTE NÃO DESEJADO PELOS AGENTES – IRRELEVÂNCIA – LATROCÍNIO CONSUMADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – (...). Para o cometimento do crime de latrocínio não é necessário que o agente tenha a intenção de ceifar a vida da vítima, já que uma vez realizada a subtração patrimonial, se da violência praticada na realização do roubo, resultar lesão corporal ou morte da vítima, consuma-se o crime de latrocínio. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido."* (TJMG; APCR 1.0460.11.004063-7/001; Rel. Des. Doorgal Andrada; Julg. 25/10/2017; DJEMG 01/11/2017).

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – RECEPTAÇÃO – LATROCÍNIO TENTADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO CIRCUNSTANCIADO COM LESÃO CORPORAL GRAVE – IMPOSSIBILIDADE – ANIMUS NECANDI DEMONSTRADO – DOSIMETRIA – REVISÃO DA FRAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO E RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...). 2. Inviável o pleito de desclassificação se as provas dos autos são coerentes e harmônicas no sentido de que o réu, juntamente com outra envolvida, mediante dolo, liame subjetivo e prévia divisão de tarefas, praticou o crime de latrocínio tentado. 3. Demonstrada a aceitação da prática do crime de roubo com a utilização de arma, entende-se presumível a assunção do risco de produzir o resultado morte, o que garante a condenação pela prática do crime de latrocínio. 4. (...)."* (TJDF; APR 2016.03.1.012966-5; Ac. 105.6523; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. João Timóteo de Oliveira; Julg. 19/10/2017; DJDFTE 31/10/2017).

> *"RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – LATROCÍNIO – SENTENÇA CONDENATÓRIA NOS TERMOS DA DENÚNCIA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. Materialidade e autoria delitiva. Comprovadas. A prisão em flagrante do réu, baleado, em circunstâncias de tempo e local próximas ao fato, ratificadas pelo reconhecimento da vítima e seus depoimentos prestados na fase investigatória e em juízo, somadas ao depoimento da policial militar que atendeu a ocorrência, têm o condão de demonstrar a materialidade do delito e que sua autoria recai induvidosa sobre o réu. Perfeitamente demonstrada a intenção do réu em subtrair coisa alheia móvel, em comunhão de esforços com indivíduo não identificado, praticada com o uso de armas de fogos, sendo efetuados disparos contra a vítima em razão de sua reação, não se consumando a subtração ou o resultado morte por circunstância alheia à sua vontade. Tese esculpatória sem respaldo no conjunto probatório trazido à colação. Condenação mantida. 2.* ***Desclassificação da conduta para o crime de roubo tentado. Descabimento. O resultado morte pode dar-se mesmo a título de culpa, bastando que haja nexo causal com a violência perpetrada à subtração da coisa, o que resta comprovado na espécie. No caso concreto, o réu e seu comparsa, ao iniciarem a***

> ***empreitada patrimonial armada contra pessoa, assumiram o risco de produzir o resultado morte da vítima, restando, assim, demonstrado pelo acervo probatório o animus necandi.*** *3.* ***Participação de menor importância. O réu e o comparsa não identificado organizaram-se, planejando o delito, tendo ambos, ao tripularem a motocicleta, abordado o ofendido e ordenado que parasse o veículo, e com este mesmo ânimo, agiram tentando a subtração, apoiando-se mutuamente, quer na abordagem, quer na grave ameaça e violência, quer na tentativa de subtração, restando, assim, demonstrado que participou na mesma medida que o coautor, não importando quem efetivamente desferiu os disparos contra a vítima.*** *4. Dosimetria da pena. Mantida. Quantum adequado ao caso concreto. 5. Mantidas as demais disposições da sentença recorrida. Apelo não provido. Unânime."* (TJRS; APL 0115570-63.2019.8.21.7000; Proc 70081436610; Porto Alegre; Sexta Câmara Criminal; Relª Desª Bernadete Coutinho Friedrich; Julg. 24/10/2019; DJERS 11/11/2019). (G.n.)

Portanto, em nada modifica a situação do autor o fato de uma das vítimas, Manoel, não ter sido atingida por disparo de arma de fogo, posto que Wellington, seu comparsa, em cenário de roubo armado, concatenado por ambos, perdeu a vida durante confronto com referida vítima, a qual tentava reagir e defender sua esposa.

Aliás, o fato de ter ocorrido morte de um dos partícipes do roubo não desnatura o delito sob enfoque, conforme se extrai da doutrina de Guilherme de Souza Nucci, "Código Penal Comentado", 17. ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 990:

> *"32 – Aspectos do resultado morte: Cremos que a violência empregada para o roubo é apta a causar a morte de qualquer pessoa, e não somente da vítima. Assim, se um dos autores atira contra o ofendido, mas termina matando quem está passando pelo local, comete latrocínio. O mesmo se diga se o agente desfere tiros contra a polícia que chega no momento do assalto ou contra a vítima, matando um ou outro comparsa. A violência empregada trouxe o resultado 'morte', não necessariamente do ofendido, pois o direito protege a vida humana, e não somene a vida da vítima do crime patrimonial. É evidente que a morte do coautor ou de quem está passando precisa, de algum modo, estar conectada ao roubo, a fim de garantir o liame causal (...)."*

Além disso, por força do disposto pelo artigo 29, do Código Penal, não desconfigura o latrocínio o fato de o disparo fatal ter sido desferido por terceiro, nos termos do entendimento vigorante no STF, pelo qual *"aquele que se associa a comparsa para a prática de roubo, sobrevindo a morte da vítima, responde pelo crime de latrocínio, ainda que não tenha sido o autor do disparo fatal ou que sua participação se revele de menor importância."* (STF. RHC 133.575/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 21/02/2017, Informativo nº. 855).

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – ART. 157, § 3º, DO CP – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONCURSO DE AGENTES – LIAME SUBJETIVO COMPROVADO – DOMÍNIO DO FATO – TEORIA UNITÁRIA OU MONISTA – ART. 29, CAPUT, DO CP – ANIMUS NECANDI – RECURSO IMPROVIDO.* ***1. Aquele que se associa a comparsa para a prática de roubo, sobrevindo a morte da vítima, responde pelo crime de latrocínio, ainda que não tenha sido o autor dos golpes que ceifaram a vida da Vítima, ou mesmo que sua participação se revele de menor importância****. 2.* ***O agente assumiu o risco de produzir resultado mais grave, em especial considerando que, no concurso de pessoas não é necessário que todos os agentes pratiquem os mesmos atos executivos, sendo suficiente o encontro de vontades para a prática da infração penal.*** *3. O réu tinha domínio do fato e sua conduta não pode ser considerada meramente acessória ou de menor importância, tendo anuído e aderido à conduta violenta do corréu, sendo a sua ação fundamental para a concretização da subtração do patrimônio visado. 4.* ***Em conclusão, se, no contexto do roubo, praticado em concurso de pessoas, somente uma delas tenha produzido a morte de alguém, o latrocínio consumado deve ser imputado a todos os envolvidos na empreitada criminosa, como consectário lógico da adoção da teoria unitária ou monista pelo art. 29, caput, do Código Penal****. 5. Recurso improvido."* (TJES;

Apl 0008132-98.2016.8.08.0030; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Willian Silva; Julg. 18/07/2018; DJES 27/07/2018). (G.n.)

*"APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR – DENÚNCIA – PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41, DO CPP – INÉPCIA NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA PROLATADA. I. (...)* ***II. LATROCÍNIO (ARTIGO 157, § 3º, IN FINE, CP). CONDENAÇÃO. COAUTORIA COMPROVADA. A prova dos autos é consistente em apontar o réu como coautor do fato descrito na exordial acusatória, vez que, segundo ressuma, participou do crime, conduzindo o veículo até o local da empreitada criminosa, no intuito de subtrair o veículo da vítima para si ou para outrem, evadindo-se do local logo após os disparos de arma de fogo, aderindo, assim, conscientemente, à conduta do comparsa, sabendo que aquele portava o referido artefato, de modo que era plenamente previsível a caracterização do delito mais grave.*** *III. (...)."* (TJGO; ACr 104702-38.2017.8.09.0175; Goiânia; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa; DJEGO 10/01/2019; Pág. 70). (G.n.)

Portanto, não resta dúvida de que se configura o crime do § 3º do artigo 157 do Código Penal (latrocínio), e não o de roubo, quando o agente se arma para subtrair bens e, nesse desiderato, vem a ocorrer a morte da vítima, de partícipe e/ou de terceiro, sendo irrelevante a intenção de matar, posto que basta a assunção do risco de que tal resultado venha a ocorrer.

Para finalizar impende destacar que o ora autor foi é muito favorecido pela denúncia, eis que, a rigor, nos termos da Súmula 610 do STF, e da jurisprudência dominante, o delito de que participou foi consumado, e não meramente tentado, pois de acordo com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, há tentativa de latrocínio quando o resultado morte não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente (HC n. 201.175/MS, Rel. Ministro Jorge MUSSI, Quinta Turma, DJe 8/5/2013), o que não foi o caso dos autos, em que a morte do comparsa resultou consumada, pois como referido acima, o bem jurídico mais protegido é a vida, e não o patrimônio.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais rejeito a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça e julgo improcedente a ação de revisão criminal interposta por Lucas Maciel de Oliveira.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a revisional.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 25 de novembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Criminal
## Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
## Mandado de Segurança Criminal nº 1414203-74.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28-A DO CPP – "PACOTE ANTICRIME" – LEI Nº 13.964/19 – ACORDO NÃO OFERECIDO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – AUDIÊNCIA DESIGNADA SEM A ANUÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL – INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 28-A, § 14, DO CPP – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Faz jus ao acordo de não persecução penal o indiciado que atende aos requisitos indicados no art. 28-A do Código de Processo Penal, mediante proposta a ser oferecida pelo Ministério Público.

O não oferecimento de acordo pelo órgão ministerial faculta ao indiciado postular a remessa dos autos à instância superior, nos termos dos artigos 28 e 28-A, § 14, do CPP.

Com o parecer, concede-se a segurança.

### 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, concederam a segurança.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

O Ministério Público Estadual impetra o presente Mandado de Segurança com pedido liminar, contra ato proferido pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal desta comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal nº 0035779-42.2019.8.12.0001, que, acolhendo pedido formulado pela defesa, designou audiência para que o órgão ministerial ofereça acordo de não persecução penal.

Nas razões de f. 1/20, alega, em síntese, que manifestou-se de forma contrária ao acordo, e em razão disso o magistrado deveria remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para opinar a respeito e não obrigá-lo a propor o acordo em audiência já designada para tal fim. Ademais, é faculdade do órgão ministerial propor ou não o acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, circunstância que aliás deve ocorrer antes do início da ação penal, ou seja, o acordo é justamente para impedir a persecução penal. Sustenta ainda que os efeitos desse dispositivo legal não devem retroagir a fatos já denunciados.

Requereu a concessão de liminar para suspender a audiência designada para o dia 10 próximo passado, cuja finalidade do ato era a de propor acordo de não persecução penal em face do investigado nos autos da ação penal acima mencionados, ratificando-se ao final.

A pretensão liminar foi concedida (f. 118/120).

As informações a serem prestadas pela autoridade apontada como coatora vieram a f. 124.

A parte requerida foi citada, vindo as contrarrazões a f. 127/142.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 147/151, manifestou-se pela concessão da segurança.

É o Relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

O Ministério Público Estadual impetra o presente Mandado de Segurança com pedido liminar, contra ato proferido pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal desta comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal nº 0035779-42.2019.8.12.0001, que, acolhendo pedido formulado pela defesa, designou audiência para que o órgão ministerial ofereça acordo de não persecução penal.

Nas razões de f. 1/20, alega, em síntese, que manifestou-se de forma contrária ao acordo, e em razão disso o magistrado deveria remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para opinar a respeito, e não obrigá-lo a propor o acordo em audiência já designada para tal fim. Ademais, é faculdade do órgão ministerial propor ou não o acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, circunstância que aliás deve ocorrer antes do início da ação penal, ou seja, o acordo é justamente para impedir a persecução penal. Sustenta ainda que os efeitos desse dispositivo legal não devem retroagir a fatos já denunciados.

Requereu a concessão de liminar para suspender a audiência designada para o dia 10 próximo passado, cuja finalidade do ato era a de propor acordo de não persecução penal em face do investigado nos autos da ação penal acima mencionados, ratificando-se ao final.

A pretensão liminar foi concedida (f. 118/120).

As informações da autoridade apontada como coatora vieram a f. 124.

A parte requerida foi citada, vindo as contrarrazões a f. 127/142.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 147/151, manifestou-se pela concessão da segurança.

É o que basta para analisar a pretensão.

O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal estabelece:

> *"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."*

No caso dos autos, infere-se que o ato impugnado consiste na decisão que designou audiência para a realização de acordo de não persecução penal (f. 104/110), sobre o qual o Ministério Público, pelas razões de f. 93/103, já havia se posicionado de forma contrária. Segundo o órgão ministerial, o denunciado não atende aos requisitos legais para possibilitar o referido acordo.

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 ante o atendimento dos seguintes requisitos: 1) confissão formal e circunstancial do indiciado; 2) infração penal com sanção mínima inferior a 4 (quatro)

anos; 3) infração penal sem violência ou grave ameaça; 4) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Trata-se, portanto, de um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, devidamente assistido, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, modificando o cenário da persecução criminal, de forma que, antes de oferecer a denúncia, deve o representante ministerial analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, ou justificar expressamente o não oferecimento. Caso assim não proceda, o indiciado poderá provocar a instância superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP. (STJ; AgRg-RHC 128.660; Proc. 2020/0139879-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 18/08/2020; DJE 24/08/2020).

E sendo o artigo 28-A do CPP uma norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao acusado, por força do artigo 5º, XL, da Constituição Federal (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu), seus efeitos devem, obrigatoriamente, retroagir, em processos não transitados em julgado, pois não se verifica a preclusão do direito à propositura do ANPP quando tal instituto passou a vigorar após a denúncia, sem oportunizar ao réu manifestar-se sobre tal possibilidade. Nesse sentido (sem grifo na origem):

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – FRAUDE À LICITAÇÃO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – PACOTE ANTICRIME – ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NORMA PENAL DE NATURA MISTA – RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECISÃO RECONSIDERADA – AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP),* ***de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)****. 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019)."* (STJ; AgRg-HC 575.395; Proc. 2020/0093131-0; RN; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 08/09/2020; DJE 14/09/2020). (G.n.)

E o Enunciado nº 98 editado pelo MPF, prevê:

> *"É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei n° 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 09/06/2020."*

Ou seja, não se há falar em impossibilidade de oferecimento do referido acordo pelo simples fato de a ação penal já ter sido proposta e em regular andamento. Ao contrário, é possível sim formular o acordo até mesmo antes do trânsito em julgado, desde que, obviamente, atendidos aos requisitos legais.

Superada essa questão, hei por bem confirmar a liminar, uma vez que a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, ao designar audiência para a realização do acordo (f. 104/110), ignorou a manifestação do órgão ministerial, pela qual não concordou com referida proposta de acordo de não persecução penal ao indiciado, por entender que ele não faz jus ao benefício, não preenchendo os requisitos legais, conforme as razões de f. 93/103.

A situação que se verifica pela norma contida no art. 28 do CPP é outra, diferente daquela imposta pela autoridade coatora. Nesse contexto, destaco o teor da Súmula 696 do STF, assim redigida: *"Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal."* A propósito:

*"ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA DETERMINADO EM ACÓRDÃO – AJUSTE NÃO OFERTADO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. Remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça. Aplicação analógica do art. 28 do CPP, tal qual indicado, para a suspensão condicional do processo, na Súmula nº 696 do STF. Previsão, no art. 28-A, § 14, do CPP, de pedido do próprio investigado."* (TJSP; ACr 0013653-60.2018.8.26.0577; Ac. 13943788; São José dos Campos; Décima Segunda Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Carlos Vico Mañas; Julg. 03/11/2020; rep. DJESP 09/11/2020; Pág. 2316).

*"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ART. 28 DO CPP – REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE OFERECIMENTO. (...). 1. O art. 28-A do Código de Processo Penal diz que 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. 2.* ***Entende-se que a recusa do órgão ministerial em propor acordo de não persecução penal enseja remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, e, em caso de manifestação contrária deste, não há que se cogitar de obrigatoriedade do Ministério Público em oferecê-lo ou imposição pelo juízo****. (...)."* (TJDF; HBC 07218.18-97.2020.8.07.0000; Ac. 126.8623; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Demétrius Gomes Cavalcanti; Julg. 23/07/2020; Publ. PJe 06/08/2020). (Grifei).

Sendo assim, se o órgão ministerial entender que o indiciado não faz jus ao ANPP, não fica obrigado a fazê-lo, e o juízo, por outro lado, não pode impor tal condição.

A presente situação, como já mencionado, decorre da Lei nº 13.964/19, conhecida como "Pacote Anticrime", que introduziu no ordenamento jurídico o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP).

Referido instituto acrescentou o art. 28-A ao Código de Processo Penal, dispondo que *"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."*

E ainda mais pertinente ao exame do presente *mandamus*, dispõe o art. 28-A, § 14º, do CPP, 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."*

Portanto, inviável a designação de audiência para a proposta de não persecução penal em face do indiciado, se o órgão ministerial não concordou com tal ato, devendo, a rigor, dar sequência aos atos processuais ou, se for o caso, havendo manifestação da parte interessada (investigado), remeter os autos à superior instância do órgão ministerial para emissão de parecer sobre o tema, e ainda, na hipótese de o órgão superior também não concordar, não pode o juízo impor tal ato.

De tal forma, a segurança é de ser concedida para o fim de tornar sem efeito o despacho que designou a audiência com o fim de propor o acordo de não persecução penal ao indiciado (f. 109), por inobservância ao disposto pelo art. 28-A, § 14, c/c art. 28, ambos do Código de Processo Penal. Ademais, no caso dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 147/151, manifestou-se de forma contrária ao referido acordo.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, concedo a segurança, a fim de ratificar a liminar e tornar sem efeito a decisão que designou audiência com o propósito de oferecer acordo de não persecução penal ao investigado e, em consequência, determinar que se dê regular prosseguimento à ação penal.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança.

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, 26 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
## Apelação Criminal nº 0001675-13.2013.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO, CORRUPÇÃO DE MENOR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DOS DELITOS – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – AGENTE RECONHECIDO PELAS VÍTIMAS – AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – PATAMAR MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO.

Restando devidamente comprovado que o apelante corrompeu o adolescente para juntos subtraírem os bens das vítimas, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, não há falar em absolvição dos delitos.

Nos termos do Enunciado n.° 500 da Súmula do STJ*, "a configuração do crime do art. 244-b do eca independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal."*

Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego.

Admite-se a utilização de majorante sobejante, não utilizada para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

Verificado que as circunstâncias judiciais apontadas como negativas foram fundamentadas de forma concreta e a pena-base fixada em patamar necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, não há falar em redução.

## 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. Com ressalvas do Revisor. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 15 de setembro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Vanilton Ribas Santa Cruz, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 anos e 01 mês de reclusão e 109 dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 157, § 2º, I e II do CP e art. 244-B do ECA, todos c/c art. 69 do Código Penal (fls. 240-253).

Pede a absolvição da corrupção de menor por insuficiência de provas de que corrompeu o adolescente a com ele praticar o roubo, pois nem ele, nem J. de O. R. foram ouvidos em juízo para informar suas versões dos fatos.

Pede, ainda, a absolvição do crime de roubo por insuficiência de provas de autoria, visto que sua confissão extrajudicial não foi corroborada em juízo, estando o depoimento da vítima Elias isolado nos autos, até mesmo porque a outra vítima (Wagner) não foi ouvida em juízo e a testemunha policial Marcelo não presenciou os fatos, demonstrando incertezas em seu depoimento devido ao lapso temporal.

Alternativamente, pede o afastamento da majorante do emprego de arma, pois esta não foi apreendida, nem periciada, bem como a redução da pena-base, por estar exacerbada, sem fundamentação concreta (fls. 269-298).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 307-326).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 342-357).

É o relatório. Ao Revisor.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

> *"No dia 05 de Novembro de 2012, por volta das 21:58 horas, na Rua 21 de Setembro, Bairro Popular Nova, nesta Cidade e Comarca, o denunciado Vanilton Ribas Santa Cruz em concurso com adolescente J. de O. R., armado, subtraiu para si, mediante violência ou grave ameaça, a importância de dois mil e cem reais, aparelho celular, capacete e motocicleta marca HONDA, modelo CG FAN, cor preta, placa HTU 6242 das vítimas Wagner de Jesus Esteves De Lima e Elias Magalhães Rodrigues. Outrossim, o denunciado corrompeu menor de dezoito anos de idade, a praticar com ele a supracitada infração penal.*
>
> *(...)."*
>
> *Vanilton Ribas Santa Cruz, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 anos e 01 mês de reclusão e 109 dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 157, § 2º, I e II do CP e art. 244-B do ECA, todos c/c art. 69 do Código Penal (fls. 240-253).*
>
> *Pede a absolvição do crime de corrupção de menores, alegando insuficiência de provas de que corrompeu o adolescente a praticar com ele o roubo, pois nem ele, nem J. de O. R. foram ouvidos em juízo para informar suas versões dos fatos. Pede ainda, a absolvição do crime de roubo, alegando insuficiência de provas da autoria, visto que sua confissão extrajudicial não foi corroborada em juízo, estando o depoimento da vítima Elias isolado nos autos, até mesmo porque a outra vítima (Wagner) não foi ouvida em juízo e a testemunha policial Marcelo não presenciou os fatos, demonstrando incertezas em seu depoimento devido ao lapso temporal. Alternativamente, pede o afastamento da majorante do emprego de arma, pois esta não foi apreendida, nem periciada, bem como a redução da pena-base, por estar exacerbada, sem fundamentação concreta (fls. 269-298).*

Pois bem.

Restou devidamente comprovado nos autos que, no dia 05/11/12, por volta das 21:30 horas, na Conveniência "WS Mundial", na Comarca de Corumbá, o apelante Vanilton, juntamente com o adolescente infrator J. de O. R., subtraiu dinheiro em espécie do caixa, ou seja, R$ 300,00 (trezentos reais) da vítima Wagner de Jesus Esteves de Lima, bem como um telefone celular, um capacete, dinheiro em espécie, totalizando R$

1.800,00 (um mil e oitocentos reais), além de uma motocicleta Honda CG Fan, cor preta, placa HTU-6242, da vítima Elias Magalhães Rodrigues, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo.

Consta nos autos que na noite dos fatos, no interior da conveniência estavam os proprietários Wagner e sua esposa Shirley, além de um filho do casal e o cliente Elias, momento em que ali chegaram o ora apelante Vanilton e o adolescente J. de O. R. O apelante deu voz de assalto e apontava a arma de fogo para as vítimas, bem como subtraiu dinheiro do caixa (R$ 300,00), enquanto o adolescente subtraía os demais bens, consistentes em dinheiro (R$ 1.800,00) e telefone celular da vítima Elias, que havia recebido o salário naquela data.

Não satisfeitos, ao saírem do local, os agentes ainda subtraíram a chave, o capacete e a motocicleta da vítima Elias, empreendendo fuga na mesma.

As vítimas registraram a ocorrência, descreveram as características físicas e as vestimentas dos autores do roubo (fls. 08-10) e a motocicleta foi apreendida na mesma data, abandonada em via pública.

Dois dias depois, em 07/11/12, o apelante e o adolescente foram flagrados praticando outro roubo com emprego de arma e, na Delegacia, confessaram o presente delito e esclareceram que teria sido cometido com a mesma arma de fogo, um revólver calibre .38, municiado (fls. 17-18 e 19-20), apreendida nos Autos n.° 0009858-07.2012.8.12.0008 (fls. 36; oriundo do Boletim de Ocorrência n.° 844/12, fl. 48).

Foram apreendidas com o apelante e o menor infrator algumas peças de roupas e a mochila utilizada no crime (fls. 08-10, 12-13).

As vítimas Elias e Wagner e a testemunha Shirley reconheceram o apelante e o adolescente infrator na delegacia, bem como as roupas apreendidas com os mesmos (fls. 14-16).

Em juízo, apesar de o apelante não ter sido interrogado, tendo sido decretada sua revelia (fl. 154), a testemunha policial Marcelo (fl. 154) e a vítima Elias (fl. 196) confirmaram integralmente suas versões extrajudiciais no sentido de que o apelante e o adolescente infrator J. de O. R. praticaram o roubo mediante emprego de arma de fogo, subtraindo dinheiro do caixa da conveniência da vítima Wagner, bem como dinheiro, celular, capacete e motocicleta da vítima Elias, somente tendo sido recuperada esta última.

A vítima Elias confirmou, ainda, em juízo, que reconheceu o apelante na delegacia, bem como o adolescente infrator J. de O. R., não tendo dúvidas na hora do reconhecimento, sendo que foi Vanilton quem ficou apontando a arma de fogo, o tempo todo, para sua cabeça (fl. 196).

Portanto, a confissão extrajudicial do apelante foi corroborada pelas declarações da vítima Elias e da testemunha policial Marcelo, não havendo dúvidas quanto à autoria do ora apelante no crime de roubo.

Não prospera a tese defensiva de que para configuração do crime de corrupção de menores torna-se indispensável a prova da efetiva corrupção, pois nos termos da recente Súmula n.° 500 do STJ, *"a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal."*

Ademais, tanto o apelante, quanto o adolescente infrator relataram na delegacia que o primeiro chamou o segundo para praticarem roubos na cidade a fim de conseguirem dinheiro, inclusive, cabendo ao último, obter a arma de fogo (fls. 17-20).

Portanto, verificado que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, evidenciando que o apelante corrompeu o adolescente infrator, com ele praticando o presente crime, não há falar em absolvição.

No que concerne ao emprego de arma de fogo, além da confissão extrajudicial do apelante e delação extrajudicial do adolescente J. de O. R. terem sido corroboradas em juízo pelas declarações da testemunha policial e da vítima, ao contrário do alegado pela defesa, a arma de fogo foi apreendida (revólver calibre .38 e 06 munições intactas), dois dias após os fatos, na posse do apelante, enquanto cometia outro roubo, pelo qual

já restou definitivamente condenado em 15/09/14 (conforme auto de exibição e apreensão - fl. 36 - Ação Penal n.° 0009858-07.2012.8.12.0008).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça definiu não ser necessária a apreensão e a realização de perícia em arma de fogo para que incida o aumento da pena no roubo, se outras provas evidenciarem o seu emprego, senão vejamos:

Nesse sentido já decidiu o STJ:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – VIA INADEQUADA – NÃO CONHECIMENTO – ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO E ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONCURSO FORMAL – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DO ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP – NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO – DOSIMETRIA – CONFISSÃO PARCIAL – AUSÊNCIA DE INFLUÊNCIA NO QUANTUM DA PENA IMPOSTA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR –* ***RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – APREENSÃO DO ARTEFATO BÉLICO E PERÍCIA – DESNECESSIDADE – ADMISSÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA –*** *FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O INCREMENTO MAIOR DO QUE 1/3 – SÚMULA 443/STJ – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – (...).*
>
> ***A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal (antiga redação), prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.***
>
> ***No caso, embora a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, tendo a instância ordinária, com base no acervo probatório, concluído pela sua efetiva utilização, na primeira empreitada criminosa, afigura-se legal a incidência da respectiva majorante.***
>
> *Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima de 1/3, requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo.*
>
> *O acórdão reprochado conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, pois ofertou motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, agravadas pelo fato de dele haverem participado pelo menos 4 agentes e de a vítima ter ficado por mais de 3 horas em poder dos bandidos, o que demonstra a maior reprovabilidade da conduta, a ensejar um maior rigor penal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido." (HC* 481.016/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019). (G.n.)
>
> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – DESCABIMENTO – ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA – 1) CONCOMITÂNCIA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (QUADRILHA OU BANDO) ARMADA – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA –* ***2) UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA – COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA – POSSIBILIDADE –*** *3) CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – 4) CONTINUIDADE DELITIVA – DESÍGNIOS AUTÔNOMOS – MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS – INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA – IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO – (...).*

> ***A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a incidência da majorante da utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho das vítimas, como ocorreu no caso dos autos*** *(...).”* (STJ, HC 288.929/SP, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 30/04/2015). (G.n.)
>
> *“CRIMINAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO –* ***EMPREGO DE ARMA – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA – INCIDÊNCIA DA MAJORANTE*** *– EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.*
>
> ***I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.***
>
> *II -* ***Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante****.*
>
> *III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.*
>
> *IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.*
>
> *V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.”* (STJ, EREsp 961863/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011). (G.n.)

Portanto, tendo ficado evidente que o apelante corrompeu o adolescente J. de O. R., para juntos subtraírem os bens das vítimas Wagner e Elias, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, não há falar em absolvição dos delitos, muito menos em afastamento da majorante.

Quanto à dosimetria da pena do crime de roubo, constata-se que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal, por terem sido consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais das circunstâncias (emprego de arma de fogo) e consequências do crime (*res furtiva* não foi totalmente recuperada).

Mantenho a circunstância judicial das circunstâncias do crime como negativa, pois no caso de existir mais de uma causa de aumento, há a possibilidade de uma exasperar a pena-base e a outra ser utilizada na terceira fase da dosimetria da pena, como majorante.

Nessa banda, é remansoso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – NÃO CONHECIMENTO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES – DOSIMETRIA – PENA-BASE – INCREMENTO NA PRIMEIRA FASE COM BASE NO USO DA ARMA DE FOGO E UTILIZAÇÃO DA OUTRA CAUSA DE AUMENTO PARA MAJORAR A PENA NA TERCEIRA FASE – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO – FUGA DO DISTRITO DA CULPA – AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE.*
>
> *I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no*

*sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.*

*II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.*

*III - A despeito da impossibilidade de conhecimento do writ, convencionou-se analisar as alegações apresentadas, de forma fundamentada, a fim de apreciar a necessidade de concessão da ordem, de ofício.*

***IV - Esta Corte Superior possui entendimento segundo o qual existindo duas causas de aumento, previstas no § 2º, do art. 157, do Código Penal, é possível que uma delas seja considerada circunstância judicial desfavorável, servindo para aumentar a pena-base, e a outra leve à majoração da pena na terceira fase.***

***V - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem admitido a imposição da constrição cautelar para resguardar a aplicação da lei penal, com fundamento na comprovada evasão ou ocultação do Réu, a fim de evitar a própria captura.***

***VI - Habeas corpus não conhecido.*** *" (HC* 282677/PA, Rel. Min.ª Laurita Vaz, J. em 24/04/2014, Pub. 26/08/2014). (G.n.)

*"É possível considerar na dosimetria da pena do delito patrimonial uma das majorantes (concurso de agentes) para exasperar a pena-base como circunstância do crime e a outra (emprego de arma de fogo) na terceira fase, como causa especial de aumento. Precedentes." (HC* 198666/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Jug. em 12/11/2013, Pub. Em 28/11/2013).

Assim, perfeitamente possível que uma causa de aumento (emprego de arma) seja utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base do acusado e que a outra (concurso de agentes) incida na terceira etapa da dosimetria da reprimenda, consoante entendimento jurisprudencial.

Sobre as consequências do crime, pode-se verificar que estas foram tidas como negativas, em razão da ausência de recuperação total dos bens, causando prejuízo elevado para a vítima Elias, consistente em um telefone celular, um capacete, além de dinheiro em espécie R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) que correspondia ao seu salário integral que havia recebido na data dos fatos, totalizando a quantia de R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) (fls. 29-30 e 196).

Portanto, entendo que tal circunstância foi sopesada de forma adequada com relação à perda patrimonial, pois restou demonstrado nos autos que a vítima Elias sofreu prejuízo de valor considerável, que ultrapassou as elementares do tipo penal.

Segundo Ricardo Schmitt[1], a consequência do crime *"revela-se pelo resultado da própria ação do agente. São os efeitos de sua conduta. Deve ser aferido o maior ou menor dano causado pelo modo de agir. No exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade (coletividade)."*

Ademais, como se sabe, o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime. Assim, não há reparo a ser feito, pois diante da existência de duas circunstâncias judiciais negativas, entendo que o patamar fixado, 09 meses para cada circunstância, atende o princípio da proporcionalidade.

Conclusão

1 Ibid, p. 138.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

É como voto.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Revisor).

Em que pese o fato de entender que há concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menores, com base no parágrafo único do art. 70 do CP, acompanho o relator e mantenho o concurso material, pois com a aplicação do art. 70, *caput*, a pena excederia a cabível pela regra do art. 69, ambos do CP.

É como voto.

O Sr. Juiz Waldir Marques (Vogal).

Acompanho o voto do Relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Com ressalvas do revisor. 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, 15 de setembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
## Recurso em Sentido Estrito nº 0016049-26.2011.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – INJÚRIA RACIAL – SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO E DECRETOU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU – IMPOSSIBILIDADE – IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DO ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – FIGURA TÍPICA CRIADA A PARTIR DO CONTEXTO DE RACISMO – LEI 7.716/89 – ROL NÃO TAXATIVO – PRECEDENTES DO STJ – PROVIMENTO, COM O PARECER.

Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, com o advento da Lei n.º 9.459/97, que introduziu no ordenamento jurídico o crime de injúria racial, art. 140, § 3º, do Código Penal, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível.

O delito de injúria racial nada mais é do que o racismo direcionado a uma pessoa determinada ou determinável, baseado na nefasta ideia de que alguns seres humanos, em razão da cor da pele, da origem, da religião, são superiores a outros, daí resultando comportamentos discriminatórios, segregacionistas e preconceituosos; trata-se de um tipo penal decorrente do disposto no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, dentre outros comandos constitucionais regentes do Estado Brasileiro, declaradores e asseguradores dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade.

### 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, 20 de outubro de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Capital, que julgou extinta a punibilidade do réu Cristhiano Luna de Almeida, qualificado nos autos, relativamente ao delito de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, ante o reconhecimento da prescrição.

Para a melhor compreensão da matéria sob julgamento, transcrevo um trecho das razões recursais relativo ao histórico dos fatos:

> *"Trata-se de ação penal movida em face de Cristhiano Luna de Almeida, pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV cc artigo 140, § 3º, nos moldes do artigo 69 todos do Código Penal (f. 694/710).*
>
> *Inconformado com a decisão de pronúncia, o réu interpôs recurso em sentido estrito (f. 714/730), sendo negado o provimento, conforme acórdão de f. 779/790.*

*Novamente, não se conformando com a decisão em segunda instância, o réu interpôs embargos infringentes (f. 794/815). Os embargos foram acolhidos sendo afastadas as qualificadoras, conforme acórdão de f. 833/844.*

*Irresignado com a decisão de superior instância, o assistente de acusação interpôs recurso especial (f. 862/889). Porém, foi negado seguimento ao recurso pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (f. 925/926).*

*Ato contínuo, o assistente de acusação interpôs agravo de instrumento ao recurso especial, que foi julgado procedente para o restabelecimento da sentença de pronúncia com a manutenção das qualificadoras (f. 1320/1330).*

*Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri no dia 24.11.2017, o réu restou condenado nos termos da pronúncia à pena total de 17 anos e 06 meses de reclusão em regime fechado (f. 1742/1747).*

*O réu interpôs recurso de apelação, preliminarmente pugnando pela anulação do julgamento, e, no mérito, o reconhecimento de dolo eventual, legítima defesa e o afastamento das qualificadoras (f. 1763/1831).*

*O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencidos os votos do relator e vogal, acolheu em parte o recurso defensivo, para o fim de reduzir a pena aplicada (f. 2025/2073).*

*O réu então interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes com o fito de integrar o voto vencido do vogal no acórdão (f. 2104/2124), sendo o pleito acolhido em decisão monocrática (f. 2132/2134).*

*Mais uma vez, o réu interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes requerendo a nulidade do acórdão embargado e a anulação do julgamento por ausência de quesito obrigatório (f. 2145/2163). Os embargos foram rejeitados (f. 2183/2191).*

*Novamente, o réu interpôs embargos infringentes objetivando a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri com o afastamento das qualificadoras (f. 2197/2220).*

*O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deu provimento ao recurso, anulando o julgamento por decisão manifestamente contrária às provas dos autos (f. 2289/2299).*

*Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (f. 2306/2329), cujo seguimento foi negado em decisão monocrática (f. 2358/2361). O Ministério Público interpôs agravo regimental em recurso especial (f. 2366/2388), sendo o agravo conhecido, porém o recurso especial, não. O assistente de acusação interpôs embargos de declaração (cópia em anexo), logo não há coisa julgada nesta esfera recursal.*

*O Ministério Público também interpôs recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (f. 2419/2444), tendo sido o recurso aceito (f. 2471/2475). Porém, em virtude de ainda estar em trâmite o recurso especial no STJ, ainda não houve a distribuição do recurso extraordinário no STF, conforme noticiado nos autos (f. 2564).*

*Enquanto isso, o réu peticionou nos atos pugnando dentre outros pedidos o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime injúria racial, previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (f. 2584/2587).*

*O Parquet manifestou-se pela imprescritibilidade do crime de injúria racial, com fundamento nos entendimentos jurisprudenciais (f. 2588/2594). No entanto, diverso foi o entendimento do magistrado a quo ao desconsiderar os entendimentos jurisprudenciais e decretar a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de injúria racial (f. 2616/2622).”*

Sustenta o recorrente, com base em precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte, a imprescritibilidade do crime de injúria racial, argumentando que se trata de conduta típica inserida no contexto de racismo.

Postula a reforma da decisão, afastando-se a extinção da punibilidade pela prescrição do delito do art. 140, § 3º, do Código Penal.

Contrarrazões às fls. 3196-3200.

Parecer pelo provimento, fls. 3202-3211.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a decisão que julgou extinta a punibilidade do réu Cristhiano Luna de Almeida, qualificado nos autos, relativamente ao delito de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, ante o reconhecimento da prescrição.

Para a melhor compreensão da matéria sob julgamento, transcrevo um trecho das razões recursais relativo ao histórico dos fatos:

> *"Trata-se de ação penal movida em face de Cristhiano Luna de Almeida, pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV cc artigo 140, § 3º, nos moldes do artigo 69 todos do Código Penal (f. 694/710).*
>
> *Inconformado com a decisão de pronúncia, o réu interpôs recurso em sentido estrito (f. 714/730), sendo negado o provimento, conforme acórdão de f. 779/790.*
>
> *Novamente, não se conformando com a decisão em segunda instância, o réu interpôs embargos infringentes (f. 794/815). Os embargos foram acolhidos sendo afastadas as qualificadoras, conforme acórdão de f. 833/844.*
>
> *Irresignado com a decisão de superior instância, o assistente de acusação interpôs recurso especial (f. 862/889). Porém, foi negado seguimento ao recurso pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (f. 925/926).*
>
> *Ato contínuo, o assistente de acusação interpôs agravo de instrumento ao recurso especial, que foi julgado procedente para o restabelecimento da sentença de pronúncia com a manutenção das qualificadoras (f. 1320/1330).*
>
> *Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri no dia 24.11.2017, o réu restou condenado nos termos da pronúncia à pena total de 17 anos e 06 meses de reclusão em regime fechado (f. 1742/1747).*
>
> *O réu interpôs recurso de apelação, preliminarmente pugnando pela anulação do julgamento, e, no mérito, o reconhecimento de dolo eventual, legítima defesa e o afastamento das qualificadoras (f. 1763/1831).*
>
> *O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencidos os votos do relator e vogal, acolheu em parte o recurso defensivo, para o fim de reduzir a pena aplicada (f. 2025/2073).*

*O réu então interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes com o fito de integrar o voto vencido do vogal no acórdão (f. 2104/2124), sendo o pleito acolhido em decisão monocrática (f. 2132/2134).*

*Mais uma vez, o réu interpôs embargos de declaração com efeitos infringentes requerendo a nulidade do acórdão embargado e a anulação do julgamento por ausência de quesito obrigatório (f. 2145/2163). Os embargos foram rejeitados (f. 2183/2191).*

*Novamente, o réu interpôs embargos infringentes objetivando a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri com o afastamento das qualificadoras (f. 2197/2220).*

*O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deu provimento ao recurso, anulando o julgamento por decisão manifestamente contrária às provas dos autos (f. 2289/2299).*

*Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (f. 2306/2329), cujo seguimento foi negado em decisão monocrática (f. 2358/2361). O Ministério Público interpôs agravo regimental em recurso especial (f. 2366/2388), sendo o agravo conhecido, porém o recurso especial, não. O assistente de acusação interpôs embargos de declaração (cópia em anexo), logo não há coisa julgada nesta esfera recursal.*

*O Ministério Público também interpôs recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (f. 2419/2444), tendo sido o recurso aceito (f. 2471/2475). Porém, em virtude de ainda estar em trâmite o recurso especial no STJ, ainda não houve a distribuição do recurso extraordinário no STF, conforme noticiado nos autos (f. 2564).*

*Enquanto isso, o réu peticionou nos atos pugnando dentre outros pedidos o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime injúria racial, previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (f. 2584/2587).*

*O Parquet manifestou-se pela imprescritibilidade do crime de injúria racial, com fundamento nos entendimentos jurisprudenciais (f. 2588/2594). No entanto, diverso foi o entendimento do magistrado a quo ao desconsiderar os entendimentos jurisprudenciais e decretar a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime de injúria racial (f. 2616/2622).”*

Sustenta o recorrente, com base em precedentes dos Tribunais Superiores e desta Corte, a imprescritibilidade do crime de injúria racial, argumentando que se trata de conduta típica inserida no contexto de racismo, em atenção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contrarrazões às fls. 3196-3200.

Parecer pelo provimento, fls. 3202-3211.

Passo à apreciação do recurso.

Segundo infere-se da denúncia, a conduta imputada ao recorrido, relativamente ao delito de injúria racial, consistiu em ofender a dignidade da vítima Paulo Roberto Jesus Tavares, garçom que trabalhava na casa noturna onde ocorreram os fatos, dizendo-lhe *“preto, negueba do flamengo, vocês são todos cambadas de vagabundo, sua cara não nega. Olha a cara de malandro”*, (fls. 3-4).

A injúria racial está assim definida na norma penal:

*“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.”*

Na hipótese, a conduta supostamente praticada pelo recorrido, no sentido de injuriar a vítima, consistiu na utilização de elementos referentes à cor da mesma, considerando tratar-se de pessoa negra.

A prescrição reconhecida na sentença é aquela denominada prescrição propriamente dita ou prescrição da ação penal (em abstrato), na qual deve ser considerada a pena máxima prevista abstratamente no tipo penal, de acordo com a escala definida no art. 109 do Código Penal.

A despeito dos substanciosos fundamentos lançados na decisão impugnada, na minha compreensão, a pretensão recursal merece acolhida, forte no posicionamento de que o delito de injúria racial é mesmo imprescritível.

Na essência, o delito de injúria racial nada mais é do que o racismo direcionado a uma pessoa determinada ou determinável, baseado na nefasta ideia de que alguns seres humanos, em razão da cor da pele, da origem, da religião, dentre outros elementos, são superiores a outros, daí resultando comportamentos discriminatórios, segregacionistas e preconceituosos.

Entendo que é mera formalidade conceitual o entendimento de que a injúria racial tutela a honra subjetiva, ao passo que o racismo tutela a igualdade e/ou a dignidade da pessoa humana, ou que o racismo, objetivamente, é mais grave do que a injúria racial.

Em verdade, tratam-se de tipos penais essencialmente decorrentes do disposto no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, dentre outros comandos constitucionais regentes do Estado Brasileiro, tanto no plano interno como internacional, declaradores e asseguradores dos direitos humanos em sentido amplo, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade etc.

Nesse sentido, destaco a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

> *"45-A. Injúria racial e racismo: o art. 5º, XLII, da Constituição Federal preceitua que 'a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei'. O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em 'raças', em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum. A partir dessa separação, apregoa a superioridade de uns sobre outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória. Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver. Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol taxativo.* ***Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível****, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (...)."* (Código penal comentado. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 725-726). (Destaquei).

Como bem destacado na doutrina do Professor Nucci acima transcrita, a Lei n.º 9.459/97, ao tempo em que alterou dispositivos da Lei Antirracismo (n.º 7.716/89), acrescentou o § 3º ao art. 140 do Código Penal, criando o tipo penal da injúria racial.

Nesse sentido, parece-me correta a conclusão do mencionado doutrinador de que a injúria racial nada mais é do que um delito extraído do contexto de racismo e que o rol de crimes previstos na Lei n.º 7.716/89 não é taxativo, mas meramente exemplificativo, daí porque acertada a conclusão de que é também imprescritível.

A propósito, veja o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INJÚRIA RACIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE CERTIDÃO EMITIDA POR SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA ABRINDO PRAZO PARA A RESPOSTA AO REFERIDO*

*RECURSO – TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO AFERIDA EM CONFORMIDADE COM A SÚMULA N. 448 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF – DECISÃO EXTRA PETITA – INEXISTÊNCIA – VIOLAÇÃO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INVIABILIDADE EM RECURSO ESPECIAL – IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL – DECADÊNCIA – INEXISTÊNCIA, IN CASU – RECURSO DESPROVIDO. (...) 4. Não cabe, na via do recurso especial, a análise de suposta violação de artigos da Constituição Federal. De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. 5. A injúria racial é crime instantâneo, que se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento do teor da ofensa. No presente caso a matéria ofensivo foi postada e permaneceu disponível na internet por largo tempo, não sendo possível descartar a veracidade do que alegou a vítima, vale dizer, que dela se inteirou tempos após a postagem (elidindo-se a decadência). O ônus de provar o contrário é do ofensor. 6. A dúvida sobre o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese, deve ser resolvida em favor do processo. Agravo Regimental desprovido." (*AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/08/2015)

*"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TEMPESTIVIDADE COMPROVADA – AGRAVO CONHECIDO – INJÚRIA RACIAL – CRIME IMPRESCRITÍVEL – OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA – MATÉRIA ANALISADA, EM CASO ANÁLOGO, PELO STF – AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO E INDEFERIDO O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Comprovada a republicação da decisão de inadmissão do recurso especial, é reconsiderada a decisão que julgou intempestivo o agravo. 2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015). 3. A ofensa a dispositivo constitucional não pode ser examinada em recurso especial, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de matéria constitucional, o qual já se manifestou, em caso análogo, refutando a violação do princípio da proporcionalidade da pena cominada ao delito de injúria racial. 4. Agravo regimental parcialmente provido para conhecer do agravo em recurso especial mas negar-lhe provimento e indeferir o pedido de extinção da punibilidade."* (AgRg no AREsp 734.236/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018)

*"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – INJÚRIA RACIAL – ART. 140, § 3º, DO CP – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 107, IV, 109, V, E 117, I, TODOS DO CP – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO – INADMISSIBILIDADE – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp n. 686.965/DF, Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015) - (AgRg no AREsp n. 734.236/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 8/3/2018). 2. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/06/2020)

Esta Corte de Justiça, através deste Colegiado, inclusive, igualmente já apreciou o tema, *in verbis*:

*"APELAÇÃO CRIMINAL – INJÚRIA QUALIFICADA PELO PRECONCEITO RACIAL – PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – REJEITADA – MÉRITO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – CONDUTA CONFIGURADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PERDÃO JUDICIAL – HIPÓTESES LEGAIS NÃO VERIFICADAS – RECURSO*

> *NÃO PROVIDO. I - Não comporta acolhimento a pretensão de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do estadual, consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de imprescritibilidade do crime de injúria racial, por se tratar de conduta criada no cenário do racismo, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana (...).”* (Apelação Criminal 0001374-44.2014.8.12.0004, Rel. Juiz Waldir Marques, julgado em 28/05/2019)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim já se pronunciou:

> *“APELAÇÃO CRIMINAL – INJÚRIA RACIAL – ART. 140, § 3º, C.C. ART. 141, INCISO III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CRIME IMPRESCRITÍVEL, UMA VEZ QUE FOI CRIADO COM FUNDAMENTO NO ART. 5º, INCISO XLII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRELIMINAR – TODAS AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO NÃO DEMONSTRARAM QUALQUER INTERESSE NA CAUSA E PRESTARAM O COMPROMISSO DE DIZER A VERDADE EM AUDIÊNCIA E NÃO ESTAVAM INSERIDAS NO ROL PREVISTO NO ART. 206, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADAS – PROVA SEGURA PARA A MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO – OFENSA, UTILIZANDO ELEMENTOS REFERENTES A RAÇA, COR E ETNIA, FERINDO A DIGNIDADE E DECORO DA VÍTIMA – PENAS – PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – INCIDÊNCIA DO ART. 141, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS REGIME ABERTO – PRELIMINAR REJEITADA, RECURSO DESPROVIDO.”* (Apelação Criminal 0054321-15.2012.8.26.0050, 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Machado de Andrade, julgado em 13/06/2019)

Além dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça de Mato Grosso do Sul e São Paulo acima destacados, diversos outros Tribunais estaduais já manifestaram o mesmo entendimento, sobre a imprescritibilidade do crime de injúria, conforme constam das razões recursais do Ministério Público de primeiro grau e no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

A alegação defensiva de que o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento concluiu pela imprescritibilidade do delito de injúria racial, porque em relação ao precedente citado pelo *Parquet*, no processo dos jornalistas, a Corte não enfrentou o mérito da questão, já que não conheceu do recurso extraordinário, não é completamente verdadeira.

Transcrevo abaixo a ementa do mencionado julgado:

> *“DIREITO PENAL – AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – CRIME DE INJÚRIA RACIAL – IMPRESCRITIBILIDADE – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL AMPLAMENTE ANALISADA NA ORIGEM – NEGATIVA MONOCRÁTICA DE SEGUIMENTO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Como afirmado na decisão monocrática ora atacada, os fatos foram detida e profundamente apreciados nas instâncias ordinárias. De modo que não se pode rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue à conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça. De se salientar que não se trata de manter a decisão, com exame da questão de fundo, mas da impossibilidade de proceder à revisão nesta via recursal. 2. Por outro lado, como também explicitado na decisão, a questão relativa à imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação por se tratar de matéria infraconstitucional, objeto de profunda análise pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente vocacionado para o exame da matéria. 3. recurso de agravo em recurso extraordinário que se mostra inadmissível, na medida em que, para se chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em recurso extraordinário. Precedentes: ARE 1.003.873, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 717.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 768.779, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 792.585, Rel. Min. Ayres Britto. 4. Agravo a que se nega provimento.”* (Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 983.531, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21/08/2017)

E, na sequência, os embargos de declaração:

> *"DIREITO PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – CRIME DE INJÚRIA RACIAL – IMPRESCRITIBILIDADE – AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE A SANAR – IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE COM O MÉRITO DA DECISÃO – REJEIÇÃO DOS EMBARGOS – PRONÚNCIA DO IMEDIATO TRÂNSITO EM JULGADO. 1. A decisão atacada assentou que os fatos foram detida e profundamente apreciados nas instâncias ordinárias, de modo que não se pode rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue à conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça. Com essa solução não se conformou o Embargante. 2. Nos autos sob exame, não se verifica, para além da pretensão de emprestar ao recurso efeitos infringentes, qualquer omissão, obscuridade ou contradição a sanar, na medida em que a parte reitera os mesmíssimos argumentos até aqui expendidos e já minudentemente enfrentados. 3. Como se sabe, não cabem embargos de declaração quando, a pretexto de sanar omissão, ambiguidade ou contradição inexistente pretende a parte rediscutir a causa. 4. Embargos rejeitados com a pronúncia do imediato trânsito em julgado."* (Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 983.531, julgado em 04/06/2018)

Deve ser destacado um trecho do inteiro teor do acórdão proferido nos embargos de declaração, no qual o Relator, a despeito de mencionar expressamente que a *"questão referente à imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação por se tratar de matéria infraconstitucional"*, deixou claro que *"entendeu a Turma relevante prestigiar o que decidido pelo STJ, notadamente considerada a alentada análise da legislação infraconstitucional realizada naquele Tribunal, que reconheceu não ser taxativo o rol dos crimes previstos na Lei nº 7.716/1989, encontrando-se presentes o preconceito e a intolerância da conduta tipificada como injúria racial."*

Portanto, se por um lado o precedente do STF deixou de conhecer do recurso extraordinário (não enfrentou o mérito da questão), conforme alegado pela defesa, de outro, prestigiou a conclusão do STJ sobre a imprescritibilidade do crime de injúria racial, já que o Relator assim se manifestou expressamente.

Ademais, considerando os três precedentes recentes da Corte Superior, acima transcritos, os quais enfrentaram de maneira aprofundada a questão, não é possível prevalecer o isolado e antigo julgado do STF invocado pelo julgador *a quo* na sentença (fls. 2619-2620) para reconhecer a prescrição, já que enfrentou a matéria em um caso concreto, sem repercussão geral, e de forma apenas indireta.

Não bastasse isso, a própria defesa tentou desqualificar o precedente do STF indicado pelo MP, transcrito linhas atrás (Recurso n.º 983.531); neste mencionado julgado, o e. Ministro Roberto Barroso, Relator do caso, expressamente consignou que a questão relativa à imprescritibilidade do crime de injúria racial é insuscetível de reapreciação pela Suprema Corte por se tratar de matéria infraconstitucional, objeto de profunda análise pelo Superior Tribunal de Justiça.

Seguindo neste raciocínio, seria o caso de desconsiderar os precedentes do STF sobre o tema, devendo prevalecer a jurisprudência do STJ que, nas palavras do Min. Barroso, é o *"órgão constitucionalmente vocacionado para o exame da matéria"*.

Nessa linha, como visto alhures, o entendimento a ser seguido pelos Juízos e Tribunais deve ser aquele difundido pelo Superior Tribunal de Justiça, defendido no presente caso concreto pelo Ministério Público, cuja tese é a de que o crime de injúria racial é imprescritível.

Finalizando, tenho por necessário consignar que o racista afronta a dignidade humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e pode fazê-lo de várias maneiras, sendo a injúria racial, sem sombra de dúvidas, a mais utilizada.

Logo, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embasada nas lições do professor Guilherme de Souza Nucci, sendo a injúria racial uma típica prática de racismo, deve ser reconhecida como conduta delituosa imprescritível.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, para afastar a extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição, declarando a imprescritibilidade do crime de injúria racial.

É como voto.

## 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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 20 de outubro de 2020.

***

## 1ª Seção Criminal
## Relator designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence
## Revisão Criminal nº 1401023-88.2020.8.12.0000 – Corumbá

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CP – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL –ARTIGO 66, I, DA LEI N. 7.210/84 E DA SÚMULA 611 DO STF – PEDIDOS DE REVISÃO DA PENA E AFASTAMENTO DA PENA ACESSÓRIA – PRETENSÕES MOMENTANEAMENTE PREJUDICADAS PARA AGUARDAR JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA A EVENTUAL PEDIDO DESCLASSIFICATORIO DA CONDUTA NO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – NÃO CONHECIMENTO.

Compete ao Juízo da Execução Penal a aplicação da lei posterior mais benéfica ao agente, nos termos do art. 66, I, da LEP e da Súmula n. 611 do STF.

Inviabilizada a pretensão de desclassificação da conduta em sede de revisão criminal por inadequação da via eleita, resta prejudicada momentaneamente a análise dos pedidos subsidiários relativos à dosimetria da pena privativa de liberdade e pena acessória, sob pena de supressão de instância, pois deverão ser reanalisados juntamente à pretensão principal, que deverá ser formulada em primeiro grau de jurisdição.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria, não conheceram, nos termos do voto do 1º Vogal (Des. Ruy), vencidos o Relator (Des. Zaloar) e o Revisor (Juiz Lúcio).

Campo Grande, 23 de setembro de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator designado

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de Revisão Criminal aforada por Wilson Rosa Nogueira de Souza em face de condenação sofrida nos Autos n. 0103886-69.2009.8.12.0008, à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao artigo 214, c.c artigo 224, inciso I, ambos do Código Penal.

No pleito revisional de p. 01-16, o peticionante requer, em síntese, a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor em face de menor de quatorze anos para o delito de importunação sexual.

Subsidiariamente, postula pela redução da reprimenda basilar para o mínimo legal e pelo afastamento da pena acessória de perda da função pública diante da ausência de fundamentação.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pelo indeferimento do pedido revisional (p. 285-295).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de Revisão Criminal aforada por Wilson Rosa Nogueira de Souza em face de condenação sofrida nos Autos n. 0103886-69.2009.8.12.0008, à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao artigo 214, c.c artigo 224, inciso I, ambos do Código Penal.

No pleito revisional de p. 01-16, o peticionante requer, em síntese, a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor em face de menor de quatorze anos para o delito de importunação sexual.

Subsidiariamente, postula pela redução da reprimenda basilar para o mínimo legal e pelo afastamento da pena acessória de perda da função pública diante da ausência de fundamentação.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pelo indeferimento do pedido revisional (p. 285-295).

Pois bem. Passa-se ao exame do pleito revisional.

Em que pese a exposição realizada pelo combativo causídico às p. 01-16 dos autos, constata-se que o caso versa nitidamente sobre a aplicação da lei posterior mais favorável (*novatio legis in mellius*), hipótese esta que não encontra repouso no rol do artigo 621 do Código de Processo Penal.

Quanto à matéria *sub examine*, eis a norma disposta no artigo 66, inciso I, da LEP:

> *"Art. 66. Compete ao Juiz da execução:*
>
> *I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado."*

No mesmo caminhar, trago à baila o enunciado da Súmula 611 do STF, *in verbis*:

> *"Súmula 611 do STF – Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna."*

Destarte, a pretensão defensiva não pode ser instrumentalizada através do pedido revisional.

Em caso idêntico ao presente, trago à baila o entendimento recentemente adotado pelo Tribunal da Cidadania:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP) – PEDIDO DE RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A, CP - LEI 13.718/2018) – PEDIDO QUE NÃO SE ENQUADRA NOS INCISOS DO ART. 621 DO CPP – APLICAÇÃO DE NOVATIO LEGIS IN MELLIUS: COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO – ART. 66 DA LEP – SÚM. 611/STF – INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA CONCEDER HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REFORMAR DECISÃO DE SEUS PRÓPRIOS ÓRGÃO JULGADORES.*
>
> ***1. A aplicação de lei penal mais benigna a condenação já transitada em julgado não constitui uma das hipóteses de cabimento da revisão criminal prevista no art. 621 do CPP.***
>
> *2. Compete ao juízo das execuções a aplicação de lei penal mais benigna quando transitada em julgado a sentença condenatória, nos termos da Súmula n. 611 do STF e do artigo 66, I, da Lei de Execuções Penais. Precedentes:* AgRg no AREsp 1.356.421/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 14/12/2018; HC 292.155/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 17/11/2014; EDcl no AgRg no HC 278.698/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 03/05/2016; AgRg no

HC 391.901/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 24/08/2018; RvC 5010/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 14/12/01.

*3. É inviável o conhecimento da revisão criminal como habeas corpus ante a impossibilidade de concessão de habeas corpus de ofício por qualquer órgão julgador desta Corte contra atos dos próprios membros do STJ, diante da expressa previsão constitucional que atribui a competência, nesses casos, ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte.*

*4. Ainda que, de regra, o fato de o apenado estar em lugar incerto e não sabido inviabilize o início da execução (arts. 674 do CPP e 105 da LEP), impedindo a inauguração da competência do Juízo da execução para apreciar o pedido de aplicação de novatio legis in mellius, na realidade, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o prévio recolhimento à prisão pode configurar condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, sendo devida, excepcionalmente, a expedição da guia de execução, independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF:* HC-119.153/STF, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 6/6/2014; HC 150.556/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 24/11/2017; HC-147.377/STF, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 6/9/2017 e do STJ: HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017; AgInt no AREsp 445.578/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018 e HC 312.561/SP, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 13/06/2016 (...).

*6. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg na RvCr 4.969/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26/06/2019, DJe 01/07/2019) (Destacou-se).

No mesmo caminhar:

*"REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CP – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – INTELIGÊNCIA DA NORMA DO INCISO I DO ARTIGO 66 DA LEI N. 7.210/84 E DA SÚMULA 611 DO STF – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AÇÃO NÃO CONHECIDA.*

***I. Compete ao Juízo da Execução Penal a aplicação da lei posterior mais benéfica ao agente, evidenciando-se que tal hipótese não está contemplada no artigo 621 do Código de Processo Penal, de modo que a via eleita é manifestamente inadequada. Exegese da norma contida no artigo 66, inciso I, da LEP e da Súmula 611 do STF.***

*II. Ação não conhecida, contra o parecer."* (TJMS. Revisão Criminal n. 1411287-04.2019.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 18/12/2019, p: 15/01/2020) (Destacou-se).

Desse modo, o pleito revisional não deve ser conhecido neste ponto diante da nítida inadequação da via eleita, bem como porque a manifestação originária por parte deste Sodalício incorreria em indevida supressão de instância.

Quanto às penas aplicadas (privativa de liberdade e perda da função pública), vale frisar que a reanálise destas deve ocorrer apenas quando verificada eventual erro ou excesso injustificável, despido de legalidade.

Nessa ordem de ideias, os pedidos de redução da reprimenda basilar e de afastamento da pena acessória de perda da função pública são matérias de ordem pública e sequer foram veiculados anteriormente nesta instância[1], razão pela qual devem ser conhecidos.

1 O recurso de apelação interposto pela defesa nos Autos n.º 0103886-69.2009.8.12.0008, ventilou apenas a tese de absolvição por insuficiência de provas, sendo alterado, de ofício, o regime prisional.

Em abono dessa conclusão, eis o seguinte precedente deste Sodalício:

> *"EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR CONCERNENTE AO NÃO CONHECIMENTO – PARCIALMENTE ACOLHIDA – ARTIGO 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL –* ***DOSIMETRIA E MATÉRIAS NÃO APRECIADAS EM JULGAMENTO ANTERIOR – CONHECIMENTO PARCIAL –*** *MODULADORAS BEM SOPESADAS – PENA MÍNIMA INCABÍVEL – NULIDADE DE RECONHECIMENTO PESSOAL – AFASTADA – ATENUANTE NÃO CARACTERIZADA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – REVISÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITADA. Vislumbrando-se que o requerente, embora repute cabível a revisão, deixa nítida a intenção de reexame, reapreciação do conjunto probatório e, assim, discutir o convencimento realçado em primeira instância e que já fora objeto de questionamento em segundo grau, em recurso de apelação, sem que tenha apresentado fato novo algum, tampouco especificado eventual violação a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, não há como conhecer da demanda que realça mera reiteração e utilização da revisão como sucedâneo recursal, como uma segunda apelação ou como se terceiro grau de jurisdição se tratasse, culminando por incorrer na proibição prevista no parágrafo único do art. 622 do Código de Processo Penal.* ***Observando-se que a pretensão deduzida concerne também a equívoco alusivo à dosimetria das penas fixadas, realçando, ainda, matérias não apreciadas e decididas nos julgamentos anteriores, a revisional, nessa parte, comporta conhecimento, ex vi do artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pois trata-se de mecanismo idôneo à readequação almejada*** *(...)."* (TJMS. Revisão Criminal n. 1405193-74.2018.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 27/06/2018, p: 28/06/2018) (Destacou-se).

Logo, os pedidos devem ser conhecidos neste ponto.

Para os devidos aprofundamentos, colhe-se a fundamentação empregada pelo juízo singular para valorar as consequências do crime:

> *"Analisando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do acusado, não lhe prejudica, pois comum ao delito em questão; os antecedentes não prejudicam o réu, porquanto não possui sentença condenatória anterior com trânsito em julgado (f. 102/103); não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social e personalidade do acusado; os motivos para a prática da infração penal foram comuns à espécie; as circunstâncias não lhe prejudicam, pois inerentes ao crime; as* ***consequências do crime prejudicam o denunciado****, tendo em vista a evidente mudança de comportamento da vítima narradas pelas testemunhas Jussara, Roselene e Fernanda.*
>
> *Com efeito, restou comprovado nos autos que a vítima sentia-se culpada pelo término do casamento da sua irmã com o denunciado, precisando, assim, de tratamento psicológico por cerca de 02 (dois) anos. Observou-se, ainda, que houve queda no seu desempenho escolar, culminando em reprovação escolar, por mais de uma vez; o comportamento da vítima nada influenciou na prática do crime.*
>
> *Em razão disso, fixo a pena-base acima do mínimo-legal, ou seja, em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*
>
> *Na segunda fase, não incidem circunstâncias atenuantes ou agravantes, portanto, mantenho a pena intermediária no mesmo patamar anteriormente dosado.*
>
> *Na terceira fase, não existem causas de diminuição e de aumento, razão pela qual fixo a pena definitiva em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão."* (p. 190-191 dos Autos n.º 0103886-69.2009.8.12.0008, destacou-se).

Quanto à fundamentação declinada pelo juízo sentenciante para valorar as circunstâncias do crime, inexiste reparo a ser feito, pois o severo trauma psicológico sofrido pela vítima em razão dos abusos cometidos

pelo seu cunhado, ora requerente, resultaram em intenso sofrimento psicológico, o qual é materializado pela mudança comportamental demonstrada pela infante após os abusos e a na queda do rendimento escolar, inclusive com reprovações.

Coadunando-se com a fundamentação acima apresentada, trago à baila o posicionamento adotado Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante ao presente:

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS –* ***ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL – DOSIMETRIA – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA –*** *CONTINUIDADE DELITIVA – AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO – ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA DO WRIT – AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *(...).*
>
> *4. Quanto à vítima P., não se cogita de ilegalidade na valoração negativa das consequências do crime. Com efeito, essas devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, o trauma causado à vítima, que* ***não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, já que ela passou a ter baixo rendimento escolar****, além de ter sido necessário mudar de escola, pois os fatos chegaram ao conhecimento de seus colegas de classe, o que gerou grande constrangimento à menor, o que, a toda evidência, permite o incremento da básica pelas consequências do delito.*
>
> *5. Conquanto seja possível reconhecer a continuidade delitiva entre crimes perpetrados contra vítimas distintas, o tribunal a quo não constatou a existência do requisito subjetivo da unidade de desígnios entre os crimes de estupro de vulnerável, não sendo possível concluir em sentido contrário nesta estreita via do habeas corpus, dado o óbice ao revolvimento fático-probatório.*
>
> *6. Nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, torna-se bastante complexa a prova do exato número de crimes cometidos. Tal imprecisão, contudo, não deve levar o aumento da pena ao patamar mínimo. Especialmente quando o contexto apresentado nos autos evidencia que os abusos sexuais foram praticados por diversas vezes e de forma constante, em ambiente de convívio familiar, sendo impossível precisar exatamente a quantidade de ofensas sexuais. No caso, a vítima P. foi violentada por 7 anos, devendo, portanto, ser mantido o incremento da pena em 2/3.*
>
> *7. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no HC 553.896/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 08/09/2020) (Destacou-se).

Do mesmo modo, o acréscimo de 06 (seis) meses na reprimenda basilar por força da valoração das consequências do crime não implica em resposta estatal desproporcional às circunstâncias da infração penal apurada nos autos.

Sobre a proporcionalidade na individualização da pena, vale colacionar os ensinamentos precisos de Ricardo Augusto Schimitt2:

> *"A pena-base a ser fixada deverá se revelar a mais adequada possível, para que o quantum dosado não seja excessivamente desproporcional com as circunstâncias fáticas concretas que norteiam o delito praticado e a pessoa do autor, seja em relação ao excesso ou à carência.*
>
> *O princípio da proporcionalidade inegavelmente se densifica no momento da fixação da pena-base diante da discricionariedade atribuída ao julgador, que deverá adotar a melhor*

2 SCHIMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 202-203.

*forma de aplicar o patamar ideal de valoração para a preservar o funcionamento de todo o sistema de dosimetria da pena em concreto (sistema trifásico).*

***Desde que observada a hierarquia das fases, portanto, poderá se revelar mais justa (proporcional) a fixação da pena-base (individualização da pena) com a aplicação do critério ideal de valoração (1/8) a partir da pena mínima cominada ou do resultado obtido do intervalo de pena previsto em abstrato para o tipo (mínimo e máximo)**.*"* (Destacou-se).

Conquanto o critério supracitado não seja absoluto, evidencia-se que as Cortes Superiores[3] e este Sodalício têm adotado a fração de 1/8 (um oitavo) do resultado obtido do intervalo de pena previsto no preceito secundário do tipo (mínimo e máximo) para cada circunstância do artigo 59 do Código Penal, patamar este que se mostra necessário e adequado ao caso.

Nesse aspecto, o requerente foi denunciado e condenado definitivamente como incurso nas sanções do artigo 214, *caput*, do Código Penal, o qual previa pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, conforme a redação introduzida pela Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1.990.

De acordo com o critério supracitado, o incremento da pena basilar no caso deve ser de 06 (seis) meses por circunstância judicial a ser valorada, sendo exatamente este o aumento levado a efeito pelo juízo singular.

Logo, o pedido revisional não deve ser acolhido neste ponto, porquanto o critério adotado pelo juízo singular é o mesmo consagrado pela jurisprudência desta Corte de Justiça e pelos Tribunais Superiores.

Sobre a perda da função pública, importa rememorar que tal sanção não é efeito automático da condenação, segundo disposto no artigo 92, parágrafo único, do Código Penal, *in verbis*:

*"Art. 92. (...).*

*Parágrafo único.* ***Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença****."* (G.n.)

Nesse cenário, a declaração de perda da função pública demanda decisão fundamentada, de forma concreta e vinculada, nos termos do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, o que foi observado no caso vertente.

Em abono dessa conclusão, colhem-se os argumentos empregados para a decretação da perda da função pública ocupada pelo requerente:

*"(...) decreto a perda do cargo público de bombeiro militar, nos termos do artigo 92, I, 'b', do Código Penal, haja vista que, com o trânsito em julgado da sentença, o cumprimento da pena em regime fechado tornará inviável o exercício do cargo. Ademais,* ***a função exige atendimento constante de pessoas, inclusive crianças e adolescentes, atividade não recomendada para ser exercida por condenado por crime sexual contra pessoa vulnerável*** *(...)."* (p. 192 dos Autos n.º 0103886-69.2009.8.12.0008, destacou-se).

Para que seja declarada a perda do cargo público, na hipótese descrita no artigo 92, inciso I, alínea "b", do Código Penal, são necessários dois requisitos, a saber: a) que o *quantum* da sanção penal privativa de liberdade seja superior a 4 anos; e b) que a decisão proferida apresente-se de forma motivada, com a explicitação das razões que ensejaram o cabimento da medida[4].

Na espécie, não obstante os argumentos expostos pela defesa, deve ser mantido o afastamento da perda da função pública, porquanto a pena imposta ao requerente ultrapassa 04 (quatro) anos de reclusão e a fundamentação declinada pelo juízo singular se mostra idônea para aplicar o indigitado efeito.

3 STJ, REsp 1732452/TO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/08/2018, publicado em: 22/08/2018, STF, AP 470/MG, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em: 05/09/2013, Tribunal Pleno, publicado em 10/10/2013.

4 STJ, REsp 1044866/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014.

Isso porque o cargo de bombeiro militar ocupado pelo requerente demanda contato rotineiro com crianças, sendo certo, outrossim, que a prática de atentado violento ao pudor em face de infante de apenas 10 (dez) anos de idade constitui comportamento altamente reprovável e inadequado aos padrões comportamentais exigidos por parte das instituições militares.

Somado a isso, a despeito da possibilidade de autorização de trabalho externo no regime semiaberto, o cumprimento de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses, de acordo com os ditames da Lei n.º 8.072/90, certamente não se revela compatível com o desempenho pleno da função de 3º Sargento do Corpos de Bombeiros Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em abono dessa conclusão, eis a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – CONDENAÇÃO CRIME ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 – DESVIO DE RELEVANTE QUANTIDADE DE DINHEIRO PÚBLICO – PERDA DO CARGO PÚBLICO (ART. 92, I, A, DO CÓDIGO PENAL) – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E IDÔNEA – VIOLAÇÃO DE DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE – SÚMULA Nº 168/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1.* ***Ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção têm entendido que, em que pese a perda da função pública não ser decorrência automática da condenação, há a possibilidade de aplicação da referida penalidade pelo juiz sentenciante como efeito da reprimenda fixada, devendo o magistrado apenas fundamentar suas conclusões em critérios objetivos e subjetivos inseridos nos autos, que demonstrem a incompatibilidade do ato criminoso com o cargo ocupado pelo acusado*** *(AGRG no RESP 1.398.106/RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018). Ademais,* ***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 1.613.927/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016).*
>
> *(...).*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ; AgRg-EDv-REsp 1.571.320; Proc. 2015/0306182-2; AL; Terceira Seção; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 26/08/2020; DJE 28/08/2020) (Destacou-se).

Diante do exposto, em parte contra o parecer, deve-se conhecer em parte do pedido revisional e, nesta extensão, indeferi-lo.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por Wilson Rosa Nogueira de Souza contra condenação definitiva sofrida na Ação Penal n. 0103886-69.2009.8.12.0008, à pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao artigo 214, c.c artigo 224, inciso I, ambos do Código Penal, cometida em 4.9.2009.

Requer a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor em face de menor de quatorze anos para o delito de importunação sexual, incluído no Código Penal (art. 215-A) pela Lei n. 13.718/2018. Subsidiariamente, busca a redução da reprimenda basilar para o mínimo legal e o afastamento da pena acessória de perda da função pública diante da ausência de fundamentação.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pelo seu indeferimento.

O e. Relator conheceu em parte da pretensão, deixando de analisar a possibilidade de desclassificação do delito, sob o fundamento de que referida matéria é de competência do Juízo da Execução Penal, com base no art. 66 I, do CP, ante a causa de pedir se basear em lei posterior mais benéfica (Súmula 611, STF).

Quanto aos pedidos subsidiários, de redução da pena-base e afastamento da pena acessória, conheceu dos mesmos e os julgou improcedente.

Divirjo em parte o e. Relator.

Isso porque, entendo que uma vez não conhecido o pedido principal para aplicação da lei mais benéfica, em razão da competência, as demais pretensões ficam, neste momento, prejudicadas, pois caso o pleito desclassificatório seja deferido na primeira instância, a pena será alterada, assim como a compreensão sobre os demais requerimentos.

Sendo assim, primeiro deve ser levada a pretensão desclassificatória ao Juízo da Execução Penal o qual, caso acolhido, o mesmo poderá alterar as consequências da condenação.

Caso contrário, se incorreria em indevida supressão de instância quanto a referidas matérias.

Ante o exposto, divirjo em parte o e. Relator para não conhecer integralmente do pedido revisional. Decisão com o parecer.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º Vogal)

Acompanho a divergência.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (3º Vogal)

Acompanho a divergência.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não conheceram, nos termos do voto do 1º vogal (Des. Ruy), vencidos o relator (Des. Zaloar) e o revisor (Juiz Lúcio).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 23 de setembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence
## Agravo de Execução Penal nº 0001843-94.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE CUMPRIMENTO DE PENA – PROGRESSÃO DE REGIME – PLEITO DE APLICAÇÃO DA PORCENTAGEM DE 40% DIANTE DA REINCIDÊNCIA GENÉRICA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA – ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) – RECURSO PROVIDO.

A Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trouxe nova redação legal em relação as previsões de frações de progressão de regime, passando a exigir, para adoção da fração mais grave, que o apenado fosse reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado: o apenado pratica um crime hediondo ou equiparado e "incide novamente" (reincidência) "em+a" (na) prática de outro crime hediondo ou equiparado.

A interpretação gramatical da Lei n. 13.964/2019 inaugura uma hipótese favorável, uma *novatio legis in mellius*, já que, agora, não basta apenas ser reincidente, mas se exige também que seja específico na prática de crime hediondo ou equiparado, pois, do contrário, não pode incidir fração mais gravosa para a progressão de regime.

Sendo o agravante reincidente em delito simples, não é possível lhe impor a fração mais grave de 60% (3/5), do art. 122, VII, da LEP.

Recurso provido, contra o parecer.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, proveram, por maioria, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 17 de novembro de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator designado

### RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de Agravo em Execução interposto por Márcio Cézar do Nascimento, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande (SEEU – mov. 44.1 – Autos nº 6019063-32.2019.8.12.0001), que indeferiu o pedido de modificação da fração para progressão de regime.

Em razões recursais, às p. 01-08, a defesa requer:

> *"(...) seja o presente conhecido e em sede de tutela provisória concedida a antecipação ou medida liminar, vez que límpido o direito ante a modificação da lei, e necessidade de aplicação da lei mais benéfica, e configurado o perigo na demora, vez que a não aplicação estenderá o tempo de prisão em regime mais rigoroso o que é, ou ao menos deveria ser*

*inadmissível, determinando-se a realização de novo cálculo aplicando-se o percentual de 40% no cálculo de benefício da progressão com relação ao crime hediondo. E, ao final, depois de ultrapassadas as formalidades legais, seja o presente recebido, conhecido e provido, tornando definitiva a Tutela Provisória concedida pelos seus próprios fundamentos."*

Nas contrarrazões (p. 14-26), o Ministério Público Estadual pugna pelo improvimento do agravo. Apresenta prequestionamento.

Em sede de juízo de retratação, o magistrado manteve a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos (p. 27).

A medida de urgência foi indeferida às p. 30-31.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (p. 37-42), opina pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de Agravo em Execução interposto por Márcio Cézar do Nascimento, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande (SEEU – mov. 44.1 – Autos nº 6019063-32.2019.8.12.0001), que indeferiu o pedido de modificação da fração para progressão de regime.

Em razões recursais, às p. 01-08, a defesa requer:

*"(...) seja o presente conhecido e em sede de tutela provisória concedida a antecipação ou medida liminar, vez que límpido o direito ante a modificação da lei, e necessidade de aplicação da lei mais benéfica, e configurado o perigo na demora, vez que a não aplicação estenderá o tempo de prisão em regime mais rigoroso o que é, ou ao menos deveria ser inadmissível, determinando-se a realização de novo cálculo aplicando-se o percentual de 40% no cálculo de benefício da progressão com relação ao crime hediondo. E, ao final, depois de ultrapassadas as formalidades legais, seja o presente recebido, conhecido e provido, tornando definitiva a Tutela Provisória concedida pelos seus próprios fundamentos."*

Passo à análise.

A defesa, com base na inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), que alterou o art. 112, V e VII, da Lei nº 7.210/84, postulou a aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) para fins de concessão da progressão de regime.

Em que pesem os argumentos expostos nas razões recursais, o pleito não pode ser atendido.

Sabe-se que, antes da vigência da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), o critério para a progressão de regime na hipótese de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo ou equiparado era regulado pelo, atualmente revogado, art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, o qual previa que *"a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três) quintos, se reincidente."*

Isso posto, a redação atual do art. 112, da Lei de Execuções Penais, com as inovações trazidas pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), estabeleceu o seguinte:

*"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*

*I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*

*II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*

*III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*

*IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*

***V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;***

*VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:*

*a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;*

*b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;*

***VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;***

*VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional."* (Grifou-se).

Nesse contexto, importante mencionar que, de acordo com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, ao tecerem considerações acerca do disposto no art. 112, VII, da LEP, *"este lapso não foi alterado pela Lei n. 13.964/19, repetindo, em percentagem, o prazo de 3/5 previsto na Lei de Crimes Hediondos (art. 2º, § 2º)[1]."*

Portanto, de plano, verifica-se que a incidência do art. 112, VII, da LEP, não implicaria situação mais gravosa ao reeducando, visto que o *quantum* de cumprimento de pena necessário à progressão de regime permanece o mesmo.

Desse modo, as alterações inseridas pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) não interferiram na questão objeto do presente recurso, prevalecendo que, embora não haja na legislação qualquer esclarecimento acerca do ponto ora discutido, é entendimento majoritário na jurisprudência e na doutrina que os efeitos decorrentes da reincidência atingem todas as condenações.

Em outras palavras, *"a reincidência é circunstância de caráter pessoal, e não uma condição específica de cada processo, contaminando, assim, a totalidade da execução. Fundamenta esse entendimento, ainda, a regra do art. 84 do Código Penal (...)[2]."*

Acerca do tema, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL – TOTALIDADE DAS CONDENAÇÕES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. (...) 2. A condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não*

1 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Código de processo penal e lei de execução penal comentados. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 2050.

2 AVENA, Norberto. Execução Penal. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 296.

*se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas. Precedentes. (HC 463.639/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018) 3. Habeas corpus não conhecido."* (STJ, HC 471.421/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 23/10/2018, DJe de 31/10/2018).

Ainda, da leitura da redação contemporânea do art. 112, VII, da LEP, infere-se que não há qualquer menção, por parte do legislador, à necessidade de a reincidência ser específica.

Ressalte-se, ainda, que ao tratar dos impactos do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) na Lei de Execução Penal, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, *"apesar da atecnia ao não deixar clara a situação do apenado reincidente por crime comum e condenado por delito hediondo, o legislador, em momento algum, exige que a reincidência mencionada no inciso VII seja específica, conforme argumentado pela Defesa."* (*HC* nº 583.751/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. 16/6/2020).

Nesse ponto, entendo que, caso o legislador realmente tivesse a intenção em se referir apenas à reincidência específica para fins de progressão de regime, tal qual previsto no art. 112, da Lei de Execução Penal, por óbvio que assim faria expressamente, conforme sucedeu, por exemplo, com o art. 44, § 3º, do Código Penal, oportunidade em que consta de maneira expressa a disposição "prática do mesmo crime".

Dessa forma, agiu acertadamente o juiz *a quo* ao aplicar a fração de 3/5 (três) quintos, correspondente ao cumprimento de 60% (sessenta por cento) da reprimenda imposta, conforme expressamente previsto no art. 112, VII, da LEP.

Nessa seara, embora a temática ainda não tenha sido pacificada no âmbito dos tribunais superiores, colaciono o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – VIOLAÇÃO – INOCORRÊNCIA – EXECUÇÃO PENAL DEFINITIVA – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – REINCIDÊNCIA – CRIME HEDIONDO – PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.964/2019) – APLICAÇÃO DE 60% (SESSENTA POR CENTO) DO CUMPRIMENTO DA PENA PARA CONCESSÃO DA BENESSE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO – RECURSO IMPROVIDO. (...) 3. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas. Precedentes. 4.* ***No presente caso, o decisum agravado determinou que fosse observada a porcentagem de 60% do cumprimento da pena para a progressão de regime prisional, em razão da prática de crime hediondo, para o reincidente (ainda que não específico), assim como já acontecia na legislação anterior, a qual, inclusive, previa o mesmo lapso para a progressão de regime, contudo, em forma de fração (3/5)****. 5. No mesmo sentido, os julgados recentes: HC 596031, Rel. Ministro NEFI Cordeiro, SEXTA TURMA, Dje 27/08/2020; HC 599.977/SP, Rel. Ministro FELIX Fischer, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020. 6. Agravo regimental não provido."* (STJ; AgRg-HC 615.586; Proc. 2020/0251854-5; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 06/10/2020; DJE 15/10/2020). Destaquei.

Na mesma linha, colhem-se julgados desta Corte de Justiça:

*"AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME – ADVENTO DA LEI Nº 13.964/2019 – CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO – ESPÉCIE DE REINCIDÊNCIA (GENÉRICA OU ESPECÍFICA) – IRRELEVÂNCIA – PERCENTUAL DE 60% APLICÁVEL – IMPROVIDO. A inovação legislativa trazida pela Lei n.º 13.964/2019, conhecida como 'Pacote Anticrime', não faz distinção entre a espécie de reincidência com relação ao apenado condenado por crime hediondo ou equiparado, de modo que caberá a adoção do percentual de 60% (sessenta por cento) ou 3/5 (três quintos) da reprimenda, ao*

*condenado por crime hediondo ou assemelhado reincidente, sendo irrelevante se genérico ou específico, a teor do disposto no art. 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal."* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0023751-13.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 14/10/2020, p: 16/10/2020)

*"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RETIFICAÇÃO DE CALCULO DE PENA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – CONDENAÇÃO POR DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO – REINCIDENTE POR CRIME COMUM – APLICAÇÃO DA PORCENTAGEM OU FRAÇÃO DESTINADA AOS REINCIDENTES – ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) – LAPSO TEMPORAL DE 3/5 (EQUIVALENTE A 60% DO CUMPRIMENTO DA PENA) – RECURSO DESPROVIDO. Conforme pacífico entendimento, a reincidência é condição de caráter pessoal que reflete na integralidade da pena. Precedentes do STJ. Muito embora a Lei n.º 13.964/2019 ('Pacote Anticrime') tenha revogado o art. 2º, § 2º da Lei dos Crimes Hediondos e conferido nova redação ao art. 112 da Lei de Execuções Penais, permanece o entendimento pelo qual o sentenciado, condenado por crime hediondo ou equiparado que for reincidente em crime da mesma natureza jurídica (hediondo ou equiparado) ou não (comum), deverá cumprir 60% da reprimenda, o que equivale à fração de 3/5, a fim de se alcançar o requisito objetivo para a progressão de regime prisional, conforme disposto no art. 112, VII, da LEP. Com o parecer, recurso conhecido e desprovido."* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0038958-23.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 25/09/2020, p: 30/09/2020)

Dessarte, revela-se acertada a decisão objurgada, devendo, pois, ser mantida.

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. (1º Vogal)

Divirjo do e. Relator para prover o agravo defensivo.

Recobro que, antes de 24 janeiro de 2020, as frações de progressão de regime, para condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, eram reguladas pela Lei 8.072/90, que dizia:

*"(...).*

*Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:*

*(...).*

*§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (...)."*

A leitura revela que a lei não estabelecia condição e tampouco fazia distinção acerca da reincidência. Assim, pela interpretação gramatical, antes bastaria para a adoção da fração mais severa que o condenado fosse reincidente, o que tornava irrelevante a natureza do crime precedente.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que:

*"(...) a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica ao determinar a fração de 3/5 como lapso temporal para a progressão de regime, de modo que, unificadas as penas e constatada a reincidência, qualquer que seja ela (específica ou comum), para fins de progressão do regime, deverá ser aplicada a fração de 3/5 em relação*

*aos crimes hediondos (...).”* (AgRg no REsp 1780929/RO, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 29/08/2019).

Aliás, esta Corte Estadual de Justiça comungava do mesmo entendimento (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1413034-86.2019.8.12.0000, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 18/11/2019, p: 19/11/2019).

Ocorre que a Lei 13.964/2019, denominado Pacote Anticrime, revogou o sobredito § 2º (do art. 2º da Lei 8.072/90), bem como modificou o art. 112 da Lei 7.210/84, transpondo para este as previsões de frações de progressão, em diversos casos. *In verbis*:

> *“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
>
> ***V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;***
>
> *VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:*
>
> *a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;*
>
> *b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou*
>
> *c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;*
>
> ***VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado****;*
>
> *VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.”* (Destaquei).

Como visto, as frações de progressão permaneceram exatamente as mesmas para os crimes hediondos e equiparados, apenas com modificação para seus equivalentes percentuais (2/5 – 40%; 3/5 – 60%).

Todavia, com relação às condições de incidência, a nova redação legal caminhou em direção oposta ao que anteriormente estava estabelecido, já que passou a exigir, para adoção da fração mais grave, que o apenado fosse reincidente na prática prática de crime hediondo ou equiparado, ou seja, que a reincidência fosse específica: o apenado pratica um crime hediondo ou equiparado e “incide novamente” (reincidência) “em+a” (na) prática de outro crime hediondo ou equiparado.

Aqui, percebe-se, que a interpretação gramatical da lei inaugura uma hipótese favorável, uma *novatio legis in mellius*, já que, agora, não basta apenas ser reincidente, mas se exige também que seja específico na prática de crime hediondo ou equiparado, pois, do contrário, não pode incidir fração mais gravosa para a progressão de regime.

A referida previsão alcança novas condenações e também anteriores, porque, como bem lembrou o magistrado singular, *"(...) a Lei n.º 13.964/2019 possui natureza mista, pois trata matéria penal e processual, e como se sabe a lei de conteúdo penal tem aplicação retroativa caso seja mais benéfica ao réu (...)."*

Outrossim, por mais que se aceite que a intenção do legislador pudesse ser o recrudescimento da execução penal, certo é que ela não prevalece se contrariada pela redação da lei editada.

Aliás, aqui reside justamente a função do julgador, que é aplicar corretamente a lei, até contrariando a vontade do legislador, se isso significar estrita observância aos preceitos constitucionais e demais regras que deles dimanam.

Exemplos não faltam dessa atividade.

Cito, ao desiderato, o crime de embriaguez ao volante, cujo tipo penal não estipulava concentração alcoólica no organismo para caracterizá-lo, mas o legislador, visando coibir mais rigorosamente a conduta, editou a chamada Lei Seca para incluir tal vetor na redação.

A intenção não coincidiu com o resultado, porquanto a inclusão criou uma nova elementar no tipo penal, que somente admitia ser demonstrado por exame de alcoolemia.

Muitas foram as absolvições pela falta de comprovação da elementar decorrente da negativa do condutor em se submeter ao exame, ponderado o consagrado direito do suspeito/indiciado/réu não ser forçado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), como pode se verificar do seguinte precedente do saudoso garantista Des. Romero Osme Dias Lopes:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO – RECURSO DEFENSIVO – ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ELEMENTAR DO TIPO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. Inexistindo comprovação de que o agente dirigia veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue superior ao previsto no artigo 306 do CTB, a absolvição é medida impositiva."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001559-68.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 16/09/2013, p: 04/12/2013)

É certo que, observado o desencontro entre a intenção do legislador e o resultado da lei, fora promovida nova alteração legal para corrigir o tipo penal de embriaguez ao volante, que novamente deixou de constar como elementar a concentração alcoólica no organismo para tipificá-lo, admitindo sua caracterização qualquer meio de prova.

Mais remotamente, igualmente podemos lembrar do breve período (7.12.2000 a 15.12.2000) que o cloreto de etila (lança-perfume) deixou de figurar na relação de substâncias psicotrópicas de uso proibido no Brasil, talvez por simples erro, talvez visando atender interesses de indústrias químicas, não importa.

Fato é que, independentemente da intenção do legislador e da posterior correção, todos os casos relacionados ao tráfico dessa substância até 15.12.2000 tornaram-se atípicos pela referida exclusão momentânea, em razão de constituir caso de *abolitio criminis temporalis*.

As digressões são necessárias para a compreensão de que incorreções na lei jamais podem ser solucionadas com opções mais prejudiciais ao jurisdicionado apenas para coincidir com a suposta vontade do legislador, pois aquilo que não foi dito, não pode ser imposto.

Pensar o contrário fulmina o princípio da legalidade, basilar em qualquer sociedade democrática.

Sobre o princípio da legalidade e a impossibilidade de interpretação ampliativa *in malam partem*, destacam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> *"(...) a Constituição estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Cuida-se do princípio da legalidade*

> *ou da reserva legal estrita em matéria penal. Assinale-se, ainda, o disposto no art. 5º, XL, da CF/88, que prescreve que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.* ***Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia do Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática***[804]*. Observa Jorge de Figueiredo Dias que o princípio do nullum crimen nulla poena sine praevia lege deixa-se fundamentar, internamente, com base na ideia de prevenção geral*[805] *e do princípio da culpa. O cidadão deve poder distinguir, com segurança, a conduta regular da conduta criminosa, mediante lei anterior, estrita e certa*[806]*. (...) a reserva legal penal contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (lex certa). O indivíduo há de ter condições de saber o que é proibido ou permitido. Embora não se possa impedir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, é certo que o seu uso não deve acarretar a não determinabilidade objetiva das condutas proibidas*[815]*.* ***Há de se considerar, igualmente, a proibição da analogia in malam partem (lex stricta). Em matéria penal, não cabe a adoção de analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravar o seu tratamento penal. A despeito do caráter polissêmico da linguagem, não parece haver dúvida de que não pode o intérprete agravar a responsabilidade do agente 'fora do quadro das significações possíveis das palavras'*** *(...)."* (Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018). (G.n.)

Nesse sentido, assiste razão ao recorrente em postular a reforma, porquanto não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, não sendo possível lhe impor a fração mais grave de 60% (3/5), do art. 122, VII, da LEP.

Outrossim, observa-se que o novo crime praticado é equiparado a hediondo e, muito embora não seja o agravante primário, aproveita-lhe a previsão do art. 112, V, da LEP, ante a omissão legislativa sobre os casos de reincidentes não específicos que tenham praticado crime hediondo ou equiparado.

Logo, faz jus à progressão de regime após cumprir 40% (2/5) de pena.

Nesse sentido já se manifestou o doutrinador Renato Brasileiro de Lima, (Legislação criminal especial comentada. 8. ed., 2020. p. 376):

> *"(...) quando ainda em vigor o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o indivíduo condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado que fosse reincidente era obrigado a cumprir 3/5 (três quintos) da pena para fins de progressão de regime. Como a lei, à época, falava apenas em reincidência, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie - genérica ou específica -, era dominante o entendimento de que seu regramento era válido para ambas as hipóteses. Em sentido diverso, o inciso VII do art. 112 da LEP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, é categórico ao apontar o patamar de 60% (sessenta por cento) para o apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado. Como se pode notar, trata-se de reincidência específica em crimes dessa natureza, não necessariamente no mesmo delito, porém (v.g. estupro e estupro de vulnerável; homicídio qualificado e terrorismo; etc.). Logo, na hipótese de se tratar de apenado já condenado irrecorrivelmente por um crime qualquer (v.g. furto qualificado) que vier a cometer novo delito, desta vez hediondo ou equiparado, não se revela possível a aplicação do inciso VII do art. 112, devendo ser aplicado à semelhança do raciocínio anteriormente feito em relação ao inciso IV do art. 112, o patamar previsto no inciso V, qual seja, 40% (quarenta por cento), desde que do crime hediondo (ou equiparado) em questão não tenha resultado morte, hipótese esta em que seria aplicável o percentual de 50% (cinquenta por cento) constante do art. 112, VI, alínea a, da LEP.* (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020).
>
> *(...)."*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul igualmente assim decide:

*"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME – REQUISITO OBJETIVO – AGRAVANTE CONDENADO A CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO – REINCIDENTE EM DELITO SIMPLES – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PARCIAL POSSIBILIDADE – 1. LEI PENAL NO TEMPO. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. É cediço que, havendo conflito de leis penais no tempo, quando a nova legislação, posterior à conduta praticada, é mais vantajosa e/ou benéfica ao agente, deve ela retroagir, constituindo a aplicação da lex mitior, inclusive, garantia protegida constitucionalmente, por configurar nítido benefício ao agente. 2. PROGRESSÃO DE REGIME – ALTERAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME. A Lei nº 13.964/2019, denominada 'Pacote Anticrime', trouxe sensíveis alterações nos requisitos objetivos para a progressão de regimes, prevendo lapsos temporais diversos, conforme a situação específica de cada apenado. A novel legislação, também, revogou o artigo 2º, § 2º, Lei nº 8079/90 no tocante ao tema progressão de regime, trazendo, no seu bojo, novas previsões objetivas para o gozo do benefício por apenados condenados a crimes hediondos ou equiparados. Ocorre que o artigo 112 da LEP, quando, em seu inciso VII, já consoante a nova redação, faz alusão a 'apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado', coloca em dúvida a necessidade de reincidência específica para a aplicação da fração mais gravosa. Ao que tudo indica, a técnica legislativa encontrada na nova lei para o tema da reincidência não foi suficientemente esclarecedora, pois, em uma interpretação stricto sensu, depreende-se que exigiu o legislador a comprovação da reincidência específica para a fração mais gravosa de progressão de regime nestes casos. Percebe-se, em verdade, a existência de lacuna legislativa aos casos de condenados a crimes hediondos ou equiparados, porém reincidentes em crimes comum, razão pela qual, em observância ao princípio da reserva legal em matéria penal, e diante da impossibilidade de se realizar interpretações extensivas in malam partem, é de se conferir ao agravante o direito de progressão de regime ao quantum de 40% do cumprimento da pena, de modo semelhante a condenados primários por delitos hediondos ou equiparados, nos termos da lei penal mais benéfica. Determinada a retificação da Guia de Execução Penal, a fim de constar a progressão de regime segundo a fração de 40% do cumprimento da pena. Agravo em execução defensivo parcialmente provido."* (Agravo de Execução Penal, Nº 70084255199, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 26-06-2020)

*"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME – REQUISITO OBJETIVO – AGRAVANTE CONDENADO A CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO – REINCIDENTE EM DELITO SIMPLES – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MAIS BENÉFICA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – POSSIBILIDADE – 1. LEI PENAL NO TEMPO – LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. É cediço que, havendo conflito de leis penais no tempo, quando a nova legislação, posterior à conduta praticada, é mais vantajosa e/ou benéfica ao agente, deve ela retroagir, constituindo a aplicação da lex mitior, inclusive, garantia protegida constitucionalmente, por configurar nítido benefício ao agente. 2. PROGRESSÃO DE REGIME – ALTERAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME. A Lei nº 13.964/2019, denominada 'Pacote Anticrime', trouxe sensíveis alterações nos requisitos objetivos para a progressão de regimes, prevendo lapsos temporais diversos, conforme a situação específica de cada apenado. A novel legislação, também, revogou o artigo 2º, § 2º, Lei nº 8079/90 no tocante ao tema progressão de regime, trazendo, no seu bojo, novas previsões objetivas para o gozo do benefício por apenados condenados a crimes hediondos ou equiparados. Ocorre que o artigo 112 da LEP, quando, em seu inciso VII, já consoante a nova redação, faz alusão a 'apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado', coloca em dúvida a necessidade de reincidência específica para a aplicação da fração mais gravosa. Ao que tudo indica, a técnica legislativa encontrada na nova lei para o tema da reincidência não foi suficientemente esclarecedora, pois, em uma interpretação stricto sensu, depreende-se que exigiu o legislador a comprovação da reincidência específica para a fração mais gravosa de progressão de regime nestes casos. Percebe-se, em verdade, a existência de lacuna legislativa aos casos de condenados a crimes hediondos ou equiparados, porém reincidentes em crimes comum, razão pela qual, em observância ao princípio da reserva legal em matéria penal, e diante da impossibilidade de se realizar interpretações extensivas in malam partem, é de se conferir ao agravante o direito de progressão de regime ao quantum de 40% do cumprimento da pena, de modo semelhante a condenados primários por delitos hediondos ou equiparados, nos termos*

*da lei penal mais benéfica. Determinada a retificação da Guia de Execução Penal, a fim de constar a progressão de regime segundo a fração de 40% do cumprimento da pena. Agravo em execução defensivo provido."* (Agravo de Execução Penal, Nº 70084145598, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 29-05-2020)

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do e. Relator e voto no sentido de dar provimento ao Agravo em Execução Penal interposto por Márcio Cézar do Nascimento a fim de determinar a retificação do seu cálculo de pena, a fim de que seja considerada a progressão de regime com base na fração de 2/5 (40%).

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)

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 – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 17 de novembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
## *Habeas Corpus* Criminal nº 1414887-96.2020.8.12.0000 – Paranaíba

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PACIENTE GRÁVIDA – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR – DEFERIMENTO – FIEL OBSERVÂNCIA AO *HABEAS CORPUS* COLETIVO JULGADO PELO STF (*HC* 143641/SP) – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Cuidando-se de paciente gestante, deve-se substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.257/2016, notadamente se o caso não se enquadra nas exceções previstas no artigo 318-A do CPP.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo (*HC* 143641/SP) concedeu ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências.

Ordem parcialmente concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, concederam parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro 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 Cyntia Camila da Silva Santos em favor de Rita de Cassia Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba.

Alega em resumo que: a) aos 06.11.2020, a paciente foi presa em flagrante juntamente com Ricardo Alves do Nascimento em razão da suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, haja vista que, em tese, associaram-se para a traficância, bem como mantinham em depósito e venderam duas trouxinhas de "crack" pesando 0,8 gramas; b) a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; c) há constrangimento ilegal, pois, na compreensão da defesa, não estão presentes os requisitos da prisão cautelar, a qual não foi validamente justificada; d) ademais, a paciente encontra-se gestante, fazendo jus à prisão domiciliar.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela parcial concessão 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 Cyntia Camila da Silva Santos em favor de Rita de Cassia Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba.

Alega em resumo que: a) aos 06.11.2020, a paciente foi presa em flagrante juntamente com Ricardo Alves do Nascimento em razão da suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, haja vista que, em tese, associaram-se para a traficância, bem como mantinham em depósito e venderam duas trouxinhas de "crack" pesando 0,8 gramas; b) a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; c) há constrangimento ilegal, pois, na compreensão da defesa, não estão presentes os requisitos da prisão cautelar, a qual não foi validamente justificada; d) ademais, a paciente encontra-se gestante, fazendo jus à prisão domiciliar.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela parcial concessão da ordem.

A ordem deve ser parcialmente concedida.

A decisão que decretou a prisão preventiva da paciente, ora hostilizada, ampara-se nos seguintes fundamentos:

> *"No tocante aos pressupostos da prisão cautelar, da análise das diligências investigativas até então realizadas, chega-se à conclusão de que há indícios suficientes da prática dos delitos, ante os depoimentos coligidos ao auto. A materialidade do crime, por sua vez, está comprovada pelo auto de prisão em flagrante e laudo de constatação – exame preliminar, além dos mencionados depoimentos. Demonstrados os pressupostos necessários à custódia cautelar, resta-nos analisar se estão presentes fundamentos que justifiquem a decretação da prisão preventiva do autuado. A resposta é positiva. É de se considerar que a custódia cautelar mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, pois o delito em comento acarreta repercussão e consequências maléficas à sociedade, notadamente a condução de usuários ao vício e à prática de outras infrações. Ademais, ao que se infere dos elementos informativos, os autuados estariam a empreender a comercialização espúria no local de residência, envolvendo o entorpecente conhecido como crack, de grande poder deletério e de causação de dependência química. Em somatório, os autuados são reincidentes em crimes dolosos, inclusive Ricardo Alves específico no tráfico de entorpecentes, conforme certidões de f. 25/49. Nesse cenário, tenho que há sério e real risco de reiteração delitiva e presente a concreta gravidade da conduta. (...) como se não bastasse, a custódia cautelar também é recomendada para assegurar a livre produção da prova na busca da verdade real e evitar indevidas interferências e pressões às testemunhas que vierem a funcionar na ação penal, comuns em crime de tal jaez, especialmente em relação ao adquirente da droga. Por conseguinte, de rigor a conversão do flagrante em preventiva, não se mostrando adequadas as medidas cautelares diversas da prisão."*

Como visto, em primeira instância a prisão preventiva foi justificada para resguardar a ordem pública diante das circunstâncias que envolveram o suposto delito e da reincidência dos indiciados, a indicar risco de reiteração delitiva, motivo pelo qual não se cogita revogação.

Porém, os documentos de f. 21-22 comprovam que a paciente encontra-se gestante, fazendo jus à prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.257/2016.

Cumpre salientar que referido dispositivo oferecer proteção sobre o feto de mulher presa preventivamente, que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Assim, não obstante a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, esta se dá para evitar a reiteração do delito, enquanto a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção ao nascituro, como também na dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar a prevalência em nosso ordenamento jurídico da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.

Outrossim, destaco que a Segunda Turma Criminal do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *HC* n. 143.641/SP, em 20 de fevereiro de 2018:

> *"**(...) concedeu 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 sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências** (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu 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 acima." (G.n.)*

Na ocasião do julgamento do mérito deste referido *habeas corpus* coletivo, o e. Relator Ministro Ricardo Lewandowski destacou que:

> *"(...) não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.*
>
> *Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.*
>
> *Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática."*

A fim de dar imediato cumprimento ao *HC* coletivo, o i. Ministro do STF, determinou a comunicação aos Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no referido julgamento.

Ocorre entretanto que, na data de 24 de outubro de 2018, diante das inúmeras petições juntadas aos autos do *HC* n. 143.641/SP, informando a inobservância à decisão do STF, o i. Ministro ratificou a decisão anterior, ordenando seu integral cumprimento em casos concretos, além de requisitar informações às Corregedorias de Tribunais de Justiça do nosso país.

Destaco que uma dessas petições fora encaminhado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (Documento Eletrônico 512), relatando que: *"apenas 68 mulheres foram beneficiadas pela substituição da prisão preventiva pela domiciliar, muitas delas apenas após recurso ao Superior Tribunal de Justiça, e isso a despeito de haver 448 mulheres presas com filhos de até 12 anos de idade, segundo dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen)."*

Destarte, o i. ministro, verificando as ementas dos julgados por este Tribunal de Justiça juntadas pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, concluiu, à primeira vista, que as mesmas contrariam ordem cogente do STF, determinando:

> *"Assim, por ora, oficie-se à Corregedoria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, com cópia da petição, para que verifique o ocorrido e preste informações pormenorizadas, em 15 dias, a este relator, sobre o aparente descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, em especial quanto aos julgados listados na petição, cuja cópia deverá ser remetida juntamente com o pedido de informações. Deverá a Corregedoria, ademais, tomar as medidas cabíveis, dentro de sua esfera de atuação, caso constate descumprimento de ordem judicial vinculante."*

Ora, voltando os olhos ao caso concreto, de fato, não há situação excepcional apta a justificar o indeferimento da prisão domiciliar, pois o presente caso não se enquadra nas exceções previstas no artigo 318-A do CPP e há prova documental idônea demonstrando que a paciente é gestante.

Com relação à reincidência, as informações colhidas denotam que a anterior condenação envolve crime de furto, ocorrido há quase 04 anos, e a paciente já cumpriu a respectiva pena.

Além disso, o caso envolve pequena quantidade de substância entorpecente, o que denota que a suposta traficância não ofereceu maior risco à saúde pública.

A propósito, a d. PGJ posicionou-se favoravelmente pela concessão da prisão domiciliar diante das circunstâncias do caso concreto, assim resumidas no r. parecer:

> *"In casu, a paciente comprovou a condição gravídica, com data prevista para o parto em fevereiro de 2020; o crime em tese de tráfico de drogas não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, nem contra filho ou dependente; sua reincidência diz respeito à uma condenação por furto simples praticado em 2016; a situação do flagrante não demonstrou uma reprovabilidade exacerbada, ao menos nesse momento, já que estava apenas deitada na cama sobre a qual foi encontrada uma pequena porção de crack quando os policiais entraram na casa após um usuário ter declarado ter comprado uma outra pequena porção de crack do amásio e co-investigado Ricardo; no local não foram encontrados instrumentos ou petrechos que indiquem que a casa era um ponto de venda de drogas a ponto de afirmar que não poderia a paciente 'não saber' e 'não participar'; e, finalmente, trata-se de pouca quantidade (duas pequenas porções) de entorpecente de baixo custo (crack)."*

Por fim, e não menos importante, devo ressaltar que, ainda na recente decisão nos autos do *HC* n. 143.641/SP, o ministro Lewandowski concedeu prisão domiciliar a presas por tráfico de drogas com filhos de até 12 anos ou estiverem grávidas, decidindo que a prisão pelo referido delito não é impedimento para a prisão domiciliar, afirmando:

> *"A concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo.*
>
> *Não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para a guarda dos filhos."*

Com tais razões e dando fiel cumprimento à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal nos autos do *HC* 143.641/SP, a concessão da prisão domiciliar à ora paciente é medida que se impõe.

Além disso, segundo a Recomendação 62/2020, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, as gestantes integram o denominado grupo de risco a ser protegido da pandemia provocada pela Covid-19, por serem suscetíveis de sofrerem um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conceder parcialmente a ordem em favor de Rita de Cássia Silva, qualificada na inicial, a fim de colocá-la em prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso IV, do CPP, sob o compromisso de permanecer na residência indicada na inicial (Rua Bruno Mariano de Faria, nº 725, Bairro Santo Antônio, Paranaíba/MS), podendo se ausentar apenas mediante autorização judicial (art. 317 do CPP) e para tratamento médico, que deverá ser comprovado mediante atestado a ser apresentado ao juízo da causa até o dia subsequente ao tratamento recebido, sob pena de revogação da medida e sem prejuízo de eventual reencarceramento, por meio de decisão fundamentada, caso situação de fato objetiva assim recomende, nos termos da liminar deferida *initio litis*, ora ratificada.

Decisão em conformidade com o parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam parcialmente unânime. 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. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Criminal
## Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
## *Habeas Corpus* Criminal nº 1411352-62.2020.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS E RECEPTAÇÃO – PEDIDO DE RETRATAÇÃO DO JUÍZO SINGULAR NÃO CONHECIDO – POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO – ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DO FATO, COM TODAS AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS – NÃO ACOLHIDO – PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA AÇÃO PRESENTES – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA EVIDENCIADOS – INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUÍZO SINGULAR – POSSIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – ART. 156, DO CPP – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA, COM O PARECER.

O pedido de retratação do Juízo de primeira instância não é cabível na via estreita do *habeas corpus*. É notório que a retratação, ou não, do juízo *a quo* nada influencia no direito de ir e vir do paciente, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, bem como não guarda qualquer relação com o *jus puniendi* estatal, de modo que o interessado poderá requerer, se assim entender, providência no âmbito administrativo, perante os órgãos de controle da atuação jurisdicional.

Mesmo que não exista previsão no Código de Processo Penal para manifestação do órgão acusatório após a apresentação da defesa inaugural, referida opção do julgador monocrático revela-se adequada ao caso concreto, pois conferiu ao *Parquet* a possibilidade de se manifestar sobre a tese de inépcia parcial da denúncia; caso assim não tivesse procedido, restar-se-ia vilipendiado o princípio do contraditório substancial, já que o Ministério Público não teria oportunidade de se manifestar a respeito de tese inédita no feito.

No processo penal, somente se declara a nulidade em caso de comprovação do prejuízo. É o brocardo *pas de nullité sans grief*. De efeito, o artigo 563 do Código de Processo Penal é claro no sentido de que *"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*. Além disso, o Supremo Tribunal Federal expressou no enunciado da Súmula 523 que só pode ser reconhecida nulidade mediante prova de prejuízo para o réu.

O trancamento da ação penal é medida que possui caráter excepcional, cabível, pela via do *habeas corpus*, quando houver inequívoca comprovação de inépcia da peça acusatória, ausência de pressupostos processuais ou de condição da ação penal ou falta de justa causa para tanto. *In casu*, além de a denúncia preencher satisfatoriamente todos os requisitos inerentes ao seu recebimento, encontra-se igualmente presente a justa causa para o exercício da ação penal, haja vista os elementos de informação colhidos no caderno investigatório apontam a materialidade e indícios suficientes de autoria do paciente com relação ao crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Há indícios de autoria a corroborar a imputação no sentido de que todos os acusados, inclusive o paciente, receptaram a camionete em questão, o que será melhor esclarecido após o transcurso da persecução penal.

Imperioso ressaltar que, uma vez que a materialidade e os indícios de autoria restam suficientes ao prosseguimento da ação penal, não se contempla aqui uma análise mais aprofundada da matéria, já que os limites do *habeas corpus* não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, a qual exige o cotejo de provas e observância ao princípio do contraditório, típico da ação penal.

Compete ao Juiz, na condição de destinatário da prova, a análise dos elementos de convicção produzidos durante a instrução processual, podendo este indeferir as provas que julgar irrelevantes, impertinentes ou meramente protelatórias, conforme dicção expressa dos artigos 155 e 400, § 1º, ambos do Código de Processo Penal. Nesse pórtico, é assente na doutrina e jurisprudência nacionais que o indeferimento fundamentado da prova pelo magistrado não gera constrangimento ilegal ou nulidade por cerceamento de defesa.

No caso, a prova requerida pela defesa pode ser produzida pelo interessado, o que encontra amparo no art. 156, do Código de Processo Penal, por consistir na singela intenção de demonstrar sua capacidade econômica, o que a Defesa do paciente poderá realizar mediante a simples apresentação aos autos de documentos idôneos, pessoais e gratuitos, inclusive, para tanto (*v.g.*, cópia da declaração do imposto de renda, holerite, extrato bancário etc), sendo despicienda e dispendiosa eventual determinação de expedição de ofícios pelo Juízo para esse fim.

Com o parecer, ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conheceram parcialmente o writ e, nesta extensão, denegaram a ordem de *habeas corpus*.

Campo Grande, 24 de setembro de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

O advogado Ewerton Araujo de Brito impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Lino Evaristo Freitas de Matos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Alega que o paciente foi denunciado pelos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, bem como incorreu no artigo 180, *caput*, do Código Penal, todos combinados com o artigo 69, *caput*, do referido Código. Sobre os fatos, relata que a acusação recai em conjunto com os demais corréus Arnaldo de Campos, Cristiano Leite da Cruz, João Manoel Ruiz Dias, Marcos Leonel Maciel Ferreira e Thaiano Flores Carvalho, que segundo a acusação teriam agido em concurso, para transportar 66 (sessenta e seis) fardos contendo 1.440kg (mil e quatrocentos e quarenta quilogramas) de maconha, entre Estados da Federação, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Além disso, os denunciados teriam em concurso, recebido e ocultado, em proveito próprio ou alheio, o veículo Toyota/Hilux, de cor branca e chassi 8AJFY29G4F8572602, sabendo se tratar de produto de crime. E sobre o paciente recai a acusação de supostamente ser um dos "batedores de estrada", utilizando-se do veículo FORD F250.

Afirma que, após o recebimento da denúncia, a defesa do paciente apresentou Resposta a Acusação (f. 372-395), defendendo a ilegalidade da determinação do Juízo de piso para que o Ministério Público se manifestasse após a defesa, além de requerer a inépcia da Denúncia quanto à imputação ao delito de receptação, bem como o deferimento de produção de algumas provas. Empós, o Juiz proferiu a decisão de fls. 565-567, mantendo o entendimento sobre a necessidade do órgão acusador se manifestar mesmo após a oferta de resposta à acusação, bem como afirmou que a preliminar de inépcia alegada pela defesa, não passava de filigrana jurídica e indeferindo todo o pleito de produção de provas.

Assevera que inexiste previsão legal para manifestação do Ministério Público após o oferecimento da resposta à acusação, posicionamento que fere os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de ir contra o direito da defesa de sempre se manifestar por último, após a acusação.

De outro lado, defende a inépcia da denúncia em relação ao delito de receptação, já que a Denúncia não especificou qual dos verbos - núcleos do tipo - o paciente Lino Evaristo Freitas de Matos, especificamente, foi supostamente o autor. Nesse sentido, afirma que a descrição específica dos atos é indispensável para que todos os acusados possam direcionar sua defesa.

Pontua que o *Parquet* também não demonstrou que o paciente teria conhecimento que aquele veículo seria produto de crime (elemento subjetivo) e não comprovou o preenchimento dos requisitos para configuração do concurso de pessoas, não se podendo extrair da peça de acusação se o paciente é coautor ou partícipe.

Defende o impetrante que a decisão combatida deve ser reformada na parte que indeferiu a produção de provas, incorrendo em cerceamento de defesa e violação ao princípio da busca da verdade real, qual seja, o levantamento da situação financeira e patrimonial do acusado para corroborar o fato de que o paciente não praticou os crimes descritos na Denúncia.

Alega que a decisão combatida careceu de urbanidade e feriu o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e a Lei Orgânica da Magistratura ao se referir à parte da petição com o termo "filigrama jurídica".

Ao final, postula a concessão liminar da ordem *"para reconhecer a ilegalidade da manifestação do Ministério Público após o oferecimento da resposta a acusação, deferindo o seu desentranhamento dos autos, bem como declarar a inépcia da Denúncia, com seus consectários legais, em especial ao crime previstos no art. 180, caput, do Código Penal e a nulidade absoluta do processo por cerceamento de defesa ao indeferir a produção de provas"* (p. 32), pois estão presentes os requisitos para tanto *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

No mérito, requer a concessão definitiva do *writ*, bem como a retratação do Magistrado pela ofensa praticada nos autos e a intimação da data da sessão de julgamento, para possibilitar a realização de sustentação oral.

O pedido liminar foi indeferido às p. 630-634.

Informações prestadas pela autoridade coatora às p. 637-657.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial conhecimento e denegação da ordem (p. 662-666).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

O advogado Ewerton Araujo de Brito impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Lino Evaristo Freitas de Matos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Alega que o paciente foi denunciado pelos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, bem como incorreu no artigo 180, *caput*, do Código Penal, todos combinados com o artigo 69, *caput*, do referido Código. Sobre os fatos, relata que a acusação recai em conjunto com os demais corréus Arnaldo de Campos, Cristiano Leite da Cruz, João Manoel Ruiz Dias, Marcos Leonel Maciel Ferreira e Thaiano Flores Carvalho, que segundo a acusação teriam agido em concurso, para transportar 66 (sessenta e seis) fardos contendo 1.440kg (mil e quatrocentos e quarenta quilogramas) de maconha, entre Estados da Federação, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Além disso,

os denunciados teriam em concurso, recebido e ocultado, em proveito próprio ou alheio, o veículo Toyota/Hilux, de cor branca e chassi 8AJFY29G4F8572602, sabendo se tratar de produto de crime. E sobre o paciente recai a acusação de supostamente ser um dos "batedores de estrada", utilizando-se do veículo FORD F250.

Afirma que, após o recebimento da denúncia, a defesa do paciente apresentou Resposta a Acusação (f. 372-395), defendendo a ilegalidade da determinação do Juízo de piso para que o Ministério Público se manifestasse após a defesa, além de requerer a inépcia da Denúncia quanto à imputação ao delito de receptação, bem como o deferimento de produção de algumas provas. Empós, o Juiz proferiu a decisão de fls. 565-567, mantendo o entendimento sobre a necessidade do órgão acusador se manifestar mesmo após a oferta de resposta à acusação, bem como afirmou que a preliminar de inépcia alegada pela defesa, não passava de filigrana jurídica e indeferindo todo o pleito de produção de provas.

Assevera que inexiste previsão legal para manifestação do Ministério Público após o oferecimento da resposta à acusação, posicionamento que fere os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de ir contra o direito da defesa de sempre se manifestar por último, após a acusação.

De outro lado, defende a inépcia da denúncia em relação ao delito de receptação, já que a Denúncia não especificou qual dos verbos - núcleos do tipo - o paciente Lino Evaristo Freitas de Matos, especificamente, foi supostamente o autor. Nesse sentido, afirma que a descrição específica dos atos é indispensável para que todos os acusados possam direcionar sua defesa.

Pontua que o *Parquet* também não demonstrou que o paciente teria conhecimento que aquele veículo seria produto de crime (elemento subjetivo) e não comprovou o preenchimento dos requisitos para configuração do concurso de pessoas, não se podendo extrair da peça de acusação se o paciente é coautor ou partícipe.

Defende o impetrante que a decisão combatida deve ser reformada na parte que indeferiu a produção de provas, incorrendo em cerceamento de defesa e violação ao princípio da busca da verdade real, qual seja, o levantamento da situação financeira e patrimonial do acusado para corroborar o fato de que o paciente não praticou os crimes descritos na Denúncia.

Alega que a decisão combatida careceu de urbanidade e feriu o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e a Lei Orgânica da Magistratura ao se referir à parte da petição com o termo "filigrama jurídica".

Ao final, postula a concessão liminar da ordem:

> *"(...) para reconhecer a ilegalidade da manifestação do Ministério Público após o oferecimento da resposta a acusação, deferindo o seu desentranhamento dos autos, bem como declarar a inépcia da Denúncia, com seus consectários legais, em especial ao crime previstos no art. 180, caput, do Código Penal e a nulidade absoluta do processo por cerceamento de defesa ao indeferir a produção de provas" (p. 32), pois estão presentes os requisitos para tanto fumus boni juris e periculum in mora.*

No mérito, requer a concessão definitiva do *writ*, bem como a retratação do Magistrado pela ofensa praticada nos autos e a intimação da data da sessão de julgamento, para possibilitar a realização de sustentação oral.

O pedido liminar foi indeferido às p. 630-634.

Informações prestadas pela autoridade coatora às p. 637-657.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial conhecimento e denegação da ordem (p. 662-666).

É o relatório. Passo ao exame das razões apresentadas no *writ*.

Inicialmente, tenho que a presente ordem não comporta conhecimento quanto ao pedido para que Juiz singular se retrate pelas considerações que fez na decisão combatida.

Isso porque aludido pleito não é cabível na via estreita do *habeas corpus* que, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, será concedido *"sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"*. Ora, é notório que a retratação, ou não, do Juiz de primeira instância nada influencia no direito de ir e vir do paciente, bem como não guarda qualquer relação com o *jus puniendi* estatal, tornando-se prescindível maiores esclarecimentos, de modo que o interessado poderá requerer, se assim entender, providência no âmbito administrativo, perante os órgãos de controle da atuação jurisdicional.

No que toca ao pleito de desentranhamento da manifestação do Ministério Público após a apresentação de resposta à acusação, também não merece acolhimento.

Examinando-se os Autos principais (n. 0000347-22.2020.8.12.0002), nota-se que a Defesa do paciente apresentou resposta à acusação às p. 372-395, alegando, entre outras teses, preliminar de inépcia da inicial em relação ao crime descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal. Empós, o representante ministerial foi intimado para se manifestar a respeito de referido argumento preliminar, o que fez às p. 560-564.

Entendo que a decisão do Juiz singular de abrir vista dos autos ao Ministério Público após a apresentação de argumento preliminar de inépcia da inicial pela Defesa do réu não é ilegal.

Nessa senda, mesmo que não exista previsão no Código de Processo Penal para manifestação do órgão acusatório após a apresentação da defesa inaugural, referida opção do julgador monocrático revela-se adequada ao caso concreto, pois conferiu ao *Parquet* a possibilidade de se manifestar sobre a tese de inépcia parcial da denúncia; caso assim não tivesse procedido, restar-se-ia vilipendiado o princípio do contraditório substancial, já que o Ministério Público não teria oportunidade de se manifestar a respeito de tese que, até então, era inédita no processo.

Assim já decidiu esta Colenda Corte de Justiça em idêntico caso, pois senão:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO PELA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS À RESPOSTA À ACUSAÇÃO – INSUBISTENTE – COTA REFERENTE À PRELIMINAR LEVANTADA PELA DEFESA – SEM INCURSÃO NO MÉRITO – DECISÃO NO MESMO SENTIDO – FALTA DE JUSTA CAUSA – PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA – ORDEM DENEGADA.*
>
> ***Não há nulidade do feito pela manifestação do Parquet após à resposta à acusação se não houve incursão no mérito, limitando-se a cota ministerial a contraditar a preliminar de inépcia da denúncia erigida pela defesa, sem se incursionar no mérito, assim como também ocorreu na decisão que se seguiu**. O reconhecimento da falta de justa causa para persecução penal, em sede de habeas corpus, é excepcional, exigindo-se que, primo ictu oculi, seja demonstrada a presença de alguma causa extintiva da punibilidade, a inexistência de indícios de autoria ou inocorrência de crime, o que não se vislumbra na hipótese. Ordem denegada, em conformidade com o parecer."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 0604716-94.2012.8.12.0000, Iguatemi, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 16/12/2012, p: 21/01/2013). Destaquei.

Na mesma esteira, colho julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO EM HABEAS CORPUS – RESPOSTA À ACUSAÇÃO – TESES DEFENSIVAS SUFICIENTEMENTE APRECIADAS – MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.*
>
> *1. As teses apresentadas pela defesa foram devidamente analisadas pelo magistrado após a apresentação da resposta à acusação, esclarecendo o julgador estarem demonstrados os indícios de autoria e a prova da materialidade do delito descrito na inicial, providência suficiente a afastar a alegação de nulidade. Precedentes.*

> *2. **Nos termos da orientação desta Casa, a manifestação do Ministério Público após a defesa inicial, embora não prevista em lei, atende ao princípio do contraditório, garantindo às partes a oportunidade de se manifestarem acerca das teses e fatos do processo, sob pena de vir o magistrado a diretamente acolher preliminares arguidas sem jamais a respeito ter-se pronunciado a parte contrária** (RHC n. 66.376/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 19/5/2016).*
>
> *3. Os ordenamentos jurídicos modernos, no que tange à decretação das nulidades, evoluíram do sistema da legalidade das formas para o sistema da instrumentalidade das formas, cabendo ao magistrado a análise acerca da finalidade atingida bem como do prejuízo eventualmente causado para retirar ou não a eficácia do ato atípico.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido."* (AgInt no RHC 54.714/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017). Destaquei.

Rememora-se que, no processo penal, somente se declara a nulidade em caso de comprovação do prejuízo. É o brocardo *pas de nullité sans grief*. De efeito, o artigo 563 do Código de Processo Penal é claro no sentido de que *"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*. Além disso, o Supremo Tribunal Federal expressou no enunciado da Súmula 523 que só pode ser reconhecida nulidade mediante prova de prejuízo para o réu.

No caso em destaque, não restou comprovado em que ponto a manifestação ministerial ensejou prejuízo à Defesa do paciente, porquanto, a uma, o Ministério Público ainda não havia se manifestado a respeito da tese de inépcia parcial da peça acusatória, sendo corolário do princípio do contraditório franquear-se vista dos autos para manifestação da parte oposta em casos tais e, a duas, a experiência jurídica tem nos mostrado que a alegação de inépcia da denúncia em momento tão precoce da instrução processual raras vezes obtém acolhimento. É o que se verá a seguir.

Nesse ponto, requereu a Defesa do paciente a declaração de inépcia da inicial em relação ao delito de receptação (art. 180, *caput*, do CP) supostamente cometido pelo paciente, pleito que, igualmente, não merece prosperar.

Imperioso consignar que o trancamento da ação penal é medida que possui caráter excepcional, cabível, pela via do *habeas corpus*, quando houver inequívoca comprovação de inépcia da peça acusatória, ausência de pressupostos processuais ou de condição da ação penal ou, ainda, falta de justa causa para tanto, nos termos da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício:

> *"Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, inocorrentes na espécie."* (STJ. RHC 77836/PA. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. J. 05/02/2019)
>
> *"HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – ESTELIONATO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INDÍCIOS DO CRIME E DA AUTORIA DELITUOSA – IMPOSSIBILIDADE – ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – NÃO CONCESSÃO. O trancamento de ação penal por inépcia da denúncia, ausência de justa causa ou atipicidade da conduta somente é possível se tais circunstâncias estiverem comprovadas de plano, o que não ocorre quando há indícios da prática de crime e sobressai a necessidade de exame valorativo do contexto fático-probatório. Não se reconhece a nulidade da decisão de recebimento da denúncia que, de forma sucinta, desacolhe as teses defensivas arguidas quando da resposta à acusação, relegando-as ao momento processual adequado habeas corpus a que se nega concessão, porquanto incabível o exame do meritum causae em sede do remédio heroico." (HC* n. 1400158-70.2017.8.12.0000 – Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; 2ª Câmara Criminal; j. 23/02/2017)

A Suprema Corte compartilha de igual entendimento:

> *"HABEAS CORPUS – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA – SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES À ACUSAÇÃO PENAL – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO À MATÉRIA FÁTICA – PEDIDO INDEFERIDO. A extinção anômala do processo penal condenatório, embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie com base em situações revestidas de liquidez - a ausência de justa causa. O reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de habeas corpus, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal. Havendo suspeita fundada de crime, e existindo elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se legítima a instauração da persecutio criminis, eis que se impõe, ao Poder Público, a adoção de providências necessárias ao integral esclarecimento da verdade real, notadamente nos casos de delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada. Precedentes." (HC* 82393/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 29/04/2003).

Nesse passo, o trancamento da ação penal exige que o julgador tenha absoluta convicção acerca da inexistência de justa causa para a ação penal, haja vista que põe fim à persecução penal antes mesmo da formação da culpa.

O Ministro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar sobre o assunto, preleciona:

> *"Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que se termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício de futura e eventual ação penal." (RHC* 77836/PA. 5ª Turma. J. 05/02/2019)

Feitas, pois, tais considerações, tem-se que, no caso, o paciente foi denunciado, juntamente com os demais corréus, pela prática, em tese, do delito de receptação dolosa (art. 180, *caput*, do CP). Colaciono a seguir o trecho da denúncia que se refere ao delito em questão (p. 04 do feito principal):

> *"(...).*
>
> ***Os acusados agiam em comunhão de esforços e unidade de desígnios destinados ao objetivo comum, uma vez que, além de todos participarem da transferência da maconha da caminhonete para o caminhão frigorífico**, Cristiano e Thaiano foram os responsáveis por levar a droga, na caminhonete, ao lava-rápido nesta cidade; Arnaldo, motorista, é o proprietário do caminhão frigorífico, sendo o responsável por levar a substância entorpecente,em meio a uma carga de bacon fatiado, ao Estado de São Paulo; Marcos Leonel é o proprietário do lava-rápido e havia cedido o seu estabelecimento para a transferência da maconha da caminhonete para o caminhão frigorífico; Lino Evaristo seria um dos 'batedores de estrada', sendo responsável por alertar o condutor do caminhão frigorífico sobre possíveis barreiras policiais e todo o tipo de fiscalização eventualmente existente nas rodovias, utilizando-se, para tanto do veículo Ford/F2506, chassi 9BFFF25L9YD019342, de cor cinza e placa CZJ-6475; João Manoel seria o outro 'batedor de estrada' e se utilizaria do veículo Chevrolet/Montana, chassi 9BGCA80X0DB108734, de cor preta e placa OIQ-3005.*
>
> ***A caminhonete Toyota/Hilux foi objeto de um anterior crime de roubo no Estado da Bahia, conforme extrato de consulta às pp. 139/140.A sua placa de identificação original é 'OZO-6551'**.*
>
> ***Apurou-se, ademais, que os denunciados receberam e ocultaram a supracitada caminhonete, no interior do lava-rápido, sabendo se tratar de produto de crime**, tendo em vista que o veículo estava sendo utilizado para o transporte de expressiva quantidade de substância entorpecente, com a placa de identificação adulterada." Destaquei.*

Ato contínuo, o magistrado singular, ao constatar a presença dos requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal e por não vislumbrar qualquer das hipóteses do artigo 395 do mesmo diploma legal, recebeu a denúncia (p. 196-199).

De pronto, resta afastada eventual inépcia da vestibular acusatória, porquanto a denúncia foi recebida pela autoridade apontada como coatora, indicativo de que esta entendeu estarem preenchidos os pressupostos e as condições da ação, mormente os elencados no artigo 41 do Digesto Penal Adjetivo, realçando, também, a presença de justa causa para a deflagração da ação penal.

E, de fato, a pórtica acusatória narra de modo compreensivo os fatos investigados, com a correta identificação do denunciado e a capitulação do crime imputado, além de apresentar o rol de testemunhas para a instrução processual. Todos estes elementos comportam satisfatoriamente as formalidades inerentes ao devido recebimento da denúncia.

Em análise sumária que esta ação constitucional permite, sem adentrar ao mérito da acusação, tem-se que a materialidade e os indícios suficientes de autoria vieram satisfatoriamente delineadas na peça crime, mediante elementos de informação colhidos no curso do procedimento investigatório, tudo a conduzir o enquadramento típico do delito descrito na peça acusatória daquela ação penal.

Com efeito, o paciente, juntamente com os demais imputados, foi denunciado por ter receptado o veículo Toyota/Hilux, de placas de identificação original "OZO-6551", objeto de um anterior crime de roubo no Estado da Bahia, tendo em vista que, conforme elementos indiciários, todos os réus foram flagrados pelos policiais no interior de um estabelecimento comercial no momento em que estavam, em conjunto de esforços, transferindo a droga da referida camionete para o semirreboque Randon/SR4, do tipo baú frigorífico, chassi 9ADF145323M181896, de cor branca e placa AVM-093, atrelado ao caminhão-trator Scania/R1245, chassi 9BSR4X2A053574057, de cor branca e placa MAC-4027.

Assim, há indícios de autoria a corroborar a imputação no sentido de que todos os acusados, inclusive o paciente, receptaram a camionete Toyota Hilux em questão, o que será melhor esclarecido após o transcurso da persecução penal.

Imperioso ressaltar que, uma vez que a materialidade e os indícios de autoria restam suficientes ao prosseguimento da ação penal, não se contempla aqui uma análise mais aprofundada da matéria, já que os limites do *habeas corpus* não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, a qual exige o cotejo de provas e observância ao princípio do contraditório, típico da ação penal.

A propósito, colho precedentes da Corte Cidadã acerca da temática:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – RECURSO EM HABEAS CORPUS – 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE – 2. INÉPCIA DA DENÚNCIA – NÃO VERIFICAÇÃO – OBEDIÊNCIA AO ART. 41 DO CPP – AMPLA DEFESA ASSEGURADA – 3. CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – CULPA DEVIDAMENTE NARRADA – 4. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA – INDÍCIOS DE AUTORIA DELINEADOS – COMPROVAÇÃO DOS FATOS – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL – 5. LESÃO CORPORAL NO TRÂNSITO – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O trancamento da ação penal somente é possível, na via estreita do habeas corpus, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2.* ***Pela leitura da inicial acusatória, bem como do acórdão recorrido, a denúncia é suficientemente clara e concatenada, e atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não revelando quaisquer vícios formais. De fato, encontra-se descrito o fato criminoso, com todas as circunstâncias necessárias a delimitar a imputação, encontrando-se devidamente assegurado o exercício da ampla defesa.*** *3. No ponto, esclareço, ainda, que a culpa está devidamente delineada na inicial acusatória, que afirma 'que a culpa do acidente*

*deve ser atribuída à conduta do acusado, porquanto não tomou as medidas necessárias quando não tomou a distância necessária da motocicleta pilotada pela vítima André, ainda dirigia há aproximadamente 80 km/h em via pública e não possuir habilitação para conduzir o veículo automotor'. 4.* ***Não há se falar em ausência de justa causa, porquanto devidamente delineada a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria. Nesse contexto, a comprovação ou não dos fatos deve ser demonstrada durante a instrução processual, momento apropriado para o Magistrado exercer seu juízo de convicção acerca dos elementos probatórios juntados aos autos.*** *De fato, não se revela possível, em habeas corpus, afirmar que os fatos ocorreram como narrados nem desqualificar a narrativa trazida na denúncia. Dessa forma, mostra-se prematuro o trancamento da ação penal neste momento processual. 5. No que concerne à ausência de representação da vítima, com relação à ação penal por lesão corporal, verifico que a matéria não foi previamente examinada pelo Tribunal de origem. Dessa forma, eventual exame direto pelo Superior Tribunal de Justiça revelaria verdadeira supressão de instância. Como é cediço, admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir. 6. Habeas corpus não conhecido."* (STJ; RHC 102.239; Proc. 2018/0218299-0; CE; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 23/04/2019; DJE 10/05/2019). Destaquei.

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM PRESTAR SOCORRO À VÍTIMA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E DE INDÍCIOS DE CULPA DO PACIENTE – REEXAME APROFUNDADO DAS PROVAS – IMPOSSIBILIDADE NO ÂMBITO DO RECURSO EM HABEAS CORPUS – INÉPCIA DA DENÚNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – PEÇA EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. 2.* ***O trancamento da ação penal é medida excepcional, cabível somente em casos em que se consiga comprovar, de plano, a atipicidade da conduta, a inexistência do fato ou quando expressamente caracterizado que o acusado não é o autor da conduta, o que não ocorre no presente caso****. 3.* ***A denúncia traz a perfeita descrição do fato, com a indicação dos elementos informativos que embasam a formação da opinio delicti. Não se verifica, assim, qualquer deficiência na denúncia que justifique a concessão da ordem de habeas corpus para determinar o trancamento da ação penal, sendo a descrição dos fatos suficiente para o exercício da ampla defesa e do contraditório.*** *O acolhimento das teses defensivas relativas à ausência de culpa na conduta do paciente. Uma vez que o atropelamento teria sido causado pela própria vítima e que o paciente não agiu em desacordo com o dever de cautela ao conduzir o veículo no momento do acidente, não comporta conhecimento na via eleita. Isso porque para se determinar a presença do elemento subjetivo na conduta descrita na inicial é preciso o aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado em sede de habeas corpus e que só terá lugar após encerrada a instrução processual. 4. A inicial apontou com precisão que o crime supostamente praticado pelo paciente teria sido cometido por imprudência consistente em conduzir o veículo em velocidade superior à compatível com o local, tendo sido apresentada prova testemunhal de tal circunstância. Somando a isso o fato de não ter o paciente prestado o devido socorro à vítima, tem-se um quadro robusto de elementos que impedem o trancamento da ação penal por falta de indícios de que o paciente tenha agido culposamente. Habeas corpus não conhecido. Acórdão 2017."* (STJ; HC 246.187; Proc. 2012/0125707-7; RO; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; DJE 14/11/2017). Destaquei.

Imperioso ressaltar que a autoridade apontada como coatora, após a apresentação da resposta à acusação, veio a afastar a ventilada tese de inépcia da exordial, determinando o prosseguimento do feito com a realização da audiência de instrução e julgamento (p. 566 dos autos penais originários), *in litteris*:

*"(...).*

*Adiante, os argumentos preliminares dos réus Lino Evaristo Freitas de Matos (f. 374-87) e Arnaldo de Campos (f. 545-8) não têm o condão de impedir o prosseguimento do feito, tampouco de propiciar a absolvição sumária (CPP, art. 397). Tal assertiva se faz, pois, a denúncia descreve fatos típicos reveladores, em tese, da perpetração de crimes. Inclusive, contém a exposição da ocorrência dos delitos com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos réus, a classificação das infrações, o rol de testemunhas, enfim, atende às exigências legais.*

*Dessarte, afigura-se improcedente a arguição de inépcia pela falta de descrição específica da conduta relacionada ao delito de receptação, principalmente porque trata-se de feito com seis réus, de forma que a descrição detalhada de cada conduta inviabilizaria a persecução penal. Logo, inevitável que o caso seja processado judicialmente em toda plenitude com a lavratura da sentença ao seu final.*

*Ademais, se o processo encerra uma série de atos formais coordenados progressivamente, mostra-se inconcebível, nesta fase, estancar a investigação, de forma a reduzir imotivadamente a atuação do titular da ação penal, o qual possui o direito de demonstrar o alegado durante o deslinde do feito.*

*De mais a mais, as demais teses tratam de matéria de mérito, que depende de comprovação. Portanto, necessária a instrução probatória para esclarecer os fatos."*

Ademais, ao contrário do que sustenta o Impetrante, estão presentes e dispostos na peça acusatória, ao menos em tese (ou seja, há possibilidade de afastamento após a instrução do processo), os requisitos do concurso de pessoas em relação à conduta dolosa do crime de receptação, quais sejam: a) pluralidade de agentes; b) nexo de causalidade entre a conduta dos imputados e o resultado; c) liame subjetivo e; d) identidade da infração penal (porquanto, em tese, todos os agentes estavam na posse do veículo objeto de crime no momento da abordagem policial).

Na mesma toada, ao contrário do que sustenta o Impetrante, não é necessário que o *Parquet* comprove, neste momento proemial, indene de dúvidas, que os imputados sabiam que o veículo era produto de crime (elemento subjetivo do delito de receptação). Isso porque, como é evidente, para o recebimento da peça de acusação basta a demonstração da justa causa, ou seja, indícios de participação na empreitada criminosa.

Conclui-se, portanto, pela presença dos elementos que comportam a admissibilidade da denúncia, bem como a justa causa para tanto, conforme explanado alhures, não havendo falar em inépcia da peça inicial.

Finalmente, também não merece acolhimento a alegação do Impetrante de que a decisão invectivada deve ser declarada nula na parte que indeferiu a produção de prova, qual seja, levantamento da situação financeira e patrimonial do acusado (paciente) para corroborar o fato de que não praticou os crimes descritos na denúncia.

Indeferiu referido pleito o magistrado singular mediante a seguinte fundamentação (p.567):

*"Indefiro o pleito de levantamento de dados para constatar a situação financeira e patrimonial do réu Lino Evaristo Freitas de Matos, pois cabe à defesa comprovar as alegações, principalmente por tratar-se de condição subjetiva* (CP, art. 156)*."*

Como cediço, compete ao Juiz, na condição de destinatário da prova, a análise dos elementos de convicção produzidos durante a instrução processual, podendo este indeferir as provas que julgar irrelevantes, impertinentes ou meramente protelatórias, conforme dicção expressa dos artigos 155 e 400, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Nesse pórtico, é assente na doutrina e jurisprudência nacionais que o indeferimento fundamentado da prova pelo magistrado não gera constrangimento ilegal ou nulidade por cerceamento de defesa. A propósito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DE JOSYANE – EXTORSÃO MAJORADA – PRELIMINARES – CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DA PROVA REQUERIDA PELA DEFESA – DESCABIMENTO – INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – PRAZO NÃO TRANSCORRIDO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS – PREFACIAIS REJEITADAS. I –* ***O requerimento de produção de provas deve ser submetido ao juízo de ponderação e necessidade do magistrado, já que é destinatário dos elementos de convicção, de modo que eventual indeferimento mediante decisão adequadamente fundamentada não representa cerceamento de defesa*** *(...)."* (TJMS; Apelação Criminal n. 0013460-90.2013.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Des. Emerson Cafure, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 29/07/2019). Destaquei.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.* ***Se não há pertinência na produção de prova requerida pela defesa, pois as informações pretendidas já estão nos autos, mostra-se acertada a decisão do juiz que indefere o pedido sem que com isso gere o cerceamento de defesa. Preliminar afastada*** *(...)."* (TJMS; Apelação Criminal n. 0000791-39.2018.8.12.0030 – Brasilândia; Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 12/02/2019). Destaquei.

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EM FACE DE DECISÃO DE PRONÚNCIA DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE IMPRONÚNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – AFASTADO – NEGADOS – PLEITO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E DO MOTIVO FÚTIL – PRETENSÃO REJEITADA – RECURSO DESPROVIDO. I –* ***Nos termos do o artigo 155, caput, primeira parte, do CPP, e com base no princípio do livre convencimento motivado, compete ao julgador avaliar a necessidade ou não da produção de provas, devendo desconsiderá-las, quando reputadas inúteis ou meramente protelatórias, não caracterizando o cerceamento de defesa, tendo em vista a existência de elementos suficientes nos autos para a formação do convencimento do magistrado****. II – Inexistem justificativas reais e idôneas que justifiquem a realização das diligências pleiteadas, razão pela qual não há que se falar em cerceamento de defesa (...)."* (TJMS; Recurso em Sentido Estrito n. 0000053-09.2013.8.12.0036 – Inocência; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 18/06/2018). Destaquei.

Em recente pronunciamento, o Superior Tribunal de Justiça decidiu da mesma forma, consoante teor do Informativo 615, *in verbis*:

> *"(...) o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa, como ocorreu no caso. Finalmente, vale ressaltar ser pacífica a jurisprudência das Cortes Superiores 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 fora demonstrado na presente hipótese."* (RHC 79.834-RJ, Rel Min. Felix Fischer, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017).

Com efeito, a prova requerida pela defesa, no caso em epígrafe, pode e deve ser produzida pelo interessado, o que encontra amparo no art. 156, do Código de Processo Penal, por consistir na singela intenção de demonstrar sua capacidade econômica, o que a Defesa do paciente poderá realizar mediante a simples apresentação aos autos de documentos idôneos, pessoais e gratuitos, inclusive, para tanto (*v.g.*, cópia da declaração do imposto de renda, holerite, extrato bancário etc), sendo despicienda e dispendiosa eventual determinação de expedição de ofícios pelo Juízo para esse fim.

Logo, inexiste constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, devendo a decisão combatida ser mantida incólume pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço parcialmente da presente ordem e, nessa parte, denego o *writ*.

É como voto, com o parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente o *writ* e, nesta extensão, denegaram a ordem de *habeas corpus*.

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, 24 de setembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Criminal
## Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
## Apelação Criminal nº 0004321-46.2015.8.12.0001 – Campo Grande

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 – ALEGADA ATIPICIDADE – EXERCÍCIO DA AUTODEFESA – TESE RECHAÇADA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA BASILAR – PARCIAL ACOLHIMENTO – NEUTRALIZAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL, DA PERSONALIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – REPRIMENDA DE RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS – QUESTÃO A SER DIRIMIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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 era foragido do sistema prisional, tratando-se nitidamente da prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

O direito constitucional de permanecer calado, protegido pelo artigo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, abrange o direito de mentir ou omitir sobre os fatos imputados, mas não abrange o direito de mentir a respeito de sua identidade perante a autoridade policial, sob pena de incorrer no crime de uso de documento falso ou de falsa identidade. Súmula nº 522 do STJ. Evidentemente, esse mesmo entendimento se aplica ao crime de falsidade ideológica, pois, na essência, trata-se da mesma proposição.

A multiplicidade de condenações definitivas por fatos anteriores permite a valoração da reprimenda basilar (antecedentes) e da intermediária (reincidência).

A personalidade não pode ser considerada desfavorável, porquanto a vida pregressa do agente representada apenas por condenações criminais definitivas por fatos anteriores deve ser valorada por ocasião dos antecedentes.

Diante da adoção de fundamentação imprópria, genérica e abstrata, mostra-se de rigor a neutralização da conduta social, sendo certo que a ausência de ocupação lícita não se presta a valorar a vetorial em questão.

As consequências não desbordam daquelas comumente constatadas em delitos desta estirpe, pois a utilização do nome de outra pessoa já está contemplada no preceito primário do crime em questão (fato juridicamente relevante), de modo que a valoração desse fato constitui *bis in idem*.

O apelante praticou os delitos durante o cumprimento de pena em execução penal e, inclusive, estava evadido do sistema prisional, o que certamente justifica a exasperação da pena basilar.

No caso, há claro *bis in idem* no reconhecimento da agravante do artigo 61, II, "b", do CP, porquanto o intuito de assegurar a impunidade pelo crime anterior é a vantagem, prevista no tipo penal do artigo 307 do CP, a qual o recorrente buscou ao atribuir-se falsa identidade.

Conquanto a pena final imposta ao recorrente tenha sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não constitua óbice, isoladamente, para a fixação do regime intermediário, o fato de também pesar em desfavor do apelante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (antecedentes, circunstâncias do crime e consequências) não deixa margem para o estabelecimento de regime diverso do fechado no caso vertente.

Não compete a esta Corte de Justiça o exame do pleito de isenção do pagamento de custas, pois o estado de miserabilidade do condenado deve ser oportunamente analisado por ocasião da fase de execução, haja vista a possibilidade de modificação do cenário financeiro vivenciado pelo sentenciado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. Precedentes do STJ.

Recurso parcialmente provido, com o parecer.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de novembro 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 Claudemir Coenga de Oliveira em face da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (p. 1.018-1.023), que julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória para o fim de condenar o ora apelante à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 299 do Código Penal.

Em suas razões recursais (p. 1.050-1.070), a defesa propugna pela desclassificação dos fatos relacionados à falsificação de documento público para um só crime falsa identidade.

Subsidiariamente, postula pela redução da pena-base e da pena de multa ao mínimo legal, pelo afastamento da agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea "b", do Código Penal, pela fixação de regime inicial mais brando e isenção das custas processuais.

Nas contrarrazões de p. 1.074-1.095, o representante ministerial postula pelo desprovimento do recurso defensivo.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo parcial provimento do apelo (p. 1.104-1.127).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Claudemir Coenga de Oliveira em face da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (p. 1.018-1.023), que julgou

procedente a pretensão contida na peça acusatória para o fim de condenar o ora apelante à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 299 do Código Penal.

Em suas razões recursais (p. 1.050-1.070), a defesa propugna pela desclassificação dos fatos relacionados à falsificação de documento público para um só crime falsa identidade.

Subsidiariamente, postula pela redução da pena-base e da pena de multa ao mínimo legal, pelo afastamento da agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea "b", do Código Penal, pela fixação de regime inicial mais brando e isenção das custas processuais.

Nas contrarrazões de p. 1.074-1.095, a representante ministerial postula pelo parcial provimento do recurso defensivo.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo parcial provimento do apelo (p. 1.104-1.127).

É o breve relato do caso. Passa-se ao exame do inconformismo defensivo.

Segundo narra a peça acusatória:

> *"(...) no dia 24 de janeiro de 2015, a vítima Bruno Henrique Alves de Paula (f. 18/20, do IP físico) teve seu veículo VW GOL, placa NRQ-5295, cor preta, roubado na Rua Souto Maior, nesta Capital, sendo que seu aparelho celular ficou dentro do veículo com o GPS ligado. Ao ligar para seu aparelho, manteve contato com a pessoa de 'Camila', a qual declinou que estava com seu celular e lhe forneceu o endereço para que fosse buscá-lo. Ato contínuo, Bruno chamou a guarnição da polícia que o acompanhou até o local indicado por Camila, onde o mesmo recuperou seu aparelho telefônico.*
>
> *No local, 'Camila' informou aos policiais que recebera o aparelho da pessoa de Anderson Schleich dos Santos (f. 29/30, do IP físico), o qual informou aos policiais que adquirira o objeto da pessoa de 'Carol'.*
>
> *Por intermédio de informações de outra guarnição, os Policiais Militares Luis Rogerio Selasco (f. 08/09, do IP físico) e Lincoln Ariel de Carvalho Nunes (f. 12/13, do IP físico) foram até a residência de 'Carol', onde a mesma aduziu que seu convivente Fernando Rodrigues Dos Santos (f. 35/36, do IP físico) estava foragido da justiça e envolvido em roubos de carros.*
>
> *Em seguida, os policiais militares encaminharam-se à residência de Fernando, ocasião na qual conseguiram deter o mesmo e Ray Travalone Filho de Oliveira (f. 40/41, do IP físico) (Claudemir Coenga de Oliveira) que empreendiam em fuga. Ato contínuo, os militares procederam à verificação do local de onde ambos tentavam fugir e se depararam com a pessoa de Rosimar Costa Dias (f. 22/23, do IP físico), a qual tentou impedir o ingresso dos policiais na residência.*
>
> *Ao adentrarem ao imóvel, foi localizado o veículo Honda Fit, placa HSF-7493, o qual, após checagem nos sistemas, apresentou registro de ocorrência de roubo na data de 24 de janeiro de 2015, sendo de propriedade da pessoa de Katia Kanashiro Quadros Cardoso (f. 14/16, do IP físico).*
>
> *Ademais, no local foi encontrado também o veículo VW GOL, de propriedade de Rosimar, o qual, posteriormente foi identificado pela vítima Bruno Henrique como sendo o automóvel que participou do roubo de seu veículo. A vítima também declarou que as rodas e os pneus que estavam no referido veículo eram pertencentes ao seu carro.*
>
> *Bruno Henrique procedeu ao reconhecimento fotográfico (f. 21, do IP físico) de Fernando e Ray (Claudemir), apontando, sem sombra de dúvidas a pessoa de Ray (Claudemir) como um dos autores do roubo e declinando ser Fernando o outro participante, fato confirmado*

*pela denunciada Rosimar, a qual declarou ter emprestado seu veículo a ambos, com o intuito de Fernando e Ray (Claudemir) cometerem a prática delituosa.*

*Por sua vez, a vítima Katia Kanashiro Quadros Cardoso procedeu ao reconhecimento fotográfico (f. 17, do IP físico) da pessoa de Anderson Schleich dos Santos como sendo o autor do roubo de seu automóvel. Outrossim, asseverou, sem sombra de dúvidas, que, no momento do roubo, Anderson contava com o apoio do veículo VW GOL de propriedade de Rosimar Costa Dias.*

*O veículo da vítima Katia Kanashiro foi apreendido (f. 55, do IP físico), avaliado (f. 56, do IP físico) em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e restituído à vítima (f. 57, do IP físico).*

*Conforme a vítima Bruno Henrique (f. 81, do IP físico), seu automóvel foi encontrado abandonado em uma lavoura, na cidade de Sidrolândia/MS e, posteriormente, lhe foi restituído (f. 82, do IP físico).*

*Foi elaborado Auto de Resistência da pessoa de Fernando Rodrigues dos Santos (f. 67/68, do IP físico).*

*Por fim, foi registrado o Boletim de Ocorrência nº 1593/2015 Depac Centro (f. 87, do IP físico) haja vista a descoberta de que* ***o denunciado Ray Travalone Filho de Oliveira, na verdade se trata da pessoa de Claudemir Coenga de Oliveira, o qual estava evadido da Colônia Penal.****"* (p. 04-07, destacou-se).

Após a regular instrução processual, sobreveio aos autos a sentença de p. 1.018-1.023, por meio da qual o Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande julgou procedente a pretensão contida na denúncia para o fim de condenar o ora apelante à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 299 do Código Penal.

Não conformado com o deslinde do caso, o sentenciado recorre a este Sodalício, consoante inicialmente relatado.

Pois bem. O inconformismo recursal não merece prosperar.

No caso, a materialidade delitiva está perfeitamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (p. 11-114), auto de apreensão (p. 94 e 261), auto de reconhecimento (p. 118-119), auto de avaliação (p. 258) e laudo pericial (p. 46-52), 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 janeiro de 2015, ao ser preso pela prática de roubo majorado, o apelante se apresentou aos policiais como Ray Travalone Filho de Oliveira, sendo lavrado o auto de prisão flagrante lavrado em face do referido nome.

Sucede que, durante a referida prisão, o perito papiloscopista identificou o verdadeiro nome do apelante Ray Travalone Filho de Oliveira, o qual, na realidade, era Claudemir Coenga de Oliveira.

O recorrente subscreveu o pseudônimo no interrogatório (p. 58-59), nota de culpa (p. 60) e informações sobre a vida pregressa (p. 62-63).

Interrogado sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 432), o recorrente Claudemir Coenga de Oliveira confessou ter utilizado o nome falso, pois havia "quebrado a colônia".

É evidente o dolo de omitir fato juridicamente relevante, pois o apelante teve oportunidade de esclarecer a sua real identidade, mas optou por falsear o seu nome no intento de se livrar do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Diante desse cenário, 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, ou seja, introduziu informação falsa no documento público com vistas a ocultar a sua real identidade (fato juridicamente relevante), pois era fugitivo do sistema prisional, 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; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 19/11/2019; DJE 05/12/2019) (Destacou-se).

Logo, inexiste reparo a ser feito no édito condenatório.

Da absolvição por atipicidade da conduta em razão do exercício da autodefesa.

Como é curial, o direito de permanecer calado, está protegido pelo artigo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, abrangendo o direito de falsear ou omitir sobre os fatos imputados, mas não compreende, entretanto, o direito de mentir a respeito de sua identidade perante a autoridade policial, sob pena de incorrer no crime de uso de documento falso ou de falsa identidade.

Nessa ordem de ideias, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça entendem que a tese de autodefesa não serve para descaracterizar a prática dos delitos dos artigos 304 e 307, ambos do CP.

Nesse diapasão:

> *"(...) o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes (...)." (STF. Plenário. RE 640139 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011).*
>
> *"(...) o Plenário Virtual, ao analisar o RE 640.139/DF, reconheceu a repercussão geral do tema versado nestes autos e, na ocasião, reafirmou a jurisprudência, já consolidada no sentido de que comete o delito tipificado no art. 307 do Código Penal aquele que, conduzido perante a autoridade policial, atribui a si falsa identidade com o intuito de ocultar seus antecedentes (...)."* (STF. 2ª Turma. RE 648223 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/2011).

No mesmo caminhar:

> *"(...) é típica a conduta do acusado que, no momento da prisão em flagrante, atribui para si falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que em alegada situação de autodefesa. Isso porque a referida conduta não constitui extensão da garantia à ampla defesa, visto tratar-se de conduta típica, por ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome seja utilizado no falso (...)." (STJ. 3ª Seção. REsp 1.362.524-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/10/2013).*

Aliás, a matéria é objeto do enunciado da Súmula 522 do STJ:

> *"Súmula 522 – A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa."*

Com maior razão, também deve ser considerada típica a conduta daquele que apresenta à autoridade policial com nome falso e o subscreve em diversos documentos do procedimento administrativo com a intenção de ocultar sua verdadeira identidade e o fato de ser foragido do sistema penitenciário.

Em abono dessa conclusão, colhe-se o seguinte precedente desta Colenda Terceira Câmara Criminal:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA ALEGADA – ATIPICIDADE CONDUTA – EXERCÍCIO DA AUTODEFESA – TESE AFASTADA – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – NÃO ACOLHIMENTO – REGIME PRISIONAL SEMIABERTO ADEQUADO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> ***I. O direito constitucional de permanecer calado, protegido pelo artigo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, abrange o direito de mentir ou omitir sobre os fatos imputados, mas não abrange o direito de mentir a respeito de sua identidade perante a autoridade policial, sob pena de incorrer no crime de uso de documento falso ou de falsa identidade. Súmula nº 522 do STJ. Evidentemente, esse mesmo entendimento se aplica ao crime de falsidade ideológica, pois, na essência, trata-se da mesma proposição.***
>
> *II. Carece de interesse o pleito de aplicação da fração de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial tida como negativa, porquanto foi exatamente este montante de acréscimo adotado pelo emérito julgador na primeira fase da dosimetria em razão dos antecedentes criminais.*
>
> *III Não há se falar em abrandamento do regime prisional, pois, ainda que a pena seja inferior a quatro anos, a reincidência obstaculiza o regime inicial aberto (art. 33, § 2º, 'c', do CP).*
>
> *IV Recurso não provido, com o parecer."* (TJMS; ACr 0801024-07.2016.8.12.0019; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Zaloar Murat Martins de Souza; DJMS 19/09/2019; Pág. 127) (Destacou-se).

Logo, não há falar em atipicidade da conduta *sub examine*.

Do pleito de redução da reprimenda basilar.

Para os devidos aprofundamentos, colhe-se o seguinte excerto da fundamentação declinada exasperar a reprimenda basilar do apelante:

> *"(...) a sua culpabilidade é normal a espécie;* ***os antecedentes são péssimos****, posto sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, e, execuções penais; sua* ***conduta social*** *é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho lícito), fato este que demonstra ter* ***personalidade*** *acentuadamente propensa a pratica criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na pratica delituosa, e, também, evidencia a insensibilidade moral e desprezo pela vítima (pessoa da qual usou o nome), posto que insensível ao sofrimento físico, moral e patrimonial a que a pode submete, em decorrência do extremo potencial lesivo da conduta. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade, sensibilidade e afetuosidade com a vítima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; que o motivo é normal a espécie;* ***as circunstâncias são graves, posto que a conduta delitiva foi praticada durante o cumprimento de pena em execução penal****, e, foragido do sistema prisional (Autos Unificados 0047377-37.2012 – 1ª Vara de Execução Penal); que as* ***consequências*** *foram sérias, pois a ação do condenado causa sérios danos a honra objetiva da terceira pessoa da qual esta utilizando o nome indevidamente, e quiçá efeitos patrimoniais cíveis e efeitos penais (resultado – não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito.*
>
> *Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de multa de 150 (cento e cinquenta) dias-multa (...)."* (G.n.).

Como visto acima, o juízo *a quo* valorou os antecedentes, a conduta social, a personalidade, as circunstâncias e as consequências, tendo elevado a reprimenda basilar em 02 (dois) anos.

Especificamente sobre a valoração dos antecedentes, vale frisar que a sentença é irretocável, conforme bem demonstra a certidão de p. 434-437, sendo certo que a multiplicidade de condenações definitivas por fatos anteriores permite a valoração da reprimenda basilar (antecedentes) e da intermediária (reincidência).

De outro lado, o magistrado singular exasperou a reprimenda, ao argumento de que o apelante possui *"personalidade acentuadamente propensa a pratica criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e, também, denota a insensibilidade moral e desprezo pela vítima."*

Contudo, a personalidade não pode ser considerada desfavorável, porquanto a vida pregressa do agente representada apenas por condenações criminais definitivas por fatos anteriores deve ser valorada por ocasião dos antecedentes.

Outrossim, a fundamentação empregada para considerar desabonadora a conduta social, também, é inidônea, não havendo indicação de qualquer fator hábil a demonstrar o comportamento desregrado perante a família, a sociedade, a empresa etc. Confira-se:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ROUBO MAJORADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE –* ***CONDUTA SOCIAL – AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA –*** *FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – AFASTADA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – DELITO PRATICADO NO PERÍODO NOTURNO – ELEMENTO QUE NÃO ULTRAPASSA O DESCRITO NO TIPO PENAL – QUESITO EXCLUÍDO – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.*

> ***2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a exasperação da pena-base, assim como o recrudescimento de qualquer tratamento direcionado ao réu acima do mínimo previsto em lei, deve ser fundamentado em elementos extraídos dos dados concretos constantes dos autos.***
>
> *3. Assim, existe ilegalidade na negativação da circunstâncias judicial referente à conduta social pela ausência de ocupação lícita do réu, bem como com relação às circunstâncias do ilícito pela prática do roubo em período noturno, sem que o modus operandi desborde do previsto no próprio tipo penal.*
>
> *4. Agravo regimental improvido."* (AgRg no HC 460.713/TO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 14/12/2018). (Destacou-se).

Do mesmo modo, as consequências não desbordam daquelas comumente constatadas em delitos desta estirpe, pois a utilização do nome de outra pessoa já está contemplada no preceito primário do crime em questão (fato juridicamente relevante), de modo que a valoração desse fato constitui *bis in idem*.

Por outro lado, a fundamentação declinada se revela suficiente para considerar como desabonadora as circunstâncias do crime, tendo em vista que o apelante praticou os delitos durante o cumprimento de pena em execução penal e, inclusive, estava evadido do sistema prisional.

Referido aspecto, demonstra com clareza solar a manifesta falta de compromisso com a Justiça e a extrema recalcitrância em assimilar as regras de convívio social, justificando, desse modo, o recrudescimento da resposta penal.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO TENTADO – CONCURSO DE AGENTES – ART. 155, § 4º, IV, C/C 14, II, DO CP – OBJETOS RESTITUÍDOS À VÍTIMA – BENS AVALIADOS NO EQUIVALENTE A 36% DO SALÁRIO MÍNIMO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REPROVABILIDADE DA CONDUTA – INSIGNIFICÂNCIA NÃO DEMONSTRADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS – REDIMENSIONAMENTO – REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR – AFASTAMENTO – TENTATIVA (ART. 14, II, DO CP) – FRAÇÃO DA REDUÇÃO – EXTENSÃO DO ITER CRIMINI – FURTO PRIVILEGIADO – § 2º DO ART. 155 DO CP – REQUISITOS PRESENTES – DIREITO SUBJETIVO – CONCESSÃO – PENA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO – ART. 33, §§ 2.º e 3.º, DO CÓDIGO PENAL – QUANTIDADE DA SANÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS – ELEIÇÃO DO MAIS GRAVOSO – CUSTAS PROCESSUAIS – JUSTIÇA GRATUITA – ISENÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL.*
>
> *(...);*
>
> ***IV - O fato de o agente estar em liberdade provisória ou livramento condicional quando da prática do novo fato ilícito é fundamento legítimo para recrudescer a pena-base, cabendo ao magistrado optar por imputar o acréscimo em alguma das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.***
>
> *(...);*
>
> *X – Recursos a que, em parte com o parecer, dá-se parcial provimento."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0035681-96.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 26/10/2017, p: 30/10/2017) (Destacou-se).

Logo, com exceção da conduta social, a reprimenda basilar deve ser integralmente mantida.

Da agravante do artigo 61, inciso II, do Código Penal.

Neste ponto, há claro *bis in idem* no reconhecimento da agravante do artigo 61, II, "b", do CP, porquanto o intuito de assegurar a impunidade pelo crime anterior é a vantagem, prevista no tipo penal do artigo 307 do CP, que o recorrente buscou ao atribuir-se falsa identidade.

Sendo assim, o fato de a circunstância utilizada como agravante estar contemplada como elementar da conduta delitiva impossibilita o reconhecimento da indigitada agravante.

Portanto, a referida agravante deve ser decotada.

Da nova dosimetria.

Em atenção à neutralização da conduta social, da personalidade e das consequências do crime, passa-se a nova dosimetria de acordo com o limite de pena previsto na sentença vergastada (princípio do *non reformatio in pejus*).

Na primeira fase, pesa em desfavor do apelante a valoração dos antecedentes e das circunstâncias do crime, razão pela qual a pena deve ser fixada em 02 (dois anos) de reclusão e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, conforme o critério ideal adotado por este Sodalício.

Na fase intermediária, presentes as circunstâncias atenuante da confissão e agravante da reincidência (multirreincidente), compenso-as parcialmente, razão pela qual a pena será elevada ao patamar de 02 (dois anos) e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 93 (noventa e três) dias-multa.

Diante da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, a reprimenda definitiva deve ser fixada em 02 (dois anos) e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 93 (noventa e três) dias-multa.

Do abrandamento do regime prisional.

Em que pese o esforço argumentativo desenvolvido pelo combativo Defensor Público, não há como desconsiderar que, de acordo com a exegese dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, aliada à existência de circunstância judicial desfavorável (antecedentes e circunstâncias do crime), impõe o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

Neste particular, embora a pena aplicada seja inferior a 04 (quatro) anos, pesa em desfavor do apelante a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (antecedentes e circunstâncias do crime) e da reincidência, de modo que se faz incabível o estabelecimento do regime prisional intermediário.

Nessa ordem de ideias, a despeito dos argumentos expostos às p. 1.065-1.067, insta frisar que o entendimento jurisprudencial hodierno é no sentido de que a Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente tão somente quando todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, situação esta que não é evidenciada no caso dos autos, pois, como dito acima, os antecedentes e as circunstâncias foram valorados.

Sobre a matéria *sub examine*, Ricardo Augusto Schimitt[1] pontifica que:

> *"(...) a reincidência sempre afastará a regra geral prevista para a definição do regime prisional segundo a pena aplicada. Em condenações superiores a quatro e que não excedam a oito anos, havendo a incidência da circunstância agravante da reincidência ao condenado,* ***deverá o julgador sempre o julgador sempre aplicar o regime prisional mais gravoso à espécie****.*
>
> *Somente nas hipóteses de condenações de reincidentes à pena privativa de liberdade de até quatro anos por crime punido com reclusão, portanto, é que surgirá a possibilidade de o julgador estabelecer o regime prisional semiaberto ou fechado, e a sua escolha ideal será norteada novamente pela análise e valoração das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) (...).*

1 SCHIMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 369.

*Em decorrência disso, observamos que mais uma vez* ***as circunstâncias judiciais foram colocadas em plano de notoriedade à valoração, por poderem resultar na definição do regime prisional fechado ao reincidente condenado por crime punido com reclusão a pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos****, desde que elas se revelem desfavoráveis ao agente.*

*Notamos, porém, que para a adoção do regime prisional fechado em crimes punidos com reclusão que tiveram a pena definitiva dosada em até quatro anos, não bastará apenas a existência de circunstância judicial desfavorável, mas também que o condenado seja reincidente.*

*Somente o somatório entre a circunstância agravante da reincidência e a existência de circunstância judicial desfavorável ao agente é que autorizará a fixação do regime prisional fechado em condenações de até quatro anos de pena." (Destacou-se).*

Em abono dessa conclusão, eis a jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – DECISÃO MONOCRÁTICA – FURTO QUALIFICADO – DOSIMETRIA – REGIME FECHADO – PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO – POSSIBILIDADE – ACUSADO MULTIRREINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (MAUS ANTECEDENTES) – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DESTA CORTE – MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO – AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*I – É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.*

*II – Sendo a paciente multirreincidente e portadora de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime fechado mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a Súmula n. 269/STJ: 'É admissível a adoção do regime prisional semi- aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.* ***Ressalte-se que a incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, o que não ocorre na espécie. Agravo regimental desprovido****."* (AgRg no HC 610.605/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020) (Destacou-se).

No mesmo caminhar, trago à baila o posicionamento adotado por esta Colenda Terceira Câmara Criminal em caso análogo ao presente, *in verbis*:

*"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ART. 155, § 4º, II, DO CP – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ARTIGO 386, III E VII, DO CPP – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – CONFISSÃO EM AMBAS AS FASES AMPARADA PELAS DEMAIS PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – ALEGADA CONFIGURAÇÃO DO FURTO DE USO – AFASTAMENTO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES – IMPOSSIBILIDADE – PENA –* ***REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SÚMULA 269 DO STJ – INAPLICABILIDADE – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO*** *– RECURSO DESPROVIDO.*

*(...);*

*IV - Pela inteligência dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, somada à existência de circunstância judicial desfavorável, obriga à fixação de regime prisional mais gravoso, ainda que a pena imposta seja inferior a quatro anos de reclusão.* ***A Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente apenas quando todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.***

*V - Recurso desprovido. De acordo com o parecer."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000253-79.2014.8.12.0036, Inocência, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 25/10/2019, p: 29/10/2019) (Destacou-se).

Enfim, inexiste reparo a ser feito quanto ao regime fechado estabelecido no édito condenatório, de modo que o inconformismo defensivo não comporta guarida.

Da gratuidade judiciária.

Por fim, vale frisar que não compete a esta Corte de Justiça o exame de isenção do pagamento de custas, pois o estado de miserabilidade do condenado deve ser oportunamente analisado por ocasião da fase de execução, haja vista a possibilidade de modificação do cenário financeiro vivenciado pelo sentenciado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório.

Coadunando-se com a referida asserção, eis a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

*"PENAL – PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIME DE INCÊNDIO – ART. 250, § 1º, INCISO II, ALÍNEA 'B', DO CP – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – DESPESAS PROCESSUAIS – SUSPENSÃO – EXIGIBILIDADE – JUÍZO DA EXECUÇÃO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Rever os fundamentos utilizados pela Corte a quo, para concluir pela absolvição dos acusados e a inexistência de qualquer potencial lesivo à vida ou patrimônio indeterminado de pessoas, desclassificando a conduta de crime de incêndio qualificado para o delito de dano qualificado, como requer a parte recorrente, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.*

*2. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais,* ***a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções*** *(AgRg no AREsp n. 1371623/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 30/4/2019).*

*3. Não é possível em recurso especial analisar o pedido de justiça gratuita que visa suspender, desde já, a exigibilidade do pagamento das despesas processuais, uma vez que* ***o momento adequado de verificação da miserabilidade do condenado, para tal finalidade, é na fase de execução, diante da possibilidade de alteração financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório*** *(AgRg no REsp 1699679/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/0/2019, DJe 13/8/2019).*

*4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1601324/TO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020) (Destacou-se).

*"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO MAJORADO – OFENSA AOS ARTS. 155, 386, VII, AMBOS DO CPP, E 157, § 2º, I E II DO CP – AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO IMPUGNOU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA 182/STJ QUANTO À MATÉRIA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º E 804, AMBOS DO CPP, 98 E 102, AMBOS DO NCPC – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – PRETENSÃO RECURSAL CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO STJ – SÚMULA 568/STJ – MALFERIMENTO DO ART. 805 DO CPP – INOVAÇÃO RECURSAL – PEDIDO DE CONCESSÃO DE HC DE OFÍCIO PARA SUPERAR VÍCIO PROCEDIMENTAL – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.*

> *1. 'Incide por analogia o enunciado 182 da Súmula do STJ às matérias cujos fundamentos não foram impugnados no regimental'.* (AgRg no REsp 1.127.566/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 23/03/2012).
>
> *2. Nos termos do entendimento do STJ o beneficiário da justiça gratuita não faz jus a isenção do pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da exigibilidade destas, pelo período de 5 anos, a contar da sentença final, quando então, em não havendo condições financeiras de o recorrente quitar o débito, restará prescrita a obrigação. Ademais,* ***o momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução da sentença condenatória.***
>
> *(...).*
>
> *5. Agravo regimental parcialmente conhecido, e nessa extensão, não provido."* (AgRg no AREsp 1226606/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018) (Destacou-se).

Portanto, a pretensão recursal também não comporta acolhimento neste ponto.

No que se refere ao prequestionamento levantado, deve-se frisar que a matéria controvertida foi analisada, integralmente, de maneira clara e objetiva, mostrando-se despicienda a expressa referência no acórdão de todas as normas indicadas pelas partes.

Diante do exposto, com o parecer, deve-se dar parcial provimento ao recurso defensivo apenas para redimensionar a reprimenda para 02 (dois anos) e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 93 (noventa e três) dias-multa, mantendo-se incólumes os demais termos da sentença recorrida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 12 de novembro de 2020.

***

## 3ª Câmara Criminal
## Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
## Apelação Criminal nº 0004074-77.2016.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FURTO QUALIFICADO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PROVAS SUFICIENTES À MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO – PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DA ESCALADA E DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – ACOLHIMENTO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – ALMEJADA A NEUTRALIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE E DA CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME – POSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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 e o apelante é contumaz na prática delitiva.

Nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal, a prova produzida durante o inquérito pode ser usada como alicerce se estiver confirmada por elementos colhidos em juízo, em regular procedimento contraditório. *In casu*, depreende-se dos presentes autos que as provas colhidas na fase pré-processual e também judicial, permitem concluir, com a certeza desejada e exigível, que o delito de furto imputado ao réu tenha realmente ocorrido tal como descrito na denúncia, impondo-se a manutenção do édito condenatório.

No caso em tela, a despeito dos depoimentos revelarem que o recorrente adentrou à residência da vítima pelo telhado, mediante escalada e retirada de telhas, inexiste nos autos laudo pericial ou qualquer justificativa da autoridade policial para a não confecção do documento, motivo pelo qual as qualificadoras da escalada e do rompimento de obstáculo devem ser decotadas, nos moldes da posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A utilização de condenações anteriores se mostra inidônea para incrementar a pena-base quanto à moduladora relativa à personalidade, pois existente vetorial própria para analisar as incursões criminais, qual seja, a dos antecedentes, motivo pelo qual tal vetorial deve ser neutralizada.

Diante do afastamento das qualificadoras, mostra-se cogente a neutralização das circunstâncias do crime, cuja fundamentação estava atrelada à existência daquelas.

Mantém-se o regime semiaberto, pois, embora a pena final seja inferior a quatro anos, pesa em desfavor do apelante a reincidência, de modo que o regime intermediário se mostra demasiadamente benéfico ao caso dos autos. Inteligência da Súmula 269 do STJ.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, nos termos do voto do Relator, deram parcial provimento ao recurso, vencida parcialmente a Vogal, que deu parcial provimento em menor extensão.

Campo Grande, 19 de novembro de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

## VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Rafael Sampaio Dantas contra a sentença de p. 131-136, proferida pelo Juízo da Vara Criminal, da Infância e da Adolescência da Comarca de Paranaíba, a qual condenou o ora apelante à pena de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime inicial para o cumprimento de pena semiaberto, e ao pagamento de 110 (centro e dez) dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal.

Em suas razões recursais (p. 157-175), a defesa postula pela absolvição do recorrente, sob alegação do princípio da insignificância, bem como por ausência de provas. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento das qualificadoras da escalada e do rompimento de obstáculo, com a consequente desclassificação para furto simples, bem como a neutralização das circunstâncias judiciais da personalidade e das circunstâncias do crime, e a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

Nas contrarrazões ofertadas às p. 179-191, o representante ministerial, em primeira instância, pugna pelo improvimento do recurso de apelação.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo improvimento do apelo (p. 202-218).

É o relato do essencial. Passa-se ao exame das pretensões defensivas.

Consta da peça acusatória que:

> *"(...) no dia 24 de agosto de 2016, por volta das 12h10min., na Rua Da Saudade, nº 850, nesta cidade, o denunciado Rafael Bruno Sampaio Dantas subtraiu, para si, coisa alheia móvel, mediante escalada e rompimento de obstáculo, consistente em 01 (um) aparelho televisor, marca Philips e 01 (um) receptor de antena parabólica da marca CROMUNS, pertencente a vítima Antonio Francisco Borges.*
>
> *Apurou-se que na data e local supramencionados, a vítima Antonio Francisco Borges, ao chegar em sua residência, avistou o denunciado saindo, em atitude suspeita, de um terreno baldio vizinho. Logo depois, ao entrar em sua residência notou que a televisão e o receptor não estavam mais em seu quarto.*
>
> *Para a empreita criminosa, o autor escalou o muro da residência, retirou algumas telhas, assim, teve acesso ao seu interior. Em poder dos objetos subtraídos, para retirar-se do local, arrombou uma janela de madeira da cozinha e em seguida, abandonou a televisão em um corredor atrás da casa, com a intenção de busca- la em momento posterior.*
>
> *Após constata a prática do crime, a vítima acionou a Policia Militar, entretanto não foi possível localizar o denunciado em poder dos objetos subtraídos. Insta consignar, que a vítima reconheceu o denunciado conforme consta do Auto de Reconhecimento Fotográfico – positivo (f. 51) (...)." (p. 1-3).*

Após a regular instrução processual, sobreveio a sentença de p. 131-136, por meio da qual o Juízo da Vara Criminal, das Execuções Penais e da Infância e da Adolescência da Comarca de Paranaíba julgou procedente a pretensão contida na peça acusatória, a fim de condenar Rafael Bruno Sampaio Dantas à pena total de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 110 (cento e dez) dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Não conformado com o deslinde do caso, o sentenciado recorre a este Sodalício, consoante relatado em linhas alhures.

Da pretensa aplicação do princípio da insignificância.

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 o bem subtraído, um receptor de antena parabólica Marca Cromus C-3.8 PLUS, segundo o Laudo de Exame Merceológico Indireto de p. 37-38, varia entre R$100,00 (cem reais) à R$124,00 (cento e vinte e quatro reais), restando avaliado em R$112,00 (cento e doze reais), valor este que supera 10% (dez por cento) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos – R$880,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais) –, conforme o artigo 1º da Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIME DE FURTO – HABITUALIDADE DELITIVA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – VALOR EXPRESSIVO DO BEM SUBTRAÍDO – INAPLICABILIDADE – RESTITUIÇÃO DO BEM – RAZÃO INSUFICIENTE PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO – AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que 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 diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente. Precedentes.*
>
> *2. Ademais, o princípio da insignificância reafirma a necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do direito penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, não houve dano juridicamente relevante. Na presente hipótese,* ***o bem furtado foi avaliado em R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), montante expressivo, porquanto equivalente a mais de 10% do salário-mínimo à época dos fatos. Precedentes.***
>
> *3. O simples fato de o bem haver sido restituído à vítima, não constitui, por si só, razão suficiente para a aplicação do princípio da insignificância.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1283522/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018) (Destacou-se).

Outrossim, não se pode desconsiderar o fato de o apelante ser contumaz na prática delitiva, tratando-se, inclusive, de reincidente, o que certamente obsta o reconhecimento da benesse em questão. Confira-se:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FURTO – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***A contumácia do apelante na vida criminosa impede a aplicação do princípio da bagatela."*** (TJMS. Apelação Criminal n. 0002183-58.2019.8.12.0004, Amambai, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 03/11/2020, p: 05/11/2020) (Destacou-se).

Enfim, sem maiores delongas, as circunstâncias supradescritas não autorizam o reconhecimento da atipicidade material da conduta em questão.

Do pleito absolutório sob a alegação de insuficiência de provas

Sustenta a defesa que não há nos autos qualquer indicativo seguro, produzido à luz do contraditório, apto a comprovar que o réu tenha praticado o fato previsto no artigo 155, § 4º, inciso I e II, do Código Penal, e que diante da inconsistência a qual cercou o arcabouço probatório, deve o réu ser absolvido por falta de provas.

Em que pese o entendimento externado no apelo defensivo, insta salientar que o conjunto probatório amealhado aos autos se mostra robusto e harmônico, razão pela qual a tese de insuficiência probatória merece ser rechaçada, consoante doravante exposto.

Desponta dos autos que as provas produzidas durante a fase inquisitorial foram confirmadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A testemunha Elton dos Santos Reis (arquivo audiovisual p. 131-136) prestou depoimento judicial, oportunidade na qual declarou que atendeu a ocorrência narrada na denúncia e que se deparou com a vítima e vizinhos, os quais haviam visualizado o recorrente Rafael entrando na casa do Sr. Antonio e saindo de lá com o bem subtraído. Confirmou que tanto a vítima como os vizinhos afirmaram que o autor seria Rafael.

Por seu turno a testemunha James Roberto da Silva Germano, declarou que atendeu a ocorrência policial e recordou-se ter ouvido da vítima que quando esta chegava em casa deparou-se com o recorrente subtraindo alguns objetos.

Narrou que ao chegar no local com sua guarnição, verificaram que a residência havia sido arrombada e segundo declarações da vítima foi levado um receptor de antena parabólica. Esclarece que a vítima e alguns vizinhos confirmaram que o autor da subtração foi Rafael Bruno Sampaio Dantas.

Afirmou que não lograram êxito na prisão de Rafael, pois ele havia se evadido do local, levando consigo o bem subtraído.

Em depoimento prestado na fase inquisitorial (p. 11-12), a vítima Antônio Francisco Borges, declarou que havia saído de sua residência na manhã dos fatos e, ao retornar por volta das 10 horas, visualizou um homem vindo dos fundos de um terreno baldio, vizinho à sua residência. Relatou que tal indivíduo era magro, alto e usava camiseta de uniforme de escola na cor verde.

Narrou que ao entrar na residência percebeu que sua televisão não estava sobre o móvel que a deixavam, e que além da televisão foi subtraído um receptor e dois controles. Acrescentou que localizou o televisor nos fundos da residência, em um corredor, a qual teria sido deixada ali pelo autor da subtração para buscá-la posteriormente.

Pormenorizou que o autor da subtração adentrou à residência pelo telhado, retirando algumas telhas e que saiu pela janela da cozinha.

Desse modo, em que pese a negativa do apelante, e os argumentos expendidos pela combativa defesa, não restam dúvidas de que o apelante praticou a conduta ilícita narrada na denúncia, pois segundo consta do conjunto probatório angariado aos autos o recorrente foi reconhecido pela vítima como autor da subtração e igualmente teria sido apontado pelos vizinhos como a pessoa que visualizaram deixando o local na data dos fatos.

Outrossim nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal, a prova produzida durante o inquérito pode ser usada como alicerce se estiver confirmada por elementos colhidos em juízo, em regular procedimento contraditório. Dessa forma, o depoimento prestado pela vítima na fase policial foi corroborado pelos depoimentos prestados pelos policiais militares na fase judicial.

Além disso, os depoimentos dos policiais militares são seguros e harmônicos, pois em nada destoam dos depoimentos prestados na fase inquisitorial, no sentido de que em ato contínuo à comunicação, seguiram até o local em atendimento à ocorrência, e ambos relatam que a vítima apontou o recorrente como o autor da subtração, mediante arrombamento e indagaram alguns vizinhos que confirmaram ter visualizado Rafael Bruno saindo da residência de Antônio no momento dos fatos.

Como é cediço, os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, mormente quando são totalmente coerentes, coesos e harmônicos, não havendo nos autos nenhuma evidência de que teriam pretensão de prejudicar o apelante, tampouco razões que indiquem a suspeição desses agentes, dotados de fé pública.

Deve-se frisar que os depoimentos dos policiais são plenamente válidos como provas da infração penal, pois tais agentes são compromissados, enquanto testemunhas, a dizer a verdade, nos termos do artigo 203 do Código de Processo Penal.

Especificamente sobre o significado do compromisso de dizer a verdade, Renato Brasileiro de Lima[1] preconiza que *"a testemunha deve dizer o que sabe, não pode se calar sobre o que sabe, nem pode negar a verdade ou declarar fato inverídico"*, sendo tal dever extraído do tipo penal do crime de falso testemunho (artigo 342 do Código Penal).

Outrossim, a defesa não comprova, tampouco alega, que os policiais possuíam o intento de prejudicar o recorrente.

Coadunando-se com o raciocínio acima apresentado, eis a jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA –* ***CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL – PROVA IDÔNEA –*** *MAJORANTES DO ART. 40, IV E VI, DA LEI N. 11.343/2006 – ANALOGIA À SÚMULA 443 DO STJ – READEQUAÇÃO À FRAÇÃO MÍNIMA (1/6) – REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO) – CONCURSO MATERIAL – REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS – MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE – 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
>
> *2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.*
>
> ***3. Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.***
>
> *(...).*
>
> *7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a fração de incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de Drogas para 1/6, ficando a reprimenda final em 10 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 1.399 dias-multa, mantido*

1 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 721.

*o regime fechado." (HC* 436.168/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018) (Destacou-se).

Em conclusão, não restam dúvidas sobre a conduta criminosa descrita na peça acusatória, sendo inequívoca a prática da subtração por parte do apelante, de modo que não se faz possível o acolhimento da pretensão absolutória.

Da pretensão de afastamento das qualificadoras da escalada e do rompimento de obstáculo

Pretende a defesa o afastamento das qualificadoras da escalada e do rompimento de obstáculo, sustentando que o reconhecimento da referida circunstância demanda a realização do exame pericial técnico, pois trata-se de crime que deixa vestígios e que os depoimentos de testemunhas não são capazes de suprir o laudo pericial, não sendo meio idôneo para comprovar a existência das qualificadoras.

De fato, inexiste nos autos laudo pericial no local dos fatos, tampouco justificativa para a não produção desta prova ou, ainda, informações acerca da impossibilidade de sua elaboração.

Neste particular, cumpre ressaltar que já havia me posicionado anteriormente, em casos análogos aos autos *sub examine*, pela prescindibilidade da elaboração do laudo pericial, desde que houvessem outros elementos de prova capazes de demonstrar a ocorrência das referidas circunstâncias, como a prova testemunhal.

Entretanto, passei a adotar a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a aludida qualificadora somente quando há realização de perícia, ou, demonstrada a impossibilidade de realização da prova técnica.

No caso em tela, a despeito do depoimento da vítima e das testemunhas revelarem a ocorrência da retirada de telhas do telhado da residência, inexiste nos autos laudo pericial ou qualquer justificativa da autoridade policial para a não confecção do aludido documento, impondo-se o acolhimento do pleito defensivo para que sejam decotas as qualificadoras da escalada e do rompimento de obstáculo, nos moldes da posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, colaciona-se recente precedente do Tribunal da Cidadania:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – FURTO QUALIFICADO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA – CRIME QUE DEIXA VESTÍGIO – ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA DIRETA – PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES – PREJUDICIALIDADE CONSTATADA – ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTO INIDÔNEO NA VALORAÇÃO DO VETOR JUDICIAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – PROVIMENTO QUE SE IMPÕE – MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA – DECISÃO RECONSIDERADA – PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS.*
>
> *1. Para o Superior Tribunal de Justiça, a qualificadora da destruição ou rompimento de obstáculo só pode ser aplicada ao crime de furto mediante realização de exame pericial, tendo em vista que, por ser infração que deixa vestígio, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito direto, por expressa imposição legal.*
>
> *2.* ***A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se esses tiverem desparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado no presente caso.***
>
> *3. A exasperação da pena-base, conforme apresentado pelo Tribunal mineiro, carece de fundamento apto a justificar o desvalor do vetor judicial das circunstâncias do crime.*
>
> *4. A Procuradoria-Geral da República dispôs que se era possível a realização da perícia, e esta não ocorreu, a prova testemunhal, a confissão do acusado e o exame indireto não suprem a sua ausência, sendo, portanto, incabível a aplicação da qualificadora prevista*

*no art. 155, § 4º, I, do Código Penal à espécie, impondo-se, por conseguinte, a exclusão do acréscimo da referida majorante.*

*5. Agravo regimental provido a fim de reconsiderar a decisão agravada para, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dar provimento ao recurso especial no sentido de afastar a valoração negativa do vetor judicial das circunstâncias do crime, redimensionando as reprimendas dos agravantes. Ficam mantidas as demais determinações do combatido aresto."* (AgRg no REsp 1822262/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 08/11/2019) (Destacou-se).

No mesmo sentido, eis o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça em casos análogos:

*"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO PRIVILEGIADO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL) – PERÍCIA – NECESSIDADE – TENTATIVA – ITER CRIMINIS MINIMAMENTE PERCORRIDO – CAUSA DE DIMINUIÇÃO APLICADA NA FRAÇÃO DE 2/3. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*I - O princípio da insignificância, que exclui a tipicidade da conduta, tem como requisitos cumulativos (a) - mínima ofensividade da conduta do agente; (b) - ausência de periculosidade social da ação; (c) - reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (d) - relativa inexpressividade da lesão jurídica. Não se aplica ao agente cujo comportamento é voltado à prática delitiva, que reflete o grau de reprovabilidade da conduta.*

*II - **Ressalvando meu entendimento, rendo-me à posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, passando a reconhecer a existência da qualificadora do rompimento de obstáculo tão somente quando houver a realização de perícia, salvo quando demonstrada a impossibilidade de realização da prova técnica ou o desaparecimento dos vestígios. E neste caso, como não houve a realização de prova pericial no local dos fatos, nem qualquer justificativa para a não produção dessa prova, inexistindo informações acerca da impossibilidade de elaboração de laudo pericial para atestar a qualificadora (inexistência de vestígios ou o seu desaparecimento, ou quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo), afasta-se referida qualificadora.***

*III - O percentual de redução da pena em decorrência da tentativa deve corresponder ao iter criminis percorrido, de modo que quanto mais distante da consumação, maior será a diminuição da reprimenda.*

*IV – Recurso a que, em parte como o parecer, dá-se parcial provimento." (TJMS. Apelação Criminal n. 0000742-10.2018.8.12.0026, Bataguassu, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 09/03/2020, p: 10/03/2020) (Destacou-se).*

*"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE PROVAS – REJEITADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR FALTA DE PROVAS – REJEITADO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – ACOLHIDO – EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS – INCABÍVEL – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES – NÃO CABIMENTO – DESCLASSIFICAÇÃO DE OFÍCIO DO CRIME DESCRITO NO ARTIGO 14 DA LEI 10.826/03 PARA O CRIME DESCRITO NO ARTIGO 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*I - Demonstrado que os policiais obtiveram a autorização para a entrada na residência, não sendo aventado qualquer vício de consentimento, não há ilegalidade na busca e apreensão se resultou na apreensão da arma de fogo na posse irregular do réu.*

*II - Com o depoimento da vítima, o qual é firme, coeso e harmônico, em total harmonia com os demais depoimentos colhidos na instrução processual (policial, apelante e*

*corréu), não restam dúvidas acerca da autoria dos crimes descritos na peça acusatória, sendo impossível acolher a tese de insuficiência probatória.*

*III - **Inobstante os depoimentos revelem a ocorrência de danos ao imóvel da vítima, inexiste nos autos laudo pericial ou qualquer justificativa da autoridade policial para a não confecção do mesmo, impondo-se o acolhimento do pleito defensivo, com o consequente afastamento da qualificadora.***

*IV – Não há falar em afastamento da qualificadora do concurso de agentes em razão da menoridade do coautor, porquanto o reconhecimento da referida circunstância independe da inimputabilidade do comparsa, bastando a comprovação da pluralidade de agentes na empreitada delitiva.*

*V - A repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida. Considerar não configurado o crime de corrupção de menores pelo simples fato de o adolescente ter ingressado na seara infracional equivale a qualificar irrecuperável o caráter do inimputável, pois não pode mais ser corrompido, em razão da prática de atos infracionais. Infere-se que o fim a que se destina a tipificação em discussão é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora abrange tanto à inocência moral do menor como à formação moral da criança e do adolescente, consistente na abstenção da prática de infrações penais.*

*VI – Impositiva a desclassificação, ainda que de ofício, do crime de porte de arma de fogo para o de posse de arma de fogo, porquanto o artefato e as munições foram apreendidas no interior do imóvel do recorrente.*

*V – Recurso parcialmente provido, em parte com o parecer. De ofício, impõe-se a desclassificação do crime do artigo 14 para o do artigo 12, ambos da Lei nº 10.826/03."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000893-67.2019.8.12.0049, Agua Clara, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 21/02/2020, p: 28/02/2020) (Destacou-se).

Logo, o recurso comporta acolhimento neste ponto.

Do pedido de neutralização da circunstância judicial da personalidade.

Pleiteia o recorrente o afastamento da circunstância judicial da personalidade, valorada negativamente pelo juiz sentenciante, sob o fundamento de que ele não dispunha de condições e preparo técnico suficiente para avaliar tal circunstância, mormente pelo fato da personalidade envolver outras áreas do conhecimento, para as quais não demonstrou o julgador ter qualificação técnica.

Aduz, ainda, que ao valorar como negativa a personalidade se valendo de condenações anteriores, estaria o magistrado incorrendo em flagrante violação ao disposto no artigo 59 do Código Penal. Pleiteia pela fixação da pena-base no mínimo legal.

Pois bem.

Ao estabelecer a reprimenda basilar acima do mínimo legal, o juiz fundamentou a sua elevação nos seguintes termos, *verbis*:

*"(...). 1ª Fase: destaco a **personalidade negativa** do acusado, anotando condenação nos Autos nº 0003987-24.2016.8.12.0018 (trânsito em julgado: 01/02/2018). Além disso, conforme narrado acima, considero às **circunstâncias do crime**, com base em uma das qualificadoras presentes, vez que, o crime foi realizado mediante escalada e rompimento de obstáculo. Nada a considerar sobre as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Fixo a pena base em 03 (três) anos e 06 (seis) de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa."* (Destacou-se).

Vê-se que o magistrado singular exasperou a pena-base valorando negativamente a personalidade e as circunstâncias do crime.

Por certo, a pena-base para ser fixada acima do mínimo legal exige fundamentação concreta e vinculada, sendo indubitável que considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes do próprio tipo penal não podem fundamentar a elevação da reprimenda.

No caso em apreço, vê-se que o juízo primevo valorou a personalidade do agente com fundamento em condenação criminal do apelante.

Quanto à personalidade, deve-se levar em consideração o caráter psicossomático da pessoa, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci[2]:

> *"Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. Exemplos: agressividade, preguiça, frieza emocional, sensibilidade acentuada, emotividade, passionalidade, bondade, maldade. 'A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...). Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice' (Guilherme Oswaldo Arbenz, Compêndio de medicina legal). (...) por outro lado, personalidade não é algo estático, mas se encontra em constante mutação. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade. O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça (...)."*

Cotejando-se o escólio acima citado com a fundamentação declinada pelo juízo singular, não pairam dúvidas de que a utilização da condenação anterior se mostra inidônea para incrementar a pena-base na vetorial relativa à personalidade, sobretudo porque existe vetorial própria para analisar as incursões do recorrente, assim sendo, a dos antecedentes.

Coligado a isso, o entendimento esposado na sentença condenatória colide com o posicionamento firmado pela Terceira Seção do STJ:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – (...) DOSIMETRIA – VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE – RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE – RECURSO PROVIDO – (...) 2.* ***Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte. 3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social)****. Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações*

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 630.

*definitivas nos vetores personalidade e conduta social. 4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e 'inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente' (HC 366.639/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472. 654/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada. 5. In casu, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de lesão corporal (129, § 9º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade e seus maus antecedentes com base em diferentes condenações criminais transitadas em julgado. 6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial 'antecedentes criminais', o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal. 7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor 'personalidade', na primeira fase da dosimetria."* (STJ - EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019) (Destacou-se)

Neste contexto, a vetorial da personalidade deverá ser neutralizada.

No que concerne à valoração negativa da vetorial circunstâncias do crime, depreende-se da sentença que o magistrado *a quo* fundamentou sua decisão conforme transcrição *in verbis*:

> *"Além disso, conforme narrado acima, considero às circunstâncias do crime, com base em uma das qualificadoras presentes, vez que, o crime foi realizado mediante escalada e rompimento de obstáculo."*

Sem dúvida, cumpre ao magistrado na fixação da pena-base explicitar seu entendimento, expor a motivação com lastro em elementos concretos dos autos, com a finalidade de permitir às partes o conhecimento das razões de seu convencimento.

Embora o magistrado tenha discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, exige-se fundamentação concreta e vinculada com respaldo nos autos, sendo que considerações genéricas, abstratas e de cunho ético-moral ou ainda, dados inerentes da própria conduta tipificada não se prestam para fundamentar a exasperação da pena.

Quanto ao ponto, eis os ensinamentos de Ricardo Augusto Schimitt[3], em relação às circunstâncias do crime:

> *"As circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza incidental que envolvem o fato delituoso (STJ, HC 301754/SP). Trata-se de avaliação do modos operandi empregado pelo agente na prática do delito (crime ou contravenção penal).*
>
> *(...).*
>
> ***Não podemos esquecer, também aqui, da necessidade de evitar a ocorrência do bis in idem com a valoração de circunstâncias que integram o tipo ou que qualificam o crime, ou ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena."*** (Destacou-se).

Tal circunstância judicial, compreende as singularidades do próprio fato, que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade.

3 SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 163.

*In casu*, reputa-se inidônea a fundamentação, pois as aludidas qualificadoras foram decotadas consoante alhures exposto, razão pela qual a vetorial das circunstâncias do crime deve ser neutralizada.

Passa-se a nova dosimetria.

Por conseguinte, obedecidas as diretrizes fixadas pela instância inferior e considerando a modificação realizada no presente recurso, diante dos fundamentos supramencionados, reestrutura-se a pena imposta, que passa a ser a seguinte:

Na primeira fase, a pena em abstrato a ser considerada é a de furto simples (reclusão de 1 a 4 anos), afastando-se as duas circunstâncias judiciais, anteriormente valoradas, quais sejam, personalidade e circunstâncias do crime, fixa-se a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na fase intermediária, diante da presença das agravantes previstas pelo artigo 61, incisos I, e II, "h", elevo a pena em 1/3 (um terço), totalizando 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual, resta o apelante definitivamente condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do pleito de alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Impositiva a manutenção do regime prisional semiaberto para início de cumprimento de pena estabelecido na sentença, pois, não obstante a pena seja inferior a quatro anos, pesa em desfavor do apelante a reincidência, de forma que a sentença já se mostra demasiadamente benéfica ao recorrente, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal e da Súmula 269 do STJ[4].

Por derradeiro, quanto aos prequestionamentos aventados, tem-se que a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais.

Diante do exposto, em parte contra o parecer, deve-se dar parcial provimento ao recurso interposto por Rafael Bruno Sampaio Dantas, a fim de afastar as qualificadoras E neutralizar as circunstâncias judiciais, redimensionando-se a reprimenda ao patamar definitivo de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (Revisor).

Acompanho o voto do relator.

A Srª Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz (Vogal).

Divirjo, *data venia*, do voto exarado pelo e. Relator, apenas em relação à prescindibilidade do laudo pericial em relação aos crimes de furto qualificado, visto que, inobstante o respeitável posicionamento exposado, comungo de entendimento diverso.

Isso porque, em que pese a regra do artigo 158 do Código de Processo Penal, aplicável aos *delicta facti permanentis*, esta não se faz absoluta quando disponibilizado nos autos outras provas capazes de formar, de maneira certeira, a convicção do julgador, com a mesma segurança que traria o exame pericial direto.

Esta é, inclusive, a postura adotada no ordenamento processual penal pátrio com relação à análise das provas, regendo o sistema da livre persuasão racional do juiz, atrelada ao convencimento motivado, com fincas no artigo 155 do referido *Codex*.

4 Súmula 269 do STJ - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

A adoção deste sistema, na dicção de Renato Brasileiro de Lima[5], derivam importantes efeitos, dentre os quais *não há prova com valor absoluto: não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo*.

Nesse sentido, colho precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *"EMBARGOS INFRINGENTES –* ***ART. 155, § 4º, I, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP (TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO) – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL NO LOCAL DOS FATOS – PRESCINDIBILIDADE – OUTROS MEIOS DE PROVAS HÁBEIS A AMPARAR A QUALIFICADORA*** *– PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – REPROVABILIDADE DA CONDUTA E VALOR DA RES FURTIVA QUE AFASTAM O PRINCÍPIO – RECURSO IMPROVIDO.* ***A ausência de laudo pericial não impede o reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo quando a conduta for provada por outros meios de prova*** *(...)."* (TJMS; EI-Nul 0001418-47.2016.8.12.0019; Seção Criminal; Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior; DJMS 21/11/2018; Pág. 137). Destaquei.

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO –* ***FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – INCABÍVEL – PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL DIANTE DAS PROVAS COLIGIDAS –*** *REGIME DE PENA MAIS BRANDO – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVADAS NA DOSIMETRIADA PENA – APLICAÇÃO DO REGRAMENTO CONTIDO NA SÚMULA Nº 269 DO STJ – RECURSO DESPROVIDO – 1.* ***A ausência de perícia não tem o condão de afastar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, mormente quando comprovado por outras provas, tais como, confissão do réu, declarações da vítima e prova testemunhal*** *(...)."* (TJMS; ACr 0000336-49.2018.8.12.0006; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto; DJMS 28/09/2018; Pág. 53). Destaquei

Conferir aos crimes desse jaez a imprescindibilidade de exame de corpo de delito direto, importando na desconsideração das demais provas produzidas no decurso da persecução penal, ensejaria a desfiguração do sistema da livre persuasão racional do juiz, confinando os julgadores à análise superlativa de uma única prova ante as demais, por mais suficientes que sejam e capazes de formar um incontendível decreto condenatório.

Feitas tais explanações, voltando-me ao caderno criminal, extrai-se do depoimento do policial militar Elton dos Santos Reis (p. 14), que *"na residência da vítima foi possível verificar que o autor confesuiu invadir a casa, retirando algumas telhas, e arrombou a janela de madeira da cozinha para sair com os objetos mencionados."*

No mesmo turno, o policial James Roberto da Silva Germano declarou, em juízo, que, ao chegarem ao local do furto, verificaram que o réu teria pulado o muro, tirado algumas telhas e arrombado uma janela para entrar no imóvel e praticar o furto da televisão e do receptor (mídia disponível no SAJ – p. 131-136).

Nesse pórtico, constata-se que as qualificadoras restaram devidamente comprovadas nos autos através da prova oral produzida.

Nestes termos:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA –* ***FURTO QUALIFICADO – DECOTAMENTO DA QUALIFICADORA DOS INCISOS I e II, DO § 4º, AO ART. 155, DO CP – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – DESNECESSIDADE –*** *AFASTAMENTO DA ESCALADA COMO MODULADORA NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NA 1ª FASE DA DOSIMENTRIA – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA – REJEITADA – RECURSO IMPROVIDO.* ***A inexistência de laudo pericial nos autos, constatando o rompimento de obstáculo e a escalada, não impede a verificação da qualificadora, visto que não se constitui o único meio probatório possível,***

5 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 607.

***sendo lícito, na busca pela verdade real, a utilização de outras formas, tais como a prova testemunhal e a documental.*** *O furto praticado mediante escalada se amolda ao conceito de circunstâncias do crime. Assim, como o crime de furto em análise já é qualificado pelo rompimento de obstáculo, nada impede o magistrado de aplicar a escalada na valoração negativa da moduladora das circunstâncias do crime. Para se chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve-se atentar para as singularidades de cada caso concreto. Desse modo, a redução da pena na fase intermediária em 1/6 sobre a pena fixada na 1ª fase da dosimetria melhor atende aos critérios da adequação e da proporcionalidade da sanção penal." (*TJMS; Apelação Criminal n. 0000298-68.2019.8.12.0049 – Agua Clara, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 03/11/2020). Destaquei.

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL –* ***FURTO QUALIFICADO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA – LAUDO INDIRETO CIRCUNDADO POR PROVA ORAL – MANUTENÇÃO – PRECEDENTES*** *– DOSIMETRIA DA PENA – ABRANDAMENTO DE REGIME – PENA INFERIOR A QUATRO ANOS – RÉU REINCIDENTE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVADAS – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO – RECURSO IMPROVIDO.* ***O auto de constatação indireto confirmado pela prova testemunhal, produzida sob o crivo do contraditório, são meios hábeis ao reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo e escalada. Precedentes.*** *O fato do apelante ser reincidente e ostentar circunstância judicial negativa, por si, autorizam a imposição de regime prisional mais severo. Recurso conhecido e desprovido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001235-21.2017.8.12.0026 – Bataguassu; Relatora Desª. Elizabete Anache, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 20/02/2020). Destaquei.

Portanto, mantenho a incidências das referidas qualificadoras.

No tocante à dosimetria penal, observo que a moduladora da personalidade realmente não recebeu fundamentação adequada na sentença, razão pela qual hei por bem afastá-la, nos termos do voto proferido pelo e. Relator.

Por outro lado, mantidas as qualificadoras concernentes à escalada e ao rompimento/destruição de obstáculo, justifica-se a consideração de uma delas na primeira fase da dosimetria penal, diante da valoração negativa das circunstâncias do crime.

A propósito:

*"EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – FURTO QUALIFICADO – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE –* ***PRESENÇA DE MAIS DE UMA QUALIFICADORA – UTILIZAÇÃO DAS RESTANTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL*** *– PRETENDIDA – COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RÉU MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO – PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO E DE ACORDO COM O PARECER. 1.* ***É assente na jurisprudência pátria que, diante da concomitância de qualificadoras, uma delas será utilizada para qualificar o crime, enquanto a outra servirá para valorar negativamente a pena-base, como circunstância judicial desfavorável.*** *2. Tratando-se de indivíduo multirreincidente ou reincidente específico, a reprovação penal deve se impor em maior medida, inviabilizando a compensação plena entre as circunstâncias judiciais em questão, sob pena de ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade."* (TJMS; Apelação Criminal n. 0011746-87.2016.8.12.0002 – Dourados; Relator Juiz de Segundo Grau José Eduardo Neder Meneghelli, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 12/11/2020). Destaquei.

Assim, mantenho como desfavorável a moduladora relativa às circunstâncias do crime e reduzo a pena-base para 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Na segunda fase, diante da presença das agravantes previstas pelo artigo 61, incisos I, e II, "h", eleva-se a pena em 1/3 (um terço), totalizando 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Na terceira etapa, ausentes causas de aumento ou diminuição da pena, fica o apelante definitivamente condenado à pena de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Impositiva a manutenção do regime prisional semiaberto para início de cumprimento de pena estabelecido na sentença, pois, não obstante a pena seja inferior a quatro anos, o apelante é reincidente e possui circunstância judicial desfavorável, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", e § 3º do Código Penal e da Súmula 269 do STJ.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo em menor extensão, apenas para neutralizar a moduladora da personalidade, ficando o apelante Rafael Bruno Sampaio Dantas condenado como incurso no artigo 155, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 53 (cinquenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

É como voto, em parte com o parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do relator, deram parcial provimento ao recurso, vencida parcialmente a vogal, que deu parcial provimento em menor extensão.

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 Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 19 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
## Apelação Criminal nº 0000128-05.2014.8.12.0039 – Pedro Gomes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA COM 13 ANOS DE IDADE – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONSENTIMENTO DA MENOR QUE DETINHA CAPACIDADE PARA ENTENDER O QUE REPRESENTA O ATO SEXUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS – RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A MENOR E O ACUSADO – RÉU QUE ASSUMIU A GRAVIDEZ E FILHO DA VÍTIMA, ALÉM DE PRESTAR TODO APOIO MATERIAL E EMOCIONAL PARA AMBOS – FATOS ANTERIORES AO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO – ERRO DE TIPO – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PROVIDO.

Não é simplesmente a faixa etária que define a vulnerabilidade ou a ocorrência do crime, mas o discernimento da menor para consentir ou não a prática sexual, devendo ser detidamente analisado o contexto fático, mormente se considerarmos a evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade. No caso concreto, a vítima tinha maturidade sexual para compreender e consentir com a prática do ato sexual, de modo que pode-se concluir que não houve lesão à sua liberdade e dignidade sexual, o que afasta a tipicidade material da conduta, de modo a impor a absolvição do agente.

Não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.480.881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada do art. 217-A, do CP, quando há consentimento da vítima, perpetrada quando não havia consenso no âmbito daquela Corte se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual.

No caso concreto, o conjunto probatório não trás elementos suficientes que comprovem, de forma inequívoca, que o acusado tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, o que torna o crime atípico, o que enseja a sua absolvição, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

### 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, deram provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de novembro 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 Antonio Moreira dos Santos (f. 186-207), contra a sentença às f. 167-174, que julgou procedente a denúncia, para condenar o apelante pela prática do crime tipificado no art. 217-A, do CP, à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime fechado.

Requer sua absolvição, por erro de tipo e/ou por ausência de vulnerabilidade da vítima.

Aduz que não houve comprovação de que o apelante tenha praticado cinco crimes de estupro de vulnerável, devendo a pena ser redimesionada, observando-se a quantidade de crimes para justificar a fração de aumento.

Requer o afastamento da valoração negativa dos antecedentes, uma vez que a condenação utilizada na sentença não é apta a gerar maus antecedentes.

Argumenta que a pena pode ser reduzida aquém do mínimo legal na segunda fase de dosimetria, ante o reconhecimento da atenuante da confissão.

Prequestiona a matéria arguida.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às 211-225, pelo parcial provimento do recurso, para o fim de afastar a valoração negativa dos antecedentes.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 235-247, opinando pelo parcial provimento do recurso, apenas para afastar a valoração dos maus antecedentes.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Antonio Moreira dos Santos (f. 186-207), contra a sentença às f. 167-174, que julgou procedente a denúncia, para condenar o apelante pela prática do crime tipificado no art. 217-A, do CP, à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime fechado.

O apelante foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 217-A, *caput*, do CP, em razão dos seguintes fatos:

> *"Consta nos autos de Inquérito Policial, que entre 01 de janeiro de 2012 e 08 de abril de 2013, por volta das 07h00min, na Rua da Constituição, nº 188, Vila São Luiz, neste Município, o denunciado Antonio Moreira dos Santos ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, teve conjunção carnal com A. V. S., menor, com 13 anos da data dos fatos.*
>
> *Conforme apurado, o denunciado Antonio Moreira dos Santos e a vítima, na época com 13 (treze) anos de idade (fl. 08), se conheceram em uma partida de futebol, período em que iniciaram as relações sexuais.*
>
> *Segundo informações o denunciado buscava a vítima que o esperava próximo do Campo da Vila São Luiz, e em seguida iam para residência do denunciado, onde mantiveram as relações sexuais por 04 (quatro) vezes.*
>
> *Desse envolvimento adveio o nascimento de ***** conforme certidão de nascimento de f. 19.*
>
> *A autoria e materialidade do delito acima apresentado estão consubstanciadas no boletim de ocorrência 32/2014 (fls. 04 e 20), relatório do Conselho Tutelar de fl. 07, certidão de nascimento de fls. 19, Exame de DNA de fl. 48, bem como pelos depoimentos colhidos pela Autoridade Policial."*

Finda a instrução probatória, o acusado foi condenado pela prática do crime tipificado no art. art. 217-A, do CP, à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime fechado.

Inconformado com a sentença, o acusado pugna por sua absolvição, com fundamento no art. 386, II, V e VII, do CPP, bem como pelo afastamento da indenização a título de danos morais.

Da autoria e materialidade.

Consta dos autos, o BO n. 32/2014, da Delegacia de Polícia de Pedro Gomes, foi instaurado em razão do fato comunicado através do Ofício n. 188/PJPG/2013, expedido pelo Ministério Público, o qual, por sua vez, foi informando dos fatos pelo Conselho Tutelar.

No relatório encaminhado pelo Conselho Tutelar ao Ministério Público (f. 11), restou consignado que ficaram sabendo que uma adolescente de 15 anos estaria grávida de 02 (dois) meses, entretanto, ao visitarem a referida, verificaram que a mesma tinha 13 (treze) anos de idade. Que a menor, bem como sua avó (responsável pela menor) disseram que não queriam representar contra o autor/suposto pai do bebê, pois o mesmo iria assumir a adolescente e o bebê, dando toda a assistência necessária. A adolescente relatou, ainda, que já teve relacionamento sexual com outros homens.

Ao ser ouvida na Delegacia, a menor A. V. S. (f. 15) disse que quando possuía 13 (treze) anos de idade, antes de se relacionar com o acusado, manteve relações sexuais com dois adolescentes (Gabriel de tal e Mateus de tal). Que conheceu o acusado em uma partida de futebol e passou a se relacionar com o mesmo, tendo mantido relações sexuais com ele por 04 (quatro) vezes. Que a declarante observou que estava grávida e informou o acusado, que se comprometeu em assumir a criança. Que seu filho nasceu dia 03/07/2013 e o acusado paga pensão para o mesmo.

A avó da menor, Sra. V. F. dos S. (f. 16 e 28) disse, em suma, que tomou conhecimento por comentários de que sua neta A. V. estava se relacionando com o acusado, tendo a mesma confirmado que estava tendo relações com ele e que estava grávida. Que o acusado foi conversar com a declarante, confirmando os fatos e que ele iria assumir a criança. Que o acusado paga pensão e visita frequentemente a criança. Que a depoente tomou conhecimento, ainda, que A. V. mantivera relações sexuais com outros garotos antes de se relacionar com o acusado.

A mãe da menor, Sra T. F. da S. (f. 32-33) disse que:

> *"(...) quando A. V. se encontrava com 13 anos de idade a declarante tomou conhecimento através de sua mãe, e por telefone, que A. V. se encontrava grávida; Que* ***a declarante viera a esta cidade e pretendia registrar a ocorrência sobre os fatos, porém sua mãe pediu para não denunciar o pai da criança (Antonio Santo), alegando que não estavam em condições financeiras para sustentar a criança que iria nascer e diante disso, atendendo ao pedido de sua mãe, a declarante não registrou ocorrência.*** *Que não conheceu Antonio Santos naquela oportunidade, tendo em vista que o mesmo se encontrava trabalhando em uma fazenda na região. Que* ***posteriormente passou a manter contato com Antonio Santos, por telefone e este sempre prometeu que ajudaria a criança e A. V., porém nunca houve promessa de casamento por parte de Antonio Santo e também a declarante não concordaria com uma situação de convivência marital da A. por ela ser muito nova e não saber cuidar de uma casa****. Que após o nascimento da criança, um filho que recebeu o nome de *****, A. e a criança foram levados para casa da declarante na cidade de Nova Alvorada do Sul, onde permaneceram por aproximadamente 05 meses (...).* ***Que somente quando A. estava na sua companhia em Nova Alvorada do Sul, viera a conhecer pessoalmente Antonio Santos que este foi até aquela cidade com o intuito de registrar a criança,*** *esclarecendo ainda que naquela oportunidade Antonio Santos já havia feito o exame de DNA e tinha o resultado positivo (...)."* (G.n.)

O réu Antonio Moreira dos Santos (f. 23), por sua vez, ao prestar declaração na Delegacia afirmou que conheceu A. V. em uma partida de futebol, porém não sabia a idade da mesma. Que mantivera relacionamento amoroso com ela por quatro ou cinco vezes e logo a mesma comentou que estava grávida. Que o declarante conversou com a avó de A. V., se comprometendo em assumir a criança, o que foi feito, tendo acompanhado todo o período de gestação e nascimento do filho, e desde então acompanha seu crescimento. Que mesmo não

convivendo maritalmente com A. V., mantém um relacionamento de amizade com a mesma e seus familiares (avó e mãe de A. V.).

Ao ser lavrado o Auto de Qualificação e Interrogatório (f. 75), o acusado exerceu seu direito de permanecer em silêncio.

Em juízo (f. 153) o acusado Antonio Moreira dos Santos, disse, em suma, que conheceu A. V. através de outras meninas, que iam no campo de futebol. Que sempre via A. V. em festas, bailes, e não sabia que ela era menor de idade. Que A. V. ficou grávida, mas a mesma dizia para o depoente que também ficava com outros homens, motivo pelo qual foi feito o exame de DNA, época em que o Conselho Tutelar também tomou conhecimento da gravidez de A. V. Que o bebê nasceu prematuro, tendo ficado na incubadora em Campo Grande, e o interrogando foi visitá-los e ficar com eles no hospital; que quando A. V. foi residir com a mãe da mesma em Nova Alvorada do Sul, o interrogando foi até lá para registrar o bebê. Que o depoente paga pensão. Que atualmente A. V. mora com outro homem, pai das outras duas filhas dela. Que "depois dos acontecimentos" foi que ficou sabendo que A. V. era menor. Que antes de começar a se relacionar com A. V. o interrogando não perguntou a idade da mesma.

A informante, Sra T. F. da S. (mãe da menor), declarou em juízo que A. V. estava morando com a mãe da depoente, a qual lhe ligou dizendo que A. estava grávida de um rapaz que ela havia conhecido e começou a namorar; que o acusado havia ido conversar com a mãe da depoente e até hoje ele cuida da criança. Que logo que A. ganhou o bebê, foi morar com a depoente em Nova Alvorada do Sul e o acusado foi até lá para registrar a criança. Que a depoente acredita que o acusado soubesse da idade de A. V., pois ela era bem magrinha. Esclareceu que A. V. foi morar com a avó, mãe da depoente, em razão de ter acontecido um fato anterior em Nova Alvorada do Sul, no qual A. V. se envolveu com um homem, sem o conhecimento da depoente, pois A. V. dizia que ia para a escola, mas na verdade não ia; a depoente ficou sabendo quando a polícia pegou esse tal homem dentro de um quarto com A. V. e mais duas meninas menores; que o tal homem se suicidou e então o Conselho Tutelar foi procurar a depoente. Que após o acontecido a depoente recebeu algumas ligações dos parentes do homem que se suicidou, ameaçando A. V., razão pela qual a depoente mandou a mesma ir morar com a Avó em Pedro Gomes. Que atualmente A. V. é casada e tem mais duas filhas. Que a depoente acredita que A. V. quis ter o relacionamento com o acusado, que ela não foi estuprada. Que A. V. era muito rebelde; que quando pensavam que ela estava em lugar, ela estava em outro; chegava tarde, que as vezes tinha que ir atrás; deu muita dor de cabeça.

A informante, Sra. V. F. dos S. (avó da menor) disse que A. V. estava namorando com o acusado, mas a mesma dizia que não tinha relação intima com ele; que até então a depoente não conhecia o acusado, apenas sabia que A. V. estava namorando; quando A. V. apareceu grávida, a depoente mandou que ela levasse o tal namorado para a depoente conhecer. Que o acusado foi conversar com a depoente e disse que iria assumir a gravidez da A. V., o que realmente fez; que hoje (data do depoimento – 11/07/2019) o menino já vai fazer sete anos e mora com a outra avó dele, mas as vezes passa um tempo com a depoente. Que A. V. atualmente é casada com um "velho", com quem possui mais duas filhas. Que o acusado assumiu a responsabilidade pelo filho que teve com A. V., paga mesada (pensão); que o acusado foi até Campo Grande quando o bebê nasceu e visita até hoje a criança; Que depois que A. V. teve o bebê do acusado foi morar com o atual marido, com quem tem duas filhas. Que quando A. V. teve o filho do acusado, *"ela já não era mais moça"*.

Já as testemunhas C. F. da S. e E. O. dos S., não souberam esclarecer nada sobre os fatos.

A vítima A. V. ao ser ouvida através de depoimento especial (f. 154), relatou que atualmente reside com seu marido e suas duas filhas, mas possui mais um filho. (...) que seu filho ***** é filho do acusado Antonio. Que conheceu o mesmo em um jogo, na Vila São Luiz; que ele chegou perguntou seu nome e a depoente foi com ele até a casa dele e ficou uns dias com ele e "ficou barriguda", então sua avó ficou brava, que disse que tinha que chamar ele para conversar, ver se ele era o pai, fazer o DNA. Que o acusado morava na Vila Marcelino. Que ele mandou tirar a roupa e a depoente tirou; que ele tocou sua "periquita" com o "pinto" dele; que a depoente tirou só o short e ele tirou a calça; que isso aconteceu bastante vezes, umas quatro ou cinco vezes; que o acusado ia na casa de sua avó lhe ver. Que quando isso começou a acontecer a depoente tinha uns

13 anos; que não sabia a idade dele. Ao ser questionada se o acusado sabia a idade da depoente, primeiramente disse que não, depois ao ser questionada se ele perguntou, disse que perguntou e que a depoente respondeu 13 anos. Que ao ser questiona se o relacionamento deles era um namoro, ou só ficavam, a depoente respondeu que só ficavam e que a depoente queria ficar com ele. Que quando a depoente ficou grávida contou para sua avó e para o acusado. Que o DNA foi feito quando o bebê nasceu. Que depois que ficou grávida a depoente não continuou se encontrando com o acusado; que ele ia lá e levava alguma coisa que pedia, mas nunca mais ficou com ele.

Inicialmente, importa observar que o artigo 224 do CP, já revogado, previa a qualificadora da "violência presumida", para as hipóteses de quaisquer crimes que fossem praticados contra menor de 14 anos.

Com o advento da Lei 12.015/2009, foi dada uma nova roupagem para os chamados "crimes contra os costumes", os quais passaram a ser denominados como "crimes contra a dignidade sexual", tendo como bem jurídico tutelado, além da liberdade sexual, também a dignidade sexual, assim entendida como corolário da dignidade da pessoa humana e respeito à vida sexual de cada indivíduo.

Assim, o fato da conjunção carnal, ou atos libidinosos, ser praticado com menor de 14 anos, deixou de ser considerado como uma qualificadora do crime de estupro (art. 213, do CP - cuja redação foi alterada), ou do crime de atentado violento ao pudor (214, do CP - revogado), passando a assumir um novo tipo penal com denominação própria, qual seja, "estupro de vulnerável" (art. 217-A, do CP).

Ocorre que a "violência presumida", prevista no revogado art. 224, do CP, decorrente do fato da vítima ser menor de 14 anos, na redação do art. 217-A, do CP, foi simplesmente substituída pela nomenclatura "vulnerabilidade", embora a finalidade da norma tenha permanecido a mesma, qual seja, proteger o menor que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual e por qualquer outra causa não pode oferecer resistência.

A presunção da violência é inadmissível em nosso ordenamento, pois estar-se-ia consagrando a responsabilidade objetiva do agente. Entretanto, percebesse que a presunção da vulnerabilidade tem o mesmo efeito prático que a presunção da violência. Assim, no caso do crime de estupro, basta que a vítima seja menor de 14 anos para que o crime esteja configurado e o agente seja presumidamente culpado, não importando, por exemplo, se eventualmente a vítima já possuía discernimento adequado quanto ao ato sexual e suas consequências.

Assim, estabeleceu-se uma espécie de vulnerabilidade absoluta, por se entender que qualquer das pessoas indicadas no art. 217-A, do CP, não detenha capacidade para entender o que representa o ato sexual e suas consequências. Entretanto, a presunção absoluta de vulnerabilidade viola diretamente os princípios constitucionais da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LV e LVII da CF).

Ora, por certo não é simplesmente a faixa etária que define a vulnerabilidade ou a ocorrência do crime, mas o discernimento da menor para consentir ou não a prática sexual, devendo ser detidamente analisado o contexto fático, mormente se considerarmos a evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade.

Segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) a vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual (...).*
>
> *(...) em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto (...)."* (O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. São Paulo: RT, 2010).

Ademais, não se pode fechar os olhos para o fato de que atualmente vê-se um claro amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, sendo que mesmo os menores de 14 anos, em sua grande maioria, tem perfeita noção do que consiste o ato sexual e as consequências.

Na atualidade, a própria mídia e demais veículos de comunicação abordam de forma explicita o ato sexual e seu contexto, isso sem falar que as próprias instituições de ensino com grande frequência abordam temas relativos à sexualidade, esclarecendo dúvidas não apenas quanto as doenças venéreas e suas formas de contágio, mas também acerca da gravidez indesejada e até mesmo sobre como identificar sua tendência sexual, se hétero ou homossexual. A precocidade da maioria das crianças salta aos olhos, sendo notório como lidam com as questões sexuais sem qualquer embaraço, de forma espontânea, quase natural, salvo exceções dadas em razão do local, escolaridade meio social em que vivem.

Na mesma linha de raciocínio, é o artigo de Camila Barroso Graça, publicado na página JurisWay, que em sua conclusão expõe:

> *"(...) entendemos que durante a infância (menores de 12 anos) e até mesmo parte da adolescência (aqui considerado os menores de 14 anos), a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, psicológico e moral. Que a presença de tais circunstâncias é suficiente para configurar o caráter de 'vulnerabilidade' a que elas estão expostas. A vulnerabilidade é ainda maior no campo sexual, pois não devemos desconsiderar o atual contexto em que as redes de pedófilos se espalham como verdadeiro 'câncer' em nossa sociedade. Temos que aplaudir e defender como necessária a boa intenção do legislador ao penalizar com maior vigor os delitos sexuais cometidos contra vulneráveis, inclusive classificando-os como crime hediondo.*
>
> ***No entanto não podemos deixar de defender a questão jurídica da presunção de vulnerabilidade, pois se seu caráter absoluto for considerado em todos os casos sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência, estaríamos consagrando em nosso direito à temerária responsabilidade objetiva, em que o sujeito ativo responde pelo delito independentemente de culpa ou dolo.***
>
> ***O princípio de 'presunção de violência' entendido agora como 'presunção de vulnerabilidade' não ignora apenas os avanços sociais e os morais da sociedade, já que ignora também diversos princípios da Constituição Federal de 1988, como o princípio de supremacia.*** *A Constituição Federal não pode ser violada por ser considerada norma maior no ordenamento jurídico, preservando direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da coletividade.*
>
> *Assim, optamos por acompanhar a doutrina majoritária na defesa da vulnerabilidade relativa que admite prova em contrário e que poderá ceder diante da análise do caso concreto.*
>
> *(...)."* Destaquei.

Como bem salientado pelo Excelentíssimo Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques na Apelação n. 0001649-05.2010.8.12.0013:

> *"(...).*
>
> *O principal fundamento da intervenção penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, assim como a exploração sexual do vulnerável e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não viciado e que a vítima não seja criança.*
>
> *Não é papel do direito penal limitar a liberdade sexual, mas sim, apenas garanti-la dentro dos padrões de normalidade. Embora não seja negada a missão fundamental de tutelar bens jurídicos, a intervenção do direito penal depende de efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.*

*(...).”*

No caso concreto, como se pode observar dos depoimentos colhidos nos autos, a vítima, que contava com quase 14 anos à época em que engravidou do acusado, já possuía experiência sexual, tendo, inclusive, a mãe da vítima relatado que a mesma antes do fato deu muito trabalho nesse sentido antes da ocorrência do fato e que ela (mãe da vítima) acredita que a mesma “não foi estuprada”, pois ela quis ter o relacionamento com o acusado, de modo que se pode concluir que ela tinha maturidade sexual para compreender e consentir com a prática do ato sexual.

Aliás, conforme consta no relatório encaminhado pelo Conselho Tutelar (f. 11), quando as Conselheiras tomaram conhecimento do fato e foram falar com a menor e com sua avó, esta última afirmou que já havia conversado com o acusado e que estava tudo resolvido, que o mesmo iria assumir a adolescente e o bebê dando toda a assistência necessária, bem como a menor afirmou que gostava do acusado e que também não queria representar contra ele. Relatou também que já havia tido relacionamento sexual com outros homens, mas que o bebê era do acusado.

A própria vítima também relatou em seu depoimento colhido na fase judicial que no seu entender estava apenas “ficando” com o réu, e que ela quis ter a relação com ele, sendo que chegou de “ficar” com ele por várias vezes, até que engravidou.

De outro norte, não se pode perder de vista que o acusado assim que soube da gravidez da menor foi conversar com sua avó, relatando que daria toda a assistência à gravidez da vítima e, se o filho realmente fosse dele (isto em decorrência da menor também ficar com outros homens), ele iria assumir o filho. Consoante relatado pela avó e pela mãe da menor, de fato, o acusado deu todo o suporte necessário à menor, sendo que ela mesma disse que, apesar de não ter mais ficado com o réu depois da gravidez, o mesmo a visitava, levava coisas que ela pedia.

Também conforme relatado pela avó da menor e pelo próprio acusado, o bebê nasceu prematuro, sendo que ele foi até o hospital em Campo Grande ficar com ela até que tivesse alta (o acusado e a menor moravam em Pedro Gomes); após o nascimento do bebê, a menor foi morar com sua mãe em outra cidade (Nova Alvorada do Sul), sendo que o acusado foi até lá para registrar o filho; segundo depoimento da mãe e da avó da menor o acusado além de ter dado todo o auxílio necessário durante a gravidez da menor, mantendo um relacionamento de amizade com ela e sua família, desde o nascimento do filho paga pensão e visita regularmente a criança que na data do depoimento judicial (11/07/2019), contava com 06 anos de idade.

Ressalte-se que a vítima em seu depoimento não demonstrou nenhum tipo de trauma, nem mesmo raiva ou mágoa do acusado, ao contrário disse que quis ficar de livre vontade com ele. Aliás, no Relatório elaborado pelo Conselho Tutelar, consta que a vítima teria afirmado que gostava do acusado e ambos pretendiam se casar; o que certamente não aconteceu devido a toda a confusão causada pela instauração do processo, pelo qual o acusado, compreensivelmente, se viu atemorizado.

Com efeito, no caso concreto, a liberdade e dignidade sexual da vítima – bens jurídicos tutelados - não foram violados, de modo que imperioso que seja reconhecida a atipicidade material da conduta perpetrada pelo acusado/apelante.

Ademais, no presente caso, além imenso dano causado ao apelante em sua moral e relacionamento perante a sociedade, há que se considerar que o apelante vem desempenhando satisfatoriamente com seu papel de pai da criança que teve com a ofendida, não só pagando pensão alimentícia, mas visitando regularmente o filho, que certamente seria o maior prejudicado com a prisão do réu, tanto materialmente, mas principalmente emocionalmente, pois deixaria de ter a presença paterna e ainda, quem sabe, carregar o peso de saber que seu pai se encontra preso em razão de ter se relacionado com sua mãe, relacionamento do qual concebeu-se o infante. Ressalte-se que a criança, filho do réu com a vítima, atualmente tem 07 (sete) anos de idade, de sorte que já possui idade suficiente para entender e sentir eventual ausência do pai.

Ora, diante do contexto em que se apresenta o caso em tela, a imposição de uma condenação tão severa (16 anos de reclusão) traduzir-se-ia em uma verdadeira injustiça, mormente porque a maior punição, repito, seria imposta ao infante, filho do réu com a vítima, que seria privado da presença paterna e de tudo o que ela representa.

Como bem salientado pelo Excelentíssimo Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, na Apelação n. 0001649-05.2010.8.12.0013, ao citar a lição de Eduardo Couture, discorrendo sobre o norte que deve guiar o magistrado na análise das situações que lhe são apresentadas, cita: *"Luta. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça."*

No mesmo sentido, confira-se alguns precedentes deste Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – SUBTRAÇÃO DE INCAPAZ – VÍTIMA QUE CONSENTIU COM O ATO SEXUAL – CONVIVÊNCIA MARITAL – CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA COM O NASCIMENTO DE UM FILHO DA VÍTIMA COM O RÉU – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção da liberdade sexual contra o abuso e a violência. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto. É certo que as crianças e os adolescentes merecem toda proteção legal, em razão de peculiar inexperiência de vida decorrente da pouca idade. Contudo,* ***não se pode generalizar a presunção absoluta de vulnerabilidade (inexperiência), especialmente em face da evolução dos costumes, cultura e moral da sociedade, sendo certo que, atualmente, a maioria das crianças e adolescentes, inclusive menores de 14 anos, tem uma noção, nem que seja teórica, do que consiste o ato sexual. Em razão disso, deve ser relativizada a vulnerabilidade presumida. Para que seja autorizada a intervenção da jurisdição penal, é imprescindível a comprovação da existência de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Com efeito, à vista da relativização da vulnerabilidade da vítima e, especialmente, diante do seu consentimento no tocante à realização do ato sexual, pode-se concluir que não houve lesão à sua liberdade sexual, o que afasta a tipicidade material da conduta, de modo a impor a absolvição do agente.***" (TJMS. Apelação Criminal n. 0001649-05.2010.8.12.0013, Jardim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 25/01/2015, p: 05/02/2015). (G.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – NÃO ACOLHIDO – VÍTIMA QUE CONSENTIU COM O ATO SEXUAL – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO – RECURSO IMPROVIDO. O legislador infraconstitucional, ao prever o estupro de vulnerável (CP, artigo 217-A) consubstanciado tão somente na prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, dotado de vulnerabilidade máxima. A singeleza da conduta tipificada ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contrastante com a pena cominada oito a quinze anos de reclusão claramente destina-se à preservar a dignidade sexual de vítima altamente vulnerável, sendo aceitável que assim seja. Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade.* ***É possível, em outros termos, que tenhamos, in concreto, vulnerabilidade relativa em sujeitos com idade ou deficiências previstas no referido dispositivo legal, em razão de circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares, de modo que a conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticados com tais sujeitos não atentará contra suas dignidades sexuais. Restando plenamente demonstrado que o réu e a vítima, menor de 14 anos, mantiveram relacionamento amoroso, inclusive consentido respectivos familiares, e, nesse contexto, contrário à presunção de vulnerabilidade absoluta, resolveram praticar ato sexual, que acabou por não ofender a dignidade sexual da vítima, muito menos prejudicar-lhe a evolução ou o desenvolvimento de sua personalidade, não seria justo ou razoável condenar aquele primeiro ao cumprimento de 08 anos de reclusão, sendo imperiosa a absolvição****. Recurso não provido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001336-

78.2011.8.12.0055, Sonora, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 20/06/2016, p: 29/07/2016). (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – CONJUNÇÃO CARNAL COM PESSOA DE 13 (TREZE) ANOS DE IDADE – ELEVADO GRAU DE CONSCIENTIZAÇÃO DA ADOLESCENTE PARA A REALIZAÇÃO DE ATOS SEXUAIS – VULNERABILIDADE DA MENOR RELATIVIZADA, COM A RESULTANTE ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.* ***A presunção de violência exercida contra menor de 14 (quatorze) anos, em casos excepcionais, examinadas as peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada, desde que demonstrada a ausência de vulnerabilidade da suposta vítima.****"* (TJMS. Apelação Criminal n. 0013922-10.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 03/10/2017, p: 24/11/2017). (G.n.)

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO RÉU – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONSENTIMENTO DA MENOR – RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A MENOR E O ACUSADO – NAMORO CONSENTIDO PELOS PAIS DA VÍTIMA – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – CONTRA O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. No que concerne ao estupro de vulnerável, visa a lei amparar, inclusive com o rigor da Lei 8.072/90, vítimas ingênuas e extremamente ignorantes em assuntos alusivos a sexo, desprovidas de discernimento e conhecimento suficientes para alcançar e avaliar a dimensão do ato a ser praticado, com os seus desdobramentos. Neste tanto,* ***o que deve ser apreciado é se a vítima, ao consentir, tinha ou não condições de mensurar as consequências do ato e entendê-lo****.* ***A comprovação de que a menor expressamente consentiu com a relação sexual, levada a termo durante namoro com o acusado, que contava inclusive com orientação da genitora, face à afetividade que revestia a situação, evidencia discernimento incompatível com a presunção de vulnerabilidade idealizada pelo legislador.*** *É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Recurso conhecido e provido. Contra o parecer."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001614-49.2013.8.12.0010, Fátima do Sul, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 05/10/2017, p: 06/10/2017). (G.n.)

*"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA COM 13 ANOS DE IDADE – CONSENTIMENTO PARA O ATO SEXUAL – AUSÊNCIA DE OFENSA CONCRETA À DIGNIDADE SEXUAL DA VÍTIMA – ABSOLVIÇÃO IMPOSITIVA – RECURSO PROVIDO. O legislador infraconstitucional, ao prever o estupro de vulnerável consubstanciado tão somente na prática sexual com menor de quatorze anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, dotado de vulnerabilidade máxima. A singeleza da conduta tipificada – ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – contrastante com a pena cominada – oito a quinze anos de reclusão – claramente destina-se à preservar a dignidade sexual de vítima altamente vulnerável, sendo aceitável que assim seja. Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade.* ***É possível, em outros termos, que tenhamos, in concreto, vulnerabilidade relativa em sujeitos com idade ou deficiências previstas no referido dispositivo legal, em razão de circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares, de modo que a conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticados com tais sujeitos não atentará contra suas dignidades sexuais.*** *Nesse sentido é a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (in Tratado de direito penal, 4: parte especial. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, cap. IV). Na hipótese concreta, não se afigura justa a condenação do recorrente pelo crime de estupro de vulnerável se a própria vítima, que contava com 13 anos à época dos fatos, foi quem procurou o primeiro para ter um relacionamento e, mesmo diante da negativa inicial, insistiu bastante para que ficassem juntos.* ***Ademais, depois da primeira relação sexual consentida que tiveram, nota-se o autor buscou a família dela para fixarem o namoro, inexistindo, dentro desse contexto, qualquer violação à dignidade sexual da adolescente, caso em que a absolvição se impõe****. Recurso provido, contra o parecer."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0013422-75.2013.8.12.0002, Dourados, 1ª

Seção Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 27/07/2018, p: 30/07/2018). (G.n.)

Além disso, importa ressaltar que os fatos apurados nos presentes autos ocorreram ano de 2013, contudo, a questão referente à vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos e se esta poderia anuir validamente que com ela fosse praticado ato sexual, somente foi pacificada pelo STJ em maio de 2015, quando do julgamento do Recurso Especial 1480881/PI.

Acerca da questão, oportuno citar o voto proferido pelo Excelentíssimo Des. Ruy Celso Barbosa Florence com sua costumeira proficiência, na Apelação Criminal n. 0001981-39.2014.8.12.0010, cujas razões adoto como fundamentos para decidir:

> *"(...).*
>
> *Ressalto ainda que, não obstante a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1480881/PI, pela Terceira Seção, processado pelo rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, sufragando a tese de que, para a configuração do artigo 217-A do Código Penal 'basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos', sendo irrelevante o consenso da vítima,* ***não se pode olvidar que somente se deu em 28.05.2015, não sendo aplicável ao presente caso****.*
>
> *Antes disso, retornando ao exame dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa jurisprudencial disponibilizada no respectivo sítio eletrônico indica que* ***tal oscilação de entendimentos iniciou-se aproximadamente em 1992 e prosseguiu ao menos até fevereiro de 2014,*** *quando foi julgado os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC, pela Terceira Seção do STJ, cuja relatoria coube à Ministra Laurita Vaz.*
>
> ***Logo, é possível concluir que na data do suposto crime apurado nestes autos (entre os meses de setembro de 2012 e agosto de 2014), não havia consenso no âmbito do STJ se pessoa menor de 14 anos poderia validamente anuir que com ela fosse praticado ato sexual e, assim excluir a tipicidade penal do fato. Para a Sexta Turma, a resposta era positiva; em sentido contrário posicionava-se a Quinta Turma.***
>
> ***Portanto, se nem mesmo entre os e. Ministros da Superior Corte (aos quais incumbia uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil) havia entendimento uniformizado sobre o tema ao tempo da relação sexual em exame nestes autos, não considero razoável neste momento exigir que o réu, trabalhador em usina de álcool e com 20 anos de idade ao tempo do fato, se comportasse de forma distinta àquela época****, o qual inclusive foi quem noticiou os fatos na delegacia de Polícia (p. 7).*
>
> *(...).*
>
> ***Em verdade, não é constitucional aplicar retroativamente o entendimento sedimentado no REsp 1480881/PI, de maio de 2015, com o objetivo de conferir tipicidade penal à conduta imputada nestes autos, perpetrada quando persistia um contexto de incerteza sobre o tema, provocado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.***
>
> *Em artigo sobre os limites à retroatividade do procedente uniformizador de jurisprudência, Gustavo de Medeiros Melo explicita que* ***'a Constituição Federal de 1988 não autoriza que os tribunais superiores encarregados de uniformizar a jurisprudência para todo o território nacional formulem soluções com projeção radical para o passado, nos casos em que nem o próprio tribunal chegou a um consenso entre seus ministros e órgãos fracionários (CF, art. 5º, caput, inc XXXVI)'***
>
> *E prossegue:*
>
> *'No Estado democrático de Direito, fundado no princípio da segurança jurídica, a solução encontrada pelos tribunais superiores, como produto de uma profunda fase de*

*controvérsia que se espalhou por tribunais da federação e se instalou entre órgãos internos e ministros da própria Corte Superior, não pode apanhar o jurisdicionado de assalto como solução surpresa. O fenômeno é tanto mais preocupante quando se sabe que até mesmo a Corte Especial do STJ e o plenário do STF, não poucas vezes, decidem de forma não unânime a controvérsia.*

*A divergência é fenômeno natural à estrutura do Direito como processo de comunicação e instrumento de linguagem, mas o sistema impõe limites de tolerância. O processo não pode ser veículo de 'golpe', de assalto, de loteria, de surpresa para as partes.*

*(...).*

*É necessária e justa uma dose de tolerância para com aqueles que assistiram perplexos ao espetáculo de paradoxos, contradições, polêmicas e discussões (muitas vezes ácidas) em que se viu mergulhada a Corte, até o dia em que a questão específica, às vezes vários anos depois, vem a ser definida. O precedente uniformizador não pode apanhar de assalto e prejudicar a vida dos sujeitos que confiaram nas regras do jogo então anunciadas pela autoridade máxima na hierarquia judiciária do país.*

*O estado de dúvida gerado no espírito do litigante, sobretudo quando essa perplexidade foi provocada pelo próprio Poder Judiciário através de seus órgãos de cúpula encarregados de solver os conflitos do sistema, só pode ser interpretado para facilitar o acesso da pessoa à Justiça, preservando seus direitos fundamentais, e não para obstruí-los com soluções feitas de surpresa. A segurança jurídica do Estado democrático de Direito observa o professor Humberto Theodoro Jr. impõe sejam os atos normativos editados com precisão e determinação. Segurança não significa engessamento da jurisprudência. A jurisprudência deve evoluir e acompanhar as transformações do seu tempo, mas com previsibilidade e segurança nesse movimento de evolução e transformação.*

*Só se pode exigir do jurisdicionado correção de comportamento se os tribunais superiores forem capazes de proporcionar confiança, certeza e previsibilidade em seus posicionamentos. Não se pode exigir de ninguém o grau de certeza que as cortes de uniformização não tiveram no exercício de sua função de definir os direitos e obrigações em nível máximo de jurisdição. Toda ordem jurídica ensina Cândido Rangel Dinamarco tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança nas pessoas quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para prever as consequências do seu descumprimento.'*

*Conquanto referido texto seja direcionado ao Direito processual civil, as advertências nele constantes são aplicáveis ao presente caso.*

***Ora, o réu não pode ser apanhado de assalto com uma solução surpresa. Muito menos é lícito exigir que se comportasse de forma distinta se o próprio STJ não foi capaz de proporcionar confiança, certeza e previsibilidade em seus posicionamentos à época do fato criminoso imputado.***

*Poder-se-ia alegar que no âmbito penal é vedada apenas a novatio legis in pejus. Contudo, é inexorável que no sistema brasileiro o precedente extraído de recurso representativo de controvérsia adquire generalidade e abstração por construir norma jurídica em alguma medida.*

***É certo que os tribunais e dos juízes devem respeitar os precedentes jurisprudenciais fixados pelas Cortes Superiores. Mas isso deve ocorrer para conferir estabilidade e a previsibilidade necessária à pacificação judicial, o que não se dará caso o entendimento sufragado no REsp 1.480.881/PI seja aplicado retroativamente para alcançar o passado, quando perdurava uma fase de profunda controvérsia no seio jurídico.***

*Em resumo, o STJ pode proferir acórdãos representativos de controvérsia como síntese de sua orientação predominante já manifestada em outros precedentes. O que não*

> *é legítimo, nem justo, é a Corte Superior variar por anos seu entendimento a respeito de determinada matéria, a ponto de poder induzir o comportamento do jurisdicionado para um lado, mais depois reprová-lo com projeção radical para o passado."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001981-39.2014.8.12.0010, Fátima do Sul, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 03/07/2017, p: 25/07/2017). (G.n.)

Outrossim, não bastasse todas as questões abordadas acima, importa observar, ainda, que o acusado afirmou que ao começar a se relacionar com a vítima não sabia a idade da mesma, não tendo suspeitado que ela fosse menor de idade, pois sempre a via em festas e lugares que não eram próprios para menores. Note-se que tal versão é corroborada pelo depoimento da mãe da vítima, que relatou em juízo que ele dava muito trabalho, que saia sem avisar onde estava, chegava tarde da noite em casa, etc.

Demais disso, a vítima em seu depoimento judicial/especial, ao ser questionada se o acusado sabia de sua idade, inicialmente disse que não, depois, quando a assistente social perguntou se ele não havia perguntado a idade dela, respondeu que sim, que ela disse que tinha 13 anos. Note-se, entretanto, que a vítima não esclareceu se o acusado perguntou sua idade quando começaram a namorar, ou somente depois que o Conselho Tutelar interveio na história. A propósito, a própria vítima relatou que após ficar grávida não teve mais relações sexuais com o acusado, que ele a visitava frequentemente, mas não tinham relações; fato que corrobora a conclusão de que o réu somente teve conhecimento de que ela era menor após a intervenção do Conselho Tutelar, tanto que assim que soube, deixou de se relacionar sexualmente com ela.

Assim, há fundada dúvida se o acusado sabia ou não que a vítima era menor de 14 anos quando começou a se relacionar com ela, o que torna o crime atípico, pois agiu sem a necessária consciência de que estava praticando um comportamento punível, ou seja, perpetrou a conduta incorrendo em erro sobre circunstância elementar do tipo penal em questão (erro de tipo), o que enseja a sua absolvição, prestigiando o princípio do *in dubio pro reo.*

Portanto, no caso concreto, há não só que se admitir a relativização da vulnerabilidade da vítima, reconhecendo a falta de tipicidade material da conduta perpetrada pelo acusado, mas também a existência de dúvida razoável quanto a ocorrência de erro sobre elemento constitutivo do tipo legal, impondo-se a absolvição do acusado.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e lhe dou provimento, para o fim de absolver o acusado Antonio Moreira dos Santos, com fulcro nos arts. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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 Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
## Apelação Criminal nº 0002944-60.2017.8.12.0004 – Amambai

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INÍCIO IMEDIATO DO CUMPRIMENTO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELO CRIME DESCRITO NO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06 – IMPROCEDÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O cumprimento provisório da pena restou prejudicado ante a decisão proferida pelo STF, no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, todas elas de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, realizado em 07/11/2019, com alteração da orientação até então predominante, e consequente declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Para a caracterização do delito do art. 35 da Lei de Drogas é necessária a demonstração inequívoca da união de vontades de duas ou mais pessoas, com o caráter de permanência e vínculo duradouro quanto à intenção de prática de crimes reiterados de tráfico de drogas, vetores esses que, não sendo provados, inviabilizam a condenação.

APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – QUATRO RÉUS – PEDIDO COMUM DOS RÉUS –APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ARTIGO 33 § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – NÃO ACOLHIMENTO – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO DEMONSTRAM QUE OS RÉUS SE DEDICAVAM À ATIVIDADE CRIMINOSA – PEDIDO DOS RÉUS Bruna, Cleiton E Jeferson ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – PEDIDO DOS RÉUS Bruna, Cleiton E Daniel – REDUÇÃO DA PENA-BASE – VETORIAL CULPABILIDADE MAL SOPESADA – FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO – IMPOSSIBILIDADE – PENAS SUPERIORES A 04 ANOS E INFERIORES A 08 ANOS POSSUEM CONTRA SI CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – PEDIDO DOS RÉUS Daniel E Jeferson – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE –RÉUS QUE POSSUEM PENAS SUPERIORES A 04 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – RECURSOS CONHECIDOS E QUANTO AOS RÉUS Bruna, Cleiton E Daniel – PARCIALMENTE PROVIDOS – RECURSO NO RÉU Jeferson DE OLIVEIRA PIRES – NÃO PROVIDO.

A frágil negativa do Apelante no sentido de que não tem envolvimento com os fatos, resta isolada nos autos, já que todos os elementos probantes caminham no sentido de que os Apelantes dedicavam a atividade de tráfico de drogas. Logo, evidenciada a autoria delitiva e a tipificação da conduta dos réus, ao que prevê o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, a manutenção da condenação em seus próprios termos é providência que se impõe.

A grande quantidade de entorpecente apreendido (219 kg de maconha), justifica a valoração negativa para majoração da pena-base, pois é circunstância preponderante prevista no art. 42 da Lei 11.343/06. Do mesmo modo, a utilização de batedores de estrada também é fundamento para negativação de circunstância judicial (art. 59 do CP), pois dificulta a ação policial e possibilita maior êxito da empreitada criminosa. Contudo, o fato de a traficância ter se concretizado em região de fronteira não induz necessária e automaticamente à exasperação da basilar, mediante negativação da moduladora culpabilidade, mesmo porque se o legislador quisesse que o tráfico em cenários desse jaez fosse apenado de maneira mais rigorosa, seguramente o faria expressamente, a exemplo de várias outras situações espelhadas na legislação pertinente.

Na hipótese em apreço, não há que se falar em aplicação da causa de diminuição do tráfico eventual, posto que os apelantes foram presos em flagrante, transportando expressiva quantidade de entorpecentes (219 kg de maconha). Tal fato evidencia o valor significativo em dinheiro que os apelantes poderiam auferir com o sucesso da empreitada criminosa, o que somado ao modus operandi e às demais provas levam à conclusão de que os réus integravam organização criminosa. Por essas razões, 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;

Considerando a existência de circunstâncias judiciais manifestamente desabonadoras, é recomendável o regime inicial fechado, conforme autoriza o art. 33, § 3º, do CP;

No caso dos autos, os apelantes não preenchem os requisitos objetivos e subjetivos previstos nos incisos I, e III do artigo 44 do Código Penal, uma vez que foram condenados à pena superior a quatro anos, e possuem circunstâncias judiciais desfavoráveis.

## 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, negaram provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual e J.O.P.; pelo mesmo quórum, deram parcial provimento aos recursos interpostos por B.C.A.M., C.M.C. e D.P.L.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por Ministério Público Estadual e Bruna Carolayne de Assis Moura, Cleiton Marques Colaço, Daniel Prado de Lima e Jeferson de Oliveira Pires, contra a sentença do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Amambai, que, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva, que absolveu os réus do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 e os condenou: Bruna à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; Cleiton à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; Daniel à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; Jeferson à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 697/719).

O *Parquet,* em suas razões recursais, postula a condenação dos réus como incursos no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006; bem como o imediato cumprimento da pena aplicada aos réus (fls. 768/821).

Por sua vez, a ré Bruna também interpôs Recurso de Apelação, requerendo, em suas razões recursais (fls. 768/821): 1) a absolvição por insuficiência de provas; 2) a redução da pena-base ao mínimo legal; 3) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas; 4) a fixação de regime prisional menos gravoso.

O réu Cleiton, igualmente, interpôs Recurso de Apelação, pleiteando, em suas razões recursais (fls. 822/874): 1) a absolvição por insuficiência de provas; 2) a redução da pena-base ao mínimo legal; 3) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas; 4) a fixação de regime prisional menos gravoso.

De igual modo, o réu Daniel interpôs Recurso de Apelação, requerendo, em suas razões recursais (fls. 882/914): 1) a redução da pena-base ao mínimo legal; 2) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas, com o afastamento da hediondez do delito; 3) a fixação de regime prisional menos gravoso; 4) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Por seu turno, o réu Jeferson interpôs Recurso de Apelação, pleiteando, em suas razões recursais (fls. 1061/1071): 1) a absolvição por insuficiência de provas; 2) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas; 3) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Em contrarrazões (fls. 915/925, 927/942, 1006/1017), os réus pugnaram pelo improvimento do recurso interposto pelo Parquet.

O Ministério Público, em sede de contrarrazões (fls. 1077/1103), pugnou pelo conhecimento e improvimento dos apelos Defensivos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público e, quanto aos recursos defensivos, pelo conhecimento e desprovimento (fls. 1108/1141).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por Ministério Público Estadual e Bruna Carolayne de Assis Moura, Cleiton Marques Colaço, Daniel Prado de Lima e Jeferson de Oliveira Pires, contra a sentença do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Amambai, que, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva, que absolveu os réus do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 e os condenou: Bruna à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; Cleiton à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; Daniel à pena de 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; Jeferson à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado e, ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 697/719), em decorrência dos seguintes fatos narrados na denúncia (fls. 01-05):

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 04 de setembro de 2017, por volta das 16 horas e 20 minutos, na Avenida Deputado Flávio Derzi, Bairro Vila Industrial, próximo ao Conselho Tutelar, em Coronel Sapucaia/MS, nesta Comarca, os autores dos fatos acima qualificados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, associados, adquiriram e transportaram droga, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, qual seja 219 kg (duzentos de dezenove quilogramas) de 'maconha', dispostos em 274 (duzentos e setenta e quatro) tabletes, conforme Auto de Apreensão de fl. 12/13 e Laudo de Constatação Preliminar de fl. 15, para fins de comercialização.*
>
> *Segundo se apurou, nas circunstâncias supra, uma guarnição da Polícia Militar realizava patrulhamento ostensivo e preventivo pelo local dos fatos, oportunidade em que*

*abordou o veículo VW/Gol, cor preta, placas LVT-2545 Ivinhema/MS, de propriedade de Paulo Cezar Cruz, sendo conduzido por Daniel Prado de Lima.*

*Durante a abordagem, constatou que o condutor não possuía Carteira Nacional de Habilitação, e em verificação ao interior do veículo, os policiais lograram êxito em encontrar 274 (duzentos e setenta e quatro) tabletes de 'maconha', espalhados no banco traseiro e porta malas do veículo.*

*Ao ser questionado pelas autoridades policiais, Daniel Prado de Lima admitiu a conduta delituosa, relatando ter se deslocado até a cidade de Coronel Sapucaia/MS com fins específicos de buscar drogas ilícitas e transportá-las até o Distrito de Casa Verde, próximo à cidade de Nova Andradina/MS, e que receberia o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).*

*Ato contínuo, os referidos policiais informaram a 3ª /CIPM sobre a apreensão do entorpecente, tendo a guarnição da Polícia Militar de Amambai/MS realizado bloqueio policial na entrada desta cidade, a fim de flagrar possíveis batedores de estrada para a carga de drogas apreendida. Nesta oportunidade, foi abordado o veículo Chevrolet/ONIX, cor branca, placas QAA-2947/Nova Andradina/MS, que em razão de não ter nada de irregular, foi liberado.*

*Posteriormente, Daniel Prado de Lima recebeu uma ligação no aparelho celular que trazia consigo, de número registrado como KM, a qual ficou evidente tratar-se do 'batedor' de estrada, que avisou ter sido abordado em bloqueio policial e liberado logo em seguida.*

*Diante dessa informação, Daniel Prado de Lima confirmou que havia um veículo modelo Chevrolet/ONIX, cor branca, placas QAA-2947Nova Andradina/MS, com uma mulher e dois homens, que estaria atuando como batedor de estrada para o mesmo.*

*Em diligências realizadas imediatamente, a guarnição logrou êxito em localizar o descrito veículo, sendo seus ocupantes os autores Bruna Carolayne de Assis Moura, Cleiton Marques Colaço e Jeferson de Oliveira Pires, que foram reconhecidos por Daniel como comparsas na empreitada criminosa, conforme Boletim de Ocorrência de fl. 47/verso e 48.*

*Infere-se, ainda, que o número registrado como KM no aparelho de telefone celular apreendido com Daniel Prado de Lima pertencia ar Jeferson de Oliveira Pires, pessoa que efetuou a ligação para avisar sobre o bloqueio policial.*

*A materialidade delitiva vem comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito de fls. 02/42; Auto de Exibição e Apreensão de fls. 12/13; Laudo de Constatação Preliminar de fl. 15; Auto de Recolhimento de fls. 49 e 50; Fotografias de fls. 55/63 e Laudo Pericial em telefone celular de fl. 113."*

O *Parquet,* em suas razões recursais, postula a condenação dos réus como incursos no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006; bem como o imediato cumprimento da pena aplicada aos réus (fls. 768/821).

Por sua vez, a ré Bruna também interpôs Recurso de Apelação, requerendo, em suas razões recursais (fls. 768/821): 1) a absolvição por insuficiência de provas; 2) a redução da pena-base ao mínimo legal; 3) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas; 4) a fixação de regime prisional menos gravoso.

O réu Cleiton, igualmente, interpôs Recurso de Apelação, pleiteando, em suas razões recursais (fls. 822/874): 1) a absolvição por insuficiência de provas; 2) a redução da pena-base ao mínimo legal; 3) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas; 4) a fixação de regime prisional menos gravoso.

De igual modo, o réu Daniel interpôs Recurso de Apelação, requerendo, em suas razões recursais (fls. 882/914): 1) a redução da pena-base ao mínimo legal; 2) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei de Drogas, com o afastamento da hediondez do delito; 3) a fixação de regime prisional menos gravoso; 4) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Por seu turno, o réu Jeferson interpôs Recurso de Apelação, pleiteando, em suas razões recursais (fls. 1061/1071): 1) a absolvição por insuficiência de provas; 2) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas; 3) a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Passo a enfrentar os recursos e as questões separadamente.

Do recurso interposto pelo Ministério Público.

Em seu recurso, o *Parquet* postula a condenação dos réus como incursos no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006; bem como o imediato cumprimento da pena aplicada aos réus (fls. 768/821).

O pleito, porém, não merece provimento.

Sem maiores delongas, em que pese o exposto pelo ilustre Parquet, o STF, no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, todas elas de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, realizado em 07/11/2019, mudando sua orientação até então predominante, declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que prevê a possibilidade de prisão em virtude de condenação apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vedando, assim, a possibilidade de prisão do condenado a título de execução provisória da pena.

Nesse sentido, julgado deste Sodalício:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – EXECUÇÃO IMEDIATA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIALMENTE ACOLHIDOS. Deve prevalecer o voto vencedor, porquanto, tratando-se de crime de tráfico de drogas, há que se punir com maior rigor o narcotraficante que atua com extrema ousadia, fazendo ingressar substância entorpecente nas dependências da Delegacia de Polícia. E mais ainda, que o faz envolvendo adolescente, porquanto insere na criminalidade pessoa em desenvolvimento. Por tais razões, não incide na hipótese a Súmula 269 do STJ, dada a extrema gravidade da circunstância fática, não é recomendável regime mais brando. Acerca da execução imediata após condenação em Segundo Grau, há que se considerar recentíssima mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 84.078, em que firmou-se a impossibilidade de cumprimento imediato da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Logo, à exceção das medidas cautelares de segregação do indivíduo, por ora, não é mais possível o cumprimento imediato da pena quando pendente julgamento de recurso, como o caso que ora se apresenta, em que o réu respondeu solto à presente Ação Penal contudo, ao final restou condenado ao regime inicial fechado. A execução penal passa a ser cabível somente após esgotadas todas as possibilidades de recursos, ante a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, que por ter sido proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade, tem alcance erga omnes e efeito vinculante, de cumprimento obrigatório em todas as instâncias. Enfim, por estrita obediência ao Julgamento pela Corte Suprema e observado o princípio da segurança jurídica, o cumprimento de pena só pode ocorrer após o trânsito em julgado dos processos, depois do esgotamento dos recursos disponíveis ao réu, de forma que neste ponto, deve prevalecer o voto vencido que indeferia o pleito Ministerial."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001705-66.2018.8.12.0010, Fátima do Sul, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 24/11/2019, p: 02/12/2019)

Desta feita, não há que se falar em cumprimento em imediato da pena, devendo esta somente se iniciar após o transito em julgado da sentença condenatória.

Da condenação dos réus como incursos no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006.

Sem razão, também neste tópico.

Acerca do crime de associação para o tráfico, dispõe o artigo 35 da Lei nº 11.343/2006:

> *"Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão,*

*de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa."*

O tipo penal descrito no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 é figura autônoma, podendo coexistir com outros delitos em concurso material, e exige, para a sua caracterização, a associação estável e permanente de dois ou mais agentes, agrupados com a finalidade de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no artigo 33, *caput* e § 1º, e artigo 34, todos do mesmo diploma legal. Com efeito, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, [1] *"exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do artigo 35 (antigo art. 14 da Lei nº 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum."*

Portanto, para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a demonstração concreta do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, *caput* e § 1º e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (*HC* 354.109/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; *HC* 391.325/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

Na espécie, como bem destacou o magistrado sentenciante, *"conforme vasta fundamentação constante do item II.1, há prova apenas do dolo dos acusados de agir conjuntamente, em concurso, para a prática do crime previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, inexistindo, pois, qualquer outro elemento apto a demonstrar o caráter duradouro, permanente, estável desta união, ainda que organizada. Portanto, a absolvição é medida imperativa, eis que, como já esclarecido, o delito tipificado no artigo 35, da Lei de Drogas, somente resta configurado quando da existência do animus associativo, com a finalidade descrita",* fls. 715/716.

Neste contexto, mesmo diante dos depoimentos testemunhais e interrogatório dos recorridos, não há prova segura de que os réus estavam vinculados de forma estável e perene para a prática de crimes dessa natureza. Esse é o entendimento deste Eg. Tribunal e do Col. Superior Tribunal de Justiça:

*"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO MINISTERIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – FALTA DE PROVAS DA ESTABILIDADE E VINCULO DE PERMANÊNCIA ENTRE OS ENVOLVIDOS – RECURSO DESPROVIDO – PEDIDO ALTERNATIVO DE ABSOLVIÇÃO TOTAL DA APELADA, FORMULADO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES NÃO CONHECIDO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS PELAS PARTES. Não se conhece de pedido de absolvição total da acusada, formulado subsidiariamente em contrarrazões, por se tratar de via a tanto inadequada. Como cediço, o atual diploma Antitóxicos não abordou a chamada associação eventual, então disciplinada na legislação anterior. O delito configura-se com a convergência de vontades, animus associativo estável e duradouro, afigurando-se imprescindível prova segura acerca da subjetividade da estabilidade e permanência da societas sceleris, não bastando uma eventual sucessão de ações grupais. Um decreto condenatório, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreado, sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos. Não pode estar alicerçado no solo movediço do possível ou do provável, mas apenas no terreno firme da certeza. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões."* (TJMS. Apelação n. 0003572- 95.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 21/03/2019, p: 25/03/2019) – destaquei.

*"EMENTA – RECURSO MINISTERIAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ART. 35, DA Nº LEI 11.343/2006 – ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – ANIMUS ASSOCIATIVO – CARÁTER ESTÁVEL E DURADOURO – AUSÊNCIA – REUNIÃO OCASIONAL – ABSOLVIÇÃO MANTIDA*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 335.

*– ANTECEDENTES – PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS (ART. 64, I, DO CP) – DIREITO AO ESQUECIMENTO – INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. I – O crime de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, não se confunde com o mero concurso de agentes para a prática de ato eventual (reunião ocasional de duas ou mais pessoas), pois sua configuração exige o animus associativo, a vontade de associar-se, que é o elemento subjetivo do tipo, caracterizado pela intenção associativa, de caráter estável e duradouro. Ausente prova segura do vínculo associativo estável e duradouro entre os agentes, impõe-se a conclusão no sentido de que os episódios descritos pela denúncia caracterizam apenas um concurso de agentes, eventual e transitório, o que está longe de configurar o crime de associação para o tráfico, previsto pelo artigo 35 da Lei nº 11.343/06."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0005701-45.2018.8.12.0019, Ponta Porã, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 29/08/2019, p: 02/09/2019).

*"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO – PLURALIDADE DE AGENTES – INEXISTÊNCIA – LOCALIDADE DOMINADA POR FACÇÃO CRIMINOSA – PRESUNÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NO GRUPO CRIMINOSO – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA ASSOCIAÇÃO – ABSOLVIÇÃO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – ACUSADO APREENDIDO COM ARMA DE USO RESTRITO, MUNIÇÕES E CARREGADOR – ELEMENTOS CONCRETOS QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. 1. Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que indispensável, para a configuração do crime de associação para o tráfico, a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos. 2. Ainda que seja de conhecimento o domínio da localidade por facção criminosa e a posse de arma e munição de uso restrito denotem envolvimento com atividades criminosas, não há na denúncia, na sentença ou no acórdão qualquer apontamento de fato concreto a caracterizar o vínculo de agentes, requisito necessário para a configuração do delito de associação para o tráfico, não tendo sido sequer indicado quem seriam os outros que com ele estariam associados, de modo que, ausente o requisito atinente à pluralidade de agentes, imperiosa é a absolvição. 3. (...)."* (HC 474.965/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 07/03/2019).

Desta forma, ausente a prova da união efetiva e estável para o tráfico de drogas, não há que se falar em condenação pelo crime de associação.

Dos recursos defensivos de Bruna, Cleiton e Jeferson – da absolvição do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Sustenta a Defesa que não haveriam provas suficientes para a condenação dos apelantes Bruna, Cleiton e Jeferson pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, contudo, razão não lhes assiste.

A materialidade e a autoria dos crimes restaram devidamente comprovadas, haja vista as declarações colhidas durante a instrução e os seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 07/08); Auto de Apreensão (fls. 17/18); Laudo de Constatação Preliminar de Substância Entorpecente (fl. 20); Fotografias (fls. 64/72); Laudo de Exame em Telefone Celular (fls. 113/122); Laudo de Exame Toxicológico (fls. 298/301); Informações da Operadora de Telefonia Celular Vivo (fls. 518/542).

Os apelantes Bruna Carolayne, Cleiton Marques e Jeferson de Oliveira, quando ouvidos em sede extrajudicial (fls. 31/32, 39/40 e 46/47), bem como em juízo (arquivo multimídia), negaram a prática delitiva.

Por sua vez, o réu Daniel (fls. 22/23) em seu interrogatório extrajudicial (fls. 22/24) confessou a prática delitiva, afirmando que foi contratado por telefone, não sabendo indicar quem era o indivíduo, para buscar um carregamento de droga na cidade de Coronel Sapucaia/MS. Para tanto, receberia o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); relatou que pegou o veículo Gol Trend VW placa LVT 2545 em Nova Andradina/MS, cidade em que reside, saindo no dia 03/09/2017 por volta das 14h00min, chegando na cidade de Coronel Sapucaia/MS no mesmo dia, por volta das 21h00min; que deixou o veículo Gol na Av. Internacional, conforme havia sido combinado com o contratante para que o mesmo fosse carregado com os entorpecentes; asseverou que tinha o

apoio de algumas pessoas atuando como batedores na rodovia; que o contratante ligou no telefone marca LG, que havia sido deixado dentro do veículo, informando que os batedores ligariam neste aparelho caso tivesse alguma barreira policial. Salientou que com o carro carregado, saiu do Município de Coronel Sapucaia/MS por uma estrada vicinal com o Paraguai e, logo na saída foi abordado por policiais militares; que na abordagem os policiais encontraram o entorpecente no banco traseiro do veículo e no porta-malas; que confirmou que os batedores, dois homens e uma mulher, posteriormente identificados como sendo os réus Bruna, Cleiton e Jeferson, estavam em um veículo Onix; contou ainda que conversou por telefone com as pessoas ocupantes do referido automóvel, bem como que pouco antes de sair de Coronel Sapucaia/MS manteve contato visual com os três; que quando perguntando sobre o número de telefone (67) 99854-0141 número registrado como "KM" nos contatos telefônicos do celular LG - informou que pertencia a um dos ocupantes do Onix. No mais, acrescentou que já foi preso anteriormente pelo delito de tráfico de drogas.

Em juízo (arquivo multimídia), alterou as versões dos fatos, assumindo toda a autoria do crime, alegando desconhecer as pessoas de Bruna, Cleiton e Jeferson.

Por outro lado, o policial militar Cledson Cleico Carvalho dos Santos em declarações prestadas na fase investigativa (fls. 11/13), confirmadas em juízo (arquivo multimídia), relatou que na data dos fatos estava em patrulhamento na região da vila industrial em Coronel Sapucaia/MS; que foi realizada a abordagem do veículo Gol conduzido por Daniel, sendo que após a solicitação dos documentos foi feita a revista interna no automóvel, onde foi localizado grande quantidade de drogas no banco traseiro e porta-malas do carro, de modo que o réu Daniel foi conduzido ao 3º Pelotão; que durante a abordagem Daniel recebeu uma ligação em seu celular, marca LG, de um indivíduo que informava ter sido abordado em uma barreira policial em Amambai/MS, a fim de alertar ao réu para que ele não prosseguisse; questionado, Daniel confessou que umra Daniel estava identificado como "KM", cujo número de telefone era (67) 99854-0141; que o comandante do pelotão entrou em contato com a polícia militar de Amambai/MS para repassar as informações; que a guarnição de Amambai/MS confirmou que havia abordado um veículo Onix, ocupado por uma mulher e dois homens e, por não haver nenhuma irregularidade foram liberados; que em decorrência das novas informações a guarnição de Amambai/MS logrou êxito em localizar o veículo anteriormente abordado; que os ocupantes do Onix eram Bruna, Cleiton e Jeferson, os quais confirmaram que estavam na cidade de Coronel Sapucaia/MS; que posteriormente os réus foram encaminhados para Coronel Sapucaia/MS oportunidade em que Daniel reconheceu Bruna, Cleiton e Jeferson como os indivíduos que estavam "batendo estrada" para ele.

No mesmo sentido foram os depoimentos dos policiais Juliano Delgado (fls. 09/10 e arquivo multimídia) e Celso Inácio Sanabria Canete (arquivo multimídia) asseverando que no momento da abordagem de Daniel o mesmo recebeu uma ligação em seu telefone celular de um número registrado como "KM"; que o indivíduo da outra linha, informou que *"haviam sido abordados pela polícia militar em Amambai/MS, para o réu não seguir"* (sic); perguntado Daniel respondeu que eram os "batedores", estavam em três pessoas, dois homens e uma mulher, em um veículo ônix, cor branca, placa de Nova Andradina/MS.

De igual modo o policial militar Edinaldo de Arruda Quadra em depoimento prestado em sede judicial (arquivo multimídia) relatou que fazia parte da guarnição da polícia militar de Amambai/MS e, na data dos fatos, receberam uma solicitação de apoio da polícia militar de Coronel Sapucaia/MS para abordar um veículo que estava "batendo estrada" para uma carga de entorpecentes apreendida em Coronel Sapucaia/MS; que participou da primeira abordagem do veículo Onix e por não constatar nada de irregular liberaram o automóvel; que posteriormente receberam a ligação de Coronel Sapucaia/MS informando que um indivíduo atuando como "batedor" havia entrado em contato com o condutor da droga apreendida para informar da abordagem da guarnição de Amambai/MS; que em razão disso, diligenciaram em busca do referido automóvel, obtendo êxito em encontra-lo; que o carro era ocupado pelos réus Bruna, Jeferson e Cleiton, sendo os mesmos conduzidos até a delegacia de Coronel Sapucaia/MS, onde foram reconhecidos pelo réu Daniel.

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Wagner Manoel Lima Roque (arquivo multimídia) que compunha a guarnição de Amambai/MS.

Destaco ainda, que conforme relatório fornecido pela operadora de celular VIVO (fls. 518) o número (67) 99854-0141 registrado no aparelho celular do réu Daniel como "KM", identificado como o número de telefone utilizado para informar sobre a barreira policial em Amambai/MS, está cadastrado no nome do corréu Jeferson de Oliveira Pires.

Assim, em que pese a negativa da traficância pelos Apelantes, entendo que esta encontra-se dissociada dos demais elementos colacionados durante a instrução do processo, consistindo em uma clara tentativa de se desvencilharem do crime que lhes é imputado.

Importante ressaltar que o testemunho dos policiais possuem grande relevância probatória, e goza de presunção *juris tantum* de veracidade, portanto, suas declarações devem ser tomadas como críveis até que prova suficiente venha afastar aquilo que foi dito.

No presente caso não há motivos para que os policiais ouvidos faltassem com a verdade, sendo certo que os seus depoimentos quando harmônicos com os demais elementos probatórios são aptos para sustentar o decreto condenatório, conforme jurisprudência:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÊS RÉUS – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE CONTRABANDO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENAS-BASES REDUZIDAS – REINCIDÊNCIA AFASTADA – AÇÕES PENAIS SEM A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO – RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INCABÍVEL – (...). Cabe ressaltar que o depoimento de policiais é considerado idôneo, capaz de embasar uma condenação, quando em consonância com o conjunto probatório (...)."* (TJMS. Apelação n.0000318-39.2015.8.12.0004, Amambai, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j:21/09/2017, p: 27/09/2017)

Como é sabido, o crime de tráfico de drogas é do tipo misto alternativo e instantâneo, ou seja, consuma-se quando o agente pratica qualquer um dos verbos tipificados no art. 33, da Lei n.º 11.343/06[2].

Assim, diante de todo o contexto probatório, resta devidamente demonstrada a traficância.

Da redução da pena-base ao mínimo legal (pedido dos réus Bruna, Cleiton e Daniel).

Postulam os apelantes pela redução das penas-bases ao mínimo legal, sob o argumento de que o juiz *a quo* teria considerado indevidamente circunstâncias judiciais desfavoráveis.

De fato, razão parcial lhes assiste.

Pois bem. O art. 42, da Lei 11.343/06 determina 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."*

No caso concreto, como se vislumbra o juízo *a quo* fixou a pena-base acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa da culpabilidade (transporte de grande quantidade de droga ilícita, em região de fronteira) e das circunstâncias do crime (em razão da utilização de "batedores de estrada"), bem como a quantidade da droga apreendida, qual seja, 219 Kg (duzentos e dezenove quilos) do entorpecente "maconha", substância entorpecente de fácil acesso e disseminação no meio social, tratando-se de quantidade elevada de droga. Tais considerações me parecem bastantes para manter o desvalor conferido à circunstância judicial, bem como devidamente fundamentada pelo magistrado *a quo*.

2 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Portanto, é certo que a natureza e quantidade de droga apreendida, podem e devem ser tomadas como parâmetros para definir o *quantum* da pena-base, nos termos do art. 42, da Lei 11343/06.

Nesse sentido, inclusive, tem se posicionado a Corte Superior: *"(...) 2. De acordo com o 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 (...)."* (*HC* 437.745/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019).

No tocante às circunstâncias do crime, o Magistrado também fundamentou devidamente a sentença, diante do uso de batedores de estrada, que dificultam sobremaneira a ação policial, garantindo maior êxito na consecução do crime, o que de fato, merece maior reprovabilidade delitiva para majoração da pena.

Contudo, no que tange à culpabilidade, observa-se que o sentenciante, ao negativar a vetorial, assim consignou: *"A culpabilidade extrapola o tipo penal, pois um agente que participa do transporte de grande quantidade de droga ilícita, em região de fronteira (controlada pelo crime organizado e integrante da rota do tráfico) não pode ser punido da mesma maneira que aquele que pratica o mesmo delito, porém, com ínfima quantidade de substância, em curta distância e já inserida nos grandes centros."*

Trata-se de fundamento inidôneo e que não se afigura apto a possibilitar a negativação enfocada, tampouco a exasperação da basilar, mesmo porque se o legislador quisesse que o tráfico realizado em região de fronteira fosse apenado de maneira mais rigorosa, seguramente o faria expressamente, a exemplo de várias outras situações espelhadas na legislação pertinente.

Nesse sentido, giza Ricardo Augusto Schmitt ao discorrer sobre a culpabilidade, *"corresponde ao grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base. Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo."* (Sentença penal condenatória teoria e prática, 8. ed. Juspodivm. p. 88).

Além disso, de há muito deixou de ser situação excepcional, um plus, a traficância em região de fronteira, como é público e notório. Face outra, a distância percorrida também não induziria à exasperação, máxime considerando a possibilidade de *bis in idem*, notadamente diante da caracterização de tráfico interestadual, com incidência da consequente causa de aumento, na terceira fase da dosimetria, tal como se vislumbra no caso presente. A propósito:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 CAPUT, E ART. 40, V, DA LEI Nº 11.343/06) – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – PENA PARCIALMENTE REDUZIDA PELO DECOTE DA CULPABILIDADE MAL SOPESADA – PLEITO PARA MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO – INCABÍVEL – MODULADORAS DESFAVORÁVEIS, CONDENAÇÕES TRANSITADAS, GRANDE QUANTIDADE DE DROGA E QUANTUM DA PENA QUE IMPEDEM ABRANDAR O REGIME – RECURSO PROVIDO EM PARTE. Na aferição das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do CP a moduladora da culpabilidade não se revela idônea a exasperar a pena-base, pois o transporte em longa distância já foi ponderado para agravar pela causa de aumento da interestadualidade, sendo vedado o bis in idem Tratando-se de tráfico interestadual, sendo desfavoráveis várias circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, sendo desfavoráveis os parâmetros do art. 42 da Lei de Drogas (quantidade da droga), e ostentando o agente condenações transitadas antes deste crime, tudo isso aliado a pena elevada, impõem como adequado manter-se o regime inicial fechado. Em parte contra o parecer, recurso provido em parte."* (TJMS; APL 0014026-65.2015.8.12.0002; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 03/04/2017; Pág. 107).

Corroborando o entendimento, destaco o posicionamento emanado da 3ª Câmara Criminal deste Sodalício, no seguinte sentido:

> *"Decota-se, de ofício, por tratar-se de questão de ordem pública, o acréscimo decorrente da culpabilidade quando o transporte de drogas em longa distância já foi considerado para a configuração da interestadualidade do tráfico, evitando-se o vedado bis in idem."* (Apelação Criminal nº 0001632-49.2017.8.12.0004, Amambai, Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 17/05/2019, p: 21/05/2019).

Assim, inevitável a neutralização da moduladora enfocada, com redução da pena-base dos recorrentes.

Da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (Pedidos de todos os apelantes).

Também não assiste razão à defesa quanto ao reconhecimento da redutora prevista no art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06.

Isso porque a *mens legis* da causa especial de diminuição da pena foi dar tratamento diferenciado a traficantes em condições distintas. Assim, o referido benefício somente deve ser aplicado para o traficante "de primeira viagem", ou seja, aquele indivíduo que nunca teve envolvimento anterior com crime, que não faz dele o seu meio de vida, que se envolve uma única vez com o tráfico, por deslize de conduta, ou para obtenção de lucro fácil, como um fato isolado em sua vida.

Assim, é necessário o preenchimento de quatro requisitos, cumulativamente, quais sejam: a) que o agente seja primário; b) que possua bons antecedentes; c) que não se dedique às atividades criminosas; e, d) que não integre organização criminosa.

No caso, restou comprovado a dedicação dos réus a atividades criminosas, como bem destacou o juiz *a quo* em sua decisão (fls.697-716), *in verbis:*

> *"(...) considerando a elevada quantidade de droga ilícita que auxiliou no transporte, não se revela crível a tese de não integrar organização criminosa ou não se dedicar à atividade criminosa.*
>
> *Isso porque, como notório, referida quantidade de droga ilícita possui elevado valor econômico, não sendo razoável concluir que teria sido entregue ao acusado Daniel para transporte, com auxílio dos corréus, sem qualquer vigilância dos demais interessados.*
>
> *Em tal contexto, e conforme regras da experiência, evidencia-se que o acusado participou efetivamente de organização criminosa, composta por outros membros e com tarefas previamente ajustadas, de modo detalhado.*
>
> *Por tais razões, o acusado não faz jus ao reconhecimento e aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, valendo ressaltar o posicionamento do Eg. TJMS no sentido de inexistir bis in idem na utilização da quantidade da droga para dosimetria da pena e na presente fase como fundamento para demonstração de existência de organização criminosa: (...)."*

No contexto, restou devidamente comprovado que os réus se dedicavam à atividade criminosa, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista a grande quantidade de droga apreendida 219 kg (duzentos e dezenove quilogramas) de "maconha" (fls. 17/18); a forma como estava acondicionada, distribuída em 274 (duzentos e setenta e quatro) tabletes, espalhados no banco traseiro e porta malas do veículo; o modus operandi empregado, uma vez que o apelante Daniel confessou que saiu de Nova Andradina/MS para buscar a droga em Coronel Sapucaia/MS sendo que receberia o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), além disso, a empreitada criminosa contava com a participação dos demais corréus na função de "batedores de estrada". Assim, rejeita-se a pretensão de reconhecimento do tráfico privilegiado. Nesse sentido é o entendimento deste Eg. Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – ALEGAÇÃO DEFENSIVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 156 DO CPP – PROVAS SEGURAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – NEUTRALIZAÇÃO DE OFÍCIO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE – TRÁFICO PRIVILEGIADO – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – FICHA CRIMINAL QUE NÃO CARACTERIZA REINCIDÊNCIA NEM MAUS ANTECEDENTES – BENEFÍCIO NEGADO – REGIME PRISIONAL – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA – ELEIÇÃO DO MAIS GRAVOSO – DESPROVIMENTO. I – O fato de o agente ser usuário de drogas não significa que a substância entorpecente com ele apreendida destinava-se exclusivamente ao uso próprio, posto ser bastante comum a figura do 'usuário-traficante'. Por tratar-se de alegação do interesse da defesa, inverte-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do CPP. Impossível a desclassificação para o crime tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 quando as provas não demonstram que a totalidade da substância apreendida destinava-se ao uso exclusivo do agente. II – Ausentes elementos específicos, a moduladora da personalidade deve ser considerada neutra. III –* ***Os registros criminais impróprios para configurar reincidência e desqualificar a moduladora dos antecedentes penais são aptos para fins de verificação da dedicação a atividades criminosas, possibilitando o afastamento do privilégio estipulado pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.*** *IV – Aplica-se o regime mais gravoso ao agente que ostenta circunstância judicial desfavorável. V – Com o parecer, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, reduz-se a pena."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0007681-65.2011.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 15/01/2020, p: 16/01/2020). Destaquei.

Da Dosimetria da pena.

Para o crime de tráfico de drogas, artigo 33, *caput*, a Lei nº 11.343/2006 prevê pena privativa de liberdade entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Dessa forma, em face da modificação da pena-base, faz-se necessário readequar a pena aplicada.

Réu Daniel Prado de Lima:

1ª fase: Havendo circunstâncias judiciais negativas (quantidade de droga e circunstância do crime), fixa-se a pena-base em 06 (seis) anos e 1 (mês) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

2ª fase: Presente a atenuante da confissão espontânea. Ausentes circunstâncias agravantes, fixa-se a pena em 05 (cinco) anos e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

3ª fase: Inexistindo causas de diminuição ou aumento, torna-se definitiva a pena em 05 (cinco) anos e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Réu Cleiton Marques Colaço:

1ª fase: Havendo circunstâncias judiciais negativas (quantidade de droga e circunstância do crime), fixa-se a pena-base em 06 (seis) anos e 1 (mês) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

2ª fase: Não há atenuantes e agravantes, mantém-se a pena em 06 (seis) anos e 1 (mês) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

3ª fase: Inexistindo causas de diminuição ou aumento, torna-se definitiva a pena em 06 (seis) anos e 1 (mês) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Ré Bruna Carolayne de Assis Moura:

1ª fase: Havendo circunstâncias judiciais negativas (quantidade de droga e circunstância do crime), fixa-se a pena-base em 06 (seis) anos e 1 (mês) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

2ª fase: Presente a atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, e ausentes circunstâncias agravantes, fixa-se a pena em 05 (cinco) anos e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

3ª fase: Inexistindo causas de diminuição ou aumento, torna-se definitiva a pena em 05 (cinco) anos e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Do regime incial de cumprimento de pena (pedido dos réus Bruna, Cleiton e Daniel)

Por conseguinte, mesmo com a alteração no *quantum* da reprimenda imposta aos Apelantes, não há que se falar em alteração do regime inicial para seu cumprimento, porquanto foi fixado o regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta, nos termos do § 2º, 'a', e § 3º, do artigo 33, do Código Penal, pois há circunstâncias judiciais desfavoráveis (artigo 59, do CP), não se revelando suficiente a fixação de regime diverso para o cumprimento dos fins a que a pena se propõe.

Outrossim, quanto aos pedidos dos réus Daniel e Jeferson, deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não estarem presentes no caso os requisitos do art. 44 do Código Penal, do mesmo modo deixando de suspender a execução da pena ante a vedação do art. 77, *caput*, do Código Penal.

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

Ante o exposto, conheço dos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual e Jeferson de Oliveira Pires, contudo, nego-lhes provimento. Outrossim, conheço dos recursos interpostos por Bruna Carolayne de Assis Moura, Cleiton Marques Colaço e Daniel Prado de Lima, dando-lhes parcial provimento para neutralizar a moduladora da culpabilidade, redimensionando-se as penas dos Apelantes nos termos da fundamentação, remanescendo inalterados os demais termos da sentença atacada.

É o voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto do relator, negaram provimento aos recursos interpostos pelo ministério público estadual e J.O.P.; pelo mesmo quórum, deram parcial provimento aos recursos interpostos por B.C.A.M., C.M.C. e D.P.L.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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 Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
## Apelação Criminal nº 0003816-64.2016.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO MINISTERIAL – CRIME AMBIENTAL – ARMAZENAMENTO DE AGROTÓXICOS EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS – ART. 56, DA LEI N.º 9.605/98 – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – POSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CRIME FORMAL, DE MERA CONDUTA E DE AÇÃO MÚLTIPLA – RECURSO PROVIDO COM RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

O art. 56, da Lei n.º 9.605/98, descreve crime ambiental formal de perigo abstrato, ante a presunção absoluta do legislador de perigo na realização da conduta típica e a prescindibilidade de resultado naturalístico, e pluridimensional, pois, além de proteger o meio ambiente em si, tutela diretamente a saúde pública, haja vista a periclitância de seus objetos, altamente nocivos e prejudiciais, com alta capacidade ofensiva.

No presente caso, restou demonstrado que ao acusado mantinha em depósito 10 (dez) vasilhames cheios e 03 (três) vazios de inseticidas diversos, de procedência estrangeira, sem registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), sendo de rigor sua condenação.

Aplicada pena igual a 01 (um) ano ou, se superior, que não excede a 02 (dois) anos, verificando-se lapso superior a 04 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia e a do presente acórdão, deve ser decretada a extinção da punibilidade pela prescrição em sua modalidade intercorrente.

Recurso provido, com reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva diante da pena aplicada ao réu.

### 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 Relator, deram provimento ao recurso, vencida a Vogal, que lhe negou provimento.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, que, julgando improcedente a pretensão punitiva, absolveu Wilson Jose da Silva da prática do crime previsto no art. 15, da Lei n.º 7.802/89, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O *Parquet* requer, em síntese, a reforma da sentença combatida, para que o acusado seja condenado pela prática do delito previsto no art. 56, da Lei nº 9.605/98, ao argumento de que o fato delituoso restou descrito na inicial acusatória, facultando-se a aplicação do instituto *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal (fls. 230-241).

Contrarrazões do apelado às fls. 207-219 pugnando, em suma, pelo improvimento do presente recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a decisão recorrida, a fim de condenar o apelado pela prática do delito descrito no art. 56, da Lei nº 9.605/98 (fls. 229-241). Prequestiona a matéria devolvida.

É o relatório. Ao revisor.

## VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã, que, julgando improcedente a pretensão punitiva, absolveu Wilson Jose da Silva da prática do crime previsto no art. 15, da Lei n.º 7.802/89, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, em decorrência dos seguintes fatos narrados na denúncia (fls. 01-05):

> *"Infere-se do presente inquérito em apreço que no dia 12 de março de 2014, por volta das 17h, no Assentamento Itamaraty, Lote 386, nesta cidade, o denunciado de forma consciente e voluntária manteve em depósito 10 embalagens fechadas (cheias) de fungicida Polvo Mojable e 03 embalagens vazias de inseticida sem registro nos órgãos federais competentes, em desacordo com as exigências estabelecidas na lei e seus regulamentos.*
>
> *Segundo apurado, no dia dos fatos agentes ambientais do IBAMA em fiscalização de rotina encontraram em um galpão de propriedade do denunciado Wilson José da Silva, fungicidas 'polvo moljable', Carbedazim 50/ China, inseticidas Midacloprid 70/ China e Zar 25 WP/ China, todos de origem estrangeira e sem registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).*
>
> *Ao assim agir o denunciado violou a norma legal descrita no artigo 3º da Lei 7.802/ 89 que diz: agrotóxicos, seus componentes e afins só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura.*
>
> *Essa também é a redação do artigo 8º do Decreto 4074/ 2002.*
>
> *Por outro lado, ao manter embalagens vazias acondicionadas de modo irregular, em local inapropriado, o denunciado infringiu o regramento indicado a partir do artigo 51 do Decreto 4.072/ 2002, tornando sua ação ainda mais reprovável sob o ponto de vista dos possíveis danos ambientais causados ao meio ambiente."*

O *Parquet* requer, em síntese, a reforma da sentença combatida, para que o acusado seja condenado pela prática do delito previsto no art. 56, da Lei nº 9.605/98, ao argumento de que o fato delituoso restou descrito na inicial acusatória, facultando-se a aplicação do instituto *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal (fls. 230-241).

Da condenação

Requer o apelante a condenação do apelado pelo delito descrito no art. 56, da Lei n.º 9.605/98, através da aplicação do instituto da *emendatio libelli*, sustentando que o bojo probatório constante nos autos é suficiente para embasar o decreto condenatório.

Pois bem.

De início, há de se consignar que, no sistema processual penal brasileiro, vigora a máxima de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, não da classificação jurídica propriamente dita.

Em vista disso, o legislador se preocupou de prever, no próprio Código de Processo Penal, a possibilidade de *emendatio libelli,* que nada mais é do que um instituto jurídico que possibilita ao magistrado atribuir nova definição jurídica, sem modificar os fatos, ainda que de tal ato resulte em aplicação de pena mais grave, vejamos:

> *"Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave."*

Tal instituto é vastamente conhecido pelos Tribunais pátrios e rotineiramente aplicado nos casos postos à apreciação, tendo em vista que, muitas das vezes, ao oferecer denúncia, o órgão acusatório não dispõe de todos os elementos necessários para a correta identificação jurídica do delito, motivo pelo qual o juízo, velando pelo princípio da verdade real, poderá, com base nos depoimentos e demais elementos probatórios constantes aos autos, modificar a capitulação do delito imputado ao acusado, desde que, por óbvio, tais fatos tenham sido narrados na denúncia.

A propósito, assim já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO – INOCORRÊNCIA – INCLUSÃO DE QUALIFICADORA DESCRITA NA DENÚNCIA – TESE DE JULGAMENTO ULTRA PETITA – REJEITADA – EMENDATIO LIBELLI – POSSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS. I. Uma vez descritos na denúncia os fatos que qualificam o tipo penal em que foi condenado o acusado, é deles que se defende, e não de sua classificação jurídica, motivo pelo qual não pode alegar surpresa diante da inclusão da qualificadora de ofício no édito condenatório, valendo ressaltar, ainda, que a emendatio libelli nada mais é do que a decorrência do princípio da correlação entre denúncia e sentença. II. Embargos rejeitados. Com o parecer."* (TJMS. Embargos de Declaração em Apelação Criminal n.º 0001631-42.2011.8.12.0047/5000, Rel. Des. Jose Ale Ahmad Netto, 2ª Câmara Criminal, Comarca de Terenos, 26/02/2018).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA – DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA – EMENDATIO LIBELLI – ESTABELECIMENTO PRISIONAL – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – ALEGAÇÃO SEM COMPROVAÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A PROPRIEDADE DA DROGA – PENA-BASE – PERSONALIDADE – FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA CAUSA DE AUMENTO – ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/06 – PEDIDO DE EXASPERAÇÃO EM SUA FRAÇÃO MÍNIMA – ACOLHIDO – PENA PECUNIÁRIA – SIMETRIA COM PENA CORPÓREA – QUANTUM MANTIDO – REGIME FECHADO – MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. É permitido ao julgador reconhecer causa de aumento de pena não capitulada na denúncia mas nela descrita, eis que o réu se defende dos fatos narrados e não da definição legal dada na prefacial acusatória, tratando-se de hipótese de emendatio libelli (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n.º 0001588-61.2012.8.12.0000, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Comarca de Paranaíba, 06/12/2017).

Por consequência, no caso em questão, não há qualquer óbice para aplicação da referida técnica, não havendo que se falar em "grave prejuízo" à defesa, como sustenta o Apelado, pois, repito, o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, não da capitulação jurídica propriamente dita.

Com base em tais premissas, passo à análise do mérito condenatório.

O art. 56, da Lei n.º 9.605/98, pune com reclusão de um a quatro anos e multa, aquele que: *"produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em*

*depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos."*

Vale ressaltar que o referido tipo penal descreve crime ambiental formal de perigo abstrato, ante a presunção absoluta do legislador de perigo na realização da conduta típica e a prescindibilidade de resultado naturalístico, e pluridimensional, pois, além de proteger o meio ambiente em si, tutela diretamente a saúde pública, haja vista a periclitância de seus objetos, altamente nocivos e prejudiciais, com alta capacidade ofensiva.

No presente caso, extrai-se do Relatório de Apuração de Infração Administrativa Ambiental (Auto de Infração Eletrônico n.º 9062026/E; fls. 17-22), que agentes fiscais do IBAMA, em fiscalização de rotina, flagraram o Apelado mantendo em sua propriedade agrotóxicos de origem estrangeira, sem registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

As testemunhas W. A. e I. P., fiscais do IBAMA, afirmaram perante o juízo que, na data dos fatos, estavam em fiscalização de rotina naquela região, especificamente em cumprimento à "Operação de Fiscalização da Fauna", cujo objetivo era identificar e notificar os proprietários rurais que possuem criação de javalis. Em inspeção à propriedade do Apelado, foram localizados, em um galpão, as referidas embalagens de agrotóxicos e fungicidas, sendo três delas vazias e dez cheias. Salientaram que a referida diligência foi acompanhada pela esposa do Apelado, a qual confirmou a posse dos referidos produtos. Ainda, apontaram que os rótulos dos produtos indicavam que eles não eram de origem nacional e, portanto, não eram registrados pelos órgãos competentes.

O apelado Wilson José, afirmou perante a autoridade policial que as embalagens de agrotóxicos, de fato, estavam em um galpão de sua propriedade, tendo informado que tais produtos eram de sua propriedade e ali se encontravam há 01 (um) ano, dizendo tê-los encontrado na estrada em frente ao seu lote e os guardado, para, posteriormente *"avisar os órgãos responsáveis"* (fls. 52-53). Já em juízo, contou que encontrou as embalagens em frente ao seu sítio e decidiu guardá-las para evitar contato de seus filhos que pegavam o ônibus naquele local, dizendo tê-las encontrado há 01 (um) mês antes da fiscalização. Afirmou que não plantava em sua propriedade à época, pois trabalhava em outro sítio, no qual eram usados agrotóxicos, porém nacionais.

Vê-se, desse modo, que o apelado confirmou que mantinha em depósito 10 (dez) vasilhames cheios e 03 (três) vazios de inseticidas diversos, de procedência estrangeira, sem registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), assim como os fiscais do IBAMA, que efetuaram a fiscalização, ratificaram a localização dos produtos nocivos ao meio ambiente em um galpão da propriedade rural do réu, lavrando, assim, o Auto de Infração Eletrônico nº 9062026/E (f. 17-22), tudo a comprovar a autoria e a materialidade do ilícito.

Ademais, vale frisar que pouco importa se tais produtos eram, ou não, de propriedade do apelado, tendo em vista que o tipo penal, por ser misto alternativo, se consumou com o fato de o apelado ter *"armazenado, guardado e ter em depósito"* os produtos supracitados.

Ressalto, por oportuno, que o delito em questão é de natureza formal e de mera conduta, ou seja, consuma-se com a simples prática de qualquer das ações previstas no tipo.

Da mesma forma, não é admissível a aplicação do princípio da insignificância, vide:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME AMBIENTAL E CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – ART. 56, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98 E ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.176/91 – ARMAZENAMENTO DE 6 GALÕES DE TAMANHOS VARIADOS E 9 GARRAFAS DE DOIS LITROS CONTENDO GASOLINA PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO – PLEITO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INVIABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Não há se falar em aplicação do princípio da insignificância, pois os agentes estavam armazenando 6 galões de tamanhos variados e 9 garrafas de dois litros cada contendo gasolina para fins de comercialização, produto de alta periculosidade, que é submetido à proibição relativa, em total desconformidade com as normas legais e*

*regulamentares, podendo gerar irreparáveis e gravíssimos danos aos objetos juridicamente tutelados."* (TJMS. Apelação Criminal n.º 0000854-33.2018.8.12.0000, Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior, 2ª Câmara Criminal, Comarca de Corumbá, 03/10/2019)

Portanto, considerando a possibilidade de *emendatio libelli,* bem como a efetiva demonstração da autoria e materialidade do delito previsto no art. 56, da Lei de Crimes Ambientais, consistente, em suma, nos atos de *"armazenar, guardar e ter em depósito"* produtos agrotóxicos sem a devida regulamentação, é de rigor a condenação do apelado, nos moldes requeridos pelo Ente Ministerial.

Desse modo, julgo procedente a pretensão punitiva, para condenar Wilson Jose da Silva como incurso nas penas do art. 56, da Lei n.º 9.605/98.

Passo à dosimetria.

Na primeira fase, em análise à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, tenho que nenhuma das circunstâncias o desabonam, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes, bem como não há causas de aumento ou diminuição na terceira fase, razão pela qual fixo a pena definitiva em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O regime inicial será o aberto, em razão do previsto no art. 33, § 2º, alínea 'c', do CP.

Via de consequência, ante a pena aplicada, constata-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente para o recorrido, pelo crime previsto no art. 56, da Lei n.º 9.605/98.

Isso porque no presente caso o prazo prescricional regula-se pela pena aplicada *in concreto*, sendo de 01 (um) ano, consoante artigo 109, inciso V, do Código Penal. E entre a data do recebimento da denúncia (07 de outubro de 2016 – f. 89) e a deste acórdão, transcorreu lapso superior ao previsto em lei, razão pela qual deve ser extinta a punibilidade do réu Wilson José da Silva, ante o advento da prescrição intercorrente, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, c/c art. 109, V do Código Penal.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado, tem-se que as matérias questionadas foram inteiramente apreciadas e debatidas, sendo desnecessária a indicação pormenorizada das normas legais correspondentes.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, condenando Wilson Jose da Silva pela prática do delito previsto no art. 56, da Lei n.º 9.605/98, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, contudo, de ofício, declaro extinta a punibilidade do recorrido, nos termos do artigo 107, IV c/c 109, V, do CP.

É como voto.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Revisor).

Acompanho o voto do relator.

A Srª Desª Elizabete Anache (Vogal).

O i. relator, d. José Eduardo Neder Meneghelli, deu provimento ao recurso para condenar o apelado Wilson Jose da Silva pela prática do delito previsto no art. 56, da Lei n.º 9.605/98, impingindo-lhe a pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Peço *venia* ao e. relator para respeitosamente divergir e negar provimento ao apelo.

O crime previsto no art. 56 da Lei dos Crimes Ambientais prevê:

> *"Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos."*

Do citado dispositivo é possível notar que, para a sua correspondente tipificação, há necessidade de que qualquer dos verbos nucleares esteja relacionado à característica do produto, ou seja, que a substância seja *"tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente"* e, por fim, que o produto esteja em desacordo com as regras estabelecidas.

No presente caso, contudo, pedindo *venia* ao entendimento em contrário, entendo que a inicial acusatória não contempla todas as elementares do crime, porquanto, embora registre que se trata de produzo estrangeiro sem registro nos órgãos de fiscalização, não traz nenhuma informação da concreta geração de perigo à saúde humana ou ao meio ambiente e de qual seria esse perigo[1].

Não basta, a meu sentir, a singela menção de que os citados produto não possuem registro nos órgãos competentes para a configuração do presente delito, mormente porque, da sua singela leitura é possível notar que, para a sua subsunção, há necessidade de prova de que seja nocivo à saúde humana, ambiental ou de ambas, o que, *data máxima venia*, não consta da exordial acusatória e, consequentemente, afugenta o princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

Entrementes, reputo que o mais adequado à espécie não seria a aplicação do instituto da *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), mas, isto sim, ao final da instrução, o seu adequado aditamento para fazer constar todas as elementares exigidas pela sua tipificação (*mutatio libelli*), na forma do que preconiza o art. 41 c.c art. 384, ambos do CPP:

> *"Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente."*

Faço tais apontamentos porque, renovando *venias* ao e. relator, não vislumbro possibilidade de "aproveitamento" da inicial acusatória, tal qual proposta, para empreender-lher a singela redefinição jurídica sem o necessário e correspondente aditamento (art. 384 do CPP).

Não bastasse, além da identificação da inépcia da denúncia quanto à descrição do crime previsto no art. 56 da Lei dos Crimes Ambientais, entendo que a pretensão ministerial carece de lastro probatório.

Com efeito, até mesmo como consequência do que apreciado quanto à inépcia da denúncia, não houve a produção de prova pericial capaz de comprovar que as substâncias encontradas em poder do apelado tivessem o condão de, efetivamente, colocar em risco a saúde humana ou o meio ambiente e, exatamente por isso, não vislumbro o preenchimento das elementares exigidas para o provimento do recurso.

---

1 Infere-se do presente inquérito em apreço que no dia 12 de março de 2014, por volta das 17h, no Assentamento Itamaraty, Lote 386, nesta cidade, o denunciado de forma consciente e voluntária manteve em depósito 10 embalagens fechadas (cheias) de fungicida Polvo Mojable e 03 embalagens vazias de inseticida sem registro nos órgãos federais competentes, em desacordo com as exigências estabelecidas na lei e seus regulamentos. Segundo apurado, no dia dos fatos agentes ambientais do IBAMA em fiscalização de rotina encontraram em um galpão de propriedade do denunciado W Ilson José da Silva, fungicidas 'polvo moljable', Carbedazim 50/ China, inseticidas Midacloprid 70/China e Zar 25 WP/ China, todos de origem estrangeira e sem registro no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Ao assim agir o denunciado violou a norma legal descrita no artigo 3º da Lei 7.802/ 89 que diz: agrotóxicos, seus componentes e afins só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura. Essa também é a redação do artigo 8º do Decreto 4074/ 2002. Por outro lado, ao manter embalagens vazias acondicionadas de modo irregular, em local inapropriado, o denunciado infringiu o regramento indicado a partir do artigo 51 do Decreto 4.072/ 2002, tornando sua ação ainda mais reprovável sob o ponto de vista dos possíveis danos ambientais causados ao meio ambiente.

Nesse sentido, cito arestos do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO EM HABEAS CORPUS – ACEITAÇÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS – PRECEDENTES – AGRAVADA ACUSADA DA PRÁTICA DOS DELITOS TIPIFICADOS NO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, IX, DA LEI N. 8.137/90 E* ***NO ART. 56, § 3º, DA LEI N. 9.605/98 – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – CRIMES QUE DEIXAM VESTÍGIO – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO****. 1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso em habeas corpus em epígrafe para reconhecer a ausência de justa causa da Ação Penal n. 0027445-78.2015.8.26.0024, ajuizada perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP, em razão da ausência de laudo pericial apto a demonstrar a prática dos crimes descritos no art. 7º, IX, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90 e no art. 56, § 3º, da Lei n. 9.605/98 (crime contra as relações de consumo e crime ambiental). (...) 3. 'Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990,* ***verifica-se que se trata de delito contra as relações de consumo não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF****' (RHC 96.297/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15/6/2018).* ***4. À luz do mesmo raciocínio, a denúncia também deve se fazer acompanhar de perícia no caso de imputação da prática do delito tipificado no art. 56, § 3º, da Lei 9.605/98. Precedentes****. Com efeito, nos termos do art. 158, do Código de Processo Penal, 'Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado'. Tal situação é análoga a do crime de tráfico de drogas, no qual a Terceira Seção já firmou compreensão no sentido de que a falta de laudo toxicológico definitivo conduz à ausência de materialidade da conduta, impondo-se a absolvição. (RHC 71.304/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 2/12/2016). 5. Meras fotos não substituem o trabalho de perícia dos experts no caso de crimes transeuntes, como é o caso dos autos. Inexistindo qualquer justificativa para a não realização da perícia, as fotos não bastam para alicerçar a ação penal. Precedente.* ***6. Ausente laudo pericial apto a demonstrar a materialidade delitiva dos crimes cuja prática é imputada à agrava, identifica-se flagrante ilegalidade, porquanto a ação penal, ainda que suspensa, impôs o cumprimento de medidas restritivas à acusada, a carecer de justa causa. A injustificada inexistência do laudo pericial, que não se confunde com fotos, impede o prosseguimento da ação penal à míngua de prova da materialidade delitiva do delito que deixou vestígios****. 7. Agravo regimental ao qual se nega provimento."* (AgRg no RHC 117.540/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020). (G.n.)

No mesmo sentido, da jurisprudência deste Tribunal, cito:

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTO PELA DEFESA – CRIME AMBIENTAL –* ***TRANSPORTE DE PRODUTO/SUBSTÂNCIA TÓXICA, PERIGOSA OU NOCIVA À SAÚDE HUMANA OU AO MEIO AMBIENTE*** *– PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DO FATO – MATERIALIDADE NÃO DEMONSTRADA –* ***IMPRESCINDIBILIDADE DO EXAME PERICIAL*** *– RECURSO PROVIDO.* ***Os delitos previstos no art. 56 da Lei n.º 9.605, de 1998, por constituir infração que deixa vestígios, têm a sua materialidade caracterizada através de exame pericial regularmente elaborado, em consonância com o art. 158 do Código de Processo Penal****.* ***Indispensável no caso laudo pericial técnico para a comprovação da materialidade do crime****, que deverá ser realizado diretamente sobre o material da infração, dado o caráter técnico da elementar do tipo, qual seja, a toxicidade, nocividade, porquanto o crime apenas estará configurado quando comprovado que a substância é nociva à saúde ou ao meio ambiente."* (TJMS; ACr 0005085-12.2014.8.12.0019; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 13/12/2018). (G.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 56, CAPUT, DA LEI 9.605/1998 (LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS) – TRANSPORTAR BOTIJÕES DE GLP EM DESACORDO COM A LEI OU REGULAMENTOS – NÃO OCORRÊNCIA – PERICULOSIDADE NÃO COMPROVADA –* ***AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DO PRODUTO TRANSPORTADO – ABSOLVIÇÃO*** *– INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE – ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA E MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Se o conjunto probatório é insuficiente para comprovar a ocorrência do delito, não há que se falar em condenação do acusado. A condenação só se faz necessária quando o conjunto probatório comprova que o réu praticou o delito na forma noticiado na denúncia, não se aproveitando os meros indícios, devendo a absolvição ser mantida.* ***A ausência de laudo pericial do produto transportado, a fim de se aferir a sua periculosidade, impede a pretendida condenação****. O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito. Contra o parecer, recurso improvido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000616-58.2016.8.12.0016, Mundo Novo, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 02/08/2018, p: 06/08/2018. Grifei).

Desta forma, sem delongas, respeitosamente divirjo do e. relator para negar provimento ao recurso interposto pelo *Parquet*.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso, vencida a vogal, que lhe negou provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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 e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 26 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
## Apelação Criminal nº 0018982-98.2013.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA – PRAZO PRESCRICIONAL DE OITO ANOS – TRANSCURSO DE PERÍODO SUPERIOR ENTRE A DATA DO FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – RECONHECIDA A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

O réu foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 40 dias-multa pelo crime descrito no art. 313-A do Código Penal.

Aplica-se ao caso a regra do art. 109, IV, do CP, que prevê prazo prescricional de 8 (oito) anos. Verificando-se que o lapso temporal superior a 8 (oito) anos entre a data do fato - 28.08.2002 e o recebimento da denúncia, em 17.05.2013, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal. Crime ocorrido antes da vigência da Lei n. 12.234/2010.

Com o parecer, declara-se extinta a punibilidade do Acusado em relação ao crime descrito no art. 313-A do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, IV, do CP.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, nos termos do voto do Relator, declararam extinta a punibilidade do apelante, em face do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Campo Grande, 5 de novembro de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira – Em substituição legal

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Edson Rodrigues Ferreira Junior, contra sentença de f. 326-345, proferida pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS, que o condenou à pena de 02 anos e 02 meses de reclusão e 40 dias-multa, pela prática do delito capitulado no art. 313-A, do Código Penal.

Sobreveio respectiva sentença porque, segundo consta do incluso Inquérito Policial e da peça Acusatória, no dia 28 de agosto de 2002, na sede do DETRAN/MS, situada na Rod. MS 080, Km 10, nesta Capital, teria o Denunciado Edson Rodrigues Ferreira Júnior, funcionário autorizado, inserido dados falsos, simulando o número 13291405 de PGU - Prontuário Geral Único no Sistema Informatizado daquele Órgão, para que o Sr. Rumildo Cardoso, obtivesse vantagem indevida, conseguindo a emissão da CNH 02509556228, ideologicamente falsa, sem passar pelo processo regular.

A Defesa, em razões recursais às f. 406-416, em síntese, pugna-se pela absolvição do Apelante, sob o argumento de que o caderno processual não reúnem provas suficientes do envolvimento do Acusado nos fatos narrados na peça inicial. Subsidiariamente, requer a redução da pena de multa *"nos parâmetros das diminuições efetuadas para a pena privativa de liberdade."*

O *Parquet*, em contrarrazões às f. 420-430, manifestou-se pelo provimento do recurso interposto pela Defesa, a fim de absolver o Apelante da prática delituosa descrita no art. 313-A, do Código Penal, ao fundamento do *in dubio pro reo*.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 438-442, opinando pela extinção da punibilidade ante a incidência da prescrição da pretensão punitiva em favor do Apelante Edson Rodrigues Ferreira Júnior, nos termos dos arts. 107, IV, 109, IV e art. 111, I, todos do Código Penal.

É o relatório. Ao Revisor.

## VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Edson Rodrigues Ferreira Junior, contra sentença de f. 326-345, proferida pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS, que o condenou à pena de 02 anos e 02 meses de reclusão e 40 dias-multa, pela prática do delito capitulado no art. 313-A, do Código Penal.

Sobreveio respectiva sentença porque, segundo consta do incluso Inquérito Policial e da peça Acusatória, no dia 28 de agosto de 2002, na sede do DETRAN/MS, situada na Rod. MS 080, Km 10, nesta Capital, teria o Denunciado Edson Rodrigues Ferreira Júnior, funcionário autorizado, inserido dados falsos, simulando o número 13291405 de PGU - Prontuário Geral Único no Sistema Informatizado daquele Órgão, para que o Sr. Rumildo Cardoso, obtivesse vantagem indevida, conseguindo a emissão da CNH 02509556228, ideologicamente falsa, sem passar pelo processo regular.

A Defesa, em razões recursais às f. 406-416, em síntese, pugna pela absolvição do Apelante, sob o argumento de que o caderno processual não reúnem provas suficientes do envolvimento do Acusado nos fatos narrados na peça inicial. Subsidiariamente, requer a redução da pena de multa *"nos parâmetros das diminuições efetuadas para a pena privativa de liberdade."*

O *Parquet*, em contrarrazões às f. 420-430, manifestou-se pelo provimento do recurso interposto pela Defesa, a fim de absolver o Apelante da prática delituosa descrita no art. 313-A, do Código Penal, ao fundamento do *in dubio pro reo*.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 438-442, opinando pela extinção da punibilidade ante a incidência da prescrição da pretensão punitiva em favor do Apelante Edson Rodrigues Ferreira Júnior, nos termos dos arts. 107, IV, 109, IV e art. 111, I, todos do Código Penal.

Prejudicial de prescrição.

Analisando-se os autos, constata-se que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa em relação ao delito previsto art. 313-A, do Código Penal.

O artigo 110, § 1º, do Código Penal, dispõe que a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada *in concreto*.

Aplicável também ao caso a Súmula 146 do STF*: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação."*

Nessa senda, como se trata de pena de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, o prazo prescricional a ser considerado é de 08 (oito) anos, nos termos do disposto no art. 109, inciso IV, do Código Penal.

Na hipótese, o fato imputado ocorreu em 28.08.2002, e a denúncia foi recebida em 17.05.2013 (f. 104).

A Lei n. 12.234/2010 deu nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, dispondo que não é possível ter por termo inicial do prazo prescricional data anterior à da denúncia ou queixa.

Todavia, o fato apurado nos presentes autos ocorreu antes da vigência da referida lei, de forma que é cabível ter como prazo inicial a data da ocorrência do delito, pois a redação anterior do art. 110, § 1°, do Código Penal não trazia qualquer restrição a respeito do termo inicial do prazo prescricional.

Destarte, tendo decorrido mais de 08 (oito) anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia, sem que houvesse marcos interruptivos ou suspensivos do prazo prescricional, é de ser decretada a extinção da punibilidade do Acusado Edson Rodrigues Ferreira Junior, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado com base na pena em concreto, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Colaciona-se jurisprudência sobre o tema:

> *"(...) 3. Resta caracterizada a prescrição retroativa da pretensão punitiva, pela pena concreta (3 anos e 6 meses de reclusão), quando transcorrido prazo prescricional superior a 8 anos entre a data do fato (5/6/1999) e do recebimento do aditamento (12/5/2011) de crime praticado anteriormente à Lei nº 12.234/2010. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, IV, do CP." (STJ; HC 273.811; Proc. 2013/0229292-3; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 18/04/2016).*

Por oportuno, cabe ressaltar que a prescrição é matéria prejudicial ao mérito, razão pela qual esta é analisada antes de ser proferido qualquer Juízo acerca do tema propriamente debatido nos autos. Assim, caso tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, como na hipótese, os demais temas deixam de ser relevantes, pois referido desfecho faz desaparecer todos os efeitos penais de eventual condenação.

Isto posto, com o parecer, de ofício, declare-se extinta a punibilidade do Acusado Edson Rodrigues Ferreira Junior em relação ao crime descrito no art. 313-A do Código Penal, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, IV,109, IV e art. 111, I, do Código Penal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, nos termos do voto do relator, declararam extinta a punibilidade do apelante, em face do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

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, 5 de novembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator Juiz Lúcio R. da Silveira
## Apelação Criminal nº 0004588-89.2018.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, DA LEI N. 10.826/03) – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE NECESSIDADE – IMPOSSIBILIDADE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – DOSIMETRIA DA PENA – PLEITO PARA REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO ACOLHIMENTO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO IMPROVIDO.

Não configura estado de necessidade a alegação de transitar com arma de fogo com a finalidade de verificar se na igreja, localizada ao lado de sua residência, estaria ocorrendo delito patrimonial. A justificativa apresentada pelo apelante consiste na pretensão de fazer justiça com as próprias mãos ou, ainda, de realizar fiscalização preventiva e repressiva de delitos, prática esta vedada no Estado Democrático de Direito. Nosso ordenamento jurídico atribui a função de prevenir e reprimir crimes aos órgãos enumerados no art. 144 da Constituição Federal. Ausentes os requisitos para configurar o estado de necessidade.

É firme o entendimento nas Cortes Superiores que a imposição da pena intermediária no mínimo legal, como se afigura no presente caso, impede a aplicação de atenuantes para reduzir a sanção abaixo daquele patamar, consoante entendimento expresso na Súmula 231 do STJ. Assim, não pode o Magistrado, na segunda etapa da dosimetria, ultrapassar as balizas mínima e máxima previstas no tipo penal, sob pena de violação ao princípio da reserva legal e ao sistema trifásico de individualização da pena, que só permite tal operação na terceira fase da dosimetria, onde são consideradas as causas de aumento e diminuição de pena.

Com o parecer, recurso defensivo improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os(as) Magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 4 de dezembro de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira

Relator do processo

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Weslley Leite Souza contra a sentença (f. 114-118), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou-o à pena de 02 (dois) anos de reclusão e

10 (dez) dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14, da Lei n. 10.826/03), já que segundo constou da denúncia, no dia 18/08/2018, na cidade e Comarca de Corumbá, MS, o apelante foi flagrado portando arma de fogo municiada, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em revólver marca TAURUS, calibre .38, número de série KH477767, com quatro munições da marca Whinchester, calibre .38, intactas, uma percutida e outra deflagrada.

A pena corpórea foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Em razões recursais (f. 149-163), o apelante pretende ser absolvido, alegando que sua conduta foi perpetrada em estado de necessidade. Alternativamente, postulou pela diminuição da pena aplicada, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Nas contrarrazões (f. 167-174), o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso.

As partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer (f. 183-190), manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do apelo defensivo.

Houve prequestionamento de matérias.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Weslley Leite Souza contra a sentença (f. 114-118), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou-o à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14, da Lei n. 10.826/03), já que segundo constou da denúncia, no dia 18/08/2018, na cidade e Comarca de Corumbá, MS, o apelante foi flagrado portando arma de fogo municiada, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em revólver marca TAURUS, calibre .38, número de série KH477767, com quatro munições da marca Whinchester, calibre .38, intactas, uma percutida e outra deflagrada.

A pena corpórea foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Em razões recursais (f. 149-163), o apelante pretende ser absolvido, alegando que sua conduta foi perpetrada em estado de necessidade. Alternativamente, postulou pela diminuição da pena aplicada, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Nas contrarrazões (f. 167-174), o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso.

As partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer (f. 183-190), manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do apelo defensivo.

Houve prequestionamento de matérias.

Narra a denúncia:

*"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, em 18 de agosto de 2018, aproximadamente 02 horas e 50 minutos, em via pública, na Rua Esmeralda, esquina com*

*a Rua Albuquerque, bairro Centro América, no município de Corumbá/MS, o denunciado portava arma de fogo municiada, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em revólver marca TAURUS, calibre .38, número de série KH477767, com quatro munições da marca Whinchester, calibre .38, instactas, uma percutida e uma Deflagrada.*

*Segundo o apurado, na data dos fatos, policiais militares receberam a denúncia de que havia três indivíduos no endereço supracitado e um deles estaria portando uma arma de fogo, o qual trajava uma calça jeans e estava sem camisa.*

*Ao chegar no local, os policiais militares flagraram o denunciado portando a arma de fogo municiada. Na sequência, o denunciado foi preso em flagrante e encaminhado para a delegacia de polícia para as providencias cabíveis.*

*A materialidade e autoria delitiva estão demonstradas pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02-03); boletim de ocorrência n° 4751/2018 da 1DPCorumbá (fls. 20/verso); Boletim de Ocorrência n. 3257/2018 (fls. 21); Auto de Exibição e Apreensão (fl. 22); Laudo Pericial de Arma de Fogo n. 14.249/2018 (fls. 31-35); Laudo Pericial de Munições n. 114.250/2018 (fls. 36-39); confissão do acusado (fl. 07); bem como pelos demais depoimentos.*

*Ante o exposto, o Ministério Público denuncia Weslley Leite Souza como incurso nas penas do art. 14 da Lei n. 10.826/03, requerendo seja, após autuação e recebimento desta, instaurado o devido processo penal (art. 394 do Código de Processo Penal), citando-se o denunciado para oferecer defesa, bem como o interrogando, prosseguindo-se o feito nos seus ulteriores termos, até o final julgamento e condenação, com a oitiva das testemunhas do rol abaixo."*

É o relatório, passa-se à decisão.

Do estado de necessidade.

O recorrente pugna pela sua absolvição, ao argumento de que a conduta encontra-se acobertada pela causa excludente de ilicitude do estado de necessidade, já que somente *"(...) pegou a arma de fogo no intuito de ver o que se passava em uma igreja vizinha a sua casa e que fora assaltada na semana anterior, estando, portanto, em perigo atual, iminente e inevitável nos dias dos fatos."*

Tal alegação não deve prosperar.

É incontroverso nos autos que o apelante portava uma arma de fogo do tipo revólver marca TAURUS, calibre .38, número de série KH477767, com quatro munições intactas, uma percutida e uma deflagrada.

A legítima defesa em potencial ou preventiva, sob o pretexto de estar sendo ameaçado de morte por alguém, não pode ser motivo para excluir a ilicitude da conduta.

Com efeito, o art. 24 do Código Penal, dispõe que:

*"Art. 24 - 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."*

Como se vê, os pressupostos para a caracterização do estado de necessidade são: *a)* o perigo atual; *b)* não provocado voluntariamente pelo agente; *c)* ameaça a direito próprio ou alheio; *d)* ausência do dever de enfrentar o perigo; *e)* inevitabilidade por outro modo e proporcionalidade.

Embora o apelante sustente que no horário dos fatos encontrava-se em estado de perigo "atual e iminente", já que ao lado de sua casa há uma igreja evangélica, sendo que em tal local foram ouvidos barulhos, aparentando ter pessoas no interior e, como aquela unidade religiosa foi vítima de roubo dias antes, resolveu averiguar o barulho, todavia, tal fato, por si só, não torna legítima sua conduta de portar arma de fogo.

A segurança pública é atribuição do Estado, nos termos do art. 144 da Constituição Federal e, por tal razão, não se pode admitir que o cidadão transite armado, sob pena de se instaurar um verdadeiro caos na sociedade, retornando-se a forma mais antiga de solução de conflitos, qual seja, a autotutela, na qual ocorria o sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito, em razão do exercício da força pela parte vencedora.

Entendimento em sentido contrário, além de legalizar a autotutela no direito penal, tornaria, outrossim, lícita a conduta de portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A justificativa apresentada pelo apelante consiste na pretensão de fazer justiça com as próprias mãos ou, ainda, de realizar fiscalização preventiva e repressiva aos crimes de natureza patrimonial.

No mais, insta ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, o cidadão que se sentir ameaçado ou presenciar situação que indica possível pratica criminosa contra terceiros, deve comunicar o fato à autoridade competente, agindo, desta forma, com respaldo legal.

Todavia, no caso, mesmo tendo a opção de afastar o suposto perigo de outra forma (noticiando o fato à autoridade competente), o recorrente preferiu perpetrar o fato típico, o que, à toda evidência, obsta a incidência da referida excludente, a qual possui caráter eminentemente subsidiário.

Deve-se atentar, ainda, que para a caracterização do estado de necessidade exige-se perigo atual ou iminente e, também, a inevitabilidade da conduta por outro modo, circunstâncias estas que não restaram concretamente demonstradas no caso em apreciação.

Nesse sentido, oportuna é a lição de Cléber Rogério Masson, *in verbis*:

> *"(...)* ***o perigo remoto ou futuro, normalmente imaginário****, ou seja, aquele que pode ocorrer em momento ulterior ao da prática do fato típico, bem como o perigo pretérito ou passado – que já se verificou e encontra-se superado -,* ***não caracterizam o estado de necessidade*** *(...)."* (MASSON, Cléber Rogério. Código penal comentado. São Paulo: Método, 2011. p. 384. v. 1) (G.n.).

Na mesma trilha, colaciona-se julgados deste Sodalício:

> *"POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO (ART. 12, CAPUT, DA LEI 10.826/03) – ESTADO DE NECESSIDADE – EXCLUDENTE NÃO CONFIGURADA – ATIPICIDADE DA CONDUTA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO E DE MERA CONDUTA – CONDENAÇÃO MANTIDA – ERRO DE PROIBIÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O AGENTE DESCONHECIA A ILICITUDE DE SUA CONDUTA – INOCORRÊNCIA – PENA-BASE – ANTECEDENTES CRIMINAIS – CIRCUNSTÂNCIA BEM SOPESADA – PENA MANTIDA – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – PATROCÍNIO POR ADVOGADO PARTICULAR – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. I - A excludente de ilicitude do estado de necessidade exige a comprovação de perigo atual ou iminente. Rejeita-se a alegação quando não se realiza nenhuma prova de que a arma e munições apreendidos seriam necessários à proteção do acusado. II – O delito de posse ilegal de armas e/ou munições de uso permitido, tipificado no caput do artigo 12 da Lei 10.826/2003, é de mera conduta e perigo abstrato, não exigindo prova de perigo real, os quais, por si só, já expõem a risco a incolumidade pública, justificando a presunção de ofensa ao bem jurídico. III - Impossível acolher pedido de isenção de pena amparado em erro de proibição quando as provas demonstram que o agente tinha plena ciência da ilicitude da conduta. IV - Correto o acréscimo da pena-base porquanto o acusado possui condenação criminal anterior, transitada em julgado, apta a ser empregada para fundamentar juízo depreciativo dos antecedentes. V - Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito por desatenção ao artigo 44 do Código Penal quando se trata o apenado portador de maus antecedentes. VI - Recurso desprovido, com o parecer."* (TJMS. Apelação Criminal

n. 0026633-79.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 10/08/2020, p: 17/08/2020).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO/ MUNIÇÕES DE USO RESTRITO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – TESES AFASTADAS – CRIME DE MERA CONDUTA E SIMPLES DESOBEDIÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO. 1. A Lei do Desarmamento tem como objetivo a segurança e a paz social, pelo que estabeleceu o controle das armas de fogo e de seus acessórios como medida imprescindível para esse fim. É assente que o porte ilegal de arma de fogo/munição é crime de mera conduta, ou seja, a ação de portar basta para constituir o crime. É também crime de perigo abstrato, consuma-se com a prática da conduta, ou melhor, como é tratado pela Doutrina, é crime de simples desobediência. 2. O fato de o agente estar portando arma de fogo e munição sem autorização é suficiente para a caracterização desse delito, não importando o resultado concreto da ação. 3. Desde logo, é importante esclarecer que, para o reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade, no caso concreto, torna-se necessária a presença do fator 'inevitabilidade do perigo por outro modo', representado, no texto normativo, pela expressão 'nem podia de outro modo evitar'. Na inexigibilidade de conduta diversa, há situações em que o agente, diante do caso concreto, não vê outra saída senão adotar a postura criminosa, pois, nas circunstâncias fáticas, não lhe era dada a opção de agir licitamente, o que não ocorreu no presente caso."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000324-29.2015.8.12.0042, Rio Verde de Mato Grosso, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 16/06/2020, p: 19/06/2020).

Desta forma, inexiste estado de necessidade a configurar a exclusão da ilicitude da conduta do Réu.

Dosimetria da pena.

Pugna a apelante que sua pena seja reduzida abaixo do mínimo legal na 2ª fase da dosimetria, em decorrência da atenuante da confissão espontânea.

Nada obstante os argumentos expendidos pelo recorrente, a pretensão recursal não comporta guarida.

Sobre a segunda fase da dosimetria da pena, o Magistrado singular consignou que:

> *"Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP). Contudo, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, deixo de valorá-la em observância à Súmula 231 do STJ, motivo pelo qual mantenho a pena anteriormente dosada."*

Conforme se observa, o juízo *a quo* deixou de aplicar a redução da pena abaixo do mínimo legal, considerando-se que a pena intermediaria fora fixada no seu mínimo legal, não havendo possibilidade de criação de novos parâmetros de pena naquela fase da dosimetria.

O princípio da individualização da pena, previsto no texto Constitucional em seu artigo 5º, inciso XLVI, retrata uma das mais relevantes garantias asseguradas ao sentenciado condenado de ter fixada uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido.

Todavia, a lei preceitua os parâmetros mínimo e máximo para a fixação da reprimenda penal, que devem ser estritamente observados pelo julgador sentenciante, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República.

Com efeito, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais referidos devem ser analisados e conjugados. E, justamente por isso, não há como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vigora de maneira soberana no âmbito de Direito Penal.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt com a clareza que lhe é peculiar, ao examinar a matéria, assim pontificou *in verbis*:

*"A individualização da pena, segundo a Constituição (art. 5º, XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional extrapolar os limites legais (mínimos e máximos), com agravantes e atenuantes, por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização[1]."*

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

*"As circunstâncias legais atenuantes e agravantes não constituem partes integrantes do tipo penal incriminador; figuram na Parte Feral do Código Penal para uso em qualquer infração penal, em caráter genérico. Por não fazerem parte do tipo, desnecessário incluí-las na peça acusatória, pois o acusado não se defende de sua eventual incidência. Elas podem ser aplicadas de ofício pelo magistrado na sentença condenatória; as partes as conhecem e deles podem fazer uso, conforme a coleta de provas nos autos, diretamente em suas alegações finais, pleiteando ao julgador a sua fixação.* ***Desse modo, elas devem respeitar os limites estabelecidos pela lei, em relação ao máximo e ao mínimo da pena.*** *O juiz pode lançá-las apenas dentro da faixa prevista no preceito sancionador (ex.: no homicídio simples, as agravantes e atenuantes podem provocar o aumento ou a redução da pena entre seis e vinte anos apenas). Outro motivo relevante para que não rompam os limites mínimo e máximo abstratamente previstos para a pena liga-se à inexistência de expressa quantidade legal para operar a elevação ou diminuição da sanção penal. Determinar-se que o magistrado agrave ou atenue a pena, quando tais causas estiverem presentes; o quantum fica a critério judicial.* ***Se a pena-base for fixada no mínimo legal, ainda que existam atenuantes, desse piso não pode o juiz afastar-se.*** *O mesmo se diga das agravantes; atingindo a pena o teto, ainda que elas estejam presentes, não se pode ultrapassar o máximo. No campo das atenuantes, maior polêmica surgiu, em função do direito de defesa e do princípio da prevalência do interesse do réu.* ***Porém, a sumula 231 do Superior Tribunal de Justiça é clara a respeito: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal[2].***" (G.n.)

Destaca-se que o raciocínio ora explanado guarda sintonia com o entendimento adotado pelas Cortes Superiores, conforme se observa dos arestos abaixo colacionados:

Confira-se, Supremo Tribunal Federal:

*"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 – APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4) – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE – PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO – REGIME INICIAL FECHADO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I* ***A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal.*** *II O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença condenatória para aumentar a fração de redução da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para 1/4 (um quarto). A Corte regional deixou de aplicar o redutor no grau máximo permitido por entender que o comportamento do recorrente apresentou um maior grau de reprovabilidade, diferente da conduta das chamadas 'mulas', haja vista ter adquirido a droga com seus próprios recursos, para posterior revenda. III Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. IV A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao recorrente está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, o que não ocorreu na espécie.*

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 286.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 234.

*V Recurso ordinário provido em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente."* (RHC 118996, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, Processo Eletrônico DJe-045 Divulg 06-03-2014 Public 07-03-2014). (G.n.)

Nesse sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

*"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – SÚMULAS 83 E 231 DO STJ – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – AFASTAMENTO – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO – NECESSÁRIO REEXAME DEPROVAS – VEDAÇÃO – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1.* ***A pretensão recursal de reduzir a pena-base para aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, encontra óbice no comando da Súmula 231/STJ: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.*** *2. Incide à presente hipótese a 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.' Frise-se que 'esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional' (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016). 3. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento - para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa - exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial* (Súmula 7/STJ). 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1367431/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

A jurisprudência deste Tribunal soa nesse sentido:

*"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 1º E § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INCIDÊNCIA – PENA NÃO REDUZIDA EM RAZÃO DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 231, DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, independe de ter sido a confissão integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação – AgRg no HC 540325/SP, j. 17/12/2019. II - Conforme a maciça jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, já sumulada no Enunciado de n.º 231 da respectiva Corte Superior, 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'. No caso, apesar de reconhecida a presença da atenuante da confissão espontânea, não tem ensejo a redução da pena na fase intermediária porquanto a pena-base já foi dosada no mínimo legal. III – Recurso a que, com o parecer, dá-se parcial provimento apenas para reconhecer a incidência da confissão espontânea, sem operar a redução de pena, no entanto, em virtude do óbice previsto na súmula 231, do STJ."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0007394-73.2013.8.12.0008, Corumbá, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 18/11/2020, p: 22/11/2020).

Efetivamente, razão não assiste ao apelante, na medida em que a doutrina e jurisprudência dominante são firme no sentido de plena incidência da súmula 231 do STJ [3].

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.

3 O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado da Súmula nº 231: *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

Diante do exposto, com o parecer, nega-se provimento ao recurso interposto por Weslley Leite Souza, mantendo-se intacta a sentença recorrida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do(a) Exmo(a). Sr(a). Desª. Elizabete Anache.

Relator(a), o(a) Exmo(a). Sr(a). Juiz Lúcio R. da Silveira.

Tomaram parte no julgamento os(as) Exmos(as). Srs(as). Juiz Lúcio R. da Silveira, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, MS, 4 de dezembro de 2020.

***

## 1ª Câmara Criminal
## Relator Juiz Lúcio R. da Silveira
## Apelação Criminal nº 0036306-96.2016.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO (ART. 15, DA LEI 10.826/03) – CRIME DE FURTO (ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL) – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DE FURTO, COM BASE NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO ACOLHIDO – CRIME DE FURTO CONFIGURADO – DEPOIMENTOS EXTRAJUDICIAIS E JUDICIAIS CONFIRAM O *ANIMUS NECANDI* DO AGENTE – PEDIDO DE NEUTRALIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME – ACOLHIMENTO – MODULADORAS MAL SOPESADAS PELO JUÍZO *A QUO* – PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "E", DO CÓDIGO PENAL, COM RELAÇÃO AO DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO – PEDIDO ACOLHIDO – OBJETO JURÍDICO TUTELADO É A INCOLUMIDADE E SEGURANÇA PÚBLICAS – PLEITO DE READEQUAÇÃO DO *QUANTUM* APLICADO NA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COM RAZÃO – APLICADO A FRAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL TIDA COMO MAIS JUSTA, QUAL SEJA, 1/6 (UM SEXTO) – PENA CORPÓREA ESTABELECIDA EM 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 20 (VINTE) DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL) – COM O PARECER, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

Em análise ao conjunto de provas contido no *iter* processual, como os depoimentos testemunhais, tanto em Juízo, como em sede Policial, e, levando em consideração a confissão do acusado com relação ao crime de furto frente a Autoridade Policial, verifica-se que o crime de fato aconteceu, tendo o acusado subtraído a moto e ido tomar cerveja na casa de uma amiga, e só a deixou lá por motivos alheios a sua vontade (percebeu a presença da polícia). Ressalta-se que para se comprovar o furto de uso, é necessário que o acusado tenha devolvido a *res furtiva*, o que não aconteceu no caso em comento. Desta maneira, mantém-se a condenação do apelante pela prática do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal), pois entende-se que houve *animus furandi* (disposição para cometer o furto).

Nota-se que a justificativa utilizada pelo Magistrado sentenciante para valorar a moduladora da culpabilidade é inidônea, porquanto os motivos narrados para valorar a referida vetorial são inerentes ao próprio tipo penal, além de que, os atos que se sucederam, conforme narrado na exordial acusatória, não são suficientes para causar maior reprovabilidade social, ficando, deste modo, afastada a referida circunstância judicial.

Quanto aos motivos do crime, percebe-se de toda a instrução criminal que o acusado não efetuou disparo de arma de fogo com finalidade diferente da intimidação, ou seja, não pretendia qualquer outro resultado senão este. Portanto, a atitude do apelante não extrapolou o tipo penal, achando-se sua conduta intrínseca no referido dispositivo legal.

Sobre as circunstâncias do crime, efetuar disparo de arma de fogo em local habitado ou em via pública é elemento que está contido no próprio tipo penal (art. 15, da Lei 10.826/03), logo, o lugar onde o acusado cometeu a infração não é justificativa hábil para elevar a repressão estatal. Portanto, afasta-se a vetorial em discussão.

Nota-se que a conduta social fora valorada com base no depoimento de uma testemunha que, ao prestar depoimento, se baseou em outros processos para avaliar a conduta do agente perante a vizinhança, o que, por si só, prejudica a valoração da conduta social, porquanto esta circunstância judicial jamais poderá ser considerada desfavorável com base em outros delitos cometidos. Sendo

assim, mediante a míngua de informações colhidas sobre a conduta do agente ao longo da instrução processual, afasta-se a moduladora da conduta social.

No crime de disparo de arma de fogo, o objeto jurídico tutelado é a incolumidade e a segurança públicas. O sujeito passivo, é a coletividade.[1] Desta maneira, fica prontamente afastada a referida agravante, com relação apenas ao crime do art. 15, da Lei 10.826/03, pois não há que se falar em aplicação do dispositivo do art. 61, II, "e", do Código Penal, porquanto o crime de disparo de arma de fogo tem como sujeito passivo um grupo de pessoas, e não apenas um indivíduo específico.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro *quantum* específico a ser aplicado para cada circunstância atenuante ou agravante presente na segunda fase do sistema dosimétrico. Desta maneira, seguindo a jurisprudência majoritária, esta Relatoria aplica a fração fixa de 1/6 (um sexto) para cada atenuante ou agravante existente. Destarte, readéqua-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, alínea "d", do Código Penal), para a fração de 1/6 (um sexto), estabelecido na jurisprudência e na doutrina como o *quantum* mais justo.

Observa-se que os dois delitos (disparo de arma de fogo e furto) foram cometidos com mais de uma ação, devendo, portanto, ser aplicada a regra do concurso material para somar as duas penas. Desta maneira, fica o apelante condenado a pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, referente aos delitos de disparo de arma de fogo (art. 15, da Lei n° 10.826/03) e furto (art. 155, *caput*, do Código Penal), em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal).

Nota-se que a pena definitiva do apelante restou em 3 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Levando-se em consideração que o Recorrente é primário, conforme folha de antecedentes criminais, às f. 295-298, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal lhe são favoráveis, e, a pena definitiva não ultrapassou 4 (quatro) anos, deve-se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme art. 44, § 2º, do Código Penal. A pena restritiva de direitos deverá ser fixada a critério do Juízo de Execução Penal.

Diante de todo o exposto, com o parecer, dá-se parcial provimento ao Recurso Defensivo para: a) neutralizar as circunstâncias da culpabilidade, da conduta social, das circunstâncias e dos motivos do crime; b) estabelecer a fração doutrinária e jurisprudencial tida como justa, qual seja, 1/6 (um sexto), para a circunstância atenuante e da mesma maneira para a agravante; c) afastar a agravante do cometimento do crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, "e", do Código Penal) no delito de disparo de arma de fogo; e d) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pena definitiva estabelecida em 3 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, substituída por restritiva de direitos (art. 44, § 2º, 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, nos termos do voto do Relator, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

1 DELMANTO, Roberto et. al. Leis penais especiais comentadas. 2. ed. Saraiva, 2014. p. 805.

Trata-se de apelação criminal interposta por Ismael de Moraes da Costa Júnior em face de sentença de f. 310-320, que julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, bem como a prática do delito contido no art. 15, da Lei 10.826/2003, à pena corpórea total de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e à pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa.

Sobreveio a respectiva sentença, isto porque no dia 30 de julho de 2017, por volta das 13h00min, no bairro Nova Lima, na cidade de Campo Grande, MS, o acusado Ismael de Moraes Costa Júnior, teria utilizado de arma de fogo (espingarda) calibre .22, efetuando disparo na direção de Leandro Rosário Santos e Claudiane da Silva Konrad. Logo após praticar a conduta acima mencionada, o acusado teria, aparentemente, subtraído uma motocicleta, marca Honda, modelo CG 150 Titan ES, ano 2005, placa HSM-2706, de cor azul, de propriedade de Viviane Cunha Nishi, e que pertence à vítima Leandro Rosário Santos de Lima. Em sentença proferida às f. 240-251, o delito de tentativa de homicídio fora objeto de desclassificação, passando-se o Recorrente a ser julgado pelo crime de disparo de arma de fogo, mantendo-se o crime conexo de furto.

Em suas razões recursais, às f. 350-374, o apelante requer a reforma da sentença, a fim de que seja absolvido da prática do delito de furto, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente pugnou-se por: a) neutralização das moduladoras da culpabilidade, dos motivos do crime, da conduta social e das circunstâncias do crime, sendo, por conseguinte, realizada nova dosimetria da pena para que a pena-base se estabeleça no mínimo legal; b) aumento do patamar de redução de pena, ante a incidência da confissão espontânea; c) o decote da agravante do art. 61, II, 'e', do Código Penal, com relação ao delito de disparo de arma de fogo; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, apresentou prequestionamento.

Contrarrazões pelo Ministério Público, às f. 378-396, requerendo o conhecimento do Recurso interposto e, no mérito, pelo desprovimento, mantendo-se inalterada a sentença. Apresentou prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 412-425, emitiu parecer opinando-se pelo conhecimento do Recurso e, no mérito, pelo parcial provimento para reformar a sentença a fim de: a) afastar as circunstâncias judicias da conduta social, da culpabilidade, das circunstâncias e dos motivos do crime; b) na segunda fase do sistema dosimétrico, readequar o *quantum* de diminuição da atenuante da confissão espontânea para a fração de 1/6 (um sexto), bem como afastar a agravante prevista no art. 61, II, 'e', do Código Penal, em relação ao crime de arma de fogo; c) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso a pena definitiva do Recorrente não ultrapasse 4 (quatro) anos. Apresentou prequestionamento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ismael de Moraes da Costa Júnior em face de sentença de f. 310-320, que julgou parcialmente procedente a denúncia e o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, bem como a prática do delito contido no art. 15, da Lei 10.826/2003, à pena corpórea total de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e à pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa.

Sobreveio a respectiva sentença, isto porque no dia 30 de julho de 2017, por volta das 13h00min, no bairro Nova Lima, na Cidade de Campo Grande, o acusado Ismael de Moraes Costa Júnior, teria utilizado de arma de fogo (espingarda) calibre .22, efetuando disparo na direção de Leandro Rosário Santos e Claudiane da Silva Konrad. Logo após praticar a conduta acima mencionada, o acusado teria, aparentemente, subtraído uma motocicleta, marca Honda, modelo CG 150 Titan ES, ano 2005, placa HSM-2706, de cor azul, de propriedade de Viviane Cunha Nishi, e que pertence à vítima Leandro Rosário Santos de Lima. Em sentença proferida às

f. 240-251, o delito de tentativa de homicídio fora objeto de desclassificação, passando-se o Recorrente a ser julgado pelo crime de disparo de arma de fogo, mantendo-se o crime conexo de furto.

Em suas razões recursais, às f. 350-374, o apelante requer a reforma da sentença, a fim de que seja absolvido da prática do delito de furto, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente pugnou por: a) neutralização das moduladoras da culpabilidade, dos motivos do crime, da conduta social e das circunstâncias do crime, sendo, por conseguinte, realizada nova dosimetria da pena para que a pena-base se estabeleça no mínimo legal; b) aumento do patamar de redução de pena, ante a incidência da confissão espontânea; c) o decote da agravante do art. 61, II, "e", do Código Penal, com relação ao delito de disparo de arma de fogo; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, apresentou prequestionamento.

Contrarrazões pelo Ministério Público, às f. 378-396, requerendo o conhecimento do recurso interposto e, no mérito, pelo desprovimento, mantendo-se inalterada a sentença. Apresentou prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 412-425, emitiu parecer opinando-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo parcial provimento para reformar a sentença a fim de: a) afastar as circunstâncias judicias da conduta social, da culpabilidade, das circunstâncias e dos motivos do crime; b) na segunda fase do sistema dosimétrico, readequar o *quantum* de diminuição da atenuante da confissão espontânea para a fração de 1/6 (um sexto), bem como afastar a agravante prevista no art. 61, II, "e", do Código Penal, em relação ao crime de arma de fogo; c) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, caso a pena definitiva do Recorrente não ultrapasse 4 (quatro) anos. Apresentou prequestionamento.

É o relatório.

Narra a peça acusatória:

> *"(...) 1º Fato: Tentativa de Homicídio*
>
> *No dia 30 de julho de 2017, por volta das 13h00min, no Bairro Nova Lima, próximo à 'Conveniência Multi Marcas', nesta Capital, o denunciado Ismael de Moraes da Costa Junior, agindo com dolo eventual ao assumir o risco de produzir o resultado morte das vítimas, utilizando-se de uma arma de fogo (espingarda), calibre .22, efetuou disparo na direção de Leandro Rosário Santos de Lima e Claudiane da Silva Konrad, somente não causando o óbito de ambas por circunstâncias alheias à sua vontade. Agindo assim, o denunciado Ismael de Moraes da Costa Junior deu início à execução de crimes de homicídio, que somente não se consumaram porque não logrou atingir nenhuma das vítimas.*
>
> *2º Fato: Furto*
>
> *Consta, ainda, dos inclusos autos de Inquérito Policial, que, logo após a prática delitiva acima descrita, o denunciado Ismael de Moraes da Costa Junior subtraiu, para seu proveito, 01 (uma) motocicleta, marca Honda, modelo CG 150 Titan ES, ano 2005, placa HSM-2706, de cor azul, de propriedade de Viviane Cunha Nishi, pertencente à vítima Leandro Rosário Santos de Lima. Segundo restou apurado, o denunciado Ismael de Moraes da Costa Junior, após efetuar o disparo de arma de fogo na direção de Leandro Rosário Santos de Lima e Claudiane da Silva Konrad, que empreenderam imediata fuga a pé, aproveitou-se para subtrair a motocicleta supramencionada deixada no local por Leandro, dizendo 'perdeu, a moto já era' (...)."*

Passa-se a análise do mérito.

Absolvição pelo delito de furto.

Postula a Defesa, inicialmente, pela absolvição do Réu quanto a imputação do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal). Sustenta que o fato é atípico, porquanto inexiste o elemento subjetivo do tipo penal do crime (*animus furandi*).

Não merece acolhimento o pedido da Defesa.

Em Interrogatório Policial, às f. 14-15, o Recorrente (Ismael de Moraes Costa Júnior) relata que se encontrava nos entornos da residência de seu irmão (Leandro Rosário Santos de Lima), quando constatou que este chegava juntamente com sua cunhada (Claudiane da Silva Kondrad) em cima de uma motocicleta, e, em virtude de discussões familiares anteriores resolveu ameaça-los com uma espingarda calibre .22, efetuando disparo para cima, com o único objetivo de intimida-los. Por conseguinte, mediante os disparos efetuados, as vítimas saíram em disparada, deixando a motocicleta ligada na rua, momento em que Ismael pega o veículo e disse "perdeu, a moto já era", e foi até a residência de uma conhecida (Maiquele Lourenço Gimenes) que reside nas imediações do fato ocorrido, tendo permanecido lá tomando cerveja até a chegada dos policiais, momento em que foi embora, deixando a motocileta na casa de Maiquele, prometendo busca-la depois.

Nota-se que em depoimento Judicial, às f. 220-221 (sistema de mídia áudio-visual), o acusado mudou sua versão dos fatos apresentados na delegacia, tendo dito que apenas ameaçou seu irmão e cunhada, ora vítimas, pois cada um deles portavam uma faca em mãos, e, por esta razão disparou com a arma de fogo com o objetivo de assusta-los e se proteger. Tendo em vista que as vítimas fugiram do local após escutarem o tito, a motocicleta de propriedade do casal ficou na rua, e, por isso, pegou-a e a levou até o endereço de sua conhecida, Maiquele, tendo estacionado o veículo em frente da residência da amiga, mas que não tinha o objetivo de furta-la, e sim, apenas não deixa-la na rua.

Em análise ao conjunto de provas contido no *iter* processual, como os depoimentos testemunhais, tanto em Juízo, como em sede Policial, e, levando em consideração a confissão do acusado com relação ao crime de furto frente a Autoridade Policial, verifica-se que o crime de fato aconteceu, tendo o acusado subtraído a moto e ido tomar cerveja na casa de uma amiga, e só a deixou lá por motivos alheios a sua vontade (percebeu a presença da polícia). Ressalta-se que para se comprovar o furto de uso, é necessário que o acusado tenha devolvido a *res furtiva*, o que não aconteceu no caso em comento.

Sobre o assunto, colaciona-se jurisprudência deste Sodalício:

> *"(...) por corolário, exsurgindo do caderno processual que o acusado atuou com animus furandi, jamais com a intenção de restituir o bem a seu legítimo proprietário, o que, na realidade, somente se deu graças à intervenção de terceiro, não há falar em absolvição, tampouco em incidência do in dubio pro reo, muito menos em incidência do disposto no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (...)."* (Apelação Criminal n° 0004610-88.2016.8.12.0018 – Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros – Comarca: Paranaíba – Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal – Data do julgamento: 07/08/2020 – Data de publicação: 17/08/2020).

Desta maneira, mantém-se a condenação do apelante pela prática do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal), pois entende-se que houve *animus furandi* (disposição para cometer o furto).

Sistema dosimétrico.

Circunstâncias judiciais.

De acordo com as razões recursais da Defesa, as moduladoras foram mal sopesadas pelo Juízo sentenciante. Desta maneira, pede-se pelo afastamento das circunstâncias judiciais da culpabilidade, motivos do crime, circunstâncias do crime e conduta social.

Com razão.

Culpabilidade.

Ao proferir a sentença, com relação a moduladora da culpabilidade, o Juiz singular entendeu que:

> *"(...) sua culpabilidade é reprovável, vez que seu comportamento teve grau de reprovabilidade acima do normal para a analisada espécie de delito.*
>
> *Quanto a essa circunstância, verifica-se que praticou o crime contra mais de uma vítima e enquanto elas se encontravam em frente a casa onde residiam, local onde não esperavam esse comportamento do réu. Assim, conduta que destoou do esperado (...)." (f. 310-320)*

Quanto a matéria discutida, Schimitt descreve a culpabilidade da seguinte maneira:

> *"Não se trata de culpabilidade que se mostra como pressuposto à aplicação da pena (não confunda). A imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos do crime em si, não podendo ser confundidos com a culpabilidade prevista no artigo 59, do Código Penal, a qual se refere exclusivamente ao agente, dizendo respeito à censurabilidade/reprovabilidade de sua conduta.* ***A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem*** *(...)[2]."* Grifamos.

De mesmo modo, é a doutrina do Professor Rogerio Sanches Cunha:

> *"Cuida-se, na verdade, do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente[3]."*

Nota-se que a justificativa utilizada pelo Magistrado sentenciante é inidônea, porquanto os motivos narrados para valorar a referida vetorial são inerentes ao próprio tipo penal, além de que, os atos que se sucederam, conforme narrado na exordial acusatória, não são suficientes para causar maior reprovabilidade social, ficando, deste modo, afastada a circunstância judicial da culpabilidade.

Motivos do crime.

De igual maneira, os motivos do crime não foram valorados sob fundamentação idônea, desta forma, esta circunstância judicial deve ser neutralizada.

Assim narra o dispositivo legal:

> *"Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:*
>
> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."*

Percebe-se de toda a instrução criminal que o acusado não efetuou disparo de arma de fogo com finalidade diferente da intimidação, ou seja, não pretendia qualquer outro resultado senão este. Portanto, a atitude do apelante não extrapolou o tipo penal, achando-se sua conduta intrínseca no referido dispositivo legal.

Circunstâncias do crime.

Ao negativar esta moduladora, o juiz *a quo* discorreu que (f. 310-320):

> *"(...) as circunstâncias em que o crime ocorreu também são desfavoráveis, vez que o fez em plena luz do dia, na rua, local e horário em que há maior movimento de pessoas, bem como num bairro residencial, com casas ao redor, o que demonstra sua despreocupação em colocar em risco os demais co-cidadãos (...)."*

2 SCHIMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória. 4. ed. JusPodivm, 2009. p. 88.

3 CUNHA, Rogério Sanhes. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1° ao 120). 4. ed. JusPodivm. p. 415.

Efetuar disparo de arma de fogo em local habitado ou em via pública é elemento que está contido no próprio tipo penal (art. 15, da Lei 10.826/03), logo, o lugar onde o acusado cometeu a infração não é justificativa hábil para elevar a repressão estatal. Portanto, afasta-se a vetorial em discussão.

Conduta social.

A conduta social, de acordo com a doutrina majoritária: *"trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Revela-se por seu relacionamento no meio em que vive, tanto perante a comunidade, quanto perante sua família e seus colegas de trabalho*[4]*."*

O magistrado *a quo* considerou a presente vetorial como negativa, com base no depoimento da testemunha Erron Pereira da Silva. Vejamos (f. 310-320):

> *"(...) a conduta social do acusado é reprovável, visto que, conforme se depreende dos elementos colhidos nos autos, seu comportamento nos meios onde convive (familiares, amigos e sociedade) é negativo.*
>
> *Nesse ponto, provou-se que é pessoa violenta, costumeiramente fica embriagado e drogado, ameaça pessoas, briguento. Nesse sentido, depoimentos de testemunhas tanto na fase policial – f. 34 -, quanto em juízo, inclusive dito pelo réu (prática de vandalismo e briga generalizada), sistema de áudio/vídeo – f. 220-1. Logo, não possui boa conduta social (...)."*

Com efeito, vejamos parte dos depoimentos prestados pela testemunha Enrron Pereira da Silva na fase Policial e em Juízo:

> *"(...) que, esclarece finalmente que 'Junão' é um indivíduo problemático, sempre se envolvendo em confusões em função do uso constante de álcool e droga e, não faz parte do rol de amizade do declarante. (Depoimento Extrajudicial à f. 34).*
>
> *(...)*
>
> *Ministério Público: Tá. E você disse também lá na polícia que 'finalmente que Junão é um indivíduo problemático sempre se envolvendo em problemas'.*
>
> *Depoente: Sempre foi, anhã. Tanto que o senhor pode ver que ele tem vário processos, não sei se o senhor está por dentro.*
>
> *(...) (Depoimento Judicial à f. 189 sistema de mídia áudio-visual)."*

Nota-se que a testemunha se baseia em outros processos para avaliar a conduta do agente perante a vizinhança, o que, por si só, prejudica a valoração da conduta social, porquanto esta circunstância judicial jamais poderá ser considerada desfavorável com base em outros delitos cometidos.

Neste sentido são os ensinamentos do Professor Guilherme de Souza Nucci. Vejamos:

> *"(...) lembremos que a conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora (...)*[5]*."*

Sendo assim, mediante a míngua de informações colhidas sobre a conduta do agente ao longo da instrução processual, afasta-se a moduladora da conduta social.

Agravante do cometimento do crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.No crime de disparo de arma de fogo, o objeto jurídico tutelado é a incolumidade e a segurança públicas. O sujeito passivo,

4 SCHIMITT, Ricardo Augusto, Sentença penal condenatória. 4. ed. JusPodivm, 2009. p. 96.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 19. ed. Forense. p.463.

é a coletividade.[6] Desta maneira, fica prontamente afastada a referida agravante, com relação apenas ao crime do art. 15, da Lei 10.826/03, pois não há que se falar em aplicação do dispositivo do art. 61, II, "e", do Código Penal, porquanto o crime de disparo de arma de fogo tem como sujeito passivo um grupo de pessoas, e não apenas um indivíduo específico.

Atenuante da confissão espontânea.

Pleiteia a Defesa pela readequação do *quantum* estabelecido para atenuar a pena intermediária do apelante.

Merece acolhimento o pedido Defensivo.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro *quantum* específico a ser aplicado para cada circunstância atenuante ou agravante presente na segunda fase do sistema dosimétrico. Desta maneira, seguindo a jurisprudência majoritária, esta Relatoria aplica a fração fixa de 1/6 (um sexto) para cada atenuante ou agravante existente.

Da mesma forma é o entendimento majoritário deste E. Tribunal de Justiça. Vejamos:

> *"(...) apesar de inexistir no ordenamento jurídico pátrio especificação alusiva ao percentual de diminuição da pena no tocante às atenuantes e agravantes, adota-se como mais adequado o patamar de 1/6, por tratar-se do menor índice estipulado pela Lei Penal (...)."* (Apelação Criminal nº 0000343-06.2017.8.12.0029 – Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros – Comarca: Campo Grande – Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal – Data do julgamento: 28/08/2020 – Data de publicação: 04/09/2020).

E do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) o código penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração diversa de 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes (...)." (HC* 507911/PE – Relator: Ministro Ribeiro Dantas – Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma – Data do Julgamento: 05/05/2020 – Data da Publicação/Fonte: DJe 18/05/2020).

Além disso, a fundamentação utilizada pelo juiz *a quo* ao diminuir quantidade inferior a fração de 1/6 (um sexto) não é dotada de idoneidade. Isto porque, a confissão fora utilizada para a formação do convencimento do julgador (Súmula 545, do Superior Tribunal de Justiça)[7], fazendo, deste modo, *jus* a aplicação integral da referida atenuante em seu patamar mínimo e justo, como estabelece a doutrina e a jurisprudência majoritária.

Este é o entendimento do STJ:

> *"(...) a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, judicial ou extrajudicial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorre na espécie* (Súmula n. 545/STJ) (...)." (HC 475360/SP – Relator(a) Ministro Felix Fischer – Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma – Data do Julgamento: 27/11/2018 – Data da Publicação/Fonte: DJe 03/12/2018).

Sobre as atenuantes, o Professor Guilherme de Souza Nucci ensina:

> *"(...) a maioria utiliza o valor de 1/6 (um sexto), que é a menor causa de diminuição existente. Outros preferem 1/8 (um oitavo); alguns, 1/3 (um terço); terceiros se baseiam*

6 DELMANTO, Roberto et. al. Leis penais especiais comentadas. 2. ed. Saraiva, 2014. p. 805.

7 Súmula 545. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. (Súmula 545, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015).

*em montantes fixos, como seis meses ou um mês.* ***Sempre sustentamos e aplicamos o abrandamento de um sexto, que nos parece justo.*** *Por outro lado, a opção pelo valor fixo é a mais equivocada. Imagine-se, em relação a uma pena-base de 15 anos, a singela diminuição de um mês, em virtude da atenuante. Ou, então, para a pena de 1 ano, a diminuição de 6 meses, representando metade da pena, que é exagerada. O ideal é a atenuação por fração, acompanhando a pena-base extraída na primeira fase (...)*[8]*."* Grifamos.

Destarte, pelo exposto, readéqua-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, alínea "d", do Código Penal), para a fração de 1/6 (um sexto), estabelecido na jurisprudência e na doutrina como o *quantum* mais justo.

Debatidas e sanadas todas as questões de mérito arguidas no Recurso de Apelação Defensivo, passa-se a novel dosimetria da pena.

Crime de disparo de arma de fogo.

Tendo em vista que, no presente voto, foram afastadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, circunstâncias e motivos do crime, na primeira fase do sistema dosimétrico, a pena para o crime de disparo de arma de fogo ficará no mínimo, ou seja, 2 (dois anos) de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase do sistema dosimétrico, nota-se que há confissão espontânea do acusado, todavia, tendo em vista que a agravante do art. 61, II, "e", do Código Penal fora afastada, conforme fundamentação feita alhures, e, considerando-se que todas as circunstâncias judiciais sopesadas na sentença de primeiro grau foram neutralizadas no presente Voto, restando a pena basilar do apelante em seu patamar mínimo para o delito de disparo de arma de fogo, deixa-se de aplicar a atenuante da confissão espontânea, nos termos da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça[9], uma vez que, se assim fosse feito, a pena intermediária do Recorrente se encontraria em patamar abaixo do mínimo legal, o que é expressamente proibido pelo citado enunciado da Corte Superior. Desta forma, mantém-se a pena em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, mediante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena, estipula-se reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Crime de furto.

Assim como no delito de disparo de arma de fogo, fora neutralizada a circunstância judicial da conduta social, que, ao nosso sentir, foi mal sopesada pelo magistrado *a quo*, conforme fundamentação decorrida. Destarte, na primeira fase do sistema dosimétrico, a pena provisória deverá ser redimensionada para o mínimo legal, qual seja, 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, tendo em vista que o *quantum* para a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, bem como para a agravante do art. 61, II, "e", do Código Penal, foi estabelecido na fração de 1/6 (um sexto), esta deverá ser compensada com àquela. Desta maneira, fica estabelecida a reprimenda em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, mediante a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena, assenta-se a pena em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Observa-se que os dois delitos (disparo de arma de fogo e furto) foram cometidos com mais de uma ação, devendo, portanto, ser aplicada a regra do concurso material para somar as duas penas.

Pelo exposto, fica o apelante condenado a pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, referente aos delitos de disparo de arma de fogo (art. 15, da Lei n° 10.826/03) e furto (art. 155, *caput*, do Código Penal), em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal).

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 19. ed. Forense, 2019, p. 510.

9 Súmula 231- A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Data da Publicação - DJ 15.10.1999 p. 76).

Postulou a Defesa, no recurso de apelação, pela concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme art. 44, do Código Penal.

Merece acolhimento o pedido defensivo.

Nota-se que a pena definitiva do apelante restou em 3 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Levando-se em consideração que o Recorrente é primário, conforme folha de antecedentes criminais, às f. 295-298, bem como as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal lhe são favoráveis, e, a pena definitiva não ultrapassou 4 (quatro) anos, deve-se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme art. 44, § 2º, do Código Penal. A pena restritiva de direitos deverá ser estabelecida a critério do Juízo de Execução Penal.

Prequestionamento.

Quanto aos prequestionamentos, deixa-se de promover a abordagem específica dos dispositivos legais suscitados, uma vez que a matéria neles contemplada foi amplamente debatida e decidida.

Essa Egrégia Corte de Justiça não destoa deste 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. Contra o parecer, recurso improvido." (*Apelação n. 0008780-91.2015.8.12.0001 – Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro. Publicado em 13.03.2017).

Diante de todo o exposto, com o parecer, dá-se parcial provimento ao Recurso Defensivo para: a) neutralizar as circunstâncias da culpabilidade, da conduta social, das circunstâncias e dos motivos do crime; b) estabelecer a fração doutrinária e jurisprudencial tida como justa, qual seja, 1/6 (um sexto), para a circunstância atenuante e da mesma maneira para a agravante; c) afastar a agravante do cometimento do crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, "e", do Código Penal) no delito de disparo de arma de fogo; e d) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pena definitiva estabelecida em 3 (três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, substituída por restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do Código Penal).

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Juiz Substituto em 2º Grau.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator Juiz Waldir Marques
## Apelação Criminal nº 0000029-26.2017.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DE TODOS OS ACUSADOS ALIADA À CONFISSÃO JUDICIAL DE UM DELES – DELAÇÃO DE CORRÉU – VALIDADE – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENA-BASE PRESERVADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O acervo probatório colhido durante a instrução processual é robusto e suficiente para amparar a condenação dos réus. A confissão extrajudicial dos três denunciados, aliada à confissão judicial e delação de um deles, não deixam dúvidas quanto à prática do crime de roubo qualificado. Importante destacar que a delação de corréu tem plena validade quando se harmoniza com o contexto probatório, e quando o delator não se exime de sua responsabilidade, como ocorre no presente caso. Condenações mantida.

Penas-bases mantidas acima do mínimo legal, diante da possibilidade de, na pluralidade de causas de aumento, utilizar uma delas para majorar o delito e das outras como circunstâncias judiciais do art. 59, do CP. Precedentes do STJ. Relativamente ao patamar de aumento, importante ressaltar que o Código Penal não estabelece um percentual mínimo ou máximo para elevação da reprimenda em razão de cada circunstância judicial desfavorável. Contudo, o e. STJ traçou um critério objetivo que pode servir de parâmetro para o julgador na primeira fase da dosimetria penal, que consiste em atribuir 1/8 (um oitavo) de aumento para cada circunstância judicial desfavorável, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal (cf.: *HC* 401.139/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 306.407/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 296.562/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; *HC* 378.982/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017). Destarte, incabível a redução da pena-base dos recorrentes, uma vez que fixada de acordo com os parâmetros utilizados pelo e. Superior Tribunal de Justiça.

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 por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o Revisor. Com ressalvas do Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 25 de agosto de 2020.

Juiz Waldir Marques – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques.

Trata-se de apelação criminal interposta por Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, Fabio Eduardo da Conceição de Arruda e Luiz Mário Arruda de Almeida em face da sentença de p. 241-251, que os condenou como incursos no art. 157, § 2º, incisos I (com redação anterior à Lei nº 13.654/18) e II, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal, cada um deles à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa, todos em regime inicial semiaberto.

Em razões recursais, às p. 273-285, a defesa pleiteia a absolvição dos réus Luiz Mário Arruda de Almeida e Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a redução das penas-bases dos três réus. Apresentou prequestionamento.

Em contrarrazões, às p. 294-304, o Ministério Público pugna pelo improvimento do recurso. Apresentou prequestionamento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às p. 318-325, no mesmo sentido. Apresentou prequestionamento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, Fabio Eduardo da Conceição de Arruda e Luiz Mário Arruda De Almeida em face da sentença de p. 241-251, que os condenou como incursos no art. 157, § 2º, incisos I (com redação anterior à Lei nº 13.654/18) e II, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal, cada um deles à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa, todos em regime inicial semiaberto.

Em razões recursais, às p. 273-285, a defesa pleiteia a absolvição dos réus Luiz Mário Arruda de Almeida e Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a redução das penas-bases dos três réus.

Infere-se da denúncia:

> *"(...).*
>
> *Consta do Inquérito Policial n.º 0000029-26.2017.8.12.0008 que, no dia 13 de abril de 2016, às 20h15min, na sorveteria Cristal, localizada na rua Delamare, Centro, nesta cidade, os denunciados, previamente ajustados e em unidade de desígnios, subtraíram para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, 1 (uma) corrente curta com medalha de anjo, 2 (dois) aparelhos celulares, marca Samsung, modelo Win e S3 e a quantidade de R$ 400,00 (quatrocentos reais), tudo pertencente à vítima Aparecida Terci Cancian.*
>
> *Conforme consta dos autos de investigação, a vítima é proprietária do estabelecimento comercial 'Sorveteria Cristal', sendo que, na data dos fatos, encontrava-se no local, momento em que os denunciados Luiz Mario e Fábio Eduardo adentraram pela lateral do estabelecimento.*
>
> *Ato contínuo, portando ostensivamente duas armas de fogo, os acusados anunciaram o assalto e determinaram que a vítima entregasse seu aparelho celular, sua corrente de ouro e o dinheiro que estava no caixa.*
>
> *Após a subtração, os denunciados empreenderam fuga do local, momento em que o denunciado Pedro Victor os aguardava com o carro estacionado próximo ao estabelecimento, com vistas a garantir o êxito da empreitada criminosa.*

> *Ao depois, a vítima acionou a guarnição policial, sendo que, durante as investigações, constatou-se que os denunciados estavam envolvidos em outras ocorrências. Diante disso, investigadores de polícia judiciária lograram êxito em localizar, no local de um dos crimes praticados, uma mochila que havia sido abandonada pelos denunciados, ocasião em foi localizada em seu interior diversos bens provenientes de delitos, dentre eles os pertences da vítima, bem como a quantia em dinheiro subtraída do caixa do estabelecimento."*

Do pleito absolutório

Após detida análise dos autos, verifica-se que há provas da materialidade do delito, como o Boletim de Ocorrência (p. 08-09), o Auto de Exibição e Apreensão (p. 11), Auto de Entrega (p. 12-13), bem como a prova oral.

Da mesma forma, não há dúvidas de que os apelantes praticaram o crime pelo qual foram condenados. Vejamos.

O réu Fábio Eduardo da Conceição de Arruda, quando ouvido na fase policial (p. 47-48), confessou a prática do delito, narrando como ocorreram os fatos, bem como, informando qual foi a participação de cada um dos corréus. *In verbis*:

> *"(...) no dia 13 de abril de 2016 estava na residência de sua namorada de nome Andressa, que reside na Rua Tarumã, próximo a sua casa, quando por volta das 19h30min ou mais, apareceram seus amigos Luis e Pedro que estavam num veículo Gol de cor preta. Que o interrogando então adentrou ao veículo, e soube imediatamente que aquele carro era produto de roubo que os dois tinham acabado de praticar, e soube também que a família que estava no interior do veículo, que na ocasião do roubo havia sido rendida por Pedro e Luis, foi deixada na região da Codrasa. Que entrou no carro portando sua arma de fogo, um revólver 32, sendo que a sua outra arma de fogo, um revólver 22 estava emprestado para o Luis. Que então decidiram praticar outros roubos pela cidade, e rodaram a cidade sem rumo certo, em busca das vítimas em potencial, e resolveram ir ao centro da cidade de Corumbá, quando decidiram assaltar a Sorveteria Cristal (...). Que desceu o interrogando e o Luis que adentraram a sorveteria e anunciaram o assalto. Que o interrogando informa que estava usando um casaco marrom e um boné e o Luis usava um casaco xadrez. Que roubaram do local dinheiro, o qual não se lembra do valor, uma corrente que estava no pescoço da senhora e um aparelho de celular. Que deixaram o local, e seguiram pela cidade, com a intenção de voltar para a cidade de Ladário, que desceram uma rua, ao qual soube neste ato ser a Rua Albuquerque e avistaram uma senhora sentada com uma criança no colo, e assim o veículo parou e desceu o interrogando e Luis. Que o interrogando anunciou o assalto àquela senhora que lhe entregou o celular, o Luis voltou e perguntou se ela tinha corrente. Que o interrogando adentrou ao veículo, na parte de trás e Luis antes de entrar no carro ainda praticou um roubo, anunciando um assalto a um rapaz que subia na Rua Albuquerque que falava ao celular. Esclarece que o tempo todo quem foi o motorista do veículo GOL foi o Pedro,e Luis era quem estava sentado ao lado de Pedro, e o interrogando atrás (...)."* (p. 47-49)

Em juízo, ratificou suas declarações, confirmando a prática do crime e a participação dos corréus Pedro Victor Lima Constantino dos Santos e Luiz Mário Arruda de Almeida (arquivo audiovisual – p. 210).

No mesmo sentido foram as declarações do apelante Luiz Mário Arruda de Almeida que, embora não tenha sido ouvido na fase judicial, na Delegacia de Polícia confessou a sua participação no crime ora em análise, relatando detalhadamente os fatos, corroborando a confissão extrajudicial e judicial do corréu Fábio Eduardo. *In verbis*.

> *"(...) no dia 13 de Abril de 2016, por volta das 18h00min, emprestou uma arma de fogo de Fabio, um revólver calibre 22, informando-o que era para a prática de roubo, isto é, Fabio sabia muito bem que o interrogando irira praticar crimes de roubo com aquela arma, inclusive relata que ele, Fabio e Pedro tinham previamente planejado em roubar um veículo, mas não tinham ainda escolhido uma vítima. Que então o interrogando sau com Pedro de moto, sendo esta moto produto de roubo em que o próprio interrogando foi autor, fato apurado no*

> *B.O 434/2016-DP-Ladário. Que o interrogando e Pedro saíram de moto andando pela cidade de Corumbá, quando ao passarem por determinada rua no bairro Universitário, avistaram uma mulher num GOL de cor preta encostando numa garagem, e assim decidiram voltar e anunciar o assalto. Que esclarece que quem pilotava moto era ele próprio, e Pedro era a garupa. Que pararam a moto, e o interrogando com Pedro se aproximou do carro, sendo o interrogando que foi a janela do veículo, apontou a arma a mulher e anunciou o assalto. Que percebeu que havia crianças e adolescentes dentro do carro. Que o interrogando anunciou o assalto e falou para a mulher descer do carro e passar para o banco de trás, e assim ela fez. Que Pedro se aproximou e entrou no veículo, tomando a direção do carro, e o interrogando foi para a moto. Que Pedro funcionou o veículo e foi em direção a Ladário e o interrogando foi acompanhando o veículo. Que Pedro pegou a ruma Sesi e foi em direção a Codrasa, e o interrogando sempre atrás com a moto. Que no início da região da Codrasa, o interrogando parou a moto e Pedro continuou seguindo em frente. Que ficou ali esperando Pedro voltar e escondeu a moto num matagal. Que Pedro retornou no veículo, o interrogando adentrou ao locado dele e seguiram em busca do Fabio que os aguardava numa esquina, num bairro próximo, na cidade de Ladário. Que Fabio adentrou no veículo e os três seguiram em direção a Corumbá, a procura de vítimas em potencial para serem assaltadas. Que foram para o centro da cidade de Corumbá, e ao passarem pela Sorveteria Cristal decidiram praticar o roubo. Informa que então o veículo parou numa rua, na metade da quadra, e o interrogando e Fabio desceram e foram a Sorveteria Cristal; adentraram pela lateral, anunciaram o roubo, subtraindo dinheiro, corrente que estava no pescoço da senhora que estava no caixa e um aparelho de celular. Que não se recorda dos valores (...).”* (p. 33-35)

No mesmo norte, ainda, as declarações de Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, narrando que, antes do crime em análise no presente processo, juntamente com Luiz Mário, roubou um carro e em seguida foram em busca do corréu Fábio Eduardo a fim de praticarem outros assaltos. Se dirigiram até o centro de Corumbá-MS e decidiram assaltar o estabelecimento comercial Sorveteria Cristal. Narrou, ainda, que após o roubo no referido local, praticaram outros assaltos (p. 39-42).

Como se vê, ao contrário do que alega a defesa, as versões apresentadas pelos réus encontram respaldo no conjunto probatório.

O policial Antônio Virgínio Maciel Neto, declarou em juízo que foi possível identificar Fábio Eduardo e Luiz Mário por meio da imagens das câmeras da sorveteria:

> *“Depoente: Inclusive, e quando nós ficamos sabendo, já passamos a monitorar junto com o pessoal que tinha feito o acompanhamento lá na Codrasa, e fomos lá para a sorveteria, e aí a gente, visualizando as imagens deles foi possível identificá-los, e que quem adentrou na sorveteria foi o Fábio, junto com o Luiz, o vulgo Sapo, e que o Pedro estaria aguardando eles (...).*
>
> *MP: E eles admitiram, confessaram a participação?*
>
> *Depoente: É, não tinha nem como eles negarem, né (...).*
>
> *MP: Foram surpreendidos em flagrante?*
>
> *Depoente: É, a história de sempre, o Fábio, o Pedro e o Luiz ‘Sapo’ já são velhos conhecidos da polícia Ladarense (...).”*

E em que pese as alegações defensivas, o conjunto probatório comprovou fartamente a participação dos três denunciados no delito em questão.

Importante destacar que a delação de corréu tem plena validade, quando se harmoniza com o contexto probatório e quando o delator não se exime de sua responsabilidade, como ocorre no presente caso.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – MATÉRIA PRELIMINAR – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA – INOCORRÊNCIA – RAZÕES DE CONVENCIMENTO DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE ROUBO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE –* ***DELAÇÃO DO CORRÉU – VALIDADE, UMA VEZ QUE O OUTRO ENVOLVIDO NÃO SE EXIMIU DE SUA RESPONSABILIDADE*** *– CONSONÂNCIA COM DEPOIMENTO DE POLICIAIS – CREDIBILIDADE – HARMONIA DO CONTEXTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES – INVIABILIDADE – MAJORANTES DEVIDAMENTE COMPROVADAS – PRESENÇA DE MAIS DE UM AUTOR DO CRIME NO CENÁRIO DOS FATOS, COM UNIÃO DE DESÍGNIOS – USO DE ARMA COMPROVADO PELA FIRME PALAVRA DA VÍTIMA E PERÍCIA – OFENDIDA CERCEADA DE SUA LIBERDADE – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES – IMPOSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE PROVA ACERCA DE TER O MENOR SIDO CORROMPIDO PELO ACUSADO – SÚMULA 500/STJ – DELITO CONFIGURADO – REDUÇÃO DA PENA – NÃO CABIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO. Se a sentença está devidamente fundamentada, ainda que de forma sucinta, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição da República. Não há que se falar em absolvição do apelante se há nos autos provas suficientes de autoria e materialidade, mormente pela prova testemunhal. Havendo provas suficientes de autoria e materialidade em relação ao crime de roubo majorado, mantém-se a condenação.* ***A delação de corréu tem plena validade quando se harmoniza com o contexto probatório, e quando o delator não se exime de sua responsabilidade****, sendo irrelevante a sua retratação se esta se mostrou inverossímil e isolada no contexto probatório. Impõe-se o reconhecimento da majorante prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP quando restar demonstrada nos autos a unidade de desígnios de agentes apara a consumação do delito. Sendo a prova oral segura em afirmar o uso de arma de fogo por parte dos agentes, bem como a intimidação sofrida pela vítima e a restrição de sua liberdade, não há como afastar a incidência das majorantes previstas nos incisos I e V do § 2º do art. 157 do CP. Segundo posição do STJ, para a configuração do delito de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), basta que o agente pratique ou induza o menor a praticar infração penal, sendo desnecessária a comprovação da efetiva corrupção do adolescente. Não há que se falar em redução da pena-base quando foi esta fixada de forma acertada. Preliminar rejeitada. Recurso não provido."* (TJ-MG - APR: 10707180089955001 MG, Relator: Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 27/11/2019, Data de Publicação: 04/12/2019). (G.n.)

E não se extraem das provas colacionadas aos autos indícios de que tenham as testemunha ou o corréu delator se equivocado ou agido com má-fé no intuito de prejudicar os demais acusados que, inclusive, confessaram a prática delitiva quando ouvidos na fase inquisitorial.

Nesse contexto, é certo que a prova dos autos, ao contrário do que sustentou a defesa em suas razões recursais, é suficiente para embasar a decisão de condenação de Luiz Mario Arruda de Almeida, Pedro Victor Lima Constantino dos Santos e Fabio Eduardo da Conceição de Arruda, pelo roubo descrito na denúncia.

Penas-bases

Pretende ainda, a defesa, a redução das penas-bases dos réus, alegando que foram fixadas de forma exacerbada.

O sentenciante considerou as circunstâncias do crime prejudiciais aos réus, *"pois, além de ter sido o crime praticado mediante emprego de arma de fogo, foi realizado através de concurso de pessoas, assim, conforme explanado na fundamentação da presente sentença, utilizo uma causa de aumento para majorar a presente circunstância judicial (emprego de arma) e, a outra, será utilizada na terceira fase da dosimetria (concurso de pessoas)"* (p. 247), fixando a pena-base dos recorrentes em 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa.

Primeiramente, importante consignar que, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência da Corte Superior, havendo pluralidade de causas de aumento, uma delas poderá ser utilizada para majorar a pena na terceira fase da dosimetria, enquanto as demais para aumentar a pena-base. A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ART. 157, § 2º, I E II, DO CP – DOSIMETRIA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – VALORAÇÃO NEGATIVA – USO DE MAJORANTE SOBEJANTE COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE – POSSIBILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO. 1.* ***Admite-se a valoração de majorantes sobejantes, não utilizadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.*** *2. Na espécie, foram duas causas de aumento reconhecidas, sendo uma delas o emprego de arma - utilizada para justificar o aumento da pena-base, como circunstâncias do crime, e a outra, o concurso de agentes - para caracterizar a majorante do roubo e aumentar a sanção na terceira fase da dosimetria. 3. Em se tratando de duas circunstâncias distintas, não há falar em bis in idem. 4. Agravo regimental improvido."* (STJ - AgRg no REsp 1770694/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019). (G.n.)
>
> *"(...).*
>
> ***É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível o emprego das causas de aumento sobejantes - vale dizer, das não empregadas na terceira fase - do roubo praticado com mais de uma circunstância majorante, para motivar a exasperação da pena-base, vedado apenas o bis in idem.***
>
> *- No caso, ademais, não houve o bis in idem apontado na inicial do habeas corpus, tendo-se em vista que a causa de aumento do emprego de arma de fogo não serviu para o reconhecimento de nenhuma agravante, na segunda etapa dosimétrica. Habeas corpus não conhecido."* (STJ - HC 462.338/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). (G.n.)

Desta feita, o magistrado *a quo* fixou a pena basilar de acordo com os precedentes da Corte Superior, devendo ser mantida as circunstâncias do crime desfavoráveis aos recorrentes.

Relativamente ao patamar de aumento, importante ressaltar que o Código Penal não estabelece um percentual mínimo ou máximo para elevação da reprimenda em razão de cada circunstância judicial desfavorável, de modo que tal atividade insere-se no campo de discricionariedade do magistrado, o qual avaliará, em cada caso concreto, a quantidade de pena suficiente para a prevenção e reprovação do delito, em atenção ao princípio da individualização da pena.

Contudo, o e. STJ traçou um critério objetivo que pode servir de parâmetro para o julgador na primeira fase da dosimetria penal, que consiste em atribuir 1/8 (um oitavo) de aumento para cada circunstância judicial desfavorável, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal (cf.: *HC* 401.139/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 306.407/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 296.562/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; *HC* 378.982/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).

Apesar de não se tratar de uma fórmula absoluta, a jurisprudência tem considerado que tal fração atende ao princípio da proporcionalidade que deve nortear a individualização da pena.

A propósito, colaciono precedente desta Corte:

*"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LESÃO CORPORAL GRAVE – PENA-BASE – ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS – FRAÇÃO DE 1/8 – CONFISSÃO QUALIFICADA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545 DO STJ – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – EM PARTE COM O PARECER. A existência de condenação por fato anterior ao analisado, justifica a valoração negativa da circunstância judicial alusiva aos antecedentes, ainda que o trânsito em julgado tenha se dado em data posterior à ação delitiva em apuração.* ***A exasperação da pena-base não pode se dar em patamar muito acima do mínimo, devendo ser aplicada a fração de 1/8 entre as penas mínima e máxima para fixação do quantum para cada moduladora desfavorável, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade.*** *Consoante Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Como corolário, reconhecida a atenuante, impõe-se o correspondente redimensionamento, a fim de realçar definitivamente a pena endereçada ao revisionando. Na segunda fase da dosimetria, deve o quantum de aumento corresponder ao patamar de 1/6 (um sexto) para cada agravante, assim como para cada atenuante porventura configurada, mantendo-se, desta forma, o equilíbrio entre tais incidências. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões."* (TJMS; Apelação Criminal n. 0020261-22.2013.8.12.0001 - Campo Grande, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 05.07.2018). (G.n.)

Portanto, não há falar em ofensa ao princípio da proporcionalidade na fixação da pena-base, haja vista que o acréscimo realizado pelo juiz *a quo* em razão da circunstância judicial negativa representa fração comumente utilizada pelo e. Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, incabível a redução da pena-base dos recorrentes.

Prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento suscitado, registre-se que toda a questão foi enfrentada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos mencionados.

Dispositivo

Com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor).

Trata-se de apelação criminal interposta por Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, Fabio Eduardo da Conceição de Arruda e Luiz Mário Arruda de Almeida contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal de Corumbá, que os condenou como incursos no art. 157, § 2.º, I (com redação anterior à Lei n. 13.654/18) e II, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, cada um deles à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 48 dias-multa, todos em regime inicial semiaberto.

A defesa requer, em síntese, a absolvição dos acusados Luiz Mário Arruda de Almeida e Pedro Victor Lima Constantino dos Santos, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia a redução das penas-bases dos três réus.

O e. Relator negou provimento ao recurso defensivo.

Acompanho em parte o e. Relator, apenas para manter a condenação dos réus, todavia, vou divergir para reduzir as penas-base no mínimo legal.

Inicialmente, ressalvo o meu posicionamento pessoal sobre a majorante do emprego de arma no roubo.

Sempre entendi que a incidência da referida moduladora, tem sua razão de ser no perigo real que representa uma arma verdadeira, municiada e apta a disparar (*cf.* Celso Delmanto *et al. In* Código Penal Comentado, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 472), por isso, ao meu ver, a incidência da referida majorante deveria exigir a comprovação da potencialidade lesiva do instrumento de ameaça, o que se faz geralmente pela apreensão e perícia no artefato.

Não obstante, certo é que as Cortes Superiores e também este Tribunal de Justiça construíram entendimento francamente majoritário em sentido contrário.

Desse modo, no intuito de uniformizar jurisprudência e também para evitar a geração de expectativas efêmeras de reforma, passo a adotar a mesma exegese, a fim de considerar caracterizada a referida causa de aumento nas ocasiões em que não houver apreensão da arma utilizada no crime de roubo, porém há comprovação, por outros elementos de prova, do seu emprego na prática criminosa, como ocorreu no presente caso.

Superada a digressão, passo à divergência.

Com efeito, não há como se valorar causas de aumento como circunstâncias judiciais, porquanto o proceder implica ofensa ao sistema trifásico de fixação da reprimenda, pois a causa especial de aumento de pena deve ser sopesada apenas e tão somente na terceira fase da dosimetria (cf. STJ - *HC* 205072/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/09/2012, DJe 26/09/2012; *HC* 200989/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 21/03/2012).

Cumpre esclarecer que as hipóteses descritas nos incisos do § 2.º do art. 157 do Código Penal são causas de aumento de pena, e não qualificadoras, que promovem um acréscimo na pena prevista para o tipo básico, estabelecido em valores fixos ou em certos limites quantitativos.

Assim, a presença de causas de aumento no roubo – indevida e comumente chamadas de qualificadoras – não formam delito autônomo. Não existe, na verdade, roubo qualificado, mas sim, roubo circunstanciado. Nele, o aumento decorrente das causas de aumento não interfere na fixação da pena-base, cujos parâmetros mínimo e máximo são os mesmos da modalidade simples, mas incidirá somente na terceira fase da dosimetria da pena.

Conforme o escólio de Guilherme de Souza Nucci, *"faz parte da tradição a denominação de roubo qualificado às formas de subtração previstas no § 2º, embora sejam apenas causas de aumento da pena. A existência de uma qualificadora, como acontece no furto (§ 4.º do art. 155), seria suficiente para alterar a faixa de aplicação da pena, aumentando-se, concomitantemente, o mínimo e o máximo. No caso presente, impõe a lei somente um aumento, que pode variar de um terço até a metade."* (Código penal comentado. 9. ed. Revista dos Tribunais. p. 740).

De fato, existem precedentes jurisprudenciais, inclusive advindos do STJ, admitindo a possibilidade de utilizar-se majorante do crime de roubo para aumentar a pena-base.

Contudo, a jurisprudência daquela Colenda Corte evoluiu e consolidou-se no sentido de exigir fundamentação concreta para aumentar a pena na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula 443).

Assim, no presente caso, ao utilizar uma majorante para exasperar a pena-base, na primeira fase de aplicação da reprimenda, e outra como causa de aumento, na terceira fase, acabou-se por violar, por via oblíqua, o enunciado da Súmula 443 do STJ, já que, no final, o incremento final na pena continuará a decorrer de mera indicação numérica das moduladoras, ainda que sopesadas em fases distintas.

Nesse sentido há precedentes advindos da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça: *HC* 213.561/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012; *HC* 132013/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011).

Assim, afastada a negativação da moduladora das circunstâncias do crime, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, incidem duas circunstâncias atenuantes, restando a pena inalterada.

Ressalvo apenas o meu entendimento pessoal acerca da matéria ora examinada, pois entendo que o reconhecimento de atenuantes, na segunda fase dosimétrica, pode levar a reprimenda aquém do mínimo abstrato, ante a falta de previsão legal impondo tal limitação e em obséquio ao mandamento constitucional da individualização da pena.

No caso concreto, contudo, como a fixação da intermediária no mínimo legal revela-se necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, certo é que não convém contrariar a jurisprudência consolidada sobre o assunto (Enunciado Sumular 231 do STJ), pois o proceder só geraria expectativas efêmeras de reforma.

Por fim, considerando que o magistrado sentenciante fixou a pena intermediária no mínimo legal e aplicou, na terceira fase, a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, do Código Penal em 1/3, fica inalterada a pena fixada, porém, considerando que a pena-base restou fixada no mínimo legal e nos termos do princípio da proporcionalidade, de ofício, a pena de multa deve ser reduzida para 13 dias-multa.

Ante o exposto, em parte com o parecer, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base no mínimo legal e, de ofício, reduzir a pena de multa, restando a pena definitiva dos acusados em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto fixado na sentença.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal)

O Relator, Juiz Substituto de Segundo grau, Waldir Marques, negou provimento ao recurso defensivo, pelo que o acompanho, com ressalvas.

Deve ser consignado que o ordenamento jurídico pátrio adota o princípio do livre convencimento motivado do juiz, que permite a este decidir acerca do *quantum* da pena dentro de um parâmetro de discricionariedade vinculada, desde que devidamente fundamentada sua decisão, de acordo com os elementos existentes no processo e diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código, relativamente a primeira etapa de fixação da reprimenda (CF, art. 93, IX).

Acrescente-se ainda, que não há um critério objetivo para a exasperação da pena-base, até porque essa dosagem está relacionada a fatos concretos relacionados à conduta criminosa e à pessoa do acusado.

Em outras palavras, é necessário que seja fixada uma pena equilibrada e razoável, estabelecida à luz das peculiaridades da situação concreta e, sobretudo, de acordo com o grau de ofensividade ao bem jurídico refletido pelo comportamento típico do agente.

De fato, considerando as peculiaridades do caso concreto, tenho que a pena deve ser mantida, com as ressalvas acima e não porque deva observar um critério específico de 1/8.

Diante do exposto, acompanho o relator, com as ressalvas acima.

É como voto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o revisor. Com ressalvas do vogal. Decisão com 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, 25 de agosto de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
## Apelação Criminal nº 0001864-95.2018.8.12.0046 – Chapadão do Sul

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRELIMINAR DE NULIDADE – INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – REJEITADA – MÉRITO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – COMPROVAÇÃO DA INTIMAÇÃO DO RÉU – MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENTES – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MAL VALORADA – READEQUAÇÃO – RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DOS ART. 65, III, "A" E/OU DO ART. 66, AMBOS DO CP – INCABÍVEIS – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "E", DO CP – VÍTIMA MEDIATA ASCENDENTE – AGRAVANTE RATIFICADA – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA CONCEDIDA PELO JUÍZO *A QUO* – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO EM PARTE.

Ausência de interesse recursal quanto ao pedido de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, pois concedido pelo juízo por ocasião da sentença penal condenatória. Não conhecimento.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 11.419/2006, a intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, a qual pode ser realizada em até 10 dias, contados da data do seu envio, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo. A lei não faz exceção ao Ministério Público, razão porque, em atendimento ao princípio da igualdade entre as partes no devido processo legal, a regra vigora também para a contagem dos prazos de interesse do órgão ministerial. Assim, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário - SAJ, infere-se que o recurso foi protocolado pelo órgão ministerial no prazo legal estabelecido pelo art. 619, do Código de Processo Penal. Destarte, ante a tempestividade, afasto a preliminar.

Comprovada pela certidão de intimação do réu, ter ele ciência de medidas protetivas deferidas em favor da vítima, as quais ele descumpriu, não há que se falar em ausência de prova da materialidade. Certidão do oficial de justiça atestando a conclusão da diligência. Presunção de veracidade do documento emitido pelo auxiliar da justiça que deve prevalecer. Assim, inarredável a sentença condenatória de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Pena-base. As consequências do delito remetem aos efeitos da conduta do agente, o maior ou menor dano (ou risco concreto de dano) para a vítima ou para a própria coletividade e, para que sejam valoradas negativamente quando da fixação da pena-base, é necessária a comprovação de um *plus,* que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do tipo. O fato ter desmantelamento da entidade familiar, alterando ainda a rotina da vítima, tornando-a reclusa, por temer quanto a sua integridade física, não se trata de fundamentação idônea, uma vez que o delito em questão, geralmente, decorre do que comumente acontece, de forma que a referida circunstância judicial não deve ser maculada.

Inexistem provas que demonstrem ter o réu agido por motivo de relevante valor moral. Pelo contrário, não há dúvidas de que foi motivado por pura conveniência do réu em buscar abrigo na casa de sua mãe, portanto, incabível o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "a", do CP.

Quanto à atenuante genérica descrita no art. 66, do CP, trata-se de circunstância relevante que, embora não prevista expressamente em lei, deve minorar a pena por guardar relação com o crime,

podendo ser uma causa anterior que de alguma forma justifique a prática deste ou uma consequência posterior que represente uma espécie de punição ao réu, tudo segundo a valoração discricionária do juiz. No caso, ausente circunstância de especial relevância a ser valorada em benefício do apelante, porquanto não se destaca nos autos qualquer elemento ou fato relevante anterior ou posterior ao crime capaz de justificar sua prática ou que represente punição ao réu.

A agravante prevista no art. art. 61, II, "e", do CP, trata-se de agravante genérica, por ter o agente cometido o crime contra o ascendente, e, segundo classificação doutrinária, o crime do art. 24-A, da Lei Maria da Penha, é pluriofensivo, isto é, atinge dois bens jurídicos, quais sejam, a Administração da Justiça e a integridade psicológica da ofendida, portanto, compatível a aplicação da mencionada agravante no caso concreto.

EM PARTE COM O PARECER – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO EM PARTE.

## 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 recurso, e, na parte conhecida, proveram parcialmente. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 29 de setembro de 2020.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Derlan José Pereira em face da sentença de p. 123-127 e 170, que julgou procedente o pedido constante na denúncia e condenou-o pela prática do delito previsto no art. 24-A, da Lei nº 11.340/06, à pena de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e, nos termos do art. 387, IV, do CPP, fixado o valor mínimo de R$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor da vítima.

Nas razões recursais (p. 184-203), a defesa pugna, preliminarmente, pela intempestividade dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Estadual. No mérito, pela absolvição, sob o argumento de inexistir provas da existência do fato, com fundamento no art. 386, II, do CPP. Subsidiariamente, requer seja fixada a pena-base no mínimo legal; o reconhecimento das atenuantes do art. 65, III, "a" e/ou do art. 66, ambos do CP; o afastamento da agravante do art. 61, II, "e", do CP; os benefícios da gratuidade judicial. Formula prequestionamento.

Em sede de contrarrazões (p. 207-231), o *Parquet* pleiteou seja negado provimento ao apelo. Apresenta prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de p. 240-253, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso. Prequestiona a matéria.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Derlan José Pereira em face da sentença de p. 123-127 e 170, que julgou procedente o pedido constante na denúncia e condenou-o pela prática do delito previsto no art. 24-A, da Lei nº 11.340/06, à pena de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e, nos termos do art. 387, IV, do CPP, fixado o valor mínimo de R$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor da vítima.

Narra a denúncia:

> *"Consta dos presentes autos de Inquérito Policial que, no dia 11 de agosto de 2018, por volta das 08h30min, em frente à residência localizada na Rua Aquidauana nº 1788, Bairro Espatódia, nesta cidade e comarca de Chapadão do Sul/MS, o* ***denunciado Derlan José Pereira*** *descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06, concedidas em favor da vítima S. H. M.. (...)."* p. 02, destaque original.

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que condenou o apelante nos moldes alhures mencionados.

Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso (p. 184-203), no qual pleiteia, preliminarmente, pela intempestividade dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Estadual. No mérito, pela absolvição, sob o argumento de inexistir provas da existência do fato, com fundamento no art. 386, II, do CPP. Subsidiariamente, requer seja fixada a pena-base no mínimo legal; o reconhecimento das atenuantes dos art. 65, III, "a" e/ou do art. 66, ambos do CP; o afastamento da agravante do art. 61, II, "e", do CP; os benefícios da gratuidade judicial. Formula prequestionamento.

Passo à análise.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço parcialmente do recurso defensivo.

Isso porque, na espécie, a defesa carece de interesse recursal quanto ao pedido de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, na medida já fora concedido pelo juízo de origem por ocasião da sentença condenatória (p. 126).

Da preliminar

Em sede preliminar, a defesa suscita a nulidade da decisão dos embargos de declaração de p. 170, sob o argumento de que foram opostos de maneira intempestiva.

Razão não lhe assiste.

Isto porque, no caso, incide a norma do artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial:

> *"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.***
>
> *(...)." (Destaquei).*

Vê-se que, no que diz respeito às intimações feitas por meio eletrônico, como foi o caso, não tendo sido realizada a consulta ao teor da intimação dentro do prazo de 10 (dez) dias, contados da data de disponibilização dos autos ao *Parquet*, considera-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

Verifica-se dos autos que foi acostada certidão atestando que a intimação para o Ministério Público Estadual deu-se no dia 19/11/2018 (p. 154):

> *"Em atenção ao teor do art. 5.º, § 3.º, da Lei n.º 11.419/06, ante a inexistência de leitura da intimação eletrônica dentro do prazo de 10 (dez) dias corridos, certifica-se, automaticamente, que o(a) Ministério Público Estadual restou intimado(a) em 19/11/2018, iniciando o prazo para a prática do ato processual respectivo em 19/11/2018 com previsão de encerramento em 29/11/2018."*

Assim, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário - SAJ, infere-se que o recurso foi protocolado pelo órgão ministerial em 20/11/2018 (p. 156-158), restando observado o prazo legal estabelecido pelo art. 619, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça, que reformou julgado desta Corte, reconhecendo, inclusive, que o artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 11.419/2006, também é aplicável ao Ministério Público. *In verbis:*

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO RECORRIDO DESTOANTE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR – DECISÃO MONOCRÁTICA – PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL – PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – OFENSA INEXISTENTE – SÚMULA N. 568/STJ. 1. A prolação de decisão monocrática pelo Ministro Relator é autorizada pelo art. 255, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, na forma prevista pelo art. 932 do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal. 2. No caso concreto, não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática expressa a orientação dominante nesta Corte Superior sobre a matéria recorrida. 3. Não bastasse, os provimentos singulares sempre estarão sujeitos à impugnação por agravo regimental, o que permite ao Órgão colegiado exercer o controle recursal da matéria decidida.*
>
> *PRECEDENTES – PROCESSO PENAL – APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – TEMPESTIVIDADE – PROCESSO ELETRÔNICO – INTIMAÇÃO – REMESSA DOS AUTOS VIA PORTAL DO TRIBUNAL – ART. 5º, §§ 1º E 3º, DA LEI N. 11.419/2006 – PRAZO RECURSAL – TERMO INICIAL – EFETIVA CONSULTA OU DÉCIMO DIA APÓS O ENVIO DA INTIMAÇÃO – PARIDADE DE ARMAS.* ***1. Consoante entendimento desta Corte Superior, 'nos termos do art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei 11.419/2006, a intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, a qual pode ser realizada em até 10 dias, contados da data do seu envio, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo'*** *(HC 400.310/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).* ***2. A lei não faz exceção ao Ministério Público, razão porque, em atendimento ao princípio da igualdade entre as partes no devido processo legal, a regra vigora também para a contagem dos prazos de interesse do órgão ministerial.*** *3. É inaplicável ao caso concreto a tese fixada quando do julgamento REsp n. 1.349.935/SE, pela sistemática dos repetitivos, uma vez que a orientação respectiva não foi construída sob a perspectiva das intimações realizadas nos processos eletrônicos, conforme os regramentos do art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 11.419/2006. 4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1827505/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 17/09/2019). Destaquei

Destarte, ante a tempestividade, afasto a preliminar.

Do pleito absolutório

A pretensão absolutória não comporta provimento.

A materialidade do delito de descumprimento de medida protetiva, restou comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (p. 07-08), boletins de ocorrência (p. 18 e 20), o mandado judicial proibitivo que serviu de intimação do réu sobre seus termos (p. 21) e depoimentos colhidos nos autos.

Por sua vez, a autoria encontra guarida na prova oral colhida na instrução. Para elucidar a questão, convém transcrever o contexto probatório utilizado pelo magistrado *a quo*, evitando-se, de tal forma, a indesejada tautologia:

> *"(...) 'compareceram no local dos fatos onde a testemunha S. H. M. informou possuir uma medida protetiva contra seu filho Derlan José Pereira, o autuado, inclusive apresentou cópia da referida medida que determina o afastamento do lar e proibição de aproximar-se a menos de cem metros da testemunha; Que quando do atendimento o autuado se encontrava na varanda da residência onde vive a testemunha; Que foi dada voz de prisão ao autuado e este conduzido para esta delegacia para demais medidas legais que o caso requer, sem lesões corporais aparentes;' (testemunha J., f. 09).*
>
> *(...) 'foi proferida voz de prisão a Derlan José Pereira, o autuado, haja vista que este descumpriu determinação judicial expedida em pedido de medidas protetivas de urgência na qual o afastava do lar e o proibia de aproximara-se a menos de cem metros de S. H. M., a testemunha, inclusive esta sua genitora; Que quando da abordagem o autuado se encontrava na varanda do imóvel onde reside a testemunha;(...)' (testemunha E., f. 11).*
>
> *'Que a declarante é genitora de Derlan José Pereira, o autuado, contra o qual há diversos registros criminais, inclusive pelas práticas delitivas de, quando ainda adolescente, falta de CNH, lesão corporal dolosa, e quando maior de idade, falta de CNH, direção perigosa, lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, inclusive nesta prática já preso em flagrante delito, vias de fato, dirigir embriagado, resistência, desacato, lesão corporal dolosa (violência doméstica), inclusive em desfavor da própria mulher do autuado, vias de fato (violência doméstica) e ameaça (violência doméstica)em desfavor da declarante, mesmo na comarca de Três Lagoas, ainda constando os registros criminais de lesão corporal dolosa, perturbação do trabalho/sossego alheio, e mesmo ainda ameaça (violência doméstica) em desfavor da declarante nos meses de junho/18 e mesmo recentemente no dia 08/agosto/18, sendo que tais ocorrências algumas já foram apuradas por procedimentos autônomos aos presentes autos e outras ainda aguardam manifestação da justiça; Que a declarante esclarece que o autuado já há tempos vem proferindo palavras de baixo calão em desfavor da declarante, inclusive proferindo diversas ameaças, inclusive de morte, ressalvando a declarante que em certa oportunidade o autuado tentou matar a declarante por atropelamento quando atravessava a rua, posto que a declarante se recusou a entregar a importância de R$ 100,00 para que o autuado adquirisse entorpecentes para consumo próprio, sendo que por pouco o autuado não conseguiu êxito o seu intento criminoso legal; Que diante das diversas ocorrências, a declarante, temendo por sua integridade física, formalizou pedido de medidas protetivas na qual foi determinado que o autuado não poderia manter contato com a declarante, nem mesmo se aproximar, porém o autuado, em flagrante desrespeito à determinação judicial, encaminhou-se até a residência da declarante, mesmo o autuado ciente das proibições, ao que a declarante, temendo por sua integridade física e pela concretização das diversas ameaças proferidas pelo autuado em desfavor da declarante, mesmo ameaças de morte, a declarante valeu-se de seu direito judicial garantido por decisão judicial em pedido de medidas protetivas e acionou a polícia militar que, comparecendo no local e constatando os fatos, proferiu voz de prisão ao autuado, encaminhando-o até esta DPCHAPSUL para providências; Que esclarece que o autuado, quando cientificado da decisão judicial proferida em pedido de medidas protetivas, o autuado retirou seus pertences pessoais que se encontravam no imóvel da declarante, sendo que não haveria motivo algum para que o autuado se aproximasse da declarante; Que diante dos fatos, bem como dos diversos boletins de ocorrência que a declarante formalizou em desfavor do autuado, a declarante alega que, infelizmente, não possui mais condições psicológicas para prestar apoio ao autuado pois que a declarante teme gravemente pela sua integridade física, inclusive a declarante tem seu direito de ir e vir prejudicado pois que, diante de todos os fatos, a declarante sai agora às ruas somente em extrema necessidade e mesmo assim sempre temerosa pela concretização*

*das ameaças, mesmo de morte, por parte do acusado em desfavor da declarante; Que ressalva que, quando dos fatos apurados neste procedimento, o autuado não proferiu nem ameaça nem palavra de baixo calão, sendo que o autuado, nos fatos, somente desobedeceu a determinação judicial em seu desfavor (...)' (vítima S., fs. 37/38).*

*Ouvidas em juízo (f. 122), as testemunhas corroboraram os relatos acima descritos.*

*Naquela ocasião, acrescentou a vítima que o réu seria usuário de drogas e, por conta disso, vende os eletrodomésticos da casa; que requereu medidas protetivas contra o réu, pois se sentiu atemorizada com suas ameaças de morte; que o réu foi intimado por oficial de justiça acerca das medias protetivas, inclusive para deixar a residência no prazo de uma hora, o que foi atendido pelo réu; que por volta das 02:00 horas o réu bateu na janela da casa da vítima, quando esta o advertiu de que este não poderia estar naquele local, porém, como o réu disse que somente viera para devolver as chaves de casa, esta recebeu; que na manhã do dia seguinte o réu novamente foi até a sua casa, quando a vítima o advertiu de que ele não poderia ficar ali, porém o réu permaneceu no local até a chegada da polícia.*

*Já o réu, nas duas oportunidades em que fora interrogado (fs. 13 e 122), confessou a prática delitiva, asseverando a tinha pleno conhecimento das medidas protetivas concedidas em favor de sua genitora, inclusive com a proibição de se aproximar desta (...)."* p. 124-125

Com efeito, as provas coligidas evidenciam a existência do crime, bem como sua respectiva autoria.

No entanto, sustenta a defesa que não há prova de que o réu fora intimado acerca da fixação das medidas protetivas nem ao menos consta a cópia da decisão judicial supostamente descumprida.

Melhor sorte não lhe socorre, porque está descrito nos boletins de ocorrência (p. 18 e 20) que a vítima apresentou aos policiais a cópia da decisão judicial que deferiu as medidas protetivas de urgência nos Autos nº 0001815-54.2018.8.12.0046, tendo sido juntado o mandado judicial de intimação e cientificação (p. 21), no qual expressamente constou *"(...) a obrigação do autor dos fatos de se afastar do lar da vítima, (...)"*, e, *"(...) além da proibição do autor do fato de se aproximar a menos de cem metros da vítima ou manter contato com ela por qualquer meio de comunicação (...)."*

Além do mais, em uma breve consulta ao SAJ, é possível verificar que nos Autos nº 0001815-54.2018.8.12.0046, consta a Certidão – Cientificação e Intimação Positivas, na qual o Sr. Oficial de Justiça certifica o cumprimento da diligência, na data de 10/08/2018, e, ainda, que *"o Requerido recusou a aceitar cópia do Mandado e exarar sua assinatura (...)."* (p. 25, dos referidos autos).

Realmente observa-se que o meirinho atestou que o apelante foi intimado, e, em virtude da presunção de veracidade do documento emitido pelo auxiliar da justiça, derivada da fé pública inerente aos atos dos servidores estatais, prevalece a certificação de que ocorreu a intimação do réu do inteiro teor do mandado.

Nesse trilhar:

*"APELAÇÃO CRIMINAL – DESCUMPRIMENTO MEDIDA PROTETIVA – ARTIGO 24-A LEI Nº 11.340/06 E VIAS DE FATO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA. Comprovada pela certidão de intimação do réu, ter ele ciência de medidas protetivas deferidas em favor da vítima, as quais ele descumpriu, não há que se falar em atipicidade da conduta criminosa descrita no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06, por ausência de prova da materialidade. Diante da existência de prova inequívoca acerca da autoria e materialidade em relação à contravenção penal de vias de fato, impõe-se a condenação do acusado por sua prática."* (TJMG; APCR 0093049-47.2018.8.13.0707; Varginha; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Beatriz Pinheiro Caires; Julg. 12/09/2019; DJEMG 20/09/2019)

*"HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. Descumprimento de medidas protetivas fixadas com base na Lei nº 11.340/2006. Alegações referentes ao mérito dos fatos apurados. Discussão que exige aprofundado exame de provas.*

> *Inviabilidade de analisar a matéria na estreita via de cognição da ação de habeas corpus. Impetração não conhecida no ponto. Alegado cerceamento de defesa no inquérito policial não caracterizado. A observância dos princípios do contraditório e da ampla-defesa é prescindível na fase de inquérito.* ***Suposta falta de intimação da decisão que fixou medidas protetivas pois não consta assinatura do paciente no mandado. Certidão do oficial de justiça atestando a conclusão da diligência. Presunção de veracidade do documento emitido pelo auxiliar da justiça que deve prevalecer*** *(...). Ordem parcialmente conhecida e denegada."* (TJSC; HC 2012.067305-1; Criciúma; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Civinski; Julg. 23/10/2012; DJSC 09/11/2012; Pág. 590). (G.n.)

Destarte, as provas amealhadas aos autos são suficientes e idôneas para atestarem a materialidade e a autoria delitiva do delito prescrito no art. 24-A, da Lei nº 11.340/2006, rechaçando-se a tese defensiva de insuficiência de elementos probatórios.

Assim, inarredável a sentença condenatória de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Dosimetria da pena

Subsidiariamente, requer seja fixada a pena-base no mínimo legal; o reconhecimento das atenuantes dos art. 65, III, "a", e/ou do art. 66, ambos do CP; o afastamento da agravante do art. 61, II, "e", do CP.

Ao dosar a reprimenda do réu, o juiz *a quo* assim fundamentou:

> *"Atento às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifico que o grau de culpabilidade do réu é o normal para os crimes da espécie, o que não lhe prejudica; registra maus antecedentes, além de estar caracterizada a reincidência (comum); não há maiores elementos quanto à sua personalidade e conduta social; os motivos não lhe prejudicam, pois comuns ao tipo penal; as circunstâncias, por já serem elementares do tipo, não podem lhe prejudicar; as consequências são sempre graves, especialmente quando acarretam o desmantelamento da entidade familiar, como se verifica no caso em apreço, vez que a própria genitora afirma não ter mais condições de dar suporte ao réu, seu filho, além de temer por sua integridade física, razão pela qual alterou sua rotina de vida, permanecendo reclusa na maior parte do tempo; o comportamento da vítima não prejudica o réu.*
>
> *Tudo ponderado, fixo a pena base em 06 (seis) meses de detenção. Incide a agravante da reincidência, pelo e do crime contra ascendente (artigo 61, I e II, 'e', do Código Penal), pelo que majoro a pena em 1/3 (um terço), passando a 08 (oito) meses de detenção. Incide a atenuante da confissão (artigo 65, III, 'd', do Código Penal), pelo que reduzo a pena em 1/6 (um sexto), passando a* ***06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, a qual torno definitiva****, vez que ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena a considerar (...)."* p. 126

A pena-base foi fixada em 6 (seis) meses de detenção, porque foram valorados negativamente os antecedentes e as consequências.

Os antecedentes foram negativados com fundamento em condenação criminal definitiva (p. 50-77).

As consequências do delito remetem aos efeitos da conduta do agente, o maior ou menor dano (ou risco concreto de dano) para a vítima ou para a própria coletividade e, para que sejam valoradas negativamente quando da fixação da pena-base, é necessária a comprovação de um *plus,* que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do tipo.

O fato ter desmantelamento da entidade familiar, alterando ainda a rotina da vítima, tornando-a reclusa, por temer quanto a sua integridade física, não se trata de fundamentação idônea, uma vez que o delito em questão, geralmente, decorre do que comumente acontece, de forma que a referida circunstância judicial não deve ser maculada.

Como o aumento foi inferior ao que decorreria do critério que aplica a fração de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas máxima e mínima cominadas ao crime, para cada circunstância judicial negativa, que

resultaria em 2 (dois) meses e 18 (dezoito) dias para cada circunstância judicial desfavorável, cujo critério será observado para sua readequação.

Na segunda fase, em que pese o pleito defensivo, nenhuma razão no pedido de redução da pena por força das atenuantes previstas no art. 65, "a", ou no art. 66, ambas do Código Penal.

Primeiro, porque inexistem provas que demonstrem ter o réu agido por motivo de relevante valor moral. Pelo contrário, não há dúvidas de que foi motivado por pura conveniência do réu em buscar abrigo na casa de sua mãe.

Quanto à atenuante genérica descrita no art. 66, do CP, trata-se de circunstância relevante que, embora não prevista expressamente em lei, deve minorar a pena por guardar relação com o crime, podendo ser uma causa anterior que de alguma forma justifique a prática deste ou uma consequência posterior que represente uma espécie de punição ao réu, tudo segundo a valoração discricionária do juiz. No caso, ausente circunstância de especial relevância a ser valorada em benefício do apelante, porquanto não se destaca nos autos qualquer elemento ou fato relevante anterior ou posterior ao crime capaz de justificar sua prática ou que represente punição ao réu.

Em relação ao pedido de afastamento da agravante prevista no art. art. 61, II, "e", do CP, melhor sorte não socorre ao apelante.

Trata-se de agravante genérica, por ter o agente cometido o crime contra o ascendente.

Segundo as razões recursais, tal agravante não pode ser aplicada, porque a vítima é o Estado.

No entanto, segundo leciona Renato Brasileiro de Lima, *"o crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha pode ser classificado nos seguintes termos: (...) b)* ***pluriofensivo:*** *atinge dois bens jurídicos, quais sejam, a Administração da Justiça e a integridade psicológica da ofendida; (...)*[1]*."*

Portanto, entendo compatível a aplicação da mencionada agravante no caso concreto.

Readequação da pena

Na primeira fase, com o afastamento da circunstância judicial referente às consequências, preservada a valoração negativa dos antecedentes, fica a pena-base em 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de detenção.

Na segunda fase, aplicadas as agravante da reincidência e de crime contra ascendente (art. 61, I e II, "e", do Código Penal), majorada a pena em 1/3 (um terço), como na sentença primeva, fica em 07 (sete) meses e 14 (quatorze) dias de detenção. Incidindo a atenuante da confissão espontânea, reduzida em 1/6 (um sexto), resta definitiva em 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de detenção, ante a inexistência de causas de aumento ou de diminuição de pena a considerar.

O regime inicial permanece semiaberto, pela reincidência do apelante.

Prequestionamento

Quanto aos dispositivos prequestionados, ressalto que inexiste violação ou negativa de vigência.

Dispositivo

Em parte com o parecer, conheço em parte do recurso, e, na parte conhecida, dou parcial provimento, apenas para afastar a valoração negativa da circunstância judicial consequências do crime, restando o apelante, Derlan José Pereira, condenado pela prática do delito previsto no art. 24-A, da Lei nº 11.340/06, à pena de 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de detenção, mantidas as demais determinações da sentença.

1 LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODI-VM, 2019. p. 1545.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente do recurso, e, na parte conhecida, proveram parcialmente. Decisão em parte 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, 29 de setembro de 2020.

***

## 2ª Câmara Criminal
## Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
## Apelação Criminal nº 0000914-52.2017.8.12.0004

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO MAJORADO – PRELIMINARES DE NULIDADE – VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – INVERSÃO DA ORDEM DAS TESTEMUNHAS – PROVA EMPRESTADA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE – REJEIÇÃO – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIDO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE INALTERADA – MAJORANTES PRESERVADAS – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO – DETRAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Preliminares de nulidade arguidas pela defesa. Violação ao art. 400, do CPP. Interrogatório do réu realizado antes da oitiva das testemunhas. Ausência de demonstração de prejuízo. O STJ tem entendimento externado através do informativo 543, que *"é admissível, assegurado o contraditório, a prova emprestada vinda de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada",* conforme se infere dos autos, não há que se falar na falta de oportunização do contraditório, pois foi garantido ao réu o direito de apresentar a sua defesa, inclusive no seu próprio interrogatório. Não há que se falar na incompetência do juiz sentenciante, visto que, no caso dos autos, o deslocamento feito foi totalmente plausível e não há elementos idôneos que fundamentem o pedido do apelante. Nulidades inexistentes.

O acervo probatório colhido durante a instrução processual é robusto e suficiente para amparar a condenação do réu. O depoimento da vítima e reconhecimento pessoal do acusado não deixam dúvidas quanto à prática do crime. Conjunto probatório que confirma a prática delitiva, em que pese a negativa do acusado.

Circunstâncias judiciais desfavoráveis devidamente fundamentadas e sopesadas de maneira idônea, desnecessária, portanto, qualquer modificação da pena-base.

No caso em tela, a vítima foi incisiva em afirmar, em ambas as fases da persecução penal, que houve o emprego ostensivo de arma de fogo no momento da subtração. Na hipótese versada, restou plenamente demonstrando no decorrer da instrução processual que o apelante e o corréu cometeram o crime em unidade de desígnios para o fim almejado, sendo bem aplicada ao caso a referida majorante de concurso de agentes. Não pairam dúvidas de que o veículo roubado foi comercializado no Paraguai, posto que o corréu afirmou perante a autoridade policial que o veículo foi vendido, tendo inclusive precisado o valor. Majorantes mantidas.

Diante da não alteração da pena corpórea e considerando que o juiz singular já observou o disposto do art. 387, § 2°, do Código Processo Penal, mantém-se o regime fixado.

Com o parecer, afasta-se as preliminares e, no mérito, 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, Por maioria, afastaram a preliminar arguida e, no mérito, negaram provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

Juiz Waldir Marques - Relator em substituição legal

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Everton Meneses em face da sentença de p. 390-398, que julgou procedente o pedido constante na denúncia e condenou-o pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso I (com redação vigente à época dos fatos), II e IV, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa.

Em razões recursais de p. 446-475, a defesa pleiteia, em síntese:

> *"1. Nulidade por violação ao contraditorio e ampla defesa- inversão da ordem de testemunhas- ausencia do acusado e defensor publico na sala de audiência- prejuízo ao apelante 2. Nulidade por prova emprestada – delação extrajudicial - ausencia de contraditorio- prejuízo ao acusado 3. Nulidade por incompetência - prevenção- provimento 427 do tribunal de justiça de mato grosso do sul- deslocamente de competência 4. Absolvição por negativa de autoria, ausência de provas e in dubio pro reo 5. Violação a individualização da pena- fundamentação inidonea para fixação acima do minimo legal- 6. Decote do concurso de agentes 7. Decote da da causa de aumento- transporte de veiculo para o exterior 8. Decote da causa de aumento- arma de fogo 9. Alteração do regime inicial adverso do fechado 10. Aplicação da detração (sic)."*

Em sede de contrarrazões (p. 486-507), o *Parquet* pugna pelo desprovimento do apelo. Prequestiona a matéria.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de p. 518-542, opina pelo conhecimento, pela rejeição das preliminares, e, no mérito, pelo improvimento do recurso defensivo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Everton Meneses em face da sentença de p. 390-398, que julgou procedente o pedido constante na denúncia e condenou-o pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso I (com redação vigente à época dos fatos), II e IV, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa.

Narra a denúncia:

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 12 de dezembro de 2016, por volta das 11 horas e 10 minutos, na Rua Teixeira de Freitas nº 185, dependências do estabelecimento comercial denominado 'Consultório Odontológico Ortoimplante', na cidade de Coronel Sapucaia, nesta comarca,* ***os autores dos fatos acima qualificados****, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, previamente ajustados e agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos,* ***subtraíram para si, mediante grave grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, o veículo automotor Toyota Hillux, cor prata, placas BAP-6974, de Rolândia-PR,*** *pertencente à vítima Alexandre Gonçalves da Silva,* ***que foi transportado para o exterior****, além de certa quantia em dinheiro (...)."* p. 02 (destaques originais)

Em razões recursais de p. 446-475, a defesa pleiteia, em síntese:

> *"1. Nulidade por violação ao contraditorio e ampla defesa- inversão da ordem de testemunhas- ausencia do acusado e defensor publico na sala de audiência- prejuízo ao apelante 2. Nulidade por prova emprestada – delação extrajudicial - ausencia de contraditorio- prejuízo ao acusado 3. Nulidade por incompetência - prevenção- provimento 427 do tribunal de justiça de mato grosso do sul- deslocamente de competência 4. Absolvição por negativa de autoria, ausência de provas e in dubio pro reo 5. Violação a individualização da pena- fundamentação inidonea para fixação acima do minimo legal- 6. Decote do concurso de agentes 7. Decote da da causa de aumento- transporte de veiculo para o exterior 8. Decote da causa de aumento- arma de fogo 9. Alteração do regime inicial adverso do fechado 10. Aplicação da detração (sic)."*

Passo à análise.

Preliminares

Inicialmente, a defesa sustenta a nulidade do feito por afronta ao artigo 400, do Código de Processo Penal. Não lhe assiste razão. Vejamos.

Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do E. Ministro Ribeiro Dantas, no qual adotou orientação do Supremo Tribunal Federal:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGADA NULIDADE ABSOLUTA – INOCORRÊNCIA – INTERROGATÓRIO – ÚLTIMO ATO – APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP – QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO – PREJUÍZO NÃO COMPROVADO – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, ao acompanhar o entendimento firmado pela Suprema Corte, no julgamento do HC n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, tem decidido 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. Em razão da modulação dos efeitos da decisão, a nova compreensão somente é aplicada aos processos em que a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11/3/2016)' (HC 390.707/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017). 2. A Quinta Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, 'é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão' (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Felix Fischer, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018, grifos no original). 3. No caso em exame, verifica-se que, embora o interrogatório tenha ocorrido no início da audiência de instrução, antes, portanto, da ouvida das testemunhas, não há comprovação de que a irresignação tenha sido apresentada pela defesa tempestivamente, ou seja, na própria audiência, consoante se infere do termo de interrogatório e da ata de audiência de instrução e julgamento.* ***4. Embora o interrogatório do agravante tenha ocorrido no início da audiência de instrução, tal fato, por si só, não inquina de nulidade o feito, uma vez verificada a preclusão da matéria, além de não demonstrado efetivo prejuízo à defesa, o que impede o reconhecimento da nulidade arguida.*** *5. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 1438743/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019). Destaquei

De fato, o art. 400, *caput*, do Código de Processo Penal, prevê o interrogatório do acusado, meio de exercício da autodefesa, como último ato da fase instrutória.

No entanto, a oitiva da testemunha foi realizada posteriormente por videoconferência, uma vez que o policial residia fora da jurisdição do juiz competente, e, sendo assim, é possível que a testemunha preste seu depoimento na comarca onde reside, conforme o que está disciplinado no art. 222, do CPP.

E, ainda, de acordo com o entendimento do STJ:

> *"Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em Lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes."*

No caso em apreço, não se vislumbra a ocorrência de qualquer prejuízo ao acusado.

Dessa forma, o fato de a testemunha arrolada pela acusação ter sido ouvida após o interrogatório do acusado, não é suficiente, por si só, a gerar nulidade do processo, porquanto não foi comprovado prejuízo em razão do alegado vício, consoante o princípio *pas de nullite sans grief*, consagrado no art. 563, do CPP, *in verbis*:

> *"Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."*

Quanto ao réu não estar presente, bem como seu defensor na realização das audiências, verifica-se que, mesmo estando ausente o apelante, o seu Defensor Público encontrava-se presente e prestou-lhe a assistência necessária (p. 311 e 317).

Com relação à prova emprestada, nota-se que é utilizada no processo sob o fundamento da garantia do princípio da economia processual e o princípio da busca da verdade possível.

O STJ tem entendimento externado através do informativo 543, que *"é admissível, assegurado o contraditório, a prova emprestada vinda de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada."*

Conforme se infere dos autos, os policiais obtiveram a informação de que o acusado estava envolvido no delito com o depoimento do corréu, ocasião em que se iniciou a investigação e houve a confirmação da autoria.

Como se percebe, desde o início do processo o apelante estava ciente sobre o depoimento de Devanir, portanto, não há que se falar na falta de oportunização do contraditório, pois foi garantido ao réu o direito de apresentar a sua defesa, inclusive no seu próprio interrogatório.

Insta consignar que, embora o apelante tenha negado a autoria, tal fato não afasta a utilização da prova emprestada. Neste sentido já decidiu o e. TJMS, conforme ementa que ora se colaciona:

> *"EMENTA – RECURSOS DEFENSIVOS– APELOS – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR JUNTADA DE PROVA EMPRESTADA – REJEITADA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR EXAME PERICIAL EM APARELHO CELULAR SEM EXAME PERICIAL – REJEITADA* ***Rejeitada a preliminar de nulidade do processo por juntada de prova emprestada, uma vez que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.*** *Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por ter havido realização de exame pericial de aparelho celular sem autorização judicial, por ausência de prejuízo à defesa, pois o conteúdos da perícia não foi utilizado para condenação. MÉRITO – TRÁFICO DE DROGAS OCORRIDO EM 20 DE AGOSTO DE 2017 – UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DE FATO OCORRIDO EM 14 DE JULHO DE 2017 PARA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – BIS IN IDEM COM PROCESSO ANTERIOR – ABSOLVIÇÃO –*

*RECURSO PROVIDO. O direito penal é do fato e não do autor, por isso, provas de tráfico de drogas anteriores ao narrado na denúncia não se prestam para condenar o agente que não estava na posse direta da pasta-base de cocaína, negou a prática delitiva, inexistindo produção de provas de sua participação ou coautoria no delito de 20 de agosto de 2017 (...).”* (TJMS. Apelação Criminal n. 0002487-77.2017.8.12.0020, Rio Brilhante, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 07/11/2019, p: 10/11/2019). (G.n.)

De tal modo, tendo a defesa ciência e oportunidade de se manifestar sobre a prova emprestada, não há falar em ofensa ao contraditório.

Ainda em sede de preliminar, o acusado requer seja reconhecida a incompetência do juízo para julgar o feito.

Todavia, ao contrário do alegado, é possível a alteração de competência territorial de processos já em curso, desde que fundadas em criações de novas varas e depois de encerrada a instrução já iniciada.

Cumpre mencionar que a comarca de Coronel Sapucaia/MS não existia, sendo instalada recentemente nos termos do Provimento nº 427/2019.

No presente caso, em razão da instalação da Comarca de Coronel Sapucaia-MS, local onde o delito foi cometido, o feito que estava sendo processado na Comarca de Amambai-MS, foi redistribuído, corretamente, nos termos do art. 2º, § 2º, do Provimento nº 427/2019, do Conselho Superior da Magistratura:

*“§ 2º No caso de processos criminais e os relacionados com a infância e adolescência, serão considerados, respectivamente, o local do crime, a residência do menor ou de origem dos fatos.”*

Posto isto, não há que se falar na incompetência do juiz sentenciante.

Sendo assim, afasto as preliminares.

Mérito

Pleito absolutório

A defesa pugna pela absolvição do crime de roubo qualificado, alegando ausência probatória.

Razão não lhe assiste.

Compulsando os autos, observa-se que a prática do crime de roubo majorado restou amplamente configurada, estando a materialidade delitiva demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (p. 10-11, 34-44), Relatório de Ordem de Investigação (p. 12-18), Relatório de Informação (p. 19-22), depoimentos (p. 23-24), Termo de Reconhecimento Positivo de Pessoa (p. 25), Relatório (p. 47-51) e pelos demais trabalhos da inteligência policial, bem como pelos depoimentos colhidos durante a instrução processual.

Da mesma forma, a autoria restou comprovada. Para elucidar a questão, convém transcrever a prova oral utilizada pelo magistrado *a quo*, evitando-se, de tal forma, a indesejada tautologia:

*“(...).*

*Acerca da autoria, o réu Everton Meneses negou os fatos. Interrogado judicialmente, sustentou que, por ocasião do corrido, estava no consultório para fazer um pagamento. Não sabe quem é o autor do roubo. Uma pessoa com jaqueta preta e capacete de viseira escura chegou ao local, portando uma pistola de cor preta. Engatilhou a arma e pediu o controle da caminhonete para o dentista Alexandre. Falava em espanhol. O interrogado relatou que já trabalhou com Devanir Alves de França, há aproximadamente três anos. Não tinham relação de amizade, apenas trabalharam juntos por cerca de três meses, na fazenda administrada por seu pai. Não possui contato com Devanir. Não tem conhecimento acerca da declaração*

*prestada pelo corréu na delegacia de polícia. Não sabe o motivo pelo qual Devanir o estaria incriminando. Nunca tiveram intriga. O réu alegou que ia ao consultório há dois ou três anos. Era bem conhecido da secretária Rose. No dia dos fatos, viu uma moto modelo Falcon, de cor vermelha, chegar ao local. Não sabe dizer se era do Paraguai. Havia um homem gordo na frente e outro homem, todo de preto, que desceu de capacete. Chegou falando em espanhol e apontando uma pistola. Então, engatilhou a arma e pediu o controle da caminhonete. Questionado pelo juiz, Everton afirmou que ouvia falar acerca do envolvimento de Devanir no roubo das caminhonetes da Fazenda Ivaé. Que Everton não está ligado aos fatos, pois, no dia da ocorrência na Fazenda Ivaé, estava trabalhando na Fazenda Santa Helena. Na boca dos populares, Everton estaria envolvido nesses roubos, repassando informações a Devanir. O interrogado afirmou que, na ocasião dos demais crimes, estava trabalhando. Somente no dia da ocorrência em questão estava dentro do consultório. Não conhece pessoa de apelido 'Mato Grosso'. Trabalhava na fazenda. Não ficava na cidade, nem andava muito no Paraguai. Não tinha contato recente com Devanir. Relatou que estava fazendo canal nos dentes e foi ao consultório pagar uma conta. Estava com o dinheiro, mas não chegou a efetuar o pagamento na hora do roubo. Não tinha horário marcado. Estava conversando com a secretária Rose. Não chegou a entrar na sala de atendimento. O autor do delito entrou no consultório falando em espanhol. Tinha a voz meio grossa. Falava em castelhano e, ao mesmo tempo, em português. Parecia ser paraguaio. Estava apavorado e apontou a pistola pra Everton, que virou o rosto e ficou quieto. Não sabe dizer se era Devanir, porque entrou com o capacete lacrado. Só deu para ver o pescoço. Não era a voz de Devanir, que tem a voz fanhosa, meio fina, meio grossa.*

*Por sua vez, o corréu Devanir Alves de França foi interrogado somente pela autoridade policial, tendo em vista o seu falecimento no curso da instrução processual.*

*Em juízo, a vítima Alexandre Gonçalves da Silva aduziu que, no dia 12 de dezembro de 2016, estava atendendo, quando uma pessoa abriu a porta do consultório, entrou, engatilhou a pistola e pediu a chave de sua caminhonete, falando em espanhol. O depoente não teve reação. Alexandre é dentista e estava atendendo um cliente. Uma das secretárias estava o auxiliando e outra, estava na sala de espera. Da sala de espera, ouviu-se: 'é um assalto, é um assalto'. O depoente levantou as mãos, pegou a chave e entregou. O agente delituoso vestia uma jaqueta e usava capacete, de modo que Alexandre não viu seu rosto. Estava com uma pistola. Quando Alexandre foi entregar a chave, o agente falou para que não olhasse. Alexandre abaixou a cabeça e entregou a chave. Logo a seguir, viu o assaltante dirigindo a caminhonete, ainda usando o capacete. Não sabe dizer como chegaram ao consultório. Um vizinho da frente aduz que chegaram em uma moto, mas Alexandre não sabe. Levaram a caminhonete Hilux SW4, ano 2016, que não foi recuperada. Não sabe qual foi o destino da caminhonete. Tinha seguro e a seguradora fez o pagamento. Alexandre reconheceu Everton Meneses, que era seu paciente. O réu foi ao consultório na sexta-feira, para marcar um horário. O assalto foi na segunda-feira. Everton retornou ao consultório na segunda-feira e estava conversando com a secretária, no momento dos fatos. Alexandre não conhece a pessoa que o assaltou. Não desconfiavam de Everton, que já havia sido paciente há dois ou três anos. Alexandre conhece a família de Everton. Quando o agente entrou no local, Everton pediu que a secretária ficasse quieta, para não se desesperar. Cerca de três, quatro meses depois, Devanir foi preso e confessou que havia praticado o roubo contra Alexandre. Questionado pelo delegado de polícia Mikaill, Devanir afirmou que não tinha nada contra Alexandre e que roubou a caminhonete porque ficava 'dando sopa em frente ao consultório'. Que levou o veículo para o Paraguai e vendeu. Que Everton Meneses havia passado informações de que a caminhonete ficava 'dando sopa em frente ao consultório'. Foi, então, que Alexandre soube. Questionado pelo Ministério Público acerca de uma motocicleta exposta à f. 16 dos autos, Alexandre disse não se recordar. Seu consultório localiza-se na diagonal com a Câmara Municipal e, no dia dos fatos, havia muito movimento no local, pois era a última sessão da Câmara. Havia, inclusive, um PM dentro da Câmara. Carros e motos estacionados, a rua movimentada e um supermercado próximo. Questionado pela defesa, afirmou que não conhecia Devanir. Que somente uma pessoa entrou no consultório pra realizar o assalto. Devanir levou o carro e o Everton ficou por ali, conversando. Também estavam no local as meninas do consultório e uma outra dentista. Todos apavorados. Alexandre saiu e foi para*

*a delegacia. Não reconhece Devanir, porque o agente usava uma jaqueta e capacete com viseira escura. Só conseguia ver o pescoço. Everton era funcionário de fazenda.*

*Por sua vez, a testemunha Elvis Carvalho, policial militar, afirmou que, no dia dos fatos, estava ocorrendo um evento na Câmara Municipal, que fica próximo ao consultório. Quem relatou tudo foi Devanir. O irmão de Everton Meneses, menor de idade à época, ficou cuidando da PM, que estava em frente à Câmara. Everton já era paciente do consultório. Foi até o local e, quando não havia mais ninguém, chamou Devanir pelo celular. Devanir chegou em uma moto, rendeu o dentista e levou a caminhonete. Para tirar a polícia de frente da Câmara, ligaram pra PM, relatando que havia um carro com droga na aldeia. Everton, então, ligou para Devanir de dentro do consultório. Devanir chegou de moto e fez o roubo. Levou a caminhonete para o Paraguai. O irmão de Everton o buscou com uma moto e foram embora. Questionado pelo Ministério Público acerca de fotos retiradas do Facebook, em que Everton está junto de Devanir, Elvis respondeu que eram parceiros, que praticavam os roubos juntos. Que vendiam para pessoa de apelido 'Gordão', que era de Capitan Bado e foi morto entre Aral Moreira e Coronel Sapucaia há muito tempo. Elvis confirmou que já haviam feito isso em outras oportunidades, em uma fazenda onde Everton ou Devanir trabalham. O padrasto de Everton era capataz daquela fazenda e eles roubaram caminhonete lá também. Everton repassava as informações. Não se recorda se a caminhonete de Alexandre foi recuperada, mas o veículo foi para o Paraguai. Quando Devanir foi preso, haviam roubado uma caminhonete em Ponta Porã e a vítima reconheceu Everton, que ficava em frente à loja da vítima. Conseguiram prender Devanir na linha internacional. Foi o último roubo que praticaram juntos, porque logo Devanir foi preso em flagrante. Everton fazia o levantamento. Visavam caminhonetes porque 'Gordão' só comprava caminhonetes. Tinham mensagens dele. Também havia uma pessoa de apelido 'Marola', que desencadeou toda a investigação. Se não se engana, roubaram de três a cinco caminhonetes em Coronel Sapucaia. Duas delas foram em seu plantão, a do dentista e a da fazenda. Acha que mais uma ou duas caminhonetes foram roubadas por eles também. Questionado pelo juiz acerca do reconhecimento das vítimas pelos réus, Elvis respondeu que o agente praticou o delito usando um capacete. Que Everton Meneses estava dentro do consultório.*

*Do mesmo modo, a testemunha Fabrício Dias dos Santos, delegado de polícia, sustentou que estavam ocorrendo vários furtos de caminhonete. Ao longo das investigações, foram informados de que Devanir e Everton seriam autores. Devanir foi preso em flagrante na posse de uma caminhonete que havia sido roubada também. No interrogatório, confessou que atuava em conjunto com Everton. A polícia, então, confirmou a versão que havia recebido anteriormente. No interrogatório, detalhou como cometeram o roubo do veículo no consultório. Detalhou como foi a participação de cada um. Questionado pelo Ministério Público, o depoente confirmou que Devanir foi preso em razão de outro fato e, nesta oportunidade, confessou os delitos e, também, a participação de Everton. Devanir entrou no consultório, onde Everton já estava, conversando com a atendente. Anunciou o assalto, conseguiu a chave do veículo e saiu. Se não se engana, Devanir afirmou que o irmão de Everton, Diego ou Diogo, estava do lado de fora, numa esquina próxima. Everton teria ido ao consultório na semana anterior, ou alguns dias antes, mas não teve nenhuma consulta. Conversou com a secretária, o que dá a entender que o evento estava sendo planejado. A prisão em flagrante de Devanir a que se referiu foi de uma segunda caminhonete. Nessa oportunidade, durante o interrogatório, assumiu a prática do roubo no consultório. Num primeiro momento, Everton foi ouvido como testemunha. Havia suspeitas, mas nenhum elemento concreto. Nesse período, ocorreram vários roubos de caminhonete. Se não se engana, em cerca de cinco casos, havia suspeita da participação de Everton. Portanto, já estava sendo investigado. Não se recorda se o veículo em questão foi recuperado, mas a informação é que estariam sendo empregados no tráfico. Uma das caminhonetes, inclusive, foi recuperada em um flagrante de tráfico, em poder de outra pessoa. Questionado pela Defensoria Pública, Fabrício afirmou que, antes da prisão em flagrante de Devanir, tinham informações prestadas por populares, acerca da participação de Everton. Não havia testemunhas que houvessem feito o reconhecimento direto. O depoente afirmou que é comum obter informações de populares, que não se dispõem a figurar como testemunhas. Relata que, curiosamente, ocorreram cerca de três roubos próximos à Fazenda Ivaé, onde Everton e Devanir já trabalharam. Sobre a participação de Everton nos fatos*

*em questão, não se recorda se havia informações anteriores à confissão de Devanir. Não se recorda, mas acredita que não há outras testemunhas (...).”* p. 391-395

Em que pese a negativa de autoria pelo réu, o conjunto probatório carreado aos autos não deixa dúvidas de que Everton Meneses, agindo em concurso de pessoas com Devanir Alves de França, praticou a subtração narrada na denúncia.

A delação perpetrada pelo coautor na fase policial foi corroborada em juízo pelas testemunhas indiretas, E. C. e F. D. dos S.. Não bastasse isso, Devanir apresentou narrativa coerente, minuciosa e convincente sobre o desenrolar dos fatos, com a consistência necessária para receber credibilidade.

Todos os depoimentos prestados pelas testemunhas, inclusive policiais e outros, confirmam a versão descrita na inicial acusatória, razão pela qual, os elementos probatórios coligidos são robustos ao comprovar que o réu Everton participou do roubo.

Logo, para afastar a presumida idoneidade dos policiais, é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos ou que esteja demonstrada alguma desavença com o réu, seria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes.

No caso em tela, todavia, o acusado não logrou apontar nenhum motivo que pudesse colocar sob suspeita os depoimentos dos policiais, razão pela qual assumem posição de destaque dentro do acervo probatório produzido.

Seguindo essa linha, anota-se a doutrina: *“(...) não é possível a afirmação de suspeita, pela mera condição funcional; ademais, os policiais, por serem agentes públicos, também gozam da presunção de legitimidade, atributo dos atos praticados pela Administração Pública (...).”*

No ponto, vale destacar a especial relevância a ser emprestada à palavra da vítima, porquanto não se acredita que alguém, sem qualquer motivo, inculpe outrem de crime tão grave, mesmo sabendo-o inocente, apenas para prejudicá-lo.

Assim, conforme já mencionado, quando o relato prestado pela vítima se mostra firme, coerente e harmônico com os demais elementos probatórios produzidos sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, inexistindo indícios a apontar a existência de qualquer mácula em seu depoimento, torna-se capaz de sustentar o édito condenatório.

Desta feita, a credibilidade dos depoimentos dos policiais, prestados na fase judicial, unidos à delação inquisitorial do corréu e às concatenadas declarações da vítima, autorizam um juízo de certeza para o decreto condenatório pelo crime de roubo majorado.

Disso se conclui que inexiste qualquer dúvida acerca da autoria, pois o agente não comprovou sua versão, e, ainda, foi reconhecido pela vítima. Portanto, colacionadas provas de autoria e materialidade capazes de fundamentar a condenação, não há falar em fragilidade do conjunto probante colhidos nos autos, mantendo-se o édito condenatório do apelante pelo crime de roubo majorado.

Afastamento das majorantes

Subsidiariamente, a defesa alega que não houve apreensão ou perícia da arma supostamente utilizada, não havendo provas de seu potencial lesivo, motivo pelo qual a causa de aumento deve ser afastada.

Ademais, ao contrário do sustentado pela defesa, é prescindível a apreensão e/ou perícia para aplicação da causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo. Basta para a sua caracterização a palavra da vítima, o auto de apreensão de objetos e a prova testemunhal, suficientes, como meios de prova, para que incida a referida majorante.

Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2, inciso I, do CP, à época dos fatos, o qual atualmente corresponde ao § 2-A, inciso I, não é necessário a apreensão ou a realização da perícia quando os demais elementos de prova permitirem a formação do convencimento dos julgadores.

Sobre o tema, trago a jurisprudência das Cortes Superiores:

> *"HABEAS CORPUS – CRIME DE ROUBO MAJORADO – ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA – ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada. 2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.* ***3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes. 4. O Pleno desta Corte consolidou entendimento de que exigir uma perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma de fogo empregada no delito de roubo, ainda que cogitável no plano das especulações acadêmicas, teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com elas, de modo a que a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do CP dificilmente poderia ser aplicada, a não ser nas raras situações em que restassem presos em flagrantes, empunhando o artefato ofensivo.*** *Precedentes. 5. Habeas corpus denegado."* (STF - HC 104273, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, 14/12/2010). (G.n.)

> *"(...) a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que* ***é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova.*** *Ressalva do entendimento da relatora.3. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelo réu, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido (...)." (HC* 219.603/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013). (G.n.)

Sustenta ainda, que não há provas nos autos que comprovem o concurso dos agentes, motivo pelo qual pleiteia que a referida qualificadora seja desconsiderada. Razão também não lhe assiste.

Alega o apelante que as provas correlacionadas nos autos comprovam que apenas Devanir praticou o assalto, no entanto, da análise do depoimento do corréu nota-se que o delito foi devidamente planejado, ao passo em que o réu tinha sua função específica, que correspondia a se deslocar até o consultório, avisar como estava o local e distrair a atendente.

Como se sabe, para existir a caracterização do concurso de agentes, basta que duas ou mais pessoas concorram para o crime.

Conforme o Ministro Og Fernandes, *"os motivos que impõem o agravamento da punição são o maior risco que a pluralidade de pessoas proporciona à integridade física e ao patrimônio alheios e o maior grau de intimidação infligido à vítima."* (*HC* 86185/DF).

Para configurar o concurso de pessoas, exige-se a pluralidade de agentes e de condutas, logo, não há qualquer exigência para que as condutas praticadas pelos agentes sejam iguais. Deste modo, cada um poderá praticar uma conduta e, ambos auferirem vantagem, como ocorreu no caso concreto.

Desta forma, é possível concluir que o recorrente participou do delito, bem como planejou em conjunto com o corréu praticar o assalto, no qual houve divisão de tarefas entre eles, por este motivo a qualificadora aplicada está em total acordo com o que está esculpido no ordenamento jurídico e por isto deve ser mantida.

No mais, o apelante pleiteou o decote da causa de aumento de transporte do veículo para o exterior, tal tese defensiva também não deve prosperar.

De acordo com o artigo 157, § 2º, IV, do Código Penal, se a subtração for de veículo automotor, que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, a pena de roubo será aumentada de 1/3 até a 1/2.

Através do depoimento prestado pelo corréu Devanir constatou-se que, o veículo furtado foi transportado para o Paraguai, isto ocorre porque a cidade de Coronel Sapucaia/MS faz fronteira seca com referido país, sendo corriqueiras situações em que os carros brasileiros são vendidos naquela região para serem utilizados em outras empreitadas criminosas, como tráfico e receptação.

Não pairam dúvidas de que o veículo roubado foi comercializado no Paraguai, posto que o corréu Devanir Alves de França afirmou perante a autoridade policial que o veículo foi vendido, tendo inclusive precisado o valor, ou seja, doze mil reais.

Houve, portanto, a referida transposição da fronteira, inclusive a vítima não conseguiu reaver o automóvel subtraído, pois foi vendido no Paraguai.

Logo, devidamente comprovada a transposição da fronteira, de modo que a sentença deve ser mantida.

Assim, não restando dúvidas quanto ao emprego de arma, ao concurso de agentes e a subtração do veículo automotor transportado para outro Estado ou para o exterior, mantém-se a fixação das majorantes.

Pena-base

O acusado pugna pela correção da pena-base, alegando que a mesma não restou fundamentada.

Razão não lhe assiste.

Conforme se verifica, o magistrado sentenciante utilizou as majorantes sobejantes na primeira fase da dosimetria penal, sopesando negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do crime:

> *"**Culpabilidade:** o emprego de arma de fogo revela maior periculosidade do agente, que se dispõe a expor as vítimas e transeuntes a maior risco, o que autoriza a negativação da circunstância*
>
> ***Antecedentes:** no moderno direito penal da culpa, exige-se, para o reconhecimento de antecedentes criminais, a existência nos autos de certidão que comprove o trânsito em julgado de condenação do denunciado, por fatos que tenham se passado antes daqueles narrados na denúncia (cf. STJ, HC 90630, Rel. Des. Conv. Jane Silva, j. 25.10.2007). Nada consta dos autos em tal sentido, de forma que a circunstância é neutra (fls. 67 e fls. 122-123).*
>
> ***Conduta social:** não consta dos autos prova da prática pelo réu de conduta extrapenal que venha a lhe desabonar o comportamento social, sendo adequada ao meio em que vive, não revelando qualquer desajuste.*
>
> ***Personalidade:** nada consta dos autos, não podendo tal circunstância ser considerada desfavorável.*
>
> ***Motivos:** não demonstrados nos autos, não pode a circunstância ser considerada em desfavor do réu.*
>
> ***Circunstâncias:** houve transporte do veículo subtraído para o país vizinho, o que prejudica não apenas a apuração dos fatos, mas também a recuperação do bem subtraído, de modo que também esta circunstância deve ser valorada negativamente.*
>
> ***Consequências:** as naturais do fato. Assim, não podem ser valoradas negativamente ao acusado.*

***Comportamento da vítima:*** *não influiu na prática do delito.*

*Sopesando as circunstâncias acima, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão." (p. 397).* Destaques originais

Observa-se que a pena estabelecida pelo magistrado *a quo* está em total acordo com a legislação vigente, daí a dosimetria efetivada deve ser mantida, ainda mais por se tratar de recurso exclusivo do réu.

Como é cediço, o Juiz, ao proceder a individualização da pena, deve aferir uma gama de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, além de outras de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e consequências do crime, fixando dentre a cominada, em quantidade, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Todavia, o Magistrado deve atentar para que a pena aplicada seja a necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito perpetrado, o que foi deveras observado no caso em tela.

*In casu*, foram reconhecidas pelo magistrado a existência de três majorantes, sendo que duas delas (emprego de arma de fogo e transporte do veículo subtraído para o país vizinho) foram consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis, enquanto que a outra (concurso de agentes) ensejou no aumento da pena em 1/3, na terceira fase da dosimetria da pena.

Conforme o entendimento majoritário no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a valoração de majorantes sobejantes, não utilizadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstância judicial do art. 59, do Código Penal.

Assim, de acordo com a jurisprudência do Tribunal da Cidadania 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 em outra fase.

Assim, não há falar em redimensionamento da pena-base.

Do regime inicial de cumprimento da pena

Por fim, o apelante requer que, em caso de redimensionamento da pena, a aplicação da detração.

Melhor sorte não lhe assiste.

Primeiro, porque, como antes fundamentado, não há alteração a ser feita na pena como aplicada.

Segundo, como bem salientado pelo Procurador de Justiça em seu parecer (p. 541), o juízo *a quo* já apreciou a questão referente à detração, quando da prolação da sentença, *in verbis*:

*"O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, dadas as regras do art. 33, § 3º, do Código Penal. Porém, considerando a data desde quando o réu se encontra preso (fl. 68), já cumpriu o interstício necessário para progressão ao regime semiaberto, de modo que neste regime iniciará o cumprimento de sua reprimenda (...)."* p. 398

Sendo assim, verifica-se que a sentença não merece reparos, haja vista a impossibilidade de fixação de regime prisional menos gravoso ao apelante.

Prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento suscitado, registre-se que toda a questão foi enfrentada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos mencionados.

Dispositivo

Com o parecer, afasto as preliminares, e, no mérito, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Relembrando, trata-se de apelação interposta por Everton Menezes em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da comarca de Coronel Sapucaia que o condenou a 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 17 dias-multa, em razão da prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I (com redação vigente à época dos fatos), II e IV, do Código Penal.

Requer, preliminarmente, que seja declarada a nulidade processual, por violação ao contraditório e ampla defesa, em razão da inversão da ordem das testemunhas, bem como pela utilização de prova emprestada, e por incompetência do juízo sentenciante. No mérito, o acusado pugna pela sua absolvição, ao argumento de insuficiência probatória. Subsidiariamente, o acusado alega que houve indevida exasperação da pena-base, requerendo a sua redução; pugna ainda pelo afastamento das majorantes e pelo abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Em seu voto, o e. Relator rejeitou as preliminares e, no mérito, negou provimento ao recurso.

Inicialmente adiro ao voto inaugural para refutar as preliminar.

Com relação à inversão da ordem de oitiva das testemunhas, realmente não há motivo para reconhecer a alegada nulidade, notadamente porque a defesa do réu não apontou qualquer prejuízo concreto, limitando-se, ao revés, a lançar argumentos retóricos a respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, o Defensor Público que assistia o acusado nada opôs com relação à ordem das oitivas ao final da instrução e nas alegações finais, o que corrobora a conclusão no sentido da inexistência de prejuízo.

No que se refere à prova emprestada, não há óbice à sua valoração na sentença, desde que submetida a prévio contraditório na fase judicial, como ocorreu no presente caso.

Relativamente à competência do juízo, a redistribuição do feito ocorreu em razão do Provimento nº 427/2019, editado pelo Conselho Superior da Magistratura, que instalou a vara de Coronel Sapucaia/MS. Assim, igualmente inexiste vício de incompetência.

No mérito, acompanho o e. Relator para preservar a condenação, haja vista a existência de provas suficientes de autoria e materialidade delitivas em desfavor do recorrente.

Com relação à dosimetria da pena, revendo entendimento anteriormente esposado, acompanho o e. Relator manter a causa de aumento do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, diante do entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores no sentido de serem prescindíveis a apreensão e perícia da arma para caracterizar a causa de aumento do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova.

Ressalvo apenas meu entendimento em sentido contrário, pois considero ser indispensável a comprovação no processo da potencialidade lesiva da arma utilizada para a prática delitiva, haja vista que fundamento da majorante em questão reside na maior probabilidade de dano concreto que o emprego de arma representa. Vale dizer, é a potencialização do risco não permitido que justifica o aumento da pena.

Contudo, considerando o entendimento atualmente predominante sobre o tema e as provas orais demonstrando que o roubo foi praticado mediante emprego de arma, mantenho referida causa de aumento.

Do mesmo modo, restaram devidamente caracterizadas as causas de aumento previstas nos incisos II e IV do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Todavia, o magistrado sentenciante utilizou as majorantes do uso de arma e do transporte do veículo para o exterior na primeira fase da dosimetria penal, para sopesar negativamente a culpabilidade e as circunstâncias do crime, respectivamente.

A meu ver, referida cognição implica ofensa ao sistema trifásico de fixação da reprimenda, previsto no artigo 68 do Código Penal, pois as causas de aumento devem ser sopesadas apenas e tão somente na terceira fase da dosimetria (cf. STJ - *HC* 205072/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/09/2012, DJe 26/09/2012; *HC* 200989/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 21/03/2012).

Cumpre esclarecer que as majorantes descritas nos incisos do § 2.º do art. 157 do Código Penal são causas de aumento de pena, e não qualificadoras, que promovem um acréscimo na pena prevista para o tipo básico, estabelecido em valores fixos ou em certos limites quantitativos.

Assim, a presença de causas de aumento no roubo – indevida e comumente chamadas de qualificadoras – não formam delito autônomo. Não existe, na verdade, roubo qualificado, mas sim, roubo circunstanciado. Nele, o aumento decorrente das causas de aumento não interfere na fixação da pena-base, cujos parâmetros mínimo e máximo são os mesmos da modalidade simples, mas incidirá somente na terceira fase da dosimetria da pena, na fração mínima de 1⁄3 (um terço) à máxima de 1⁄2 (metade).

Conforme o escólio de Guilherme de Souza Nucci, *"faz parte da tradição a denominação de roubo qualificado às formas de subtração previstas no § 2º, embora sejam apenas causas de aumento da pena. A existência de uma qualificadora, como acontece no furto (§ 4.º do art. 155), seria suficiente para alterar a faixa de aplicação da pena, aumentando-se, concomitantemente, o mínimo e o máximo. No caso presente, impõe a lei somente um aumento, que pode variar de um terço até a metade."* (Código penal comentado. 9. ed. Revista dos Tribunais. p. 740).

De fato, existem precedentes jurisprudenciais, inclusive advindos do STJ, admitindo a possibilidade de utilizar-se majorante do crime de roubo para aumentar a pena-base.

Contudo, a jurisprudência daquela Colenda Corte evoluiu e consolidou-se no sentido de exigir fundamentação concreta para aumentar a pena na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula 443).

Logo, no presente caso, ao utilizar tais majorantes para exasperar a pena-base, na primeira fase de aplicação da reprimenda, e a sobejante como causa de aumento, na terceira fase, o magistrado acabou por violar, por via oblíqua, o enunciado da Súmula 443 do STJ, pois se assim for feito, mesmo que incida a fração mínima de 1⁄3 sobre a pena-base exasperada, ao final da dosimetria, o incremento na pena, tão só em razão do número de majorantes, será superior à referida fração. Nesse sentido, menciono os seguintes precedentes advindos da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça: *HC* 213.561/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012; *HC* 132013/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011.

Assim, não havendo outras circunstâncias desfavoráveis, a pena-base do recorrente deve ser reajustada no mínimo legal, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, deve ser mantida a causa de aumento relativa ao uso concurso de agentes, em 1/3.

Assim, a pena do recorrente deve ser redimensionada em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Considerando que a pena não ultrapassa 08 anos de reclusão, a primariedade do acusado e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime prisional comporta abrandamento para o inicial semiaberto. Inteligência do artigo 33, § 2º, alínea b, do CP.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de afastar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso interposto por Everton Menezes, para reduzir a pena-base e abrandar o regime prisional para o inicial semiaberto, nos termos deste voto.

Decisão em parte com o parecer.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Vogal).

Acompanho o voto do relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, afastaram a preliminar arguida 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.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 24 de novembro de 2020.

***

# Noticiário



## CIJ lançará livro de prevenção ao abuso sexual infantil – 06.10.2020



Nesta terça-feira, 6 de outubro, é comemorado o "Dia Estadual de Enfrentamento ao Abuso Sexual e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes", e, neste ano, a data ganha um contorno ainda mais especial, por conta de uma realidade ocasionada pela pandemia que deixou as vítimas numa situação de maior de vulnerabilidade, isto porque as escolas, principal canal de denúncia, estão fechadas.

Foi já pensando numa ação para o retorno das aulas presenciais que a Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do TJMS, em parceria com a Associação Movimento Mãe Águia e o Projeto Nova, estão elaborando um livro de prevenção ao abuso sexual infantil.

De acordo com a assistente social da CIJ, Doemia Ignez Ceni, a ideia inicial era elaborar uma cartilha, mas a equipe acabou optando por produzir um livrinho de história. "O objetivo do material é trabalhar com os professores e as crianças sobre a prevenção ao abuso sexual, oferecendo informações às crianças quanto à violação de direitos, bem como as causas e consequências da referida violência, além de alertar a comunidade escolar acerca dos cuidados e proteção às crianças, sensibilizando os profissionais das escolas no sentido de realizarem a notificação de violência aos órgãos competentes", ressaltou.

E os dados são alarmantes, comenta a servidora, "a cada uma hora, quatro crianças são abusadas sexualmente, é um índice altíssimo que temos que impedir que aconteça. Precisamos de medidas eficazes, só conseguiremos diminuir esses números com o trabalho de prevenção desde a tenra idade, ou seja, temos que chegar antes que a violência esteja instalada".

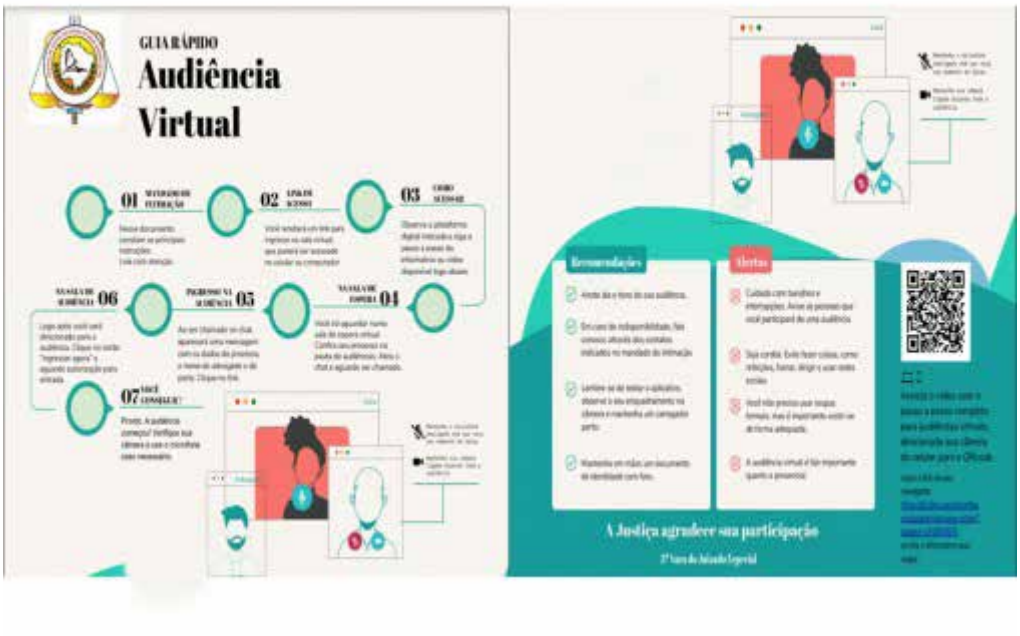
A história está sendo elaborada por Viviane Vaz e Débora Amaro, integrantes do Projeto Nova, que há 10 anos atua no combate ao abuso e à exploração sexual infantil na Capital. De acordo com elas, o texto do livro foi pensado numa linguagem que passe leveza, de fácil entendimento e adequado ao público infantil.

O livro conta a história de uma criança que tem um ursinho de pelúcia como amigo, apresentando o abuso sexual numa abordagem subjetiva, de modo que, ao ler a narrativa, a criança vítima de abuso possa se identificar com o personagem. O texto é também interativo, permitindo que o leitor possa contribuir com a narrativa, escrevendo, por exemplo, o que aconteceu com o personagem. Uma das principais mensagens do texto é incentivar a criança a não guardar segredo e contar para alguém de sua confiança.

O material será distribuído no ano de 2021, sendo que o projeto-piloto terá como público-alvo os alunos matriculados no ensino fundamental da Escola Municipal Professora Arlene Marques Almeida e da Escola Estadual Professora Élia França Cardoso, em Campo Grande. O livro será também disponibilizado no site da CIJ para download.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Guia rápido auxilia jurisdicionado e operadores do Direito nas audiências virtuais 07.10.2020




Criatividade e inovação são práticas que servidores e magistrados sintonizados com as transformações tecnológicas influenciam positivamente os trabalhos do Poder Judiciário. E com intuito de auxiliar as partes, advogados, defensores e promotores nas audiências por videoconferência, a juíza Liliana de Oliveira Monteiro, da 3ª Vara do Juizado Especial, criou uma "One Page", um guia rápido para as audiências virtuais.

Segundo a magistrada, o intuito desse informativo é auxiliar as partes e advogados no uso da plataforma digital para participação na audiência virtual, com explicações simples e rápidas. "Sabemos que as pessoas, hoje, querem receber informações céleres e curtas e muitas vezes os rotineiros manuais são complexos e extensos, o que leva ao desinteresse das pessoas na sua leitura", ressalta.

Questionada como surgiu a ideia, a juíza explica que realizou um curso de Visual Law, junto à Enfam, que melhora a comunicação e a entrega das informações, com linguagem jurídica acessível. Com isso, direcionado sua aplicação para a realização das audiências virtuais, criou a "One Page", disponibilizando o máximo de informações num único documento. Além disso, incluiu um QRcode para o acesso ao vídeo do tutorial sobre o uso da ferramenta virtual, disponível no site do Tribunal de Justiça.

A magistrada explica ainda que inseriu notas sobre aspectos comportamentais a ser adotado durante a audiência, tanto positivos, como negativos e esse material estará disponível na sala de espera virtual para as partes, advogados, defensores e promotores, bem como por e-mail e WhatsApp.

Assim, como a realização das audiências virtuais é uma nova forma de ato processual, por certo que, além de uma resistência, há dificuldades para o seu uso. É uma ferramenta que já está incorporada, principalmente no procedimento dos Juizados Especiais, que, inclusive, já tem previsão expressa na Lei n. 9.099/95.

Desse modo, a audiência virtual imprime celeridade aos processos, valoriza a oralidade e facilita a participação das partes nas audiências. "Ainda que possamos detectar dificuldades, como a questão da exclusão digital, creio que esse é um problema contornável, com a realização de audiências semipresenciais. Nos demais aspectos, é só uma questão de conhecimento e habitualidade, como tudo que é novo ao ser humano", esclareceu Liliana.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Projeto Inspiracine: Muheres do TJMS será lançado no Fonavid hoje




Começa hoje, em formato 100% online, a XII edição do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid), com o lançamento do Projeto Inspiracine: Mulheres, idealizado pela juíza Helena Alice Machado Coelho, da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, cuja pré-estreia foi realizada na sexta-feira (16) para convidados e membros da imprensa da Capital.

O Inspiracine: Mulheres é uma proposta da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em parceria com a Secretaria de Comunicação; com a professora Gina Vieira; Grupos Batucando Histórias e Coletivo Usina, visando a prevenção da violência doméstica e familiar contra as mulheres, o debate pela igualdade de gêneros e dos direitos humanos.

A partir do lançamento, a proposta integrará o rol de programas da Coordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça de MS e a primeira obra escolhida para ser produzida foi o Diário de Anne Frank, uma adolescente alemã de origem judaica, vítima do Holocausto. Nascida Annelies Marie Frank, ela se tornou uma das figuras mais discutidas do século XX após a publicação do livro Diário de Anne Frank.

A primeira temporada da série tem 11 episódios, sob o nome Annelies, e foi produzida em linguagem diferenciada para ser utilizada pela Coordenadoria da Mulher como material didático em trabalhos preventivos de combate à violência contra a mulher em grupos de jovens, crianças e até adultos, antes de debates com o mesmo objetivo.

O público escolhido para este projeto é o infantojuvenil, contudo a proposta pode ser ampliada, já que o material pode ser utilizado para diferentes faixas etárias, por não ter inadequações ou temas/discussões sem contexto. O número de episódios de cada série dependerá do livro a ser trabalhado e o produto a ser exibido

pretende contribuir com qualquer profissional interessado em debater e dialogar temas voltados aos direitos e valorização das mulheres.

**Fonavid –** O evento será aberto à sociedade e palestras com tradução simultânea em libras. A abertura está prevista para as 18 horas.

Para a abertura estão confirmadas as presenças do ministro Luiz Fux, presidente do STF, da conselheira Maria Cristiana Ziouva (CNJ); da juíza Jacqueline Machado, presidente do Fonavid; da Desa. Salete Silva Sommariva, presidente do Cocevid, e da juíza Renata Gil, presidente da AMB.

A palestra de abertura será proferida por Flavia Piovesan com o tema "O impacto da pandemia nos direitos humanos das mulheres". Os trabalhos do segundo dia começam às 18 horas, com as juízas Renata Gil Videira e Maria Domitila Prado Manssur, com a discussão do tema "Conversa com a AMB Mulheres – Ações de enfrentamento à violência de gênero". A coordenadora será Sabrina Rampazzo de Oliveira.

A seguir, será a vez do tema "Discriminações de gênero, raça e etnia e seus reflexos na pandemia da Covid-19", tendo como palestrantes Lívia Sant'Anna Vaz, Judite Guajajara e Roger Raupp Rios. Camila de Jesus Mello Gonçalves será a coordenadora desta mesa de discussões.

No terceiro dia, a primeira conversa terá como coordenador o juiz Cláudio Müller Pareja, da comarca de Sidrolândia (MS), com o tema "Perspectivas na economia pós-pandemia e a mulher em situação de violência doméstica no mercado de trabalho". Serão palestrantes Flavia Oliveira, José Raimundo Carvalho, Regina Célia Barbosa e Luiza Helena Trajano.

Depois, as palestrantes Maria Cristina Werner, Sonia Liane R. Rovinski e Bruna Woinorvski de Miranda, sob a coordenação de Shirlei de Oliveira Hage Menezes, abordarão "A manifestação da violência doméstica contra as mulheres sob diferentes olhares: violência psicológica, decorrente de acusação de alienação parental e aspectos sociais".

O penúltimo dia de evento começa com as conselheiras Maria Cristiana Amorim Ziouva, Ivana Farina Navarrete Pena, além do conselheiro Marcos Vinicius Jardim Rodrigues, tratando da 17ª e 18ª edições da Semana da Justiça pela Paz em Casa. Responderá pela coordenação Madgéli Franz Machado.

O último dia do XII Fonavid será no horário matutino. Assim, às 9 horas, os participantes tratarão do "Panorama do feminicídio na América Latina e reflexos da pandemia", tendo como palestrantes Maria Edith Lopez Hernandes, Alice Bianchini e Luz Patricia Mejía. A coordenadora será Bárbara Livio.

A palestra de encerramento, com o tema "A atuação do Judiciário no enfrentamento da violência de gênero e as implicações da pandemia do Covid-19", será proferida pelo ministro Rogério Schietti.

Na última mesa do evento estarão, além do ministro Rogério Schietti, a juíza Jacqueline Machado, a conselheira Maria Cristiana Ziouva e o Des. José James, para a fala da presidente do Fonavid, homenagens e agradecimentos finais.

O Fonavid termina com o tema "Julgamento com perspectiva de gênero e étnico-racial", com as palestrantes Isabel Jaramillo Sierra, Alcione Escobar da Costa Alvim, Ana Carinhanha, Adriana Ramos de Mello e Lívia Paiva. Haverá a apresentação de uma pesquisa sobre feminicídio e julgamento com perspectiva de gênero e os trabalhos finais serão coordenados por Adriana Ramos de Mello.

Importante lembrar que a partir do segundo dia serão realizadas oficinas, mas estas serão restritas aos juízes e equipe multidisciplinar. Estão previstas oito oficinas, além do curso Comunicação, Saúde e Direito das Mulheres.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Começa hoje o 4º Seminário de Gestão Socioambiental do Poder Judiciário de MS
## 26.10.2020




Tem início nesta segunda-feira (26) e segue na terça-feira (27) o 4º Seminário Sul-Mato-Grossense de Gestão Socioambiental do Poder Judiciário. O evento é uma realização do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do sul (TJMS), por meio do Núcleo Socioambiental e da Escola Judicial de MS (Ejud-MS). Este ano, em razão da pandemia, o seminário será transmitido pelo Youtube da Ejud-MS, das 14 horas às 17h30. As inscrições podem ser feitas pelo http://ejud.tjms.jus.br/live e haverá certificado de participação.

Reunindo palestrantes de renome e especialistas na pasta de gestão socioambiental, o seminário terá início às 14 horas do dia 26 (segunda-feira) com a "Apresentação TJMS Sustentável", pelo Des. Alexandre Bastos, gestor do Gabinete sem Papel no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

A primeira palestra será ministrada pela Profª Drª Teresa Villac, com o tema "Licitações como indutoras da gestão pública socioambiental". A palestrante é advogada da União, coordena a Câmara Nacional de Sustentabilidade na AGU; e é diretora de consumo sustentável do Instituto Direito por um Planeta Verde.

Na sequência, o promotor de justiça Luciano Furtado Loubet, mestre em Direito Ambiental e diretor do Núcleo Ambiental do MPMS, falará sobre o "Desmatamento e Queimadas no Pantanal, Mudanças Climáticas e atuação do Ministério Público". O promotor é autor de livros e diversos artigos publicados em revistas especializadas em Direito Ambiental.

A terceira palestra será conduzida por Marcos Weiss Bliacheris, com o tema "Acessibilidade e Inclusão na Administração Pública". Advogado da União, palestrante nas áreas de acessibilidade e inclusão, licitações sustentáveis e sustentabilidade. Coordenador do Grupo de Trabalho de Regulamentação da Lei Brasileira de Inclusão.

Encerrando as atividades do primeiro dia, Adriana Tostes, coordenadora de Gestão Socioambiental do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), falará sobre "Resultados do monitoramento do PLS no período de trabalho remoto no TJDFT". Especialista em gestão socioambiental na esfera pública federal, é palestrante sobre o tema Logística Sustentável.

O 4º Seminário Sul-Mato-Grossense de Gestão Socioambiental do Poder Judiciário segue no dia 27 de outubro (terça-feira), com a palestra "Caderno Orientador do PLS 2020", ministrada por Ketlin Feitosa

Scartezini, assessora-chefe de Gestão Socioambiental do Superior Tribunal de Justiça (STJ); com MBA em Gestão e Tecnologias Ambientais, possui artigos publicados na temática de responsabilidade socioambiental e controle de gastos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Acordos diretos em precatórios resultam em mais de 28% de economia para MS
## 26.10.2020




O terceiro edital de acordo direto em precatórios superou as expectativas. A ação é uma realização da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos da Procuradoria-Geral do Estado (Casc/PGE), com apoio da Vice-Presidência do TJMS, sob a responsabilidade do Des. Carlos Eduardo Contar, que tem a competência de gerir precatórios no Tribunal de Justiça de MS.

A adesão dos credores foi significativa e o Poder Executivo colaborou com o aquecimento da economia sul-mato-grossense ao registrar aumento da produtividade no pagamento de precatórios. O edital foi aberto em janeiro de 2020 e as atividades terminaram em setembro, com antecedência de três meses do prazo final em razão da otimização e da informatização das etapas das ações.

De acordo com a Procuradoria de Cumprimento de Sentença e Precatórios da PGE, responsável pelo trabalho, a soma total de precatórios chegou a R$ 70,7 milhões. Contabilizados os descontos aceitos pelos credores, o pagamento líquido efetuado pelos tribunais parceiros (TJMS, TRT da 24ª Região e TRF da 3ª Região) alcançou a marca de R$ 50,7 milhões, o que significa economia de R$ 20 milhões, equivalente a 28,3%.

Em comparação ao edital anterior, com 1.016 acordos efetuados, houve acréscimo de mais de 70% já que na terceira edição foram contabilizados 1.732 acordos efetuados. No quesito valores, o total economizado teve um aumento de 13%, elevando de R$ 17,7 milhões para R$ 20 milhões.

Importante lembrar que precatórios são requisições de pagamento expedidas pelo Judiciário para cobrar de municípios, Estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, o pagamento de valores devidos após condenação judicial definitiva.

Destaque-se que foram oito meses de trabalho da força-tarefa para cumprir todas as etapas necessárias, desde o recebimento das propostas em janeiro até a finalização com as assinaturas dos credores do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Juízes da infância de MS utilizam aplicativo A.DOT – 28.10.2020




Em agosto de 2018, a Presidência do Tribunal de Justiça de MS autorizou os juízes da infância a utilizar o aplicativo A.DOT, um recurso tecnológico criado e gerenciado pelo TJPR, visando mobilizar a sociedade para a questão da adoção tardia de crianças e de adolescentes com remota possibilidade de colocação em família adotiva.

O aplicativo foi criado com o intento de encontrar famílias substitutas para crianças com mais de sete anos, adolescentes, grupos de irmãos e acolhidos com deficiência ou algum tipo de doença, todos disponíveis para adoção. No A.DOT são disponibilizadas fotos, informações e vídeos em que as próprias crianças se apresentam.

O recurso tecnológico amplia a visibilidade dessas crianças institucionalizadas; humaniza sua situação, já que crianças e adolescentes deixam de ser apenas um número no cadastro nacional destinado à adoção e agiliza a aproximação de pretendentes que, quando habilitados, podem acessar o site adot.org.br, baixar o aplicativo e ter acesso aos dados das crianças e dos adolescentes disponíveis, com perfis completos, fotos, vídeos, quantidade de irmãos que possuem, o perfil dos irmãos, entre outras informações.

Em caso de interesse, o pretendente pode "favoritar" o perfil da criança ou adolescente que chamou sua atenção, além de solicitar que se inicie uma aproximação. O pedido é então encaminhado ao setor que gerencia o aplicativo e este dá seguimento à demanda.

Assim, pensando nas crianças e adolescentes que desejam uma família, mas não encontraram interessados no Sistema Nacional de Adoção (SNA) e estão acolhidos à espera de um lar, a Desa. Elizabete Anache, Coordenadora da Infância e da Juventude, voltou a discutir com os juízes que atuam na área da infância e adolescência em todas as comarcas de MS um possível incremento da busca ativa para as adoções consideradas "impossíveis".

Importante lembrar que o banco de dados do A.DOT tem a colaboração de magistrados da infância e juventude de todo o país, a partir do momento em que encaminham material para fazer parte do aplicativo. O projeto criou até um tutorial para a produção de vídeos pelas varas da infância e o material pode ser acessado pelo link https://www.youtube.com/watch?v=TbfT6xRtVzY&t=41s.

"*Não pretendemos expor as crianças e adolescentes, mas tornar o aplicativo mais conhecido porque muitas crianças aguardam uma família. Queremos aproximar quem está em busca de amor de quem está buscando alguém para amar. A inserção do vídeo no aplicativo pode representar uma oportunidade da ser conhecido por aqueles que estão habilitados para adoção*", explica a Desa. Elizabete Anache.

Saiba mais – Qualquer comarca poderá encaminhar vídeos, fotos e informações de crianças e adolescentes prontos para adoção.

O tutorial demonstra como devem ser produzidos os materiais audiovisuais para o projeto, desde a preparação da criança e do adolescente, até dicas de enquadramento, entre outras sugestões. O material poderá ser encaminhado para o e-mail adottjpr@gmail.com, por determinação do magistrado da infância e da adolescência de MS, onde será analisado e disponibilizado na plataforma A.DOT.

Embora não seja garantido, o aplicativo representa uma nova chance, sobretudo para as crianças consideradas invisíveis, pois as torna visíveis para todos os pretendentes habilitados do país. A plataforma dispõe de total segurança para veiculação do conteúdo e as informações disponibilizadas são criptografadas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## TJMS lança hotsite com informações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados
## 03.11.2020




Já está disponível no Portal do TJMS o hotsite contendo informações e ações do Poder Judiciário de MS sobre a Lei n. 13.709/18, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Para ter acesso basta clicar no botão que está no menu da página do TJMS ou acessar pelo link https://sti.tjms.jus.br/confluence/display/LGPD.

A criação do hotsite da LGPD atende a Recomendação 73/2020 do CNJ, que solicita que os órgãos do Poder Judiciário disponibilizem, nos sítios eletrônicos, de forma ostensiva e de fácil acesso, informações sobre a lei e proporcionem um canal de comunicação com os titulares de dados pessoais.

No ambiente virtual, é possível assistir ao vídeo institucional com todas as informações relevantes sobre a legislação. Também estão disponíveis os materiais de apoio, legislações e regulamentações internas,

conhecer a composição do Comitê de Segurança da Informação e Proteção de Dados do TJMS, o encarregado de dados do TJ, além das ações que o Poder Judiciário de MS tem realizado para se adequar a esta nova realidade.

A primeira ação adotada pelo Tribunal de Justiça de MS ocorreu ainda em setembro de 2019, quando a Coordenadoria de Segurança da Informação escolheu o tema LGPD para a palestra anual de conscientização de servidores e magistrados.

Neste mesmo mês, foi publicada a Portaria n. 1.613, instituindo o Grupo de Estudos da Lei Geral de Proteção de Dados com o objetivo de realizar os estudos para implementação das diretrizes estabelecidas na referida Lei, no âmbito deste Tribunal.

Com a criação do Grupo de Estudos foram definidas as fases a serem cumpridas pelo TJMS: Preparação, Levantamento de Informações, análise dos dados/ambiente e controle. Com a elaboração do Relatório Final, o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, nomeou o Encarregado pelo tratamento de dados pessoais, alterou a composição e as atribuições do Comitê da Segurança da Informação, que passou a chamar Comitê de Segurança da Informação e Proteção de Dados. Caminha-se para a organização do grupo de implantação que auxiliará o Encarregado dos Dados na execução dos trabalhos de adequação da Lei Geral de Proteção de Dados.

No TJMS, a função de Encarregado de Dados ficou a cargo da servidora Iana Kersia Torres Lalucci Farias, que tem suas atribuições definidas pela Portaria n. 1.852/2020.

**Comitê –** O Comitê de Segurança da Informação e Proteção de Dados foi estabelecido pelo Provimento n. 504/2020 e sua composição definida pela Portaria n. 1.809/2020, sendo membros o juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury (coordenador), o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Renato Antonio de Liberali, o diretor-Geral da Secretaria do TJMS, Marcelo Vendas Righetti, o assessor de Inteligência, Edi Ederaldo de Almeida, a diretora do Controle Interno, Kele Cristina Leite de Melo, a diretora da Secretaria da Corregedoria-Geral de Justiça, Azenaide Rosselli Alencar, o diretor da Secretaria de Gestão de Pessoal, Raphael Vicente Bilinski, a diretora da Secretaria da Magistratura, Chistiane Teresa Padoa Letteriello, o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, Altair Junior Ancelmo Soares, o coordenador de Segurança da Secretaria de Tecnologia da Informação, Luciano Correia Pereira Filho, e a encarregada de Dados, Iana Kersia Torres Lalucci Farias.

**Conheça –** A Lei n. 13.709/2018, mais conhecida como LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), foi inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (General Data Protection Regulation-GDPR) editada em 2016 na União Europeia, e possui como principal objetivo a proteção e transparência na utilização de dados pessoais, garantindo efetividade ao princípio da privacidade estabelecido na Constituição Federal. A lei define dados pessoais como sendo qualquer "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável".

Os atores envolvidos na LGPD são: Titular, indivíduo a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; o Controlador, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Operador, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; já o Encarregado de dados, é a pessoa física indicada pelo controlador e que atua como canal de comunicação entre as partes (controlador, os titulares e a autoridade nacional), além de orientar as pessoas sujeitas ao controlador sobre práticas de tratamento de dados.

**Direito dos Titulares –** A Lei n. 13.709/2018, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (CDC), funciona como um microssistema de tutela das informações. Assim, para sua eficaz implementação, estabelece como direitos dos titulares de dados:

- Confirmar a existência de tratamento de seus dados pessoais;
- Acessar seus dados pessoais;

- Tratamento adequado, compatível com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- Corrigir dados pessoais incompletos, inexatos ou desatualizados;
- A Anonimização, bloqueio ou eliminação de dados pessoais desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD;
- Portabilidade de dados pessoais a outro fornecedor de produto ou serviço;
- Eliminação de dados tratados com o seu consentimento;
- Obtenção de informações sobre as entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou o compartilhamento de dados pessoais;
- Obtenção de informações sobre a possibilidade de não consentir com o tratamento de dados pessoais e sobre as consequências da negativa;
- Direito de revogar o consentimento a qualquer momento.

**Princípios –** A Lei Geral de Proteção de Dados estabelece dez princípios de tratamento dos dados. São eles: Finalidade; Adequação; Necessidade; Livre Acesso; Precisão; Transparência; Segurança; Prevenção; Não Discriminação e Responsabilidade.

Além dos princípios, a lei apresenta 10 bases legais que norteiam sob quais hipóteses o controlador pode realizar operações de tratamento de dados pessoais. Entre elas destaca-se a que embasa o processo judicial: "Art. 7º VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral".

Conheça, informe-se e exerça seus direitos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## LGBTI: CNJ reconhece identificação de gênero no sistema prisional – 04.11.2020



A partir de agora, com a publicação da Resolução CNJ n. 348, do último dia 13 de outubro, as pessoas condenadas devem ser direcionadas a presídios e cadeias conforme sua autoidentificação de gênero. A medida permite que lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis ou intersexo (LGBTI) condenados e privados de liberdade possam cumprir suas penas em locais adequados ao seu gênero autodeclarado.

A norma aprovada pelo CNJ está em conformidade com tratados internacionais ratificados pelo Brasil, com a legislação nacional relativa a Direitos Humanos e com a Constituição Federal. E vai ao encontro à proteção às minorias que o atual presidente do órgão, ministro Luiz Fux, defende como fundamental para reduzir as violações de direitos que o Estado brasileiro ainda perpetua.

No Brasil, apenas 3% das unidades prisionais (36 cadeias) possuem alas destinadas ao público LGBTI, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Outras 100 cadeias possuem celas exclusivas para essa comunidade. No geral, 90% das penitenciárias não possuem cela ou ala destinada a esse público.

A nova resolução determina que a Justiça leve em consideração a autodeclaração dos cidadãos, que o sistema penal respeite seus direitos e os juízes busquem exercer a possibilidade do cumprimento de pena dos LGBTIs em presídios que possuam alas diferenciadas para essa população. As análises serão feitas caso a caso.

A regra também será aplicada aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa que se autodeterminem como parte da população LGBTI, enquanto não for elaborado lei própria, considerando-se a condição de pessoa em desenvolvimento, com as devidas adaptações, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Respeito – O reconhecimento da pessoa como parte da população LGBTI será feito exclusivamente por meio da autodeclaração, que deverá ser colhida pelo magistrado em audiência em qualquer fase do procedimento penal, incluindo a audiência de custódia, até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, garantidos os direitos à privacidade e à integridade da pessoa declarante.

Informado de que a pessoa em juízo pertence à população LGBTI, o juiz deverá informar, em linguagem acessível, os direitos que esta resolução lhe garante. O texto prevê, entre outras garantias, as visitas íntimas em igualdade de condições para essa população.

As diretrizes para elaboração da Resolução foram sugeridas após um ano de debate com membros da sociedade civil interessados no tema.

Assassinatos – A medida vai beneficiar principalmente a vida de mulheres trans, que sofrem graves situações de violência e discriminação dentro dos presídios masculinos. O direito à não discriminação e à proteção física e mental das pessoas LGBTI tem amparo no princípio da dignidade humana, no direito à não discriminação em razão da identidade de gênero ou em razão da orientação sexual, no direito à vida e à integridade física, no direito à saúde, na vedação à tortura e ao tratamento desumano ou cruel.

A necessidade de proteção do grupo LGBTI é reconhecida e amparada nos Princípios de Yogyakarta, aprovados em 2007 pela comunidade internacional. Apesar das leis, o Brasil lidera o ranking mundial de violência contra transgêneros, cuja expectativa média de vida, no país, é de 35 anos, contra os quase 80 anos de vida do brasileiro médio, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Mutirão do DPVAT retorna e é realizado no formato online – 09.11.2020




Entre os dias 8 de setembro e 30 de outubro, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), realizou o Mutirão dos processos do Seguro DPVAT, que retornou no formato online devido à pandemia de Covid-19. Como resultado, nas audiências de 975 processos as partes concordaram com o laudo pericial apresentado, deram-se por satisfeitas quanto à produção de provas e fizeram alegações remissivas, sendo que 440 já estavam sentenciados até o dia 6 de novembro. Um número expressivo de casos que deixaram de tramitar na justiça estadual.

Depois da paralisação de todos os serviços presenciais do Poder Judiciário, em virtude da pandemia de Covid-19, os atendimentos foram realizados por meio de videoconferência pelo aplicativo Google Meet e, quando necessário, por alguma inviabilidade, foi utilizado o aplicativo WhatsApp. Tudo para garantir as medidas de prevenção.

Já as perícias médicas foram realizadas por médico perito, nomeado pelo Poder Judiciário, que realizou em local próprio os devidos exames, ficando sob sua responsabilidade os protocolos médicos e de biossegurança.

Das 1.430 perícias realizadas, em 975 as partes concordaram e 455 pediram prazo. Com o resultado da perícia a prova já é produzida, ficando o processo pronto para sentença. “Tudo isto já garante a celeridade processual e são recursos financeiros entrando no orçamento das famílias”, disse o Des. Vladimir Abreu da Silva, coordenador da Conciliação do Nupemec do TJMS e responsável pelo Mutirão do DPVAT em MS.

A retomada do Mutirão do DPVAT foi normatizada pela Portaria n. 89/2020, do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do TJMS, que dispõe sobre a pauta concentrada de perícias e audiências nos processos de cobrança, relativo ao seguro obrigatório DPVAT, em trâmite nas

comarcas de MS.

Entre as mudanças para que a ação pudesse ser retomada estão a realização das audiências por meio de videoconferência, no sistema Google Meet, que devem ocorrer no dia seguinte da realização perícia médica. Nesta audiência virtual, participam a parte requerente e seu advogado, um advogado da seguradora e um conciliador do Nupemec.

**Mais –** Em 2019, foram definidos 13 trajetos do Mutirão do seguro DPVAT para o ano de 2020. Os dois primeiros trajetos chegaram a ser realizados, contudo, em virtude da pandemia de Covid-19, as atividades foram suspensas.

Desde 2012 o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul realiza o Mutirão do DPVAT. Em 2015, de forma inédita no país, a ação conciliatória foi estendida para comarcas do interior de Mato Grosso do Sul. Todos os eventos têm muito sucesso, diminuindo a litigância e dando uma resposta rápida aos cidadãos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Inaugurados Atendimento a Custodiado e Escritório Social na Capital – 20.11.2020



Representantes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estão na Capital sul-mato-grossense para a formalização do Plano Executivo Estadual de MS do programa Fazendo Justiça, juntamente com autoridades locais, na tarde desta sexta-feira (20), inauguraram o Escritório Social e o serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada (APEC).

O primeiro espaço a ser inaugurado foi o Escritório Social, que funcionará na sede do Patronato Penitenciário de Campo Grande, localizado na rua Joaquim Murtinho, 809. A reforma do espaço, incluindo demais dependências do Patronado, foi realizada em parceria com a 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, que disponibilizou recursos financeiros da Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA) e teve mão de obra de 15 reeducandos que cumprem pena em regime semiaberto, no Centro Penal Agroindustrial da Gameleira.

O Escritório Social é a expansão e otimização da metodologia do programa Fazendo Justiça do CNJ e do PNUD, com o apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). É uma ferramenta de atenção aos egressos do sistema penal e em liberdade condicional.

O juiz auxiliar da presidência do TJMS, Fernando Chemin Cury, representou o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e citou em seu pronunciamento que o funcionamento do Escritório Social foi viabilizado graças a diversas parcerias do Judiciário com o Poder Executivo. O juiz agradeceu, em nome do TJMS, e enalteceu esta importante parceria interinstitucional por meio dos atores da execução penal, que trará cidadania aos egressos do sistema prisional.

Estiveram presentes na solenidade o juiz e secretário-geral do CNJ, Valter Shuenquener de Araújo; o juiz supervisor do DMF, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro; o juiz auxiliar da presidência do CNJ e Coordenador do DMF, Luiz Geraldo Santa'Ana Lanfredi; os juízes auxiliares da presidência do CNJ, Antonio Carlos de Castro Neves Tavares e Fernando Pessoa da Silveira Mello.

Estavam ainda o diretor-presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), Aud de Oliveira Chaves; o juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Albino Coimbra Neto; a Procuradora-Geral do Estado de MS, Fabíola Marquetti Sanches Rahim; o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Fernando Paes de Campos, e a coordenadora estadual do programa Fazendo Justiça (CNJ/PNUD), Juliana Marques Resende, entre outras autoridades.

Na sequência, o grupo dirigiu-se ao Fórum de Campo Grande para a inauguração da placa do serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada (APEC). Na APEC são realizados atendimentos pré-audiência de custódia para todos os custodiados e, a seguir, as atividades continuam para quem foi posto em liberdade provisória, com encaminhamentos para a rede de proteção social.

Durante o descerramento da faixa que inaugura o novo espaço físico do setor de custódia da Capital, o juiz auxiliar da presidência do CNJ, Fernando Pessoa da Silveira Mello, afirmou que a parceria do Conselho Nacional de Justiça com o Poder Judiciário de MS objetiva que seja possível implementar todos os valores e princípios republicanos e garantias constitucionais e internacionais para que o judiciário dê dignidade a pessoas que não podem estar à margem, pois integram nossa sociedade.

Além do grupo que já estava presente na primeira solenidade, estiveram presentes na inauguração do serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada do Fórum de Campo Grande, o Des. Carlos Eduardo Contar, Vice-presidente do TJMS e presidente eleito para a gestão 2021/2022 do Poder Judiciário; a Desa. Elizabete Anache; o juiz diretor do Foro da Capital, Flávio Saad Peron, e o juiz responsável pela Coordenadoria de Audiência de Custódia do Fórum de Campo Grande, Alexandre Antunes da Silva.

Saiba Mais - O serviço de atendimento a pessoas custodiadas surge de normativas internacionais e nacionais. No Brasil existe a Resolução nº 213/CNJ, mais especificamente por meio do Protocolo 1, que prevê atendimento ao preso por equipes multidisciplinares, sobretudo por psicólogo e assistente social.

Esse levantamento de informações é registrado em breve relatório, que é encaminhado tanto para o juiz que irá proferir a decisão quanto para o Ministério Público e a defesa. Assim, se a pessoa for posta em liberdade provisória, ela retorna ao setor, onde será encaminhada para os serviços de assistência social disponibilizados pelo poder público e orientada sobre os próprios requisitos impostos pelo juiz em sua decisão.

Novas parcerias estão sendo firmadas garantindo que algumas instituições que prestam atendimento busquem o custodiado diretamente no Fórum, auxiliando melhor este público que muitas vezes tem dificuldades para compreender a própria decisão judicial ou desconhece a existência dos serviços de assistência social e saúde. Estudos apontam que esse trabalho com os custodiados contribui para a diminuição dos casos de reincidência na prática delitiva.

Segundo Gabriela Machado, consultora em audiência de custódia pelo programa Fazendo Justiça (CNJ/UNODC), esse serviço não visa interferir na autonomia dos juízes, pois a equipe psicossocial não tem acesso aos autos de prisão em flagrante e atende a todos sem saber qual crime a pessoa cometeu.

"A abordagem busca entender as vulnerabilidades sociais da pessoa, dando subsídios para encaminhamentos às políticas públicas de proteção social para subsidiar tecnicamente a decisão do juiz e,

por outro lado, garantir acesso a direitos, o que gera benefícios não apenas para este indivíduo, mas para a sociedade como um todo", explicou ela.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Poder Judiciário de MS confirma parceria com o CNJ – 20.11.2020



Na manhã desta sexta-feira (20), obedecendo aos cuidados de biossegurança, no plenário do Tribunal Pleno, foi realizada a solenidade de pactuação do Plano Estadual do Programa Fazendo Justiça e do Juízo 100% Digital.

O Des. Paschoal Carmello Leandro, presidente do TJMS, recepcionou os visitantes e agradeceu aos representantes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a disponibilidade para estar em MS. "É sempre uma satisfação contar com a participação e colaboração do CNJ em todos os projetos. Hoje daremos continuidade a mais um programa, o Fazendo Justiça", destacou o magistrado.

Importante lembrar que o programa tem um novo ciclo de ações na gestão do ministro Luiz Fux para abordar desafios estruturais no campo da privação de liberdade no Brasil. A proposta inclui novas ações para fortalecer as desenvolvidas no programa Justiça Presente e, mesmo tempo, manter o judiciário como protagonista para superação de desafios no campo da privação de liberdade ao fomentar o diálogo entre instituições.

O juiz auxiliar da presidência do CNJ e coordenador do DMF, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, agradeceu à administração do TJMS o fato de estar sempre disponibilidade em atuar colaborativamente com o Conselho Nacional de Justiça.

"*Nosso reconhecimento pela ação conjunta, destacando que na renovação desse ciclo no programa, Mato Grosso do Sul foi o Estado que mais se destacou em resultados obtidos a partir de uma forma diferente, que é essa atuação contributiva, em que cada um apresenta seu valor para juntos superarmos as mazelas e o desarranjo estrutural dos sistemas prisional e socioeducativo. Fica então uma palavras de gratidão e reconhecimento ao Tribunal de Justiça de MS*", disse o juiz Lanfredi.

Coordenadas pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ), as atividades do Fazendo Justiça têm a parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública. No campo das audiências de custódia, há ainda a parceria do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).

O pacto de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça de MS e o CNJ, com a finalidade de desenvolvimento de ações conjuntas para execução do Plano Estadual, elaborado de forma conjugada, no âmbito do Programa Fazendo Justiça, foi assinada pelo Des. Paschoal Camello Leandro, Presidente do TJMS; o conselheiro e supervisor do DMF, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreio; o secretário-geral do CNJ, juiz Valter Shuenquener de Araújo; juiz coordenador do DMF, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi.

Houve ainda o acordo de cooperação técnica entre o TJMS e a Secretaria de Justiça e Segurança Pública, por meio da Agepen, para instalação do instituto de audiência, assegurando a proteção social da pessoa custodia à autoridade judicial. Assinaram  o termo o Presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e o diretor-presidente da Agepen, Aud de Oliveira Chaves.

Na mesma solenidade foi assinado o Provimento nº 508/TJMS, que institui o Juízo 100% Digital no Poder Judiciário de MS. Assinaram o documento os desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Carlos Eduardo Contar e Sérgio Fernandes Martins, respectivamente presidente, Vice-presidente e Corregedor-Geral de Justiça.

Ressalte-se que, por meio do projeto de justiça digital, todos os atos processuais, como audiências e sessões, são exclusivamente realizados por videoconferência. Importante lembrar que as audiências realizadas por videoconferência são gravadas em áudio e vídeo, inseridas no processo e têm valor jurídico equivalente às presenciais, assegurada a publicidade dos atos praticados e as prerrogativas processuais de partes e advogados.

O atendimento da população e operadores de Direito será também realizado por meios eletrônicos, divulgados nos portais dos tribunais de justiça. A norma nacional do Juízo 100% Digital está formalizada na Resolução CNJ nº 345/2020 e é uma das primeiras iniciativas da gestão do ministro Luiz Fux na presidência do CNJ para ampliar o acesso da população e imprimir mais agilidade ao Judiciário.

Participaram da cerimônia, além das autoridades já citadas, os desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Sideni Soncini Pimentel, Ruy Celso Barbosa Florence e Elizabete Anache, supervisora do GMF/MS Socioeducativo; os juízes auxiliares da presidência do CNJ Antônio Carlos de Castro Neves Tavares e Fernando Pessoa da Silveira Mello; os juízes auxiliares da atual administração do TJMS Fernando Chemin Cury, Fernando Paes de Campos, César Castilho Marques; o juiz diretor do Foro da Capital,  Flávio Saad Peron.

Estavam presentes ainda o juiz presidente da AMAMSUL, Eduardo Siravegna, e o juiz Giuliano Máximo Martins, presidente eleito da AMAMSUL, para o biênio 2021/2022; o Procurador de Justiça Alexandre Lima Rasslan; o Defensor Público Geral, Fábio Rombi; a Procuradora-Geral de MS, Fabíola Marquetti Sanches Rahim; o delegado André Matsushita Gonçalves, representando o governador de MS; a consultora em audiência de custódia pelo programa Fazendo Justiça (CNJ/UNODC), Gabriela Machado; e Juliana Resende, coordenadora estadual do programa Fazendo Justiça (CNJ/PNUD).

Saiba mais - O Fazendo Justiça incide em diversos momentos do ciclo penal e do ciclo socioeducativo, apostando no diálogo interinstitucional e na construção de soluções customizadas e colaborativas, consideradas as diferentes realidades locais.

O programa atua nos campo da proporcionalidade penal, que envolve as audiências de custódia, alternativas penais, Justiça Restaurativa e controle de superlotação dos estabelecimentos prisional; e da cidadania, com ações voltadas às pessoas privadas de liberdade, atenção aos egressos do sistema penal, qualificação do Poder Judiciário na política prisional e controle e participação social.

O Programa também vai intensificar projetos como o Sistema de Identificação, com o melhoramento do SEEU, expedição de documentos, identificação biométrica e o novo Cadastro Nacional de Adolescentes

em Conflito com a Lei; e no campo socioeducativo, proporcionará aperfeiçoamento no sistema de dados, nas audiências de apresentação.

A proposta abrange ainda a criação de mais centrais de vagas, instruirá o formato das audiências de custódia, expandirá os programas pós-medidas protetivas e proporcionará um ciclo ainda maior de aprendizagem e profissionalização de adolescentes.

Atualmente, o programa desenvolve 28 ações simultâneas com incidência em diferentes fases do ciclo penal e do ciclo socioeducativo e fomenta a qualificação de etapas do ciclo penal e do ciclo socioeducativo; o diálogo interinstitucional permanente com articulações entre diferentes níveis federativos; e desenha ações customizadas a cada unidade da federação a partir de experiências exitosas do DMF/CNJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Juíza de MS é premiada pela Embaixada dos EUA – 24.11.2020



A juíza sul-mato-grossense Jacqueline Machado, titular da 3ª Vara de Violência Doméstica de Campo Grande, foi uma das oito vencedoras nacionais do prêmio "Mulheres Brasileiras que Fazem a Diferença 2020", promovido pela Embaixada e os Consulados dos EUA no Brasil. A premiação foi anunciada nesta terça-feira (24) e homenageia mulheres brasileiras que impactaram positivamente em suas comunidades, servindo como inspiração para outros cidadãos.

Jacqueline Machado é uma das principais ativistas do Brasil na proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e foi a força motriz por trás da criação da Casa da Mulher Brasileira em Campo Grande, o primeiro centro de parada única do país que auxilia sobreviventes de violência doméstica. É lá que funciona a 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que foi a primeira vara do país a atuar especificamente na análise de medidas protetivas.

Sobre a premiação, a magistrada comentou: "Não trabalhamos por reconhecimento, mas pela proteção e dignidade das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Também pela garantia dos direitos daqueles que são acusados. Mas, quando esse trabalho é visualizado por instituições de fora do Judiciário, temos a certeza que estamos no caminho certo e que o esforço diário está surtindo efeito. Para mim, atuar

como magistrada nessa área é vocação e receber esse prêmio é uma honra".

A juíza esteve à frente da Coordenadoria da Mulher do TJMS desenvolvendo ações pioneiras no combate à violência contra as mulheres no Estado por meio de projetos como o "Mãos EmPENHADAS contra a Violência", que ensina esteticistas e manicures a identificar sinais de violência de gênero e direciona clientes para a rede de apoio. Atualmente, é presidente do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Fonavid).

Ela também é apoiadora do "Florescer", uma unidade móvel que se comunica com as mulheres rurais para conscientizá-las sobre os direitos da mulher. A magistrada falou na Conferência das Nações Unidas sobre Comunicação, Saúde e Direitos da Mulher em Campo Grande e Dourados, em 2019. A magistrada participa com frequência em programas de rádio e TV em Mato Grosso do Sul sobre seus projetos de prevenção da violência de gênero.

Saiba mais – O prêmio «Mulheres Brasileiras que Fazem a Diferença 2020» homenageia mulheres brasileiras que estão na linha de frente dos desafios locais, nacionais e globais e também aquelas nos bastidores, trabalhando para romper barreiras para promover mudanças positivas à sociedade brasileira, por meio de iniciativas econômicas e ambientais, engajamento cívico, inclusão e os direitos dos migrantes e refugiados, políticas de minorias religiosas e étnicas, comunidades indígenas, mulheres com deficiência e outros grupos historicamente marginalizados.

Acompanhearelaçãocompletadasoitoganhadoraspelolinkhttps://br.usembassy.gov/pt/as-vencedora-do-premio-mulheres-que-fazem-a-diferenca-2020/?fbclid=IwAR30C6c-VSH4TD5PKSLrnnfGuKQsYUkAH_-VYuu4gFHTpxN5nNysrSnqmn4.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## Profissionais de barbearias são capacitados pelo Mãos EmPENHAdas




Nesta segunda-feira (23), a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS realizou a 2ª Capacitação Virtual Mãos EmPENHAdas contra a Violência Barbearias, com a discussão do tema "Aspectos culturais da violência contra a mulher: raízes do patriarcado e o papel do homem na construção da masculinidade".

Na abertura, a juíza Helena Alice Machado Coelho, que responde pela Coordenadoria da Mulher, recepcionou os participantes, assim como o juiz Walter Arthur Alge Netto, da 3ª Vara Cível de Nova Andradina, que pretende replicar o programa em sua localidade.

A proposta visa atuar de forma preventiva e informativa com os profissionais que atuam em espaços de estética masculina, promovendo a reflexão sobre a violência contra a mulher, além de desmistificar estereótipos de gênero e paradigmas machistas presentes no discurso masculino, que trazem prejuízos também para o homem. A ideia envolve salões de estética masculina e barbearias, cujos profissionais são 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. O programa 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.

Participaram da segunda capacitação dez profissionais de estética masculina, de cinco barbearias de Campo Grande. Também participaram os assistentes sociais Eduardo Leal Pereira, da comarca de Jardim, e Camila Santos de Almeida, de São Gabriel do Oeste, assim como o professor de Antropologia da UFGD, Dr. Esmael Alves de Oliveira, com o intuito de conhecerem o programa.

Até o momento já aderiram ao programa 22 profissionais e 12 barbearias na Capital e em duas cidades do interior. Em Campo Grande fazem parte da ação: Barbearia Paletó Xadrez, Barber Cartel Club, Monarca Barbearia, Barbearia Brooklyn, Don Léo Barbearia, Campo Grande Barbershop, Imperius Barbearia e a Barbearia o Grego. Em Paranaíba, a proposta foi implantada no Seo Lico Barbearia, Barbearia Lindomar e Sandro's Cabeleireiro. Em Bonito, por enquanto, apenas o Parachai Barber Shop tem seus profissionais capacitados.

A capacitação foi ministrada pela equipe da Coordenadoria da Mulher, composta pelo psicólogo Rodrigo Kenji Miyazaki de Sousa, pela assessora jurídica Rosimeire Batista da Silveira e pela psicóloga Sandra Regina Monteiro Salles, abordando aspectos psicossociais e jurídicos da violência contra a mulher.

Barba, Cabelo e Bigode. Violência não pode. #Todos juntos contra a violência doméstica. Este é o slogan da proposta de trabalho da Coordenaria da Mulher do TJMS que, apesar de lançada em agosto deste ano, já foi replicada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## APAC de Mato Grosso do Sul ressocializará 150 detentos – 01.12.2020



O presidente do Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, e o Des. Ruy Celso Barbosa Florence assinaram, na tarde desta terça-feira (1º), um termo de cooperação mútua envolvendo o Tribunal de Justiça de MS, a Secretaria de Justiça e Segurança Pública de MS (Sejusp), por meio da Agepen/MS, e a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac).

A ideia é estabelecer a cooperação institucional entre esses órgãos e instituições para prestar apoio, auxílio e atendimento gratuito a pessoas presas por condenações com pena restritiva de liberdade, que poderão ser transferidas para o Centro de Reintegração Social, visando à recuperação e reintegração social do condenado e, em uma perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, a promoção da justiça e o socorro às vítimas.

O Des. Ruy Celso Barbosa Florence, um dos principais incentivadores da APAC, afirma que a partir do lançamento da pedra fundamental começaram os esforços para a construção do prédio. O magistrado contou que deverão contar com o Ministério da Justiça para a viabilização da verba necessária, além de parcerias privadas com empresas, ONGs e pessoas da sociedade que se comprometem a contribuir com serviços e auxílio na recuperação dos apenados.

Para o desembargador, o projeto é um sistema de humanização da pena e isso significa que a Apac é um presídio sem grades, sem celas, onde o apenado cumpre uma série de obrigações do amanhecer ao anoitecer, sendo fundamental o papel da família nesse processo de ressocialização.

"Precisamos da ajuda da sociedade, não financeiramente, mas para apoiar e aceitar, pois no período em que vivemos as pessoas não acreditam em humanização ou ressocialização de presos. Temos mais de 50 APACs no Brasil, a maioria no Estado de Minas Gerais, e todas colhem bons frutos. Acreditamos que esse é o único sistema que realmente funciona na ressocialização dos apenados", disse ele.

De acordo com o termo assinado, o Tribunal de Justiça de MS, a Sejusp e a Agepen vão colaborar com a APAC para que esta, por meio de atividades de assistência social, consiga prestar assistência à família, educação, saúde, bem-estar, profissionalização, reintegração social, psicossocial e recreação.

Importante informar à sociedade que a execução da proposta não importará em transferências de recursos financeiros entre os partícipes do termo de cooperação. Este termo tem vigência de 24 meses, podendo ser prorrogado por igual período, por interesse das partes.

Assinaram o documento, além dos desembargadores, o Secretário de Segurança Pública, Antônio Carlos Videira; o diretor-presidente da Agepen/MS, Aud de Oliveira Chaves; a presidente da Apac, Helita Barbosa Serejo Lemos Fontão; o arcebispo da Capital, D. Dimas Lara Barbosa; e o procurador do Estado

Nilton Kirocgi Kurachi.

Saiba mais – Depois de receber da Prefeitura de Campo Grande a doação de um terreno para a construção da sede da primeira APAC de Mato Grosso do Sul, a presidente da entidade e os colaboradores, que apoiam a intenção de se ter em terras sul-mato-grossenses um modelo revolucionário de cumprimento de pena, que objetiva a recuperação do preso, lançaram a pedra fundamental no local onde se construirá a sede da associação.

A construção da Apac na Capital de MS representa a realização de um sonho de longa data. De acordo com Helita, a unidade abrigará 150 homens, sem agentes penitenciários, em um sistema que surgiu em países de primeiro mundo, como Nova Zelândia e Canadá, muito distante de tudo o que se conhece hoje sobre funcionamento de sistema prisional, onde os próprios presos fazem suas refeições e são responsáveis pela limpeza do local.

Na Apac os presos receberão capacitação em diferentes cursos como, por exemplo, de pedreiros, eletricistas, encanadores, culinária e até mesmo aulas de música. O juízo da execução penal decidirá quem pode ser encaminhado à unidade, sendo pré-requisito obrigatório a família ser residente em Campo Grande, pois neste modelo de ressocialização a participação dos familiares é fundamental.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## TJMS reforça parceria com Senai e presos serão capacitados – 01.12.2020



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, reforçou, no dia 30 de novembro, a parceria com o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Regional de Mato Grosso do Sul (FIEMS/SENAI) para qualificar presos, durante realização da 12ª etapa do programa Revitalizando e Pintando Educação com Liberdade.

O termo de cooperação técnica foi assinado pelo juiz Albino Coimbra Neto e pelo diretor regional

Senai/MS, Rodolpho Caesar Mangialardo, e garante a efetivação de políticas para o desenvolvimento de cursos de iniciação profissional e qualificação profissional básica na área de construção civil, a fim de promover a reinserção social de internos dos regimes aberto e semiaberto.

Na prática, os presos selecionados pela Conselho da Comunidade para participar do programa reformarão a Escola Estadual Zelia Quevedo. Durante a obra, serão acompanhados por instrutores capacitados e certificados com Curso de Pintor de Obras Imobiliárias. Posteriormente está prevista a seleção de até três egressos para outros cursos gratuitos de formação profissional.

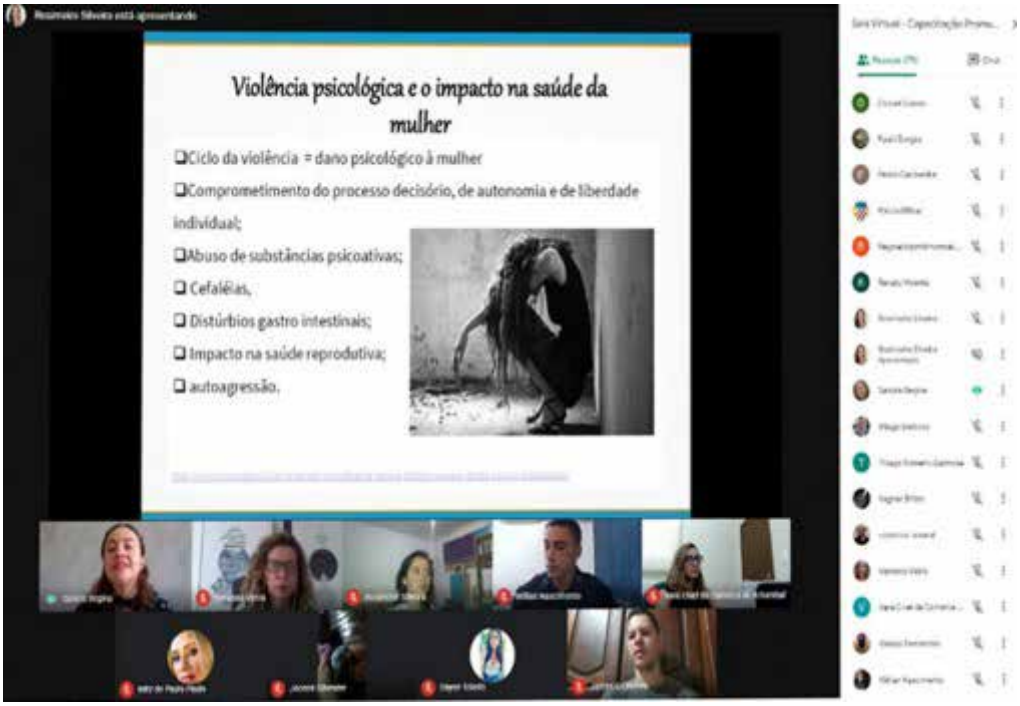
A nova turma de detentos que receberão qualificação nos cursos de pedreiro de alvenaria, pedreiro de revestimento e pintor de obras já começa nesta terça-feira (1), ao mesmo tempo em que iniciam a reforma da escola.

Também existe a possibilidade de a Escola Zelia Quevedo ser a primeira do programa a receber uma biblioteca oferecida pelo Senai. De acordo com o juiz Albino Coimbra, a parceria é uma forma de garantir a ressocialização dos apenados, garantindo, além de uma reforma completa na escola, uma oportunidade para o egresso recomeçar a vida, graças à formação técnica e teórica.

Situada no Parque Res. Iracy Coelho Netto, a Escola Estadual Profª Zelia Quevedo Chaves é a 12ª unidade escolar do programa e assim já são mais de 10 mil alunos atendidos e cerca de 17 mil metros quadrados de obra realizado. O que significa uma economia de quase R$ 10 milhões aos cofres do Estado. "Nossa meta é reformar pelo menos uma escola em cada período de férias. Vale ressaltar que além da renovação do convênio, ainda discutimos uma ampliação de parceria com o Senai para beneficiar ainda mais esses detentos", ressaltou.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

## COORDENADORIA DA MULHER
## CAPACITA EFETIVO DA PM DE MUNICÍPIOS DO INTERIOR – 03.12.2020




Com a participação da juíza Thielly Dias de Alencar Pithan, da comarca de Amambai, na manhã desta quinta-feira (3), a Coordenadoria Estadual da Mulher em situação de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de MS, sob o comando da juíza Helena Alice Machado Coelho, realizou a capacitação do efetivo da

# Índice Onomástico



## Jurisprudência Cível

**Relator Des. Alexandre Bastos**

Apelação Cível nº 0801367-52.2016.8.12.0035 – Iguatemi ..... 6
Conflito de Competência Cível nº 1600708-76.2020.8.12.0000 – Nova Andradina ..... 10
Agravo de Instrumento nº 1407069-93.2020.8.12.0000 – Três Lagoas ..... 13

**Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

Apelação/Remessa Necessária nº 0949041-97.2020.8.12.0001 – Campo Grande ..... 19
Apelação Cível nº 0831662-77.2016.8.12.0001 – Campo Grande ..... 31
Apelação Cível nº 0805285-43.2015.8.12.0021 – Três Lagoas ..... 37

**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

Mandado de Segurança Cível nº 1411125-09.2019.8.12.0000 ..... 59
Agravo de Instrumento nº 1413925-10.2019.8.12.0000 - Amambai ..... 72
Apelação Cível nº 0813079-73.2018.8.12.0001 - Campo Grande ..... 77

**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

Apelação Cível nº 0800327-15.2018.8.12.0019 - Ponta Porã ..... 86
Agravo de Instrumento nº 1413320-30.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 91
Apelação Cível nº 0842038-25.2016.8.12.0001 - Campo Grande ..... 95

**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

Agravo de Instrumento nº 1410964-62.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 98
Agravo de Instrumento nº 1410189-47.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 108
Apelação Cível nº 0836470-23.2019.8.12.0001 - Campo Grande ..... 119

**Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

Apelação Cível nº 0015165-96.2008.8.12.0002 - Dourados ..... 127
Agravo de Instrumento nº 1401601-51.2020.8.12.0000 - Naviraí ..... 135
Apelação/Remessa Necessária nº 0817906-59.2020.8.12.0001 - Campo Grande ..... 141

**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

Agravo de Instrumento nº 1407698-67.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 146
Apelação Cível nº 0011370-59.2011.8.12.0008 - Corumbá ..... 150
Apelação Cível nº 0024030-34.1996.8.12.0001 - Campo Grande ..... 168

**Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago**

Apelação Cível nº 0067645-49.2011.8.12.0001 - Campo Grande ..... 177
Mandado de Segurança Cível nº 1403955-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça ..... 183
Apelação Cível nº 0815740-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 189

**Relator Des. João Maria Lós**

Apelação Cível nº 0803003-08.2015.8.12.0029 - Naviraí ..... 193
Apelação Cível nº 0800432-22.2018.8.12.0009 - Costa Rica ..... 196
Apelação Cível n º 0802058-73.2018.8.12.0010 - Fátima do Sul ..... 199

**Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

Apelação Cível nº 0830245-21.2018.8.12.0001 - Campo Grande ..... 203
Apelação Cível nº 0801289-13.2019.8.12.0016 - Mundo Novo ..... 208
Incidente de Res. de Dem. Rep. nº 1403693-36.2019.8.12.0000/50000 - Campo Grande ..... 213

**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

Apelação Cível nº 0800194-33.2019.8.12.0020 - Rio Brilhante ..... 218
Agravo de Instrumento nº 2000548-83.2020.8.12.0000 - Amambai ..... 224
Apelação/Remessa Necessária nº 0811566-02.2020.8.12.0001 - Campo Grande ..... 229

**Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques**

Direta de Inconstitucionalidade nº 1400998-12.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça ..... 233

**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

Apelação Cível nº 0802274-27.2019.8.12.0001 - Campo Grande ..... 243
Apelação Cível nº 0803879-04.2012.8.12.0017 - Nova Andradina ..... 250
Apelação Cível nº 0801107-76.2019.8.12.0032 - Deodápolis ..... 257
Apelação Cível nº 0002078-50.2008.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso ..... 263

**Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan**

Agravo de Instrumento nº 1402833-98.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 269
Apelação Cível nº 0837634-62.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 273
Mandado de Segurança Cível nº 1400851-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça ..... 278

**Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

Apelação Cível nº 0803122-53.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 285
Apelação Cível nº 0821600-12.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 291
Apelação / Remessa Necessária nº 1412337-02.2018.8.12.0000 - Campo Grande ..... 310

**Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

Apelação Cível nº 0805867-30.2020.8.12.0001 - Campo Grande ..... 318
Agravo de Instrumento nº 1411935-47.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 323
Direta de Inconstitucionalidade nº 1411132-64.2020.8.12.0000 ..... 328

**Relator Des. Nélio Stábile**

Apelação Cível nº 0000858-25.2009.8.12.0028 - Bonito ..... 333
Apelação Cível nº 0842118-23.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 341
Apelação Cível nº 0000123-88.1996.8.12.0014 - Maracaju ..... 345

**Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

Apelação Cível nº 0802048-35.2019.8.12.0029 - Naviraí ..... 351
Agravo de Instrumento nº 1411010-51.2020.8.12.0000 - Mundo Novo ..... 381
Apelação Cível nº 0803301-65.2017.8.12.0017 - Nova Andradina ..... 391

**Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

Apelação Cível nº 0803950-81.2018.8.12.0021 - Três Lagoas ..... 399
Apelação Cível nº 0841514-23.2019.8.12.0001 - Campo Grande ..... 406
Agravo de Instrumento n. 1412235-09.2020.8.12.0000 - São Gabriel do Oeste ..... 417

**Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel**

Apelação Cível nº 0801306-57.2012.8.12.0028 - Bonito ..... 424
Apelação Cível nº 0835494-21.2016.8.12.0001 - Campo Grande ..... 436
Conflito de Competência Cível nº 1602486-81.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 441

**Relator Des. Vilson Bertelli**

Mandado de Segurança Cível nº 1412252-45.2020.8.12.0000 ..... 445
Apelação Cível nº 0824612-63.2017.8.12.0001 - Campo Grande ..... 448
Agravo de Instrumento nº 1409717-46.2020.8.12.0000 - Dourados ..... 454

**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

Agravo de Instrumento nº 1400458-27.2020.8.12.0000 - Três Lagoas ..... 458
Agravo de Instrumento nº 1411685-14.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 464
Apelação/Remessa Necessária nº 0801451-87.2018.8.12.0001 - Campo Grande ..... 470

**Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida**

Agravo de Instrumento nº 1415155-87.2019.8.12.0000 - Anaurilândia ..... 479
Apelação Cível nº 0817545-47.2017.8.12.0001 - Campo Grande ..... 483
Apelação Cível nº 0840410-35.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 492

## Jurisprudência Criminal

**Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz**

Recurso em Sentido Estrito nº 0000483-14.2015.8.12.0028 – Bonito ..... 498

Apelação Criminal nº 0007862-19.2017.8.12.0001 – Campo Grande ..... 505

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1413131-52.2020.8.12.0000 – Três Lagoas ..... 525

**Relatora designada Desª Elizabete Anache**

Apelação Criminal nº 0001109-09.2014.8.12.0015 – Miranda ..... 538

Apelação Criminal nº 0101722-65.2003.8.12.0001 – Campo Grande ..... 544

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1413768-03.2020.8.12.0000 – Anastácio ..... 565

**Relator Des. Emerson Cafure**

Apelação Criminal nº 0004834-55.2018.8.12.0018 – Paranaíba ..... 570

Apelação Criminal nº 0000555-96.2018.8.12.0027 – Batayporã ..... 578

Apelação Criminal nº 0000753-73.2016.8.12.0005 – Aquidauana ..... 589

**Relator Des. Jairo Roberto de Quadros**

Apelação Criminal nº 0001552-55.2018.8.12.0035 – Iguatemi ..... 594

Apelação Criminal nº 0001169-92.2019.8.12.0051 – Itaquiraí ..... 603

Mandado de Segurança Criminal nº 1414322-35.2020.8.12.0000 – Bataguassu ..... 636

**Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior**

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001013-28.2019.8.12.0044/50000 – Sete Quedas ..... 643

Mandado de Segurança Criminal nº 1406847-28.2020.8.12.0000 – Campo Grande ..... 647

Apelação Criminal nº 0000889-41.2015.8.12.0026 – Bataguassu ..... 651

**Relator Des. José Ale Ahmad Netto**

Apelação Criminal nº 0002506-86.2012.8.12.0011 – Coxim ..... 659

Apelação Criminal nº 0010647-56.2014.8.12.0001 – Campo Grande ..... 671

Revisão Criminal nº 1402009-42.2020.8.12.0000 – Campo Grande ..... 678

**Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001312-37.2019.8.12.0001/50000 – Campo Grande ..... 683

Revisão Criminal nº 1411173-31.2020.8.12.0000 – Três Lagoas ..... 712

Mandado de Segurança Criminal nº 1414203-74.2020.8.12.0000 – Campo Grande ..... 719

**Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques**

Apelação Criminal nº 0001675-13.2013.8.12.0008 – Corumbá ..... 724
Recurso em Sentido Estrito nº 0016049-26.2011.8.12.0001 – Campo Grande ..... 731

**Relator designado Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

Revisão Criminal nº 1401023-88.2020.8.12.0000 – Corumbá ..... 740
Agravo de Execução Penal nº 0001843-94.2017.8.12.0001 – Campo Grande ..... 748
***Habeas Corpus*** Criminal nº 1414887-96.2020.8.12.0000 – Paranaíba ..... 758

**Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza**

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1411352-62.2020.8.12.0000 – Dourados ..... 763
Apelação Criminal nº 0004321-46.2015.8.12.0001 – Campo Grande ..... 775
Apelação Criminal nº 0004074-77.2016.8.12.0018 – Paranaíba ..... 787

**Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli**

Apelação Criminal nº 0000128-05.2014.8.12.0039 – Pedro Gomes ..... 801
Apelação Criminal nº 0002944-60.2017.8.12.0004 – Amambai ..... 813
Apelação Criminal nº 0003816-64.2016.8.12.0019 – Ponta Porã ..... 826

**Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira**

Apelação Criminal nº 0018982-98.2013.8.12.0001 – Campo Grande ..... 834
Apelação Criminal nº 0004588-89.2018.8.12.0008 – Corumbá ..... 837
Apelação Criminal nº 0036306-96.2016.8.12.0001 – Campo Grande ..... 845

**Relator Juiz Waldir Marques**

Apelação Criminal nº 0000029-26.2017.8.12.0008 – Corumbá ..... 855
Apelação Criminal nº 0001864-95.2018.8.12.0046 – Chapadão do Sul ..... 865
Apelação Criminal nº 0000914-52.2017.8.12.0004 ..... 874

# Índice de Assuntos



# Jurisprudência Cível

**Ação Anulatória**

Ato administrativo. Reintegração de posse. Servidor da câmara municipal. Demissão a bem do serviço público. Ilegitimidade passiva. Súmula 525 do STJ.

Apelação Cível nº 0803879-04.2012.8.12.0017 - Nova Andradina.....250

Contrato de compra e venda. Nulidade de registro. Erro do cartório de registro de imóveis. Imprescritibilidade. Escritura pública em dação em pagamento.

Apelação Cível nº 0805285-43.2015.8.12.0021 – Três Lagoas.....37

**Ação Civil Pública**

Improbidade administrativa. Prescrição nas demandas propostas contra o particular. Prescrição. Súmula do STJ. Conduta dolosa. Imprescritibilidade.

Agravo de Instrumento nº 1401601-51.2020.8.12.0000 - Naviraí.....135

Nulidade da sentença por julgamento. Acolhimento. Nova dosimetria das sanções. Reflexos civis do crime de concussão. Aplicação da pena de multa civil.

Apelação Cível nº 0801306-57.2012.8.12.0028 - Bonito.....424

Pensão vitalícia. Pagamento. Ex – governadores. Incompatibilidade. Benefício de caráter previdenciário. Segurança jurídica e boa-fé. *Tempus regit actum*. Direito adquirido.

Apelação Cível nº 0821600-12.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....291

Tutela de direito individual homogêneo. Sentença reformada. Aplicação da teoria da causa madura.

Apelação/Remessa Necessária nº 0949041-97.2020.8.12.0001 – Campo Grande.....19

**Ação de Cobrança**

Despejo. Morte do locatário. Pessoa estranha à relação contratual. Art. 59, IX, Lei 8.245/91. Inadimplência.

Agravo de Instrumento nº 1413320-30.2020.8.12.0000 - Campo Grande.....91

Exploração de jazidas de minério e ferro e manganês por empresa mineradora em solo de terceiro. Teoria da asserção. Participação nos resultados da exploração da lavra. Artigo 176, § 2 da Constituição Federal. Multa.

Apelação Cível nº 0011370-59.2011.8.12.0008 - Corumbá.....150

**Ação de Conhecimento**

Emenda da inicial. Extrato de conta corrente. Determinação não cumprida. Extinção do processo. Princípio da cooperação.

Apelação Cível nº 0801107-76.2019.8.12.0032 - Deodápolis.....257

**Ação de Improbidade Administrativa**

Prejuízo ao erário. Período eleitoral. Distribuição de cestas básicas. Candidato à reeleição. Ausência de demonstração de conduta ímproba.

Apelação Cível nº 0000858-25.2009.8.12.0028 - Bonito.....333

**Ação de Indenização**

Cheque pré-datado. Prova da apresentação prévia. Dano moral caracterizado. Súmula 370 do STJ.

Apelação Cível n º 0802058-73.2018.8.12.0010 - Fátima do Sul ..... 199

Dano ambiental. Legitimidade ativa. Prejuízo coletivo e individual. Litisconsórcio passivo de empresas locais. Obrigação inexistene.

Agravo de Instrumento nº 1411685-14.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 464

Danos estéticos. Ilegitimidade passiva. Alienação do veículo. Ausência de comunicação ao DETRAN. Irrelevância. Súmula 132 do STJ.

Agravo de Instrumento nº 1411935-47.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 323

Fraude. *Internet banking*. Fragilidade do sistema de segurança virtual. Falha na prestação de serviço. Súmula 479 do STJ.

Apelação Cível nº 0817545-47.2017.8.12.0001 - Campo Grande..... 483

Ofensa. Conversa telefônica. Ausência de publicização. Dever de indenizar. Inexistente.

Apelação Cível nº 0803301-65.2017.8.12.0017 - Nova Andradina..... 391

Responsabilidade civil. Notários e Registradores. Subjetiva. Culpa não demonstrada.

Apelação Cível nº 0835494-21.2016.8.12.0001 - Campo Grande..... 436

**Ação de Recuperação Judicial**

Concessão. Controle judicial de legalidade. Supressão de garantias. Validade da cláusula. Extinção de ações ajuizadas contra coobrigados. Impossibilidade. Incidência da súmula 581 do STJ.

Agravo de Instrumento n. 1412235-09.2020.8.12.0000 - São Gabriel do Oeste..... 417

**Ação de Repetição de Indébito**

ICMS. Substituição tributária progressiva ou para frente. Restituição devida.

Apelação Cível nº 0024030-34.1996.8.12.0001 - Campo Grande..... 168

**Ação de Rescisão Contratual**

Estelionato. *Whattsapp*. Culpa exclusiva de terceiro.

Apelação Cível nº 0800432-22.2018.8.12.0009 - Costa Rica ..... 196

Restituição de valores. Inaplicabilidade da Lei 13.786/2018. Contrato firmado antes da vigência da Lei Federal. Taxa de fruição. Imóvel não edificado. IPTU. Obrigação *propter rem.*

Apelação Cível nº 0802048-35.2019.8.12.0029 - Naviraí..... 351

Reintegração de posse. Perdas e danos. Prescrição. Não ocorrência. Causa madura. Taxa de fruição mantida.

Apelação Cível nº 0824612-63.2017.8.12.0001 - Campo Grande..... 448

**Ação de Reintegração de Posse**

Agravo de instrumento. Concessão de medida protetiva. Ex-companheira. Imóvel de propriedade exclusiva do agravante. Tutela de urgência. Deferimento.

Agravo de Instrumento nº 1411010-51.2020.8.12.0000 - Mundo Novo ..... 381

Instrumento particular de comodato. Restituição do imóvel. Ausência de notificação expressa. Esbulho não demonstrado.

Apelação Cível nº 0002078-50.2008.8.12.0042 - Rio Verde de Mato Grosso ..... 263

**Ação de Revisão**

Imobiliária. Compra e venda. Prescrição. Negócio jurídico. Princípio da actio nata.

Apelação Cível nº 0842038-25.2016.8.12.0001 - Campo Grande..... 95

**Ação de Obrigação de Fazer**

Condenado por crime de tráfico. Pena cumprida. Informações da vida pregressa. Provedor de buscas. Direito ao esquecimento. Direito à informação.

Apelação Cível nº 0813079-73.2018.8.12.0001 - Campo Grande..... 77

Herança. Partilha. Construção de obra. Ato incompatível com a divisibilidade da herança. Princípio da *saisine*.

Apelação Cível nº 0837634-62.2015.8.12.0001 - Campo Grande..... 273

Energia elétrica. Posse no imóvel comprovada. Serviço essencial. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Apelação Cível nº 0800327-15.2018.8.12.0019 - Ponta Porã ..... 86

**Ação Direta de Inconstitucionalidade**

Instituição do fundo municipal de esporte de base. Iniciativa do Poder Legislativo. Vício de iniciativa. Violação ao princípio de separação dos poderes. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo. Fumaça do bom direito. Demonstrada.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1411132-64.2020.8.12.0000 ..... 328

Regime Jurídico dos servidores públicos. Inconstitucionalidade formal e material. Vício de iniciativa. Competência privativa do poder executivo. Princípio da isonomia.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1400998-12.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça ..... 233

**Ação Monitória**

Título executivo extrajudicial. Instrumento particular de renegociação. Princípio da intervenção mínima. Excepcionalidade da revisão contratual. Lei nº 13.874/2019.

Apelação Cível nº 0803950-81.2018.8.12.0021 - Três Lagoas ..... 399

**Agravo de Instrumento**

Exceção de pré – executividade. Fato gerador. Ônus da prova. Certidão de dívida ativa. Multa fiscal. Obrigação acessória convertida em principal.

Agravo de Instrumento nº 1413925-10.2019.8.12.0000 - Amambai ..... 72

Execução. Penhora. Ilegitimidade. Bem de família. Impenhorabilidade. Fiador.

Agravo de Instrumento nº 1407069-93.2020.8.12.0000 – Três Lagoas ..... 13

Execução fiscal. Indício de dissolução irregular. Débitos tributários não quitados. Redirecionamento ao sócio-administrador.

Agravo de Instrumento nº 1400458-27.2020.8.12.0000 - Três Lagoas ..... 458

Liberdade de expressão. Ponderação de valores. Publicações. Abuso no exercício do direito de expressão e de informação.

Agravo de Instrumento nº 1410189-47.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 108

**Apelação Cível**

Arbitramento de honorários. Artigo 85, § 8° do CPC. Súmula 14 do STJ.

Apelação Cível nº 0803003-08.2015.8.12.0029 - Naviraí ..... 193

Contrato de consórcio. Seguro de vida. Morte do consorciado. Súmula 43 do STJ.

Apelação Cível nº 0831662-77.2016.8.12.0001 – Campo Grande ..... 31

Exibição de documentos. Transcurso do lapso temporal para guarda das informações. Artigo 15 da Lei nº 12.965/14. Impossibilidade.

Apelação Cível nº 0815740-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande ..... 189

Medida cautelar fiscal. Responsabilidade tributária do espólio e inventariante. Artigos 134 e 135 do CTN.

Apelação Cível nº 0067645-49.2011.8.12.0001 - Campo Grande ..... 177

**Concurso Público**

Cumulação de cargos públicos. Professor da rede estadual e soldado da polícia militar estadual. Segundo cargo somente com atribuições administrativas.

Mandado de Segurança Cível nº 1400851-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça ..... 278

Demissão de servidor público. Prática de falta gravíssima. Desídia.

Mandado de Segurança Cível nº 1411125-09.2019.8.12.0000 ..... 59

Nulidade de ato administrativo. Concessão de aposentadoria por invalidez. Abandono de cargo. Licenças para tratamento de saúde. Ciência da Administração pública.

Apelação/Remessa Necessária nº 0801451-87.2018.8.12.0001 - Campo Grande ..... 470

Posse indeferida. Ação penal em andamento. Ausência de sentença penal condenatória transitada em julgado. Violação ao princípio da presunção de inocência.

Apelação/Remessa Necessária nº 0817906-59.2020.8.12.0001 - Campo Grande ..... 141

Professora temporária. Declaração de conclusão de pós-graduação. Possibilidade. Diploma em expedição. Dispensa de certificado.

Apelação/Remessa Necessária nº 0811566-02.2020.8.12.0001 - Campo Grande ..... 229

**Conflito Negativo de Competência**

Ação de obrigação de fazer. Condomínio. Competência absoluta do juizado. Valor da causa. Enunciado 9 do FONAJE.

Conflito de Competência Cível nº 1602486-81.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 441

Incompetência do Juizado. Ação acessória. Valor de alçada**.** Crédito excedente**.** Renúncia**.** Art. 51, I, do CPC.

Conflito de Competência Cível nº 1600708-76.2020.8.12.0000 – Nova Andradina ..... 10

**Cumprimento de Sentença**

Dissolução da sociedade. Responsabilidade do sócio pelo ativo e passivo. Distrato social. Artigo 1.110 do Código Civil.

Agravo de Instrumento nº 1402833-98.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 269

Multa por inadimplência em acordo judicial. Execução. Inexigibilidade da multa. Interpretação extensiva. Artigo 843 do Código Civil.
Apelação Cível nº 0803122-53.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....285

Fraude à execução. Cessão de cotas empresariais. Insolvência. Ausência de bens.
Agravo de Instrumento nº 1415155-87.2019.8.12.0000 - Anaurilândia.....479

**Direito de Imagem**

Dano moral. Indenização. Publicação Ofensiva da imprensa. Dever de informação.
Apelação Cível nº 0801367-52.2016.8.12.0035 – Iguatemi.....6

**Direito do Consumidor**

Cancelamento de protesto. Cessão de crédito. Relação de consumo. Factoring. Dano moral.
Apelação Cível nº 0842118-23.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....341

Vício do produto. Bem durável. Prazo decadencial.
Apelação Cível nº 0840410-35.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....492

**Direito Tributário**

Extinção do usufruto. Consolidação da propriedade. Ausência de transferência de bens e direitos a título não oneroso. Inexigibilidade do ITCMD.
Mandado de Segurança Cível nº 1403955-49.2020.8.12.0000 - Tribunal de Justiça.....183

Isenção de imposto de renda. Portador de doença grave. Laudo médico oficial. Artigo 627 do STJ.
Apelação / Remessa Necessária nº 1412337-02.2018.8.12.0000 - Campo Grande.....310

ITBI. Imunidade. Integralização de capital social. Artigo 156, § 2º "I" da Constituição Federal.
Apelação Cível nº 0800194-33.2019.8.12.0020 - Rio Brilhante.....218

**Embargos à Execução**

Execução fiscal. Peças processuais incompletas. Ausência de prejuízo. Princípio da instrumentalidade. Prescrição e decadência. Inocorrência.
Apelação Cível nº 0015165-96.2008.8.12.0002 - Dourados.....127

IPTU. Contrato de alienação fiduciária. Inadimplência do devedor fiduciante. Responsabilidade tributária verificada. Artigo 130 do CTN.
Apelação Cível nº 0801289-13.2019.8.12.0016 - Mundo Novo.....208

**Execução de Título Extrajudicial**

Inércia. Prescrição. Julgamento conforme incidente de Uniformização de Jurisprudência. Súmula 150 do STF.
Apelação Cível nº 0000123-88.1996.8.12.0014 - Maracaju.....345

**Execução**

Exceção de pré-executividade. Formalismo moderado. Prescrição intercorrente. Inaplicabilidade de norma federal. Imunidade tributária. Entidade de assistência social.
Agravo de Instrumento nº 1409717-46.2020.8.12.0000 - Dourados.....454

Execução fiscal. Redirecionamento contra os sócios. Exigência do nome dos responsáveis pela empresa como devedor. Inexistência. Artigo 135 do CTN.

Agravo de Instrumento nº 2000548-83.2020.8.12.0000 - Amambai ..... 224

Penhora sobre salário. Módica remuneração. Impossibilidade.

Agravo de Instrumento nº 1410964-62.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 98

**Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**

Penhora. Percentual de 30% do salário do devedor. Fase de admissibilidade. Requisitos preenchidos.

Incidente de Res. de Dem. Rep. nº 1403693-36.2019.8.12.0000/50000 - Campo Grande..... 213

**Licitação**

Processo licitatório. Tomada de preço. Certidão de regularidade de seguro garantia. Inabilitação. Princípio do formalismo moderado.

Agravo de Instrumento nº 1407698-67.2020.8.12.0000 - Campo Grande ..... 146

**Mandado de Segurança**

Direito à educação. Aluno de nível médio. Aprovação em vestibular. Teoria da causa madura. Expedição antecipada de certificado de com conclusão de ensino médio. Capacidade intelectual. Ponderação.

Apelação Cível nº 0841514-23.2019.8.12.0001 - Campo Grande..... 406

Impetração contra lei em tese. Não ocorrência. Vedação à manipulação, exposição e comercialização de cosméticos e produtos fitoterápicos. Resolução n. 67/2007 da ANVISA.

Apelação Cível nº 0805867-30.2020.8.12.0001 - Campo Grande..... 318

Servidora pública. Filho portador de necessidade especiais. Direito à redução da carga horária. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Mandado de Segurança Cível nº 1412252-45.2020.8.12.0000 ..... 445

**Plano de saúde**

Inclusão de menor sob a guarda de avó como dependente. Equiparação a filho. Possibilidade. Artigo 33, § 3º do ECA. Proteção à saúde.

Apelação Cível nº 0830245-21.2018.8.12.0001 - Campo Grande..... 203

**Retificação do Registro Civil**

Anulação. Registro civil de nascimento e casamento. Certidões negativas. Segurança de terceiro preservada. Princípio da imutabilidade. Artigos 57 e 109 da Lei de Registros Públicos.

Apelação Cível nº 0802274-27.2019.8.12.0001 - Campo Grande..... 243

Mulher casada. Supressão do sobrenome marital. Registro civil de casamento. Concordância do marido. Nome de solteira. Reconhecida socialmente. Segurança jurídica.

Apelação Cível nº 0836470-23.2019.8.12.0001 - Campo Grande..... 119

# Índice Criminal

**Acordo de Não Persecução Penal**

Mandado de segurança. "Pacote Anticrime". Lei n. 13.964/2019. Acordo não oferecido pelo órgão ministerial. Ausência de requisitos legais.

Mandado de Segurança Criminal nº 1414203-74.2020.8.12.0000 – Campo Grande ..... 719

**Agravo em Execução Penal**

Progressão de regime. Retificação. Reincidência genérica. Aplicação da fração mais benéfica. Lei n. 13.964/2019.

Agravo de Execução Penal nº 0001843-94.2017.8.12.0001 – Campo Grande ..... 748

**Apelação**

Furto qualificado. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Súmula 269 do STJ.

Apelação Criminal nº 0004074-77.2016.8.12.0018 – Paranaíba ..... 787

Lesão corporal grave. Cirurgia plástica realizada por médico sem especialidade. Dolo comprovado. Crime de corrupção passiva. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0101722-65.2003.8.12.0001 – Campo Grande ..... 544

Peculato. Desclassificação para peculato culposo. Impossibilidade. Materiais hospitalares.

Apelação Criminal nº 0010647-56.2014.8.12.0001 – Campo Grande ..... 671

**Atentado Violento ao Pudor**

Revisão criminal. Art. 215-A do CP. Desclassificação. *Novatio legis in mellius*. Competência do juízo da execução penal. Súmula 611 do STF.

Revisão Criminal nº 1401023-88.2020.8.12.0000 – Corumbá ..... 740

Armazenamento de agrotóxicos. Artigo 56, da Lei n. 9.605/98. Condenação. Crime formal, de mera conduta e de ação múltipla.

Apelação Criminal nº 0003816-64.2016.8.12.0019 – Ponta Porã ..... 826

**Embargos Infringentes**

Princípio da consunção. Posse de arma de uso restrito. Posse de munições de uso permitido. Impossibilidade. Crimes diversos. Bens jurídicos distintos.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001013-28.2019.8.12.0044/50000 – Sete Quedas ..... 643

Tortura seguida de morte. Desclassificação. Lesão corporal seguida de morte. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001312-37.2019.8.12.0001/50000 – Campo Grande ..... 683

**Estatuto do Desarmamento**

Estado de necessidade. Impossibilidade. Requisitos não preenchidos. Dosimetria da pena. Súmula 231 do STJ.

Apelação Criminal nº 0004588-89.2018.8.12.0008 – Corumbá ..... 837

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Arguição de ilicitude de prova. Registro em nome de terceiro. Decreto vencido. Inaplicabilidade de porte.

Apelação Criminal nº 0001552-55.2018.8.12.0035 – Iguatemi ..... 594

**Estelionato**

Reincidência. Agravante. Súmula 269 do STJ. *Sursis*. Incabível.

Apelação Criminal nº 0001109-09.2014.8.12.0015 – Miranda ..... 538

**Estupro de Vulnerável**

Relativização da vulnerabilidade. Relacionamento amoroso. Consentimento da menor. Atipicidade material da conduta. Inexistência de lesão ao bem jurídico. Erro de tipo.

Apelação Criminal nº 0000128-05.2014.8.12.0039 – Pedro Gomes ..... 801

**Falsidade Ideológica**

Continuidade delitiva. Desclassificação para uso de documento falso. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Reincidência. Regime fechado.

Apelação Criminal nº 0004321-46.2015.8.12.0001 – Campo Grande ..... 775

**Furto**

Crime de disparo de arma de fogo. *Animus furandi.* Incolumidade e segurança pública. Confissão espontânea.

Apelação Criminal nº 0036306-96.2016.8.12.0001 – Campo Grande ..... 845

Furto qualificado em continuidade delitiva. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Furto famélico. Ausência do estado de necessidade.

Apelação Criminal nº 0004834-55.2018.8.12.0018 – Paranaíba ..... 570

Preliminar de nulidade por ausência de defensor de confiança do acusado. Ausência de comprovação. Condenação mantida. Súmula 269 do STJ. Ausência dos requisitos do Art. 44, do CP.

Apelação Criminal nº 0002506-86.2012.8.12.0011 – Coxim ..... 659

*Habeas Corpus*

Maus tratos. Resistência. Arbitramento de fiança. Permanência da restrição de liberdade. Hipossuficiência.

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1413768-03.2020.8.12.0000 – Anastácio ..... 565

Violência doméstica. Lesão corporal e ameaça. Pretendida a revogação da custódia preventiva. Necessidade de salvaguardar a integridade física e psíquica da vítima.

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1413131-52.2020.8.12.0000 – Três Lagoas ..... 525

**Homicídio Culposo**

Direção de veículo automotor. Preliminar. Pedido de proposta de não persecução penal. Denúncia oferecida antes da vigência da Lei n. 13.964/2019. Impossibilidade.

Apelação Criminal nº 0000889-41.2015.8.12.0026 – Bataguassu ..... 651

**Inserção de Dados Falsos em Sistema de Informações**

Prescrição retroativa. Reconhecimento. Prazo prescricional de oito anos. Transcurso de período superior. Artigo 107, IV, do CP.

Apelação Criminal nº 0018982-98.2013.8.12.0001 – Campo Grande ..... 834

**Latrocínio**

Desclassificação para roubo majorado. Afastamento da causa de aumento do Artigo 29, § 2º, do Código Penal. Incabível.

Apelação Criminal nº 0000555-96.2018.8.12.0027 – Batayporã ..... 578

**Mandado de Segurança**

Acordo de não persecução penal. Ministério público. Desinteresse. Afronta ao rito do Artigo 28-A do CPP.

Mandado de Segurança Criminal nº 1406847-28.2020.8.12.0000 – Campo Grande ..... 647

Autoridade policial. Representação. Prisão provisória do investigado. Negativa de acesso aos autos por advogado constituído. Súmula vinculante 14 do STF. Ausência de ofensa ao contraditório e ampla defesa.

Mandado de Segurança Criminal nº 1414322-35.2020.8.12.0000 – Bataguassu ..... 636

**Peculato**

Tráfico de substância entorpecente. *Emendatio libelli.* Pena pecuniária. Fixação de danos morais em favor do ente político prejudicado.

Apelação Criminal nº 0001169-92.2019.8.12.0051 – Itaquiraí ..... 603

**Receptação**

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Retratação. Impossibilidade. Materialidade e indícios suficientes de autoria. Ônus da prova. Artigo 156, do CPP.

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1411352-62.2020.8.12.0000 – Dourados ..... 763

Prescrição retroativa. Inocorrência. Inexistência de provas. Incidência *do In dubio pro reo.*

Apelação Criminal nº 0000753-73.2016.8.12.0005 – Aquidauana ..... 589

**Recurso em Sentido Estrito**

Crime ambiental. Artigo 38 da Lei n. 9.605/98. Laudo pericial. Ausência. Auto de infração do IBAMA.

Recurso em Sentido Estrito nº 0000483-14.2015.8.12.0028 – Bonito ..... 498

Injúria racial. Prescrição. Extinção da punibilidade. Impossibilidade. Imprescritibilidade do Art. 140, § 3º, do Código Penal. Lei n.7.716/89.

Recurso em Sentido Estrito nº 0016049-26.2011.8.12.0001 – Campo Grande ..... 731

**Revisão Criminal**

Estelionato. Aplicação retroativa do disposto na Lei n.13.964/2019. Representação da vítima. Procedibilidade. Impossibilidade. Lei posterior que não se aplica às condenações transitadas em julgado.

Revisão Criminal nº 1402009-42.2020.8.12.0000 – Campo Grande ..... 678

Latrocínio. Desclassificação para roubo tentado majorado. Impossibilidade. Artigo 621 do CPP. Ineditismo. Condições da ação.

Revisão Criminal nº 1411173-31.2020.8.12.0000 – Três Lagoas.....712

**Roubo**

Corrupção de menor. Pretendida absolvição dos delitos. Impossibilidade. Agente reconhecido pelas vítimas. Súmula 500 do STJ.

Apelação Criminal nº 0001675-13.2013.8.12.0008 – Corumbá.....724

Prova emprestada. Inversão da ordem das testemunhas. Ausência de prejuízo. Pena-base inalterada.

Apelação Criminal nº 0000914-52.2017.8.12.0004.....874

Roubo majorado. Confissão extrajudicial e judicial. Delação. Validade. Pena-base preservada.

Apelação Criminal nº 0000029-26.2017.8.12.0008 – Corumbá.....855

**Tráfico de Drogas**

Acesso ao aparelho celular. Ausência de autorização judicial. Violação no sigilo telefônico. Inocorrência. Tráfico de drogas. Condenação mantida. Súmula 231 do STJ.

Apelação Criminal nº 0007862-19.2017.8.12.0001 – Campo Grande .....505

Cumprimento da pena. Impossibilidade. Condenação. Artigo 35 da Lei n. 11.343/06. Improcedência. Declaração de constitucionalidade do Art. 283 do CPP.

Apelação Criminal nº 0002944-60.2017.8.12.0004 – Amambai .....813

*Habeas corpus*. Paciente grávida. Pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar. Deferimento.

***Habeas Corpus*** Criminal nº 1414887-96.2020.8.12.0000 – Paranaíba.....758

**Violência Doméstica**

Descumprimento de medidas protetivas de urgência. Vítima mediata ascendente. Condenação mantida. Agravante. Assistência judiciária.

Apelação Criminal nº 0001864-95.2018.8.12.0046 – Chapadão do Sul .....865